

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 6 | Número 11 | Julho/Dezembro 2014

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

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

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

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 6, n. 11 (jul./dez. 2014) - Curitiba: 2014
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

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

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

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

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

**Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez.**

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editor Assistente

Rafael dos Santos-Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR. Professor de Direito Empresarial na Faculdade Dom Bosco – Curitiba/PR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

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

Antônio José Avelãs Nunes

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

Eroulths Cortiano Junior

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

Fábio Nusdeo

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

Ingo Wolfgang Sarlet

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

Luís Fernando Sgarbossa

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

Marco Aurélio Marrafon

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

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

Marcus Firmino Santiago

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

Mariana Mota Prado

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

Ricardo Lobo Torres

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

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco

Aldo Muro Júnior

Alexandre Coutinho Pagliarini

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Alexandre Hamilton Oliveira Santos

Alexandre Morais da Rosa

Alexandre Walmott Borges

Alvaro Borges de Oliveira

Alvaro de Oliveira Azevedo Neto

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

André Luiz Costa-Corrêa

Andrea Boari Caraciola

Angela Issa Haonath

Ângela Maria Cavalcanti Ramalho

Antonio Baptista Gonçalves

Antonio Celso Baeta Minhoto

Antonio Gomes Moreira Maués

Braulio de Magalhães Santos

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Carlos Bolonha

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Carolina Alves Vestena

Célia Barbosa Abreu

Christiane De Holanda Camilo

Cláudia Luiz Lourenço

Claudio Gonçalves Munhoz

Claudio Smirne Diniz

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Daniela Rezende Oliveira

Delmo Mattos da Silva

Demetrius Nichele Macei

Eduardo Biacchi Gomes

Eduardo Molan Gaban

Eleonora Mesquita Ceia

Eliana Franco Neme

Eloi Martins Senhoras

Emerson Gabardo

Emilio Peluso Neder Meyer

Eneas De Oliveira Matos

Érico Hack

Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho

Eroulths Cortiano Júnior

Evertton das Neves Gonçalves

Fabianne Manhães Maciel

Fabício de Assis Campos Vieira

Fabício Ricardo de Limas Tomio

Fausto Santos de Morais

Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior

Germano André Doederlein Schwartz

Gisele Mascarelli Salgado

Gustavo Almeida Paolinelli de Castro

Gustavo Rabay Guerra

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

Heder Carlos de Oliveira

Heitor de Carvalho Pagliaro

Henrique Napoleão Alves

Henry Atique

Jackelline Fraga Pessanha

Jacqueline de Souza Gomes

Janaína Machado Sturza

Jean Carlos Dias

Jorge Jose Lawand

José Carlos Buzanello

José Francisco de Assis Dias

José Luiz Ragazzi

José Renato Martins

Josemar Sidinei Soares

Josias Jacintho Bittencourt

Juliana Cordeiro Schneider

Julio Pinheiro Faro

Jussara Maria Leal de Meirelles

Katiucia Boina

Leilah Luahnda Gomes De Almeida

Leonardo Vieira Wandelli

Lilian Márcia Balmant Emerique

Lucas Abreu Barroso

Lucas Catib de Laurentiis

Lucas Gonçalves da Silva

Luciana Costa Poli

Luciana Fernandes Berlini

Luciene Dal Ri

Luis Fernando Sgarbossa

Luis Renato Vedovato

Luiz Claudio Araújo Coelho

Luiz Eduardo Anesclar

Luiz Ricardo Guimaraes

Maraluce Maria Custodio

Marcelo Henrique Nogueira Diana

Marcelo Lamy

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

Márcia Jucá Teixeira Diniz

Márcio Pugliesi

Marco Antônio Ribeiro Tura

Marco Aurélio Marrafon

Marcos Alves da Silva

Marcos Augusto Maliska

Marcos Catalan

Marcus Firmino Santiago

Margareth Anne Leister

Margareth Vetis Zaganelli

Maria Da Graça De Moraes

Bittencourt Campagnolo

Mário Ferreira Neto

Martinho Martins Botelho

Mateus de Oliveira Fornasier

Micheli Pereira

Miguel Calmon Teixeira de
Carvalho Dantas
Milena Petters Melo
Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva
Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski
Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi
Rodrigues
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira

Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves
Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José
Marton
Samantha Ribeiro Meyer
Pflug
Sandra Sereide Ferreira da
Silva
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de
Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto Ribeiro
Guedes

Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso Brandão
Soares
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valéria Cristina Pereira
Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista
Berner
Vânia Beatriz Rey Paz

Pareceristas que participaram desta edição:

Alexandre Coutinho
Pagliarini
Alexandre Gustavo Melo
Franco Bahia
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Walmott
Borges
Alvaro Borges de Oliveira
Alvaro de Oliveira
Azevedo Neto
Ana Claudia Pompeu
Torezan Andreucci
Andre Luiz Costa Correa
Andrea Boari Caraciola

Angela Issa Haonat
Antonio Baptista
Goncalves
Antonio Minhoto
Braulio Magalhães
Carlos Bolonha
Claudio Smirne Diniz
Cristiane Catarina
Fagundes de Oliveira
Daniel Gustavo Falcão
Pimentel dos Reis
Daniela Rezende de
Oliveira
Eleonora Mesquita Ceia

Emilio Peluso Neder
Meyer
Erivaldo Cavalcanti E
Silva Filho
Gisele Mascarelli Salgado
Gustavo Almeida
Paolinelli De Castro
Hamilton da Cunha Iribure
Júnior
Henry Atique
Jean Carlos Dias
Jorge José Lawand
Josias Jacintho
Bittencourt

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

A Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst com renovada alegria publica seu décimo primeiro número da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, correspondente ao período de Julho a Dezembro de 2014.

Esta edição possui três eixos estruturais, todos relacionados com o diálogo entre Constituição, Economia e Desenvolvimento, compostos por questões e assuntos de: **i)** Teoria da Constituição e Desenvolvimentismo em Perspectiva Comparada; **ii)** Estado, Administração e Políticas Públicas; **iii)** Jurisdição, Processo e Arbitragem. Os temas selecionados trazem à tona um rico e plural conjunto de reflexões, que encontram neste periódico um ambiente para debate.

No primeiro eixo, temos seminal trabalho do Professor Dr. Hugo Mattei, professor nas Universidades de Hastings na Califórnia, E.U.A. e de Turim, Itália, que trata com grande profundidade e maestria sobre o **“Direito Comparado e os ‘Critical Legal Studies’**”. A seguir, nosso Editor Responsável Dr. Ilton Norberto Robl Filho, brinda esta edição com trabalho em coautoria com o Presidente da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Dr. Marco Aurélio Marrafon, intitulado **“Constituição e Efetividade dos Direitos Fundamentais”**, que propõe a superação da perspectiva tradicional da teoria constitucional da efetividade brasileira a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimentismo. Já a autora Ana Carolina C. Hohmann tem aqui veiculado interessante trabalho, escrito em língua inglesa, que trata do investimento estrangeiro e “novo regionalismo”, sob o título **“Trends and nature of the New Regionalism”**. Por fim, temos o trabalho **“O neoconstitucionalismo como forma de identificação da Constituição frente às inércias do executivo na efetivação das demandas sociais por meio do ativismo jurisdicional”**, advindo de sólida pesquisa empreendida pelas autoras Anna Victoria Soares, Clara Gabriela Albino Soares e Mayara Fernanda Perim Santos.

O **segundo eixo** enfrenta a temática do Estado, Administração e Políticas Públicas. Nesse segundo momento, o autor Ricardo Duarte Cavazzani, avalia a separação dos poderes na perspectiva da democracia e representação, refletindo sobre a **“Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do Estado”**. Já os autores Jefferson Rodrigues de Quadros e Helen Rita Menezes Coutinho dissertam sobre as políticas públicas acerca dos recursos hídricos na Amazônia, em trabalho intitulado **“Direito de águas na Amazônia e as futuras gerações”**. O último artigo deste eixo trata do

instrumento do termo de ajuste de gestão no direito administrativo, em trabalho de título **“Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do controle consensual da Administração Pública”**, escrito pelo pesquisador Angerico Alves Barroso Filho.

Os trabalhos **do terceiro e último eixo** têm em comum debates acerca da Jurisdição, do Processo e da Arbitragem. Primeiramente, Antonio Claudio Kozikoski Junior traz instigante ensaio propositivo **“Pela reestruturação do sistema concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil”**. Já a autora Camilin Marcie de Poli investiga **“O contraditório como elemento essencial do processo”**, que discute o referido instituto processual numa perspectiva dos direitos fundamentais e do desenvolvimento como liberdade. E, por fim, temos um artigo que investiga o uso da arbitragem pelo Estado, intitulado **“As decisões sobre o uso da arbitragem pelo Estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional”**, de autoria de Carolina Leite Amaral Fontoura.

Ao final nesta edição, trazemos também uma resenha crítica, de autoria de Fabiana Rikils e Elói Martins Senhoras, intitulada **“A internet à luz do Direito Constitucional e Civil”**, que descreve e reflete sobre a obra “Direito e Internet” de Liliana Minardi Paesani.

Todos os artigos selecionados para publicação nesta edição foram obra de pesquisas rigorosas e comprometidas. Isso reflete a missão da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional de incentivar a produção de estudos a partir da perspectiva democrática e de efetivação dos direitos fundamentais. É nossa sincera esperança que o público leitor faça grande proveito dos trabalhos publicados, empregando as ideias e conhecimentos na academia e no cotidiano.

Boa Leitura!

Ilton Norberto Robl Filho

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

Rafael dos Santos Pinto

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

SUMÁRIO

1. ARTIGOS CIENTÍFICOS

DIREITO COMPARADO E OS 'CRITICAL LEGAL STUDIES'

COMPARATIVE LAW AND CRITICAL LEGAL STUDIES

Ugo Mattei.....250

CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE E DO DESENVOLVIMENTISMO

CONSTITUTION AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: PATHS TO
SURPASS THE TRADITIONAL PERSPECTIVE OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW
THROUGH THE PRINCIPLE OF FEASIBILITY AND DEVELOPMENT

Marco Aurélio Marrafon / Ilton Norberto Robl Filho.....278

TRENDS AND NATURE OF THE NEW REGIONALISM: THE SO CALLED REGIONALISM OF THE 21ST CENTURY AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

TENDÊNCIAS E NATUREZA DO NOVO REGIONALISMO: O DENOMINADO
REGIONALISMO DO SÉCULO XXI E O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

Ana Carolina C. Hohmann.....298

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FRENTE ÀS INÉRCIAS DO EXECUTIVO NA EFETIVAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS POR MEIO DO ATIVISMO JURISDICIONAL

NEOCONSTITUTIONALISM AS A MEANS OF IDENTIFICATION OF THE CONSTITUTION
OVER THE INERTIA OF THE EXECUTIVE IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL
DEMANDS THROUGH THE JUDICIAL ACTIVISM

*Anna Victoria Soares / Clara Gabriela Albino Soares / Mayara Fernanda
Perim Santos*321

CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS REFLEXOS SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES: O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO

CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE REFLEXES OVER THE
SEPARATION OF POWERS: THE DISEMPOWERMENT OF THE STATE

Ricardo Duarte Cavazzani.....339

DIREITO DE ÁGUAS NA AMAZÔNIA E AS FUTURAS GERAÇÕES

WATER RIGHTS IN THE AMAZON AND FUTURE GENERATIONS

Jefferson Rodrigues de Quadros / Helen Rita Menezes Coutinho362

AVALIAÇÃO DO TERMO DE AJUSTE DE GESTÃO COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

EVALUATION OF THE MANAGEMENT ADJUSTMENT AGREEMENT AS AN INSTRUMENT OF CONSENSUAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Angerico Alves Barroso Filho391

PELA REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

FOR THE RESTRUCTURING OF THE CONCENTRATED JUDICIAL REVIEW SYSTEM IN BRAZIL

Antonio Claudio Kozikoski Junior416

O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO PROCESSO

CONTRADICTION AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF PROCESS

Camilin Marcie de Poli.....442

AS DECISÕES SOBRE O USO DA ARBITRAGEM PELO ESTADO, PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, SOB A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL

THE DECISIONS OVER THE USE OF ARBITRATION BY THE STATE, DELIVERED BY THE FEDERAL BUDGETARY COURT, UNDER THE INSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Carolina Leite Amaral Fontoura.....459

2. RESENHAS

RESENHA: A INTERNET À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL

Fabiana Rikils / Elói Martins Senhoras.....486

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS491



DIREITO COMPARADO E OS 'CRITICAL LEGAL STUDIES'¹²

COMPARATIVE LAW AND CRITICAL LEGAL STUDIES

Ugo Mattei^{3/4}

Resumo

O encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado tem produzido uma variedade de dissertações e artigos de revistas acadêmicas do Direito nos quais os postulados metodológicos do direito comparado (tradicional) são analisados e criticados. Este trabalho questiona os termos padrões e conceitos assim como seus significados e suas implicações. Em particular, o funcionalismo, percebido pelos '*Critical Legal Studies*' como um credo de uma casta sacerdotal da doutrina hegemônica do direito comparado, tem sido criticado com o objetivo de expor suas suposições subjacentes. Como resultado de tal e outras críticas tanto o direito comparado como os '*Critical Legal Studies*' têm se revigorado. Em particular, o direito comparado, uma disciplina que já havia começado a superar seu precedente espírito de autocongratulação, foi carregada com uma saudável dose de crítica, como exemplo, por meio do desafio que promove atuação de hegemonia e dominação.

Palavras-Chave: Direito Comparado; Critical Legal Studies; Teoria do Direito.

Abstract

The encounter of Critical Legal Studies with Comparative Law has produced a variety of dissertations and law review articles in which the Methodological postulates of (traditional) comparative law were scrutinized and criticized. This work has questioned the standard terms and concepts, as well as their meanings and implications. In particular, functionalism, perceived by Critical

¹ Artigo submetido em 02/03/2014, aprovação comunicada em 11/11/2014.

² Traduzido por Fabiana Angélica Pinheiro Câmara. Artigo originalmente publicado em língua inglesa na: Comparative Law and Critical Legal Studies, 2006, Hastings-EUA, Outubro, p. 815-836. Disponível em: <http://works.bepress.com/ugo_mattei/32>.

³ Graduado na Universidade de Turim, University of Torino, (1983); UC Berkeley School of Law, LL.M., Fulbright Fellow (1989); London School of Economics e Faculté Internationale de Droit Comparé, Strasbourg. Professor na Universidade da Califórnia, Hasting College of Law e Professor Titular da Universidade de Turim, Itália. E-mail: <matteiu@uchastings.edu>.

⁴ Esse capítulo origina-se de um esforço cooperativo com uma ex- aluna e, agora, pesquisadora dos '*Critical Legal Studies*', Anna di Robilant, cujos inestimáveis auxílio e contribuição na coleta de dados eu reconheço plenamente aqui. Por fim, ela não concordou com a minha interpretação e seleção de materiais. Isto torna particularmente verdade que a responsabilidade pelos erros seja somente minha. Caso contrário, nós teríamos sido coautores neste trabalho.



Legal Studies as the creed of the priestly caste of mainstream comparative law, has been criticized with the goal of exposing its underlying assumptions. As a result of such, and other critiques, both Comparative Law and Critical Legal Studies have been Reinvigorated. In particular, Comparative Law, a discipline which had already begun to overcome its former self-congratulatory mood, was infused with a healthy dose of criticism, for example, through the challenge that it fosters practices of hegemony and domination.

Keywords: Comparative law; Critical legal Studies; Legal theory.

I PARA COMEÇAR: DEFININDO A QUESTÃO-CHAVE

Ao discutir o relacionamento entre direito comparado e os 'Critical Legal Studies'⁵, nós devemos primeiramente esclarecer o assunto. Particularmente, o significado de 'Critical Legal Studies' pode ser definido de várias maneiras. Uma definição engloba o todo, bastante rico, movimento crítico contemporâneo no direito comparado; este movimento inclui vozes de muitos lugares, especialmente de muitos países europeus (França, Alemanha, Itália e Reino Unido) bem como os Estados Unidos⁶. Este capítulo, contudo, define o termo mais minuciosamente e examina o relacionamento entre o direito comparado e um específico *network*⁷ de acadêmicos seguidores do movimento originário dos Estados Unidos nos idos de 1970 e conhecido como 'Critical Legal Studies' ou, mais informalmente, CLS.

'Critical Legal Studies', por vezes um movimento político, hoje em dia, certamente, uma escola de pensamento e talvez uma teoria do direito⁸ deparou-se com o direito comparado no início dos anos 90, isto é, muito recentemente. Este encontro gerou uma rede bastante ampla de estudiosos dos 'Critical Legal Studies' que analisam e escrevem sobre direito estrangeiro e direito comparado. As

⁵ NT Optamos por manter a expressão no original em inglês, conjugando-a e concordando em gênero e número no masculino e plural. De outro lado, são correntes os usos: 'Teoria Crítica do Direito' ou 'Escola Crítica do Direito'.

Uma não seguidora e não organizada onda crítica de textos de direito comparado inclui aqueles do Bussani, Curran, Erwald, Feldman, Fitzpatrick, Grande, Hesselink, Legrand, Michaels, Muir Watts, Obiora, Reimann, Sefton, Green e muitos outros. Eu ofereço estes nomes apenas para fins de indicar o tipo de trabalho que pode certamente ser considerado "crítico" à tendência dominante comparadamente. Pode até ser possível que alguns dos pesquisadores da lista se considerem participantes do *network*, enquanto outros, cujos trabalhos eu considero de participantes, podem não querer não ser incluídos.

⁷ NTS. Mantivemos no original ao invés de rede.

⁸ Duncan Kennedy, *A critique of Adjudication* (1997) - 8-10.



contribuições legadas por estes estudiosos ao longo da última década constituem o foco deste capítulo.

Contudo, não se deve menosprezar que os '*Critical Legal Studies*' têm tido um outro relacionamento muito diferente com o direito comparado, isto é, como objeto do estudo comparado. Nas últimas décadas, o direito estadunidense e a doutrina jurídica têm adquirido uma posição que se aproxima à hegemonia global. Como resultado, os '*Critical Legal Studies*', um dos mais importantes movimentos da ciência do direito (pós- realista) nos Estados Unidos, recebeu sua parte de atenção no também no exterior. Assim, a sua agenda crítica tem influenciado o pensamento jurídico em vários lugares do mundo. Esta contribuição através dos estudos comparativos pode muito bem ser tão significativa quanto a sua contribuição para a disciplina, mas este não é meu interesse aqui.

A contribuição dos '*Critical Legal Studies*' para o direito comparado é uma questão de considerável interesse (internacional), não só em função da notável presença do movimento em várias principais instituições acadêmicas estadunidenses, mas também na perspectiva de uma tão aflitiva necessidade do direito comparado como uma disciplina acadêmica para revisão teórica e reorientação. O relacionamento entre os '*Critical Legal Studies*' e direito comparado é interessante também pela perspectiva institucional. Os '*Critical Legal Studies*' utilizaram habilmente o apelo internacional, especialmente da Faculdade de Direito de Harvard e de seu programa de pós-graduação para atrair acadêmicos jovens e talentosos do mundo todo. Alguns destes estavam ansiosos para ingressar na vida acadêmica nos Estados Unidos, enquanto outros retornaram aos seus países de origem. O resultado é uma *network* global de acadêmicos, formados por instituições estadunidenses, trabalhando nos Estados Unidos, Europa e região mediterrânea, América Latina e África que se afiliam aos '*Critical Legal Studies*' como um movimento e como uma agenda crítica esquerdista.

O encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado tem produzido uma variedade de dissertações e artigos de revistas acadêmicas do Direito nos quais os postulados metodológicos do direito comparado (tradicional) são analisados e criticados. Este trabalho questiona os termos padrões e conceitos assim como seus significados e suas implicações. Em particular, o funcionalismo,



percebido pelos '*Critical Legal Studies*' como um credo de uma casta sacerdotal da doutrina hegemônica do direito comparado, tem sido criticado com o objetivo de expor suas suposições subjacentes. Como resultado de tal e outras críticas tanto o direito comparado como os '*Critical Legal Studies*' têm se revigorado. Em particular, o direito comparado, uma disciplina que já havia começado a superar seu precedente espírito de autocongratulação, foi carregada com uma saudável dose de crítica, como exemplo, por meio do desafio que promove atuação de hegemonia e dominação.

Ainda, o relacionamento entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado levanta questões importantes. A caracterização da doutrina hegemônica do direito comparado dos acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' não está livre de desafio, a novidade de suas críticas não está sempre livre de dúvidas e suas pretensões de novas descobertas não são totalmente convincentes. Isto leva às questões chave buscadas neste capítulo: quais são as contribuições que os '*Critical Legal Studies*' fizeram para o direito comparado, e quanto originais são elas?

Primeiramente, nós descreveremos o surgimento, bem como alguns trabalhos de direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' (Seção II), em seguida, nós prosseguiremos para até que ponto a abordagem dos '*Critical Legal Studies*' rompe ou continua com a agenda da doutrina hegemônica da disciplina (Seção III), e finalmente chegaremos à crítica amistosa da crítica (Seção IV).

II OS '*CRITICAL LEGAL STUDIES*' ENCONTRAM O DIREITO COMPARADO: A TOUR D'HORIZON

O *network* dos juristas do direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' se constituiu como um grupo de destaque em meados da década de 1990. Mas seu começo foi realmente marcado com o advento de artigo seminal da década anterior. Em 1985, Günter Frankenberg, um acadêmico pertencente à escola alemã antiformalista, crítica e esquerdista de juristas nas universidades de Bremen e Frankfurt, publicou um ensaio intitulado '*Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*'⁹. Neste artigo o qual a doutrina hegemônica felizmente (e

⁹ Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law", (1985) 26 Harvard Journal International Law 411. Com 'legocêntrica, Frankenberg quer dizer que o direito é tratado



desafortunadamente) ignorou, Frankenberg lançou um ataque em grande escala ao direito comparado tradicional principalmente por dois eixos. Ele criticou severamente a abordagem tradicional por ser muito egocêntrica e ‘legocêntrica’¹⁰; e ele afirma que comparativistas sofrem de “Complexo Cinderela”, isto é, um desequilíbrio entre suas percepções em relação ao valor da disciplina e o reconhecimento muito modesto que esta desfruta atualmente na academia do direito.

Frankenberg era bem relacionado e muito respeitado em Harvard e não foi por acaso que o seu artigo apareceu no *Harvard Journal of International Law*. Como resultado, suas ideias circularam extensivamente entre os acadêmicos dos ‘*Critical Legal Studies*’ nos Estados Unidos, onde ajudaram a estimular o interesse dos críticos em direito comparado. Cabe ressaltar que isto ocorreu em um período em que o direito comparado encontrava-se em uma situação bastante paradoxal: por um lado, desempenhou um papel acentuadamente marginal na academia de direito estadunidense; por outro lado, estava prestes a se tornar uma poderosa agenda em nível internacional com o alarido inicial sobre globalização.

O grupo dos ‘*Critical Legal Studies*’ de Harvard produziu alguns dos acadêmicos que se engajaram em várias linhas não domésticas da doutrina, *inter alia*, na Universidade de Utah. Ainda em 1996, a cidade de Salt Lake tornou-se lugar de encontro da notável conferência sobre ‘New Approches to Comparative Law’. O objetivo desta conferência foi a apresentação de trabalhos dos ‘*Critical Legal Studies*’ sobre uma panóplia de questões que transcendiam fronteiras americanas¹¹. Nos anos posteriores à Conferência de Utah, encontros anuais na Escola de Direito de Harvard, bem como em outros lugares, criaram um *network* transnacional de comparativistas informais seguidores dos ‘*Critical Legal Studies*’. A Associação não

como determinado e necessário, como um caminho natural para resoluções de conflito ideais, racionais e otimizadas e, por fim, como uma ordem social que garanta paz e harmonia’. Ele ainda especifica que o ‘pensamento legocêntrico e legalismo, sua estratégia política, extraem sua força de uma visão idealizada e formal do direito como um conjunto de instituições, regras e técnicas que funcionam para garantir e, em todo conflito possível, vindicar direitos individuais. Se as disposições legais não vivem de acordo com as promessas inerentes ao Estado de Direito, isto pode ser interpretado como um acidente infeliz e atípico, um evento singular de fracasso da justiça. Assim, a legitimidade e eficiência globais do sistema legal permanecem intactos’⁴⁴⁵.

¹⁰ A expressão quer traduzir a ideia de um mundo autorreferente na legalidade. A expressão traduz a ideia de um mundo que se esgota na formalização legal e nas instituições jurídicas.

¹¹ Ver o Simpósio ‘New Approches to Comparative Law’ (1997) Utah L.R 255-663.



é limitada, contudo, àqueles que se afiliam profissionalmente ao direito comparado como disciplina, mas ao invés disso, repousa-se sobre o interesse comum em explorar a formação e a circulação de formas globais de consciência jurídica. Em outras palavras, o principal denominador comum da associação é a expansão da agenda dos 'Critical Legal Studies' para além do sistema legal interno estadunidense, que até agora tinha sido o único alvo de críticas dos 'Critical Legal Studies'.

Participantes do *network* compartilham uma aversão contra a obediência a quaisquer disciplina profissional ou vocabulário estabelecidos e eles geralmente criam seus próprios termos alternativos e categorias. Ainda, eles são ativos em várias áreas, desde direito internacional e direito e desenvolvimento até teoria e história jurídicas. Eles são atraídos pelo método comparativo e pelo seu potencial crítico e desmistificador. Os participantes do *network* são caracterizados por uma orientação política esquerdista (geralmente moderada) e, mais importante, por uma crença na importância da doutrina crítica. Esta crítica é principalmente dirigida às implicações do direito para as reproduções arraigadas das hierarquias sociais, e frequentemente envolve um compromisso maior com a igualdade sociopolítica e participação.

A crítica tem duas dimensões inter-relacionadas¹². Primeiro, ela vê o direito como um sistema hegemônico que legitima formas diretas de dominação: regras jurídicas formam e reproduzem estruturas hierárquicas de poder (raça, classe, gênero etc.) ao forjarem personalidades jurídicas e afetarem a redistribuição de recursos sociais. Segundo, ela considera o sistema jurídico como um instrumento para a legitimação do *status quo*: (falsa) consciência jurídica é um conjunto de crenças compartilhada por atores jurídicos que reforça as estruturas atuais de poder ao mediar e negar contradições, criando falsas necessidades e produzindo falsas justificações. Enquanto os liberais e parte da esquerda tradicional tentam perseguir seus objetivos ao confiarem na prática política e procuram construir aspectos positivos (compreendidos) do Estado de Direito¹³, acadêmicos dos 'Critical Legal

¹² Ver Kennedy (n 2) at 6.

¹³ NT. Com as ressalvas de que o termo *rule of law* guarda alguma distância do modelo do Estado de Direito, moldado nos sistemas de direito europeu continentais.



Studies' (e comparativistas) aderem à agenda de libertação por meio da ruptura e desorientação. O objetivo é iluminar as falácias das estratégias legalistas, a natureza ambígua do nosso “mais querido dos tesouros”¹⁴, isto é, direitos fundamentais, igualdade perante a lei e outros tais conceitos básicos, e a esquizofrenia implícita em nossas escolhas políticas.

Esta abordagem intelectual é aplicada à variedade de contextos geográficos. O território escolhido depende, geralmente, mas não necessariamente, da origem nacional do respectivo acadêmico. Alguns poucos exemplos podem servir como um guia incompleto para este tipo de doutrina.

Dentre os comparativistas mediterrâneos, muitos estão primacialmente interessados em produzir uma plausível explicação secularizada e moderna da consciência jurídica pós-colonial no mundo árabe. Acadêmicos que seguem este projeto são extremamente influenciados pelo Edward Said e o seu apelo à “crítica secular”. Portanto, eles são ‘fundamentalmente opostos à ideia de reservar ao Islã algum espaço privilegiado na esfera pública’¹⁵. Eles constroem na ideia de “orientalismo”, explorando suas implicações para o direito e engajam-se no ‘discurso oposicionista buscando transcender tanto a hegemonia ocidental quanto a resistência fundamentalista por meio da crítica sistemática’¹⁶. Os estudos deles analisam as estruturas pós-coloniais por meio de lentes da doutrina crítica e comprometem-se em esclarecer o relacionamento entre a metrópole (centro) e periferia em toda a sua complexidade e ambiguidade. Em particular, ao introduzir noções tal como a do ‘cosmopolitismo muçulmano’, eles rejeitam a divisão categórica entre Leste e Oeste como uma base epistemológica válida e expõem a ambivalência da ideia de cosmopolitismo que por si só é carregado de projetos políticos conflitantes¹⁷. Ainda, um estudo comparativo da violência contra mulheres no mundo árabe e nos Estados Unidos pode desafiar a construção orientalista de

¹⁴ Janet Halley and Wendy Brown, ‘Introduction’, in Janet Halley and Wendy Brown (eds), *Left Legalism/ Left Critique* (2002) 6.

¹⁵ Hani Sayed, ‘Beyond the Old and the New: Engaging the Muslim Cosmopolitan’, in *ASIL Proceedings 1999* em 362.

¹⁶ *Ibid* 362. *Ibid* 363.

¹⁷ Diego Lopez Medina ‘Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America’, *SJD Dissertação*, Faculdade de Direito de Harvard (2001), 5, Agora publicado como *Teoria Impura del Derecho* (2004).



como o *outro* trata suas mulheres e a 'abordagem feminista internacional'¹⁸. Outros acadêmicos e escritores estão interessados em explorar os vieses e os efeitos deformadores dos projetos nacionalistas nas áreas mediterrâneas. Por exemplo, eles mostram como a narrativa nacionalista da criação do Estado grego elidiu as lutas de vários atores com agendas competitivas para a organização política do novo Estado¹⁹.

Acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' latino-americanos usam o direito comparado para lançar luz em ambos, na ficção da europeização da cultura jurídica latino-americana e na sua distintiva latina-americanização. De acordo com esta abordagem, a periferia latino-americana está presa em uma ambiguidade particular. Por um lado, os sistemas jurídicos latino-americanos não são parte do contexto tradicional (europeu, ou no mínimo ocidental). Por outro lado, o direito latino-americano 'não é exótico suficiente para alegar a exceção cultural'. Ainda, a América Latina é vista como um apêndice europeu que carece de uma cultura jurídica distinta que possa servir de base para uma contribuição genuína e exótica para a ciência do direito²⁰. O direito comparado também demonstra ser um instrumento crucial para questionar as implicações políticas do tropo da europeização. Como um primeiro comparativista crítico sugeriu, a ficção da europeização serve aos interesses das elites latino-americanas, fortalecendo e apoiando o projeto liberal da governança nacional, ao insultar o sistema jurídico da entrada e interesses de círculos mais amplos e culturas locais próprias²¹. Além disso, a investigação crítica comparativa ajuda a formular e testar hipóteses relacionadas à particularidade do direito latino-americano. Ela lança luz sobre a dinâmica de produção e recepção, na relação entre direito e mudança social, e entre direito e desenvolvimento econômico. Finalmente, estudos comparados críticos abordam a questão se há alguma peculiaridade nas formas de razão jurídica latino-americanas. Comparativistas críticos rejeitam as

¹⁸ Lama Abu-Odeh, 'Comparatively Speaking: The "Honor" of the "East" and the "Passion" of the "West"', (1997) Utah LR 287.

¹⁹ Philomila Tsoukala, 'Beyond Formalism in Greek Legal Thought: Re-thinking the Family Law Reforms', SJD dissertação, Escola de Direito de Harvard (no arquivo com autor).

²⁰ Diego Lopez Medina, 'Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America, SJD Dissertação, Escola de Direito de Harvard (2001), 5. Agora publicado como Teoria Impura del Derecho (2004).

²¹ Jorge Esquirol, 'The Fictions of Latin American Law (Parte I)', (1997) Utah LR 425; idem "The Fictions of Latin American Law (Part II)", (2003) 55 Florida LR 41.



suposições amplamente difundidas que o direito latino-americano pertence ao sistema jurídico europeu continental²², e exploram a conexão entre as formas de racionalidade jurídica e formas e práticas institucionais particulares²³.

O direito comparado crítico também tem uma subsidiária africana, ativa principalmente no Quênia. Este trabalho concentra-se no impacto cultural e econômico devastador das agências internacionais nos países do terceiro mundo, tais como o Banco Mundial, o FMI, por exemplo, por meio dos programas de ajustamento estruturais alvejando o sistema jurídico²⁴.

Finalmente, os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' 'da metrópole' (isto é aqueles nos Estados Unidos) estão geralmente interessados em explorar as premissas e as implicações políticas da "ocidentalização" da matéria. Eles questionam os postulados metodológicos da doutrina hegemônica e suposições tácitas e veem o direito comparado como uma iniciativa "ocidental" carregada de projetos políticos e estratégias²⁵. Ainda, eles afirmam detectar e especificar as implicações do projeto comparativo. Em particular, eles encaram os juristas comparativistas, juntamente com seus colegas juristas internacionalistas, como atores fundamentais em um projeto de governança cosmopolita. Mas eles também fazem um apelo para repensar o direito comparado mais extensivamente, afirmando que para o método comparativo se tornar um instrumento de crítica, seus vieses etnocêntricos e 'legocêntricos' devem ser expostos²⁶. Os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' abordam o projeto da integração europeia de uma maneira similar, procurando os pontos cegos e ambiguidades²⁷.

²² NT. Para a expressão civil law preferimos o termo direito europeu continental.

²³ Esses temas foram discutidos extensivamente na conferência 'Thinking of Law in/ and Latin America', Escola de Direito da Harvard, 4 de Março de 2005, organizado por Álvaro Santos and Arnulf Becker. Ver <<http://www.law.harvard.edu/programs/elrc/events/#mar4>>.

²⁴ Os críticos africanos são James Gathii, Sylvia Kang'ara, Joel Ngugi, and Celestine Nyamu. Ver Joel Ngugi, 'searching for the Market Criterion: Market-Oriented Reforms in Legal and Economic Development Discourses' (Dissertação de PHD, Escola de Direito de Harvard). Ver também Sylvia Kang'ara, 'When the Pendulum Swing too Far. Structural Adjustment Programs in Kenya', (1998) *Third World Legal Studies Journal*. (109-51).

²⁵ Ver Lama Abu Adeh, 'The Politics of (Mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia', (2004) 52 *AJCL* 789.

²⁶ Frankenberg, (1985) 26 *Harvard International LJ* 411; idem 'Stranger than Paradise: Identity and Politics in Comparative Law', (1997) *Utah LR* 259.

²⁷ Daniela Caruso, 'The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration' (1997) 3 *European LJ* 3, idem, 'Comment: Lonchner in Europe' (2005) 85 *Boston*



Enquanto este panorama geral equivale a pouco mais do que um guia bibliográfico, este mostra que o *network* dos '*Critical Legal Studies*' aponta para muitas áreas da disciplina e para o modelo global de governança por meio do direito, estimulando a crítica. Em tudo isso, comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' têm dispensado um tempo considerável em autorreflexão²⁸ e têm alcançado um notável nível de sofisticação teórica. Infelizmente, suas contribuições são muitas vezes difíceis de serem plenamente apreciadas e são facilmente mal-interpretadas por indivíduos fora do *network*. A razão principal para a má comunicação resultante é que os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' usualmente escrevem e argumentam em altos níveis de abstração e com frequência usam livremente tradições intelectuais particulares de ciências sociais vizinhas, colocando o conhecimento resultante muito além do alcance de muitos, se não, de todos os leitores.

Um observador de fora do *network* pode ficar tentado a concluir que os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' escolheram, ou pelo menos imaginam que estavam escolhendo, iniciar um projeto a partir do zero e tentaram construir um cânone totalmente novo para o direito comparado. Muito da doutrina comparativa dos '*Critical Legal Studies*' parece buscar estabelecer um diálogo com acadêmicos, além de comparativistas (tradicionalistas), especialmente com os assim chamados 'estudos de área' (ou, na perspectiva estadunidense, conhecimento em direito estrangeiro e sistemas jurídicos). Ainda, acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' geralmente parecem bastante relutantes em se engajar em genuína comparação ou considerar os trabalhos críticos realizados por comparativistas 'profissionais' (isto é, convencionais)²⁹. Como resultado, formar uma agenda comum para os comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' e seus colegas tradicionais provou ser difícil, pelo menos no início³⁰.

University LR 867, Fernanda Nicola, 'Asymmetry, Distribution and Local Governance in European Integration: A View from Private Law Theory', SJD dissertação, Escola de direito de Harvard (no arquivo com o autor). Anna di Robilant, 'A Genealogy of Soft Law' (2005) 54 AJCL (próximo).

²⁸ Karen Bangle, 'Comparative Law as Exposing the Foreign System's Internal Critique', (1997) Utah LR 359

²⁹ Pode-se pensar na Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) como uma exceção.

³⁰ Uma crítica em grande escala à disciplina foi feita por exemplo em Mathias Reimann e Ugo Mattei (eds), *Symposium, 'New Directions in Comparative Law'* (1998) 46. AJCL 597.



De fato, por anos depois da conferência de Utah, comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' e a o estabelecimento da disciplina, institucionalizada na Sociedade Americana do direito comparado (a instituição correspondente à Academia Internacional do Direito Comparado), não conseguiram em grande parte se comunicar nos Estados Unidos, possivelmente devido à desconfiança recíproca. Esta situação começou a mudar só muito recentemente e hoje, um número de comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' estão envolvidos com a Sociedade Americana do Direito Comparado (American Society of Comparative Law – ASCL), geralmente oferecendo excelentes contribuições³¹.

III RUPTURA OU CONTINUIDADE?

Como todos os fenômenos intelectuais complexos, os trabalhos dos acadêmicos comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' são suscetíveis de diferentes interpretações. Em particular, pode-se concebê-lo fundamentalmente como uma ruptura com suposições tradicionais do direito comparado, abordagens e métodos, ou pode-se enfatizar os elementos de continuidade e conexão com a doutrina dominante da disciplina. Isto leva a questionar até que ponto o direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' pode ser encarado como o marco inicial do projeto do direito comparado. Não há dúvida de que dentro do *network* dos '*Critical Legal Studies*', a ênfase é toda sobre a ruptura do projeto profissional tradicional e ideologia. Isto é sinalizado pela fuga do tradicional, e a invenção do novo vocabulário, e fica evidente nas referências bastante ecléticas, e na utilização do conhecimento tradicional existente. Ainda, uma análise do relacionamento entre o iconoclasta e o tradicional para fins deste manual requer uma perspectiva mais imparcial. Nós olharemos para uma variedade de contextos a fim de observar as respectivas críticas dos comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' a fim de avaliar quanto revolucionárias estas críticas realmente são. Como resultado, esta parte do capítulo trata sobretudo de assuntos metodológicos ao invés de atual trabalho comparativo.

³¹ No recente encontro de Ann Arbor da ASCL líderes críticos comparativistas líderes tais como Lama Abu Odeh, Annelise Riles, Daria Roithmayr, e Teemu Ruskola apresentaram importantes e aplaudidos artigos.



1 O ATAQUE AO 'CÂNONE' TRADICIONAL

Comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' estão ativamente desafiando o que eles veem como o cânone tradicional da doutrina consagrada da disciplina. Desde seus primórdios, o direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' tem criticado as suposições tácitas metodológicas e epistemológicas da disciplina. O retrato da doutrina jurídica tradicional no geral como um projeto profissional poderoso que legitima o status quo e reproduz estruturas hierárquicas³² foi estendido para incluir o direito comparado em particular, assim, de certo modo, expandindo a crítica da esfera doméstica para global. Esta investigação crítica aproxima-se do direito comparado como um cânone que consiste em textos interligados e explora como as estruturas da consciência formam este cânone, como este é formado, e para quais funções serve. Na análise do Frankenberg, por exemplo, etnocentrismo, 'legocentrismo', e controlabilidade cognitiva estão dentre as ideias centrais que informam o cânone. Frankenberg assim questiona as operações bastante epistemológicas pelas quais os juristas comparativistas selecionam e processam suas informações. Ele argumenta que a doutrina dominante há muito conta com um modo de comparação que assegure 'controle cognitivo' e que seja caracterizado pela interpretação de disposição formalista e rotulativa e etnocêntrica da informação, muitas vezes extraída aleatoriamente a partir de dados limitados³³. A crítica sugere que o direito comparado deveria ser visualizado como uma 'experiência de aprendizagem' envolvendo dois paradigmas epistemológicos críticos: distanciamento e diferenciação. A primeira requer que nós resistamos ao poder do preconceito e ignorância colocando de lado o conhecimento estabelecido e crenças arraigadas; esta última implica em um esforço consciente para priorizar a perspectiva subjetiva e a experiência do observador.

Ainda, refletindo sobre essa crítica, não se pode deixar de questionar se este ataque a toda tradição hegemônica é realmente produtivo. As críticas dos '*Critical Legal Studies*' geralmente falham em distinguir os vários elementos dentro desta tradição, sincronicamente, diacronicamente, bem como em termos da qualidade do

³² Ver Kennedy (n 2) e idem, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1983).

³³ Frankenberg, (1985) 26 *Harvard International LJ* 421.



trabalho. Para ter certeza, há muitas doutrinas ruins do direito comparado lá fora, caracterizado por esforços lamentavelmente limitados na coleta de dados e por muita especulação³⁴. Mas considerando que há também muitos bons exemplos de criteriosas coletas de dados dentro da tradição dominante do direito comparado³⁵ as críticas dos ‘*Critical Legal Studies*’ parece ser em geral muito extrema. Talvez o mais importante, a crítica dos ‘*Critical Legal Studies*’, deste modo, erra o alvo: a revolta dos ‘*Critical Legal Studies*’ contra a doutrina hegemônica liberal visa ao que é construído como uma instituição de poder, ao passo que o direito comparado tem sempre lutado contra o chauvinismo jurídico e positivismo a partir de uma posição fraca e, muitas vezes, marginal. Se um cânone existe de algum modo, ³⁶(por exemplo construída à sombra europeia³⁷), este consiste em métodos de investigação no tempo e no espaço.

É verdade que alguns dos acadêmicos afiliados ao ‘*Critical Legal Studies*’ vão além de generalizações metodológicas. Eles procuram explorar os projetos profissionais, políticos e pessoais dos comparativistas atuais ao invés de atribuir uma monolítica atitude à tradição que consiste em muitos indivíduos diferentes trabalhando em diferentes tempos e espaços e isto é de fato muito rico em perspectivas³⁸. Assim, um acadêmico internacional dos ‘*Critical Legal Studies*’ detecta, por exemplo, uma variedade do denominado ‘comparativismo (s)’ (apontando sua natureza como projetos políticos e profissionais).

³⁴ Afirma a antropologista Laura Nader, ‘Comments’, (1998) 46 AJCL 751.

Um bom exemplo é a Annelise Riles, ‘Encountering Amateurism: John Wigmore and the Uses of American Formalism’ in Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 94.

³⁵ Para clássico exemplo, muito digno de ser estudado, Rudolf B. Schlesinger (n. 34). Por um exemplo recente compartilhando a precisão mas empregando uma teoria improvisada, ver Mauro Bussani e Vernon Palmer (eds.), *Pure Economic Losses in Europe* (2003).

³⁶ Note, contudo, a falta de um cânone acordado tem sido oferecido recentemente como uma justificação para o mal-estar na área (pelo menos nos Estados Unidos) por um redator-chefe do *American Journal of Comparative Law*, o órgão oficial da doutrina da disciplina (estadunidense); Mathias Reimann, ‘The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century’ (2002) 50 AJCL 671, 695-8

³⁷ Ver Mathias Reinmann, ‘Stepping out of the European Shadow’. Why comparative Law in the United States must Develop its Own Agenda’ (1998) 46 AJCL 637.

³⁸ Um bom exemplo é Annelise Riles, ‘Encountering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism’, in Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001) 24.



Ele distingue múltiplas divisões internas da disciplina e inventa vários níveis de complexidade. Enquanto em um nível, ele acha 'historicistas', 'funcionalistas' e 'idealistas', em outro nível ele identifica os 'tecnocratas' e 'amantes da cultura'.³⁹ No todo, esta polêmica presume que os comparativistas profissionais exerçam poder político considerável – uma posição que certamente é aberta a dúvidas.

2 FUNCIONALISMO E ESTRUTURALISMO

Como mencionado anteriormente, comparativistas dos 'Critical Legal Studies' visam sua crítica, *inter alia*, a um método básico que caracterizou o domínio do direito comparado por mais de meio século, isto é, o funcionalismo⁴⁰. Ainda, esta crítica omite o fato de que o funcionalismo não é mais a crença inquestionável da doutrina dominante nem é um método sem alternativas.

O direito comparado tradicional não pode mais ser considerado inequivocamente funcionalista⁴¹. Funcionalismo, embora certamente uma abordagem importante (e provavelmente dominante) na segunda metade do século passado, foi hibridizada no tempo em que o 'Critical Legal Studies' voltou-se primeiro para o direito comparado. Como eu argumentei em outro lugar⁴², mesmo na metodologia inicial 'Common Core' desenvolvida por Rudolf Schlesinger⁴³, a abordagem funcionalista era claramente, embora talvez inconscientemente, infundida com o estruturalismo. Além disso, no princípio dos anos 70, o método estruturalista desenvolvido pela escola italiana de Rodolfo Sacco ganhou bastante influência na Europa e, no começo dos anos 90, tornou-se bem conhecida também nos Estados Unidos⁴⁴. Assim, a contribuição dos 'Critical Legal Studies' neste

³⁹ David Kennedy, 'New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance', (1997) Utah 545, 594.

⁴⁰ Sobre funcionalismo, ver capítulo 10 deste manual.

⁴¹ Ver Michele Graziadei, 'The functionalist Heritage', em Pierre Legrand e Roderick Munday (eds), *Comparative Law. Traditions and*

⁴² Ugo Mattei, 'The Comparative Influence of Schlesinger and Sacco. A Study in Legal Influence', em Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001), 238.

⁴³ Rudolf B. Schlesinger, 'Formation of Contracts. A study on the Common Core of Legal Systems'; conduzida sob os auspícios dos princípios gerais do projeto de direito da Faculdade de Direito da Universidade de Cornell (2. vols. 1968).

⁴⁴ Rodolfo Sacco, 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law', (parte I) (1991) 39 AJCL 1; (parte II) (1991) 39 AJCL 343.



aspecto pode ser mais convencional do que seus adeptos novatos estão dispostos a reconhecer em suas buscas acadêmicas compulsivas por originalidade. É fato que a abordagem estruturalista mostrou ser uma arma poderosa nas mãos dos comparativistas críticos pertencentes ao *network* dos '*Critical Legal Studies*' e fora desta. Ao abandonar o princípio de unidade do direito, Sacco e sua escola demonstraram que 'regras' jurídicas são produtos da interação competitiva entre as múltiplos '*legal formants*'⁴⁵. A dissecação estrutural do direito de Sacco é o instrumento poderoso em vários aspectos. Ela lança luz sobre as lacunas, conflitos, e ambiguidades resultantes do choque entre os múltiplos '*legal formants*' que constituem a regra, e ilumina o papel da ideologia na reconciliação de '*formants*' conflitantes e na formação de resultados legais. Ao enfatizar a disjunção entre a regra jurídica e a justificação retórica para a regra elaborada por juristas profissionais, o estruturalismo de Sacco demonstrou notável similaridade com o contraste de Duncan Kennedy entre a paródia jurídica e a linguagem jurídica. Estas similaridades metodológicas óbvias entre estruturalismo comparativo e o trabalho dos '*Critical Legal Studies*' foram observadas na Europa⁴⁶ muito antes do *network* do direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' ter sido fundado em Harvard e lançado em Utah em 1996. Em particular, acadêmicos têm descrito a natureza pós-realista de ambas abordagens e eles têm examinado algumas das suas referências 'não jurídicas' comuns, especialmente linguísticas e antropológicas. Assim, não foi por acaso que um significativo contingente de europeus comparativistas (inclusive o autor) viajou pelo caminho que leva à cidade de Salt Lake para observar a primeira conferência comparativa dos '*Critical Legal Studies*'. Estes europeus se consideravam espíritos afinados, tentando se conectar com o movimento crítico emergente nos Estados Unidos.

Além do estruturalismo, outras abordagens têm desempenhado também um papel significativo na doutrina dominante do direito comparado. É bem verdade que,

⁴⁵ N.T. A expressão é neologismo de Sacco para designar a multiplicidade, a complexidade e as interações existentes nas estruturas do direito. Assim, o direito compreende, normas, decisões, doutrina, comportamentos dos juízes, entre tantos.

⁴⁶ Elisabetta Grande, 'Ai confine delle responsabilità (Prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato)', in *Rassegna Diritto Civile* (1995), 857-97; Giovanni Marini, 'Ipotesi sul metodo del diritto privato: Piccola guida alla scoperta di altri itinerari' (1990), *Rivista Critica di Diritto Privato* 343.



inter alia, para a análise estilística densa⁴⁷ do John H. Merryman que carregou a noção do estilo jurídico do Konrad Zweigert para além do contexto da taxonomia geral de famílias jurídicas. A análise de Merryman constituiu uma partida bastante radical do método de investigação sócio-funcionalista e forneceu *insights*⁴⁸ significativos para o projeto comparativo dos 'Critical Legal Studies'. Em particular, o conceito do 'estilo jurídico' (e muitas variações sobre esta ideia básica, tal como a *mentalité*) pode ser considerada o ancestral do conceito crítico da 'consciência jurídica'. Englobar este conceito é tão crucial para o autorretrato dos membros do *network* dos 'Critical Legal Studies' como aderir à abordagem dos 'legal formants' é para os membros da escola de Sacco.

Finalmente, mesmo os comparativistas críticos dos 'Critical Legal Studies' não podem negligenciar que a análise histórica-comparativa foi parte da doutrina dominante do direito comparado muito antes dos 'Critical Legal Studies' entrarem em cena. Esta análise gerou uma série de estudos já clássicos sobre a formação e o desenvolvimento dos sistemas jurídicos europeus⁴⁹ e forneceu o material para a teoria de transposições de Alan Watson⁵⁰ para o qual nós voltaremos em um instante. Assim, quando os acadêmicos dos 'Critical Legal Studies' produziram seus próprios estudos sobre a contingência histórica e sensibilidade em relação ao direito bem como o desenvolvimento destes ao longo do tempo, eles realmente não transcenderam a doutrina hegemônica da disciplina e sim a enriqueceram – geralmente com uma necessária tomada crítica.

3 CRÍTICAS DAS TRANSPOSIÇÕES E RECEPÇÕES

Assim como os comparativistas dos 'Critical Legal Studies' deslocaram-se a partir do conceito tradicional de 'estilo jurídico' para a noção de 'consciência jurídica',

⁴⁷ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essay in Foreign and Comparative Law* (1999).

⁴⁸ N.T Entenda-se insight por perspectiva, visão ou mais informalmente: 'sacada'

⁴⁹ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2ª, 1985); Alan Watson, *The Making of the Civil Law* (1981); R.C. Van Caenegem, *European Law in the Past and in the future: Unity and Diversity over Two Millennia* (2001); *idem*, *An Historical Introduction to Private Law* (1992); Gino Gorla, *Il Contratto* (2.vols, 1955).

⁵⁰ Ver Alan Watson, *Legal Transplants* (1974): nesse tópico ver Graziadei, Capítulo 13 deste Manual. Lopes Medina (n 12).



eles também tendem a substituir a ideia de ‘transposições jurídicas’⁵¹ – que tornou-se parte do vocabulário geral dentro da doutrina dominante⁵² – por neologismos que pretendiam enfatizar vários fenômenos ocorridos no processo de transferência do direito de um contexto para o outro. Enquanto o paradigma das transposições jurídicas do Alan Watson recebe o crédito por um dar um golpe completo no funcionalismo, e é por fim considerado inadequado para capturar a complexidade do fenômeno da exportação/importação jurídica. A fim de superar as deficiências da noção das transposições jurídicas explicando a circulação de ideias jurídicas, os seguidores comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ voltam-se para outras disciplinas, principalmente teorias literárias e linguísticas a partir das quais eles tentam derivar novos mecanismos heurísticos.

Termos como ‘globalização’⁵³, ‘productive misreadings’^{54/55} e interpretações⁵⁶ são utilizados para efetuar o deslocamento de paradigma nas teorias de mudanças jurídicas que são capazes de contabilizar domínio e disparidade de poder. Alguns elementos das críticas dos ‘*Critical Legal Studies*’ são novos, enquanto outros se parecem com noções já estabelecidas há tempo. Por exemplo, comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ compartilham com outros críticos a ideia de que a metáfora das transposições jurídicas é pré-realista, focada exclusivamente em prestígio, acidentes históricos, inércia, características internas da profissão jurídica, e assim, obliteram a relação entre direito e fatores políticos externos, sociais e econômicos⁵⁷. Não há muita novidade na ideia dos ‘*Critical Legal Studies*’ que própria noção da ‘transposição’ obscurece o criativo e, muitas vezes bastante original, remodelamento

⁵¹ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

⁵² Ver William Ewald, ‘Comparative Jurisprudence (II). The Logic of Legal Transplants’, (1995), 43 *AJCL* 489.

⁵³ Duncan Kennedy, ‘The two Globalization of Law and Legal Thought 1850-1968’, (2003) 36 *Suffolk University LR* 631.

⁵⁴ NT. No contexto do livro de Antonino D’Angelo, *Good morning America*. Na abordagem do pluralismo jurídico, o discurso do direito é afetado por vários outros discursos.

⁵⁵ Lopez Medina (n 12).

⁵⁶ Maximo Langner, ‘From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of The Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure’, (2004), 45 *Harvard International LJ* 1.

⁵⁷ Ver Rudolf B. Schlesing, Hans W. Baade, Peter E. Herzog e Edward M Wise, *Comparative Law*, já na quinta edição edn (1998).



do elemento transplantado no contexto recebido⁵⁸. Ainda, tanto a noção de 'productive misreadings' e quanto a ideia de traduções enfatizam corretamente o efeito transformador criativo das recepções.

Em particular, a ideia da leitura equivocada (um fenômeno similar ao que é conhecido em alguns círculos de não seguidores como 'recepção acústica'),⁵⁹ é explorada de diversas formas e é muito debatida dentro do *network*. Por exemplo, foi sugerido recentemente que a ênfase excessiva no poder transformativo da leitura periférica equivocada pode esconder em si mesma um padrão de dominação⁶⁰. Certamente é uma contribuição importante enfatizar o fato (em linha com alguns antropólogos)⁶¹ de que o paradigma do Watson falha em capturar a complexidade das relação de poder desigual entre o centro metropolitano, a semiperiferia, e a periferia colonial⁶². Aqui, os comparativistas seguidores dos 'Critical Legal Studies' desenvolveram um conhecimento mais complexo de produção e recepção⁶³. Esse entendimento tem ganhado agora uma considerável aceitação internacional. Aplicações importantes desta ideia incluem o trabalho de Shalakani sobre o código civil egípcio⁶⁴ de Sanhuri e o ensaio de Duncan Kennedy sobre 'Two Globalizations'⁶⁵.

⁵⁸ Novamente esta crítica dificilmente pode ser considerada totalmente nova. Dentre os não seguidores dos comparativistas críticos, estas observações já existem há um tempo. Ver por exemplo Elisabertta Grande, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione del modelli* (2000).

⁵⁹ Ver a variedade de tais usos no A. D'Angelo (ed), *Good Morning in America* (2003).

⁶⁰ Arnulf Becker Lorca, 'International Law in Latin America or Latin- American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a 'Tradition'', (2006) 47 *Harvard International LJ*, 283.
Ver Kennedy, (2003) 36 *Suffolk University LR* 631.

⁶¹ Ver Sally Falk Moore, 'An international Legal Regime and the Context of Conditionality' em Michael Likosky (ed), *Processos Legais Internacionais* (2002), 333-76.

⁶² Por exemplo, a 'Globalização' do pensamento jurídico clássico foi uma 'combinação de influências dentro do sistema de nações Estados autônomos ocidental o imperialismo amplamente concebido'; Kennedy, (2003) 36 *Suffolk University LR* 640.

⁶³ As ideias subjacentes foram plenamente desenvolvidas pelo jurista colombiano Lopez Medina (n 12) quem distinguiu entre contextos de produção 'hermeneuticamente' ricos e contextos de recepção 'hermeneuticamente' pobres.

⁶⁴ Amr Shalakany, 'Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise', (2001) 8 *Islamic Law and Society* 201.

⁶⁵ Ver Kennedy, (2003), 36 *Suffolk University, LR* 631.



4 EXPLORANDO A 'CONSCIÊNCIA JURÍDICA'

Como mencionado anteriormente, uma atividade importante dos comparativistas críticos consiste em explorar a estrutura e operação de diferentes formas do que eles chamam de 'consciência jurídica'. Naturalmente, como sugerido, noções de estilo, *mentalité*, ou sensibilidade, emprestadas dos antropólogos e outros cientistas sociais, tem um *pedigree* distinto mesmo nos trabalhos da doutrina tradicional. Não obstante, acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' têm desenvolvido teorias e ideias de 'consciência jurídica' a grau elevado. Uma breve descrição destas teorias e ideias permitirão ao leitor julgar a originalidade destas por si próprio.

A noção de consciência jurídica refere-se a um conjunto de premissas sobre características latentes da ordem jurídica, especialmente a experiência histórica do processo jurídico, os aparatos institucionais, e os instrumentos conceituais elaborados pelos advogados, juízes e comentadores. Um número destas premissas compartilhadas está tão embutido na cabeça dos atores que são raramente reconhecidas e tentem a operar – na terminologia estruturalista- como criptotipos⁶⁶. Portanto, consciência jurídica é um conjunto de crenças mantida pela profissão jurídica como um grupo social. Até certo ponto, ela opera independentemente, ou com relativa autonomia, a partir de interesses econômicos e sociais concretos. Tal autonomia, contudo, é relativa no sentido de que a estrutura peculiar e a operação de certo modo de consciência jurídica são inteligíveis somente no contexto de padrões mais amplos de pensamento social e ação⁶⁷. Assim como seus colegas comparativistas tradicionais engajados no estudo de transposições e mudança jurídicas, advogados comparatistas dos '*Critical Legal Studies*' estão mais interessados em analisar como diferentes modos de consciência jurídica emergem, operam, e movimentam-se. Por exemplo, o ambicioso esforço do líder do *network* que consiste na análise do projeto 'Three Globalizations'⁶⁸ é uma varredura sobre a

⁶⁶ Sacco, (1991) 39 AJCL 1.

⁶⁷ Duncan Kennedy, 'The Rise and Fall of Classical Legal Thought' (Faculdade de Direito de Harvard, no arquivo com o autor).

⁶⁸ Até agora somente a discussão sobre as primeiras duas globalizações foram publicadas. Ver Kennedy, (2003) 36 Suffolk University LR 640.



circulação dos diferentes modos transnacionais de consciência. Aqui, 'Pensamento Jurídico Clássico' e 'O Social' são concebidos não somente como dois estilos subsequentes de doutrina jurídica mas também como formas transnacionais de pensamento, produzindo fragmentos em diferentes sistemas de direito europeu continental e de países que adotam o *common law* fornecendo vocabulários conceituais, esquemas organizacionais, formas de argumentação e argumentos característicos. Dentro do *network*, estudos agora exploram a operação da consciência jurídica em sistemas estrangeiros e expõem a autocrítica destes sistemas; o respectivo estudo sobre a França tornou-se quase clássico⁶⁹, e há também uma linha importante da doutrina que lida com a China e o Japão⁷⁰. O estudo dos Juristes Inquiets, por exemplo⁷¹, desafia a imagem dominante do sistema jurídico francês como formal e positivista ao enfatizar a existência e complexidade da vibrante tradição crítica na França; por fim, a análise mostra que a natureza unitária e sistemática da école de l'exégèse⁷², é, na maior parte, resultado das projeções dos acadêmicos antiformalistas franceses⁷³. Aqui, o exame minucioso de um sistema jurídico diferente, no qual a tradição é quase que inventada por acadêmicos subsequentes, é empregado como um instrumento poderoso para questionar o sistema do próprio observador, nos quais o fenômeno similar deve ter sido produzido por realistas do Direito nas suas avaliações (estereotipadas) do formalismo jurídico.

⁷⁴ Deve-se notar que uma função muito similar do direito comparado foi sugerida no cânone estruturalista do 'Theses of Trent'⁷⁵. Novamente, a questão da ruptura *versus* continuidade entre a doutrina dominante e a doutrina comparativa dos 'Critical Legal Studies' permanece em aberto.

⁶⁹ Michael de S-O-I'E. Lasser, 'Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System' (1995) 104 Yale LJ 1325.

⁷⁰ Ver Teemu Ruskola, 'Legal Orientalism', (2002) 101 Michigan LR 179; Annelise Riles The Network inside Out (2003).

⁷¹ Marie Claire Belleau, 'The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth Century France', (1997) Utah LR 379.

⁷² NT. Escola da exegese.

⁷³ Pode-se achar observações similares no trabalho da escola exegética de Carlo Augusto Cannata e Antonio Gambaro, Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea (1983).

⁷⁴ Engle, (1997) Utah LR 366

⁷⁵ Ver Grande, Capítulo 3 do presente Manual.



5 OUTRAS ÁREAS DE ATIVIDADE E CONTEXTOS DA CRÍTICA

Os tópicos explorados acima não constituem um resumo compreensivo da doutrina do direito comparado dos *'Critical Legal Studies'*, mas realçam apenas algumas das mais importantes áreas. Uma pesquisa mais exaustiva não é possível neste texto. Basta mencionar brevemente três outros aspectos do direito comparado dos *'Critical Legal Studies'*: o esforço de superar a perspectiva tradicional centrada no Ocidente; o exame da interface entre direito comparado e internacional; e a exploração dos 'lados escuros' de um fenômeno particular que usualmente é visto sob uma luz positiva inquestionável.

A doutrina dominante do direito comparado e a sua taxonomia têm sido frequentemente acusadas de serem muito centradas na perspectiva do Ocidente⁷⁶. Comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* não só se juntaram à crítica mas também tentaram estabelecer uma perspectiva global genuína ao ampliar o escopo da análise comparativa tanto horizontalmente como verticalmente. Eles olham para o Oriente e para o Sul e estão preocupados com a interação dos múltiplos níveis de regulamentação, por exemplo, em nível nacional *versus* internacional. Em dimensão horizontal, eles enfraquecem o mito de que a tradição jurídica ocidental é coerente ou única, desvendando raízes não ocidentais, por exemplo, 'ao reconstruir' múltiplas 'imaginações jurídicas' não romanas⁷⁷. Além disso, eles exploram como o etnocentrismo do direito comparado tradicional construiu um conjunto completo de binários opostos (não só Ocidente *versus* Oriente, mas também Nós *versus* Eles e Aqui *versus* Alí) por meio de uma cuidadosa política de similaridades e diferenças. Em tudo isso, a influência das ideias antropológicas tradicionais é evidente. Na dimensão vertical, os comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* buscam dissecar a coerência e a unidade dos sistemas jurídicos, enfatizando o pluralismo, a interlegalidade e a policentricidade jurídicas. Nisto, eles novamente compartilham com outros comparativistas uma variedade de abordagens que apropriam-se e adotam instrumentos sofisticados de pesquisa social⁷⁸.

⁷⁶ Ver Ugo Mattei, 'Three patterns of Law. Taxonomy and Change in the World's Legal Systems', (1997) 45 AJCL 5.

⁷⁷ Arnulf Becker Lorca, 'Mestizo International Law' (Escola de Direito de Harvard, em arquivo com o autor).

⁷⁸ Ver Mauro Bussani, "'Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems', (2000) 1 ERPL 83 ff.



Outra área interessante da crítica dos '*Critical Legal Studies*' envolve a exploração do relacionamento tenso entre os comparativistas e seus colegas juristas internacionalistas. David Kennedy investigou o papel que os comparativistas, como 'especialistas jurídicos na diferença', desempenham no amplo projeto de governança pública e privada⁷⁹. Ele sugeriu que os internacionalistas e comparativistas têm mais em comum do que eles próprios imaginam: eles lidam fundamentalmente com o mesmo problema crucial – o problema da 'ordem acima dos Estados e o entendimento entre as culturas'. Comparativistas percebem-se como preocupados com cultura e conhecimento, mas atribuem aos internacionalistas o terreno da 'política mundial'. Contudo, caso se considere ambos os grupos como modelos e rivais em um projeto de governança cosmopolita, eles enfrentam e gerem essencialmente os mesmos receios e tentações. A diversidade da circunscrição do *network* dos '*Critical Legal Studies*' e o atual colapso das fronteiras disciplinares deixou claro que nós precisamos repensar no relacionamento entre direito comparado e direito internacional. – aliás uma visão amplamente compartilhada também pelos acadêmicos que estão fora do *network*⁸⁰.

Tudo isso traz à mente que a lição ensinada pelo então Richard Schlesinger quem mostrou como as diferenças e analogias no direito são questões de ênfase, que mudam ao longo do tempo, espaço e política. À luz desta doutrina, a descrição dos comparativistas como 'especialistas na diferença' é claramente insuficiente.

Finalmente, alguns comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' buscam lançar luz sobre os lados negros do fenômeno que têm sido vistos tradicionalmente de uma forma muito positiva. Esta hermenêutica da suspeita pode ser muito revigorante em um campo que tem se regozijado com muita frequência na retórica autocongratatória (ou, que tem sofrido do 'Complexo Cinderela', se preferir este ponto de vista) Por exemplo, o importante estudo sobre a descrição da América Latina de René David, do autor Jorge Esquirol, mostra o lado escuro da abordagem sócio – histórica e antiformalista do David⁸¹. Quando aplicado no contexto latino-americano, o método antiformalista de David com sua ênfase na integração social e material do direito termina servindo ao projeto neocolonial da democracia liberal. De

⁷⁹ Kennedy, (2003) 36 Suffolk University LR 577.

⁸⁰ Ver Mathias Reimann, 'Beyond National Systems. A Comparative Law for the International Age', (2001) 75 Tulane LR 1103.

⁸¹ Esquirol, (1997) Utah LR 425.



um modo similar, o movimento dos Direitos Humanos tem sido submetido ao escrutínio crítico. Se visto pragmaticamente e comparativamente, a agenda dos direitos humanos é marcada não só por características humanitárias, progressivas e emancipatórias, mas também por deficiências, distorções e perigos⁸². Em uma vertente similar, a ideologia dos direitos ocidentais mostra o seu lado escuro bem como se fosse aplicada àqueles que carecem de todo o poder⁸³. Interessantemente, estas mesmas questões foram colocadas no centro do diálogo entre os comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* e a doutrina dominante no encontro anual da Sociedade Americana do Direito Comparado em Ann Arbor no outono de 2004.

IV CONCLUSÕES: A AMISTOSA CRÍTICA DA CRÍTICA

Ao resumir esta pesquisa de selecionadas questões e materiais, nós precisamos avaliar a atual contribuição política e acadêmica da abordagem dos *'Critical Legal Studies'* para o direito comparado. Até agora, o encontro entre o direito comparado e os *'Critical Legal Studies'* provou ser produtiva e seu potencial está longe de estar esgotado. Paradoxalmente, pode-se considerar o encontro entre os comparativistas mais tradicionais e os *'Critical Legal Studies'* como o subproduto contra- hegemônico do estado hegemônico do direito americano presente. Afinal, no centro do *network* dos *'Critical Legal Studies'*, o direito comparado é realizado por poderosas estrelas acadêmicas cujos trabalhos desfrutam de atenção internacional, pois atuam em centros acadêmicos de prestígio, tais como a Faculdade de Direito de Harvard e outras instituições de elite que reproduzem hierarquias acadêmicas. Devido ao poder e prestígio destas, o direito comparado, que por outro lado foi relegado a contextos periféricos e semiperiféricos, de repente se torna um tema muito debatido⁸⁴. Ainda, a crítica também constrói a doutrina dominante nas formas

⁸² David Kennedy, 'The international Human Rights Movement: Part of the Problem?' (2002) 15 Harvard International LJ 101.

⁸³ Ver Obioma Nnaemeka, 'If Female Circumcision Did not Exist Western Feminism Would Invent it', in Susan Perry and Celeste Schenck (eds), *Eye to Eye. Women Practicing Development Across Cultures* (2001), 179. Para 'specialist in difference' abordagem sobre este assunto seguindo a lição integrativa do Rudolf B.Schlesinger, ver Elisabetta Grande, 'Hegemonic Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective', (2004) 4 *Global Just Frontiers* art 3.

⁸⁴ Ver Ugo Mattei, 'A Theory of Imperial Law. A Study on U.S Hegemony and the Latin Resistance', (2002) 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 404.



simplificadas e monolíticas que obliteram as nuances complexidades, e a variedade de vozes. Isto não só oculta a complexidade do alvo sob o ponto de vista mundial, mas também se arrisca – ironicamente- a capacitá-lo. Mas, apesar do pecado original de lançar uma crítica contra-hegemônica de um centro acadêmico altamente hegemônico, a criação do *network* dos '*Critical Legal Studies*' inegavelmente tem o seu mérito: institucionalizou o encontro entre os '*Critical Legal Studies*' e o direito comparado e assim passou a agenda jurídica progressista das críticas para um nível global.

Não obstante, deve-se questionar sobre a natureza contra-hegemônica do *network*, isto é, sobre a própria possibilidade e eficiência do projeto comparativo esquerdista e crítico a partir de uma perspectiva geopolítica. De fato, o *network* de comparativistas críticos centralizado em Harvard pode ser visto ainda como mais um exemplo em que uma metrópole forte (aqui: acadêmica) coloniza contextos culturais mais fracos.

Em outras palavras, pode-se questionar a ambição fundamental do projeto dos '*Critical Legal Studies*': pode-se realmente resistir à hegemonia de uma posição altamente privilegiada no centro do mundo ocidental?

Assim como glosadores e comentadores de Bolonha, os humanistas de Montpellier, os juristas jusnaturalistas de Salamanca, e os juristas romano-neerlandeses de Leyden, acadêmicos dos '*Critical Legal Studies*' conseguiram divulgar suas mensagens de um lugar notavelmente influenciador. O direito comparado dos '*Critical Legal Studies*' é, por fim, o produto da elite esquerdista nascida e criada em Harvard, a Meca da cultura acadêmica ocidental. É bem verdade que este tem atraído considerável poder intelectual de acadêmicos não ocidentais, mas mesmo estes geralmente provêm de círculos elitizados e são frequentemente seduzidos a se tornarem parte da academia estadunidense de direito. Dada a complexa estrutura da nova ordem mundial política, econômica e cultural⁸⁵, um projeto crítico que atua do centro metropolitano hegemônico é facilmente suscetível de cooptação e neutralização pelas mesmas forças às quais

⁸⁵ Visto como a forma global revivida do imperialismo. Giovanni Arrighi, 'Hegemony Unravelling', (2005) 32 *New Left Review* 23, or a novel rhizomatic, de-territorialized and de-centered (though US-inspired) modelo f sovereignty, Antonio Negri and Michael Hardt, *Empire* (2000).



procura se opor. A verdadeira resistência, pode-se afirmar, pode vir somente por opressão, não por privilégio. Dificilmente pode se esperar isto dos comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* os quais desfrutam de privilegiados modelos de carreira tradicionais e usam os canais elitizados de publicação. Outrossim, os mentores dos *'Critical Legal Studies'* demonstraram pouca preocupação pelas consequências da fuga de cérebros que eles orquestraram às custas dos países menos privilegiados e pela necessidade de criar modelos alternativos de comunicação acadêmica. Outros membros do *network*, contudo, fizeram indiscutivelmente sérias contribuições para o projeto contra-hegemônico ao retornar e depois atuar em contextos subordinados⁸⁶.

Mesmo observadores que se simpatizam com a posição política geral e crítica dos comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* podem questionar sobre o espírito negativo e o caráter perigosamente autoindulgente do exercício pós-modernista crítico que é tão comum nesta sede metropolitana. Pelo menos em tempos, a abordagem dos *'Critical Legal Studies'* assume características de um mero, *divertissement*, desempenho ultra-teórico pelos acadêmicos; tais jogos, contudo, podem facilmente se deteriorar em mero estetismo e implicar no risco de que toda luta política séria será abandonada.

Especialmente na escolha de seus instrumentos e formas literárias, comparativistas dos *'Critical Legal Studies'* exibem um admirável ecletismo, apropriando-se a diferentes gêneros e muitas vezes cruzando fronteiras disciplinares. Um estudo já clássico, por exemplo, apresenta um retrato não oficial de um juiz francês por meio da utilização de lentes de críticas literárias, emprestadas de fontes díspares como o formalismo russo e o pós-estruturalismo francês⁸⁷. É bem verdade que estilo incomum pode liberar energia crítica valiosa, mas pode também perder contato com as preocupações políticas subjacentes. Muito facilmente, a crítica pode passar de um meio para um fim (político) em um exercício em si mesmo. Portanto, em algumas ocasiões, autores dos *'Critical Legal Studies'* usam uma

⁸⁶ Ver Lopez Medina (n 12). Ver também críticos africanos n 15. Kang'hara, por exemplo publica na coluna de um periódico diário em Nairobi.

⁸⁷ Michael de S-O-I'E. Lasser, 'Lit Theory Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse', (1998), m Harvard LR 689; idem, 'Comparative Law and Comparative Literature: A project in Progress', (1997) Utah LR 471.



linguagem teatral⁸⁸ carnavalesca, em outras, eles criam estruturas narrativas complexas e cheias de suspense⁸⁹.

Comparativistas dos '*Critical Legal Studies*' demonstram abertamente uma ironia para com a disciplina como um todo bem como uma atitude infelizmente condescendente com o que eles consideram uma percepção grandiosa e super ambiciosa das funções e dos objetivos da doutrina dominante. Mas, se uma agenda acadêmica busca ter um impacto político, ironia pós-modernista não é suficiente; ao invés disso, uma grande quantidade de trabalhos sérios deve ser realizada. Alguns destes trabalhos requerem um esforço político real por uma questão de libertar os elementos subordinados do mundo intelectual das presentes estruturas de dominação. Para ter certeza, a crítica deve ser o começo de tal tarefa. Mas, o direito comparado, em todas as formas, permanece como sendo um assunto de elite até que alguém lide seriamente com o problema de como dar voz aos extratos subordinados. Neste interim, práticas acadêmicas tal como o direito comparado ainda deverão ser avaliadas em termos acadêmicos.

Visto desta perspectiva, a institucionalização (ainda que informal) do *network* pode muito bem apresentar o lado escuro do potencial crítico da disciplina. Uma consequência quase invariável de tal institucionalização é que o respectivo grupo precisa produzir uma identidade, e esta necessidade, por sua vez, pode, de fato, produzir o cânone contra o qual a revolta é então direcionada. Isto pode facilmente levar à visualização avara e por atacado de toda uma tradição acadêmica, não obstante o fato de que muitos de seus membros compartilhem muitas das críticas da agenda política e acadêmica – talvez justamente por causa dos encontros precedentes entre estes críticos e os seus trabalhos. Assim, o processo requerido da criação da identidade leva várias contribuições do *network* dos '*Critical Legal Studies*' a ignorar trabalhos precedentes de acadêmicos não seguidores embora estes trabalhos possam estar totalmente em linha com a pesquisa dos próprios comparativistas dos '*Critical Legal Studies*'. Ao menos ocasionalmente, o resultado é a apropriação, e publicação sob o logotipo dos '*Critical Legal Studies*', de *insights*

⁸⁸ Frances Olsen, 'The Drama of Comparative Law', (1997) Utah LR 275.

⁸⁹ Frankenberg, (1985) 26 Harvard International LJ 411.



críticos que provêm de outro lugar e muito antes do surgimento dos ‘*Critical Legal Studies*’. Esta prática é em si mesma essencialmente uma forma de hegemonia.

Provavelmente o mais importante, alguns dos comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ retratam a doutrina hegemônica da disciplina de direito comparado, bem como os seus mestres, em forma de caricatura ao invés de tentarem compreender genuinamente as tensões e nuances nos trabalhos acadêmicos da doutrina tradicional. Pelo menos algumas das razões para este problema podem estar no uso extensivo de ideias antropomórficas dos comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’, tal como o ‘projeto’ ou ‘estratégia’; é quase irônico que estes termos estejam sendo aplicados para uma tradição acadêmica que além do mais nunca foi a corrente predominante.

Tudo isso sendo dito, permanece verdadeiro que os múltiplos projetos perseguidos pelos seguidores comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ ajuda a nutrir ceticismo na área, abrir espaço para crítica, e capacitar vozes alternativas. O escrutínio crítico constante focado em qualquer alegação de correção intelectual ou política é uma fonte de energia criativa e muitas vezes de alívio. Por exemplo, comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’ desafiaram o mito do direito comparado como uma linguagem universal. Jacques Derrida sugeriu que não haveria nenhuma arquitetura se a Torre de Babel tivesse sido concluída⁹⁰, somente a impossibilidade da torre, o símbolo logocêntrico ideal da linguagem universal, permite à arquitetura ter uma história. Em direito comparado, acadêmicos seguidores e escritores dos ‘*Critical Legal Studies*’ têm o potencial de elaborar tal história, mas eles devem reconhecer que apenas acariciar um ao outro no ombro é tedioso, tanto para a doutrina dominante como para os comparativistas dos ‘*Critical Legal Studies*’.

Ao final do dia, a contribuição genuinamente importante dos ‘*Critical Legal Studies*’ para o desenvolvimento do direito comparado, por meio do *network* e dos precedentes encontros, consiste não tanto em sofisticação teórica de alto nível, que pode facilmente acabar em mero autocongratulação; em vez disso, a contribuição mais importante do *network* para o direito comparado consiste em dois elementos: a

⁹⁰ Jacques Derrida, ‘Architetture dove il desiderio può arbitrare’ (April 1975) *Domus*, 671, reimpresso em G. Chiurazzi, *Il Postmoderno* (1999).



tentativa sistemática e coletiva de incluir tanto a dimensão do poder quanto a teoria da dominação, e o questionamento implacável dos lados escuros das agendas aparentemente emancipatórias e progressivas. Estas contribuições são ensinamentos que deverão permanecer.

REFERÊNCIAS

- GÜNTER FRANKENBERG, '**Critical Comparisons**': **Rethinking Comparative Law**', (1985) 26 Harvard International LJ 411.
- DUCAN KENNEDY, '**A Critique of Adjudication**' (**Fin de Siècle**) (1997)
- SYMPOSIUM: '**New Approaches to Comparative Law**', (1997) Utah LR 255.
- STEPHEN M. FELDMAN, **American Legal Thought from Pre - Modernism to Post - Modernism** (2000).
- HORATIA MUIR WATT, '**La Fonction Subversive du Droit Comparé**', (July – September 2000) 52 *Revue Internationale de Droit Comparé* 503.
- WILLIAM TWINING, **Globalization and Legal Theory** (2000).
- UGO MATTEI; ANNA DI ROBILANT, '**The Art and Science of Critical Scholarship: Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe**', (2001) 75 *Tulane LR* 1053-92.
- JACQUES DERRIDA, '**Architecture dove il desiderio può abitare**', (April 1975) *Domus*, 671, reprinted in G. Chiurazzi, *Il Postmoderno* (1999).
- LAURA NADER, **The life of the Law** (2001).
- ANNELISE RILES (ed) **Rethinking the Masters of Comparative Law** (2001)
- JANET HALLEY; WENDY BROWN, **Left Legalism/ Left Critique** (2002).
- TEEMU RUSKOLA, '**Legal Orientalism**', (2002), 101 *Michigan LR* 179.
- PIERRE LEGRAND; RODERICK MUNDAY, **Comparative Law. Traditions and Transitions** (2003).



CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE E DO DESENVOLVIMENTISMO¹

CONSTITUTION AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: PATHS TO SURPASS THE TRADITIONAL PERSPECTIVE OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW THROUGH THE PRINCIPLE OF FEASIBILITY AND DEVELOPMENT

Marco Aurélio Marrafon²

Ilton Norberto Robl Filho³

Resumo

A Teoria Constitucional contemporânea privilegia, a partir da concepção de Hesse, a busca por efetividade das normas constitucionais. Após a Constituição Federal brasileira de 1988, a doutrina jurídica brasileira desenvolveu relevantes reflexões, mas insuficientes para o adequado balizamento acerca da concretização das normas constitucionais, incidindo em argumentos negativos (reserva do possível) ou mesmo retóricos (p. ex. princípio da máxima efetividade). A incompletude teórica reside na valorização de instrumentos eminentemente jurídicos e processuais, porém sem a concessão do mesmo interesse sobre as garantias sociais e econômicas. Desse modo, este artigo sustenta que a adoção do princípio da factibilidade nos moldes propostos por Dussel e Hinkelammert dota a teoria constitucional de elementos analíticos mais adequados para efetivar a constituição. Ainda, os autores defendem o diálogo com a literatura do direito e desenvolvimento, a qual promove discussões sobre o Estado Constitucional que considera o referido princípio.

¹ Artigo recebido em: 02/03/2015, aprovação comunicada em 02/03/2015.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (graduação, mestrado e doutorado). Presidente Executivo da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR, com estudos doutorais na Università degli Studi Roma Tre – Itália. E-mail: <marco_marrafon@yahoo.com.br>.

³ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, com estudos doutorais na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (Canadá). Foi pesquisador Visitante do Max Planck em Heidelberg (Alemanha) e realiza pesquisa de Pós-Doutorado sobre Jurisdição Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: <ilton@abdconst.com.br>.



Palavras-chave: Teoria Constitucional; Efetividade; Factibilidade; Desenvolvimento.

Abstract

Contemporary constitutional theory privileges, drawing on the ideas of Hesse, the search for effectiveness of constitutional norms. After the Brazilian Federal Constitution of 1988, Brazilian legal literature developed relevant, albeit insufficient, reflections over adequate form of concretion of constitutional norms, citing negative (reserve of the possible) and rhetorical (principle of maximum effectiveness) arguments. The theoretical incompleteness resides in the valuing of strictly legal and procedural instruments without the concession of the same interest to social and economic guarantees. Thus, this paper argues that the adoption of the principle of feasibility in the manner proposed by Dussel and Hinkelammert gives constitutional theory more adequate analytical instruments to make the Constitution effective. Still, the authors defend the dialogue with the literature of law and development, which promotes discussions over the Constitutional State and Rule of Law that take in consideration the mentioned principle.

Keywords: Constitutional theory; Effectiveness; Feasibility; Development.

1 INTRODUÇÃO

A Organização do *Primer Seminario Internacional del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide*, sobre o tema *Derechos Humanos y Desarrollo: Diálogos Hispano-Brasileños sobre Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, propôs a seguinte pergunta para discussão: ainda serve dogmática tradicional dos direitos fundamentais para os problemas de eficácia? Este texto é uma versão ampliada e revista da apresentação realizada em outubro de 2014 no citado Seminário⁴.

Em primeiro lugar, não vamos desenvolver de forma direta a dogmática tradicional nos direitos fundamentais, e sim o papel da teoria da constituição na discussão e na busca por efetividade das normas jusfundamentais. Tanto a teoria tradicional da constituição como a teoria constitucional da efetividade desenvolvida no Brasil são parcialmente insuficientes para enfrentar o problema da efetividade dos direitos fundamentais. Defende-se a necessidade de aproximar a reflexão constitucional a) de categorias específicas da filosofia do direito (princípio da factibilidade); e b) do campo do direito e desenvolvimento.

⁴ O autor Ilton Norberto Robl Filho teve suas despesas para participação no evento custeados por bolsa de auxílio para participação de evento no exterior da CAPES.



Assim, a formação da teoria da constituição tradicional e os direitos fundamentais, levando em consideração principalmente a literatura tedesca, é objeto da seção II. Por sua vez, na seção III, analisa-se a teoria da constituição após o período de redemocratização e da ditadura militar brasileira de 1964-1985. O item IV apresenta o princípio da factibilidade e sua possibilidade de adoção nas reflexões constitucionais.

Na seção V, de outro lado, demonstra-se como as discussões de direito, instituições e desenvolvimento surgiram, assim como desenvolvem reflexões sobre o direito constitucional que considera, apesar de não citar expressamente, o princípio da factibilidade. Desse modo, o item V.1 apresenta algumas premissas teóricas e históricas do desenvolvimentismo, já a subseção V.2. enfrenta a contribuição desse campo no Estado Constitucional. Por fim, a seção VI formula as considerações finais.

2 FORMAÇÃO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO TRADICIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O campo específico da teoria da constituição surge com forte influência de categorias, problemas e institutos a partir das reflexões iniciadas nas décadas de 20 e 30 do século passado pela “Verfassungslehre” alemã. Nesse contexto, trabalhos de Herman Heller, Rudolf Smend e Carl Schmitt, apesar de apresentarem conceitos substancialmente diferentes, desenvolveram um conjunto de elementos que, de certa forma, unificavam as suas teorias como: i) buscar a compreensão sobre a crise do constitucionalismo liberal; ii) superar o positivismo jurídico e desenvolver uma teoria da constituição atenta ao momento constitucional e as mudanças sociais, políticas e econômicas do seu tempo; iii) construir uma teoria normativa da política a partir de uma “ciência do Estado”. (CANOTILHO, 2002, p. 1316-1317)

A obra de Loewenstein, por sua vez, propôs reflexões e revisões na teoria da constituição depois da Segunda Guerra Mundial e dos regimes totalitários. Nesse novo contexto histórico, observou-se uma aproximação da teoria da constituição dos debates da ciência política, em especial a americana, e inicia-se um processo de observação sobre a força normativa da Constituição. Karl Loewenstein publica em 1957 “*Political Power and the Governmental Process*” em língua inglesa. Em 1958,



foi publicada uma tradução do referido livro em alemão com outro título “*Verfassungslehre*” (Teoria da Constituição).

Especialmente, sobre os direitos fundamentais, afirmava Loewenstein (1983, p. 400-401) a impossibilidade de apenas reconhecer a titularidade das liberdades civis e políticas para os trabalhadores, impondo-se a regulamentação das relações de trabalho, o estabelecimento de salário mínimo, o direito à educação e outros direitos sociais. Mesmo observando a tensão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais, já que a concretização destes impõe alguma restrição naqueles, nota que a visão social de seu tempo requereria a concretização de valores individuais e sociais.

Ainda, uma democracia constitucional deve permitir igual acesso das ideologias rivais para os grupos pluralistas que buscam a aceitação dos eleitores e dos cidadãos. A construção democrática é pautada no livre debate de ideias para o desenvolvimento de uma opinião pública esclarecida. Sendo assim, há necessidade de liberdade de imprensa e de liberdade política, além de acesso relativamente igualitário aos meios de imprensa e divulgação das ideias dos grupos sociais e políticos, organizados principalmente em partidos. (LOEWENSTEIN, 1983, p. 418-419)

Por sua vez, a obra de Hesse produziu grande impacto na Teoria da Constituição. Em aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg em 1959 (MENDES, 1991, p. 05), o professor alemão Konrad Hesse insurge-se contra a tese de Ferdinand Lassalle (2001, p. 9-10), que, ao entender que a essência da Constituição se realiza como uma lei básica, suporte de validade de todas as outras leis e tipificada pela necessidade, defende que a Constituição formal (jurídica) não tem valor.

Em verdade, seriam os fatores reais de poder vigentes em determinado país que possuem a força ativa e irradiante de promover a organização social e a efetividade (ou não) dos direitos (LASSALE, 2001, p. 40). Nessa leitura, o texto normativo constitucional apenas será eficaz se reproduzir fielmente as normas não escritas que imperam na realidade social.

Opondo-se a tal concepção realista da Constituição, denegatória da autonomia do Direito e de sua força normativa em face das relações de poder,



Hesse propõe três questões fundamentais que, respondidas, trariam luz à questão. São elas:

1º) Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?; 2º) Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? 3º) Não seria essa força senão uma ficção necessária para o constitucionalista, que tentar criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? (HESSE, 2001, p. 1991, p. 11-12)

Ao respondê-las, Hesse reconhece a existência de condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Essas questões não podem ser analisadas isoladamente, sob pena de levar “quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”. (HESSE, 2001, p. 13)

Considerado esse condicionamento, o professor alemão propõe que entre as teses puramente formalistas ou exclusivamente realistas, há um terceiro caminho: a pretensão de eficácia. A partir dessa concepção, entende-se que toda Constituição possui uma essência que deseja ser realizada, respeitando-se as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. (HESSE, 2001, p. 13-14)

Desse modo, a pretensão de eficácia é elemento autônomo que vem associado às condições de sua realização e faz com que a Constituição não seja mera expressão do “ser”, mas constitua também um “dever ser”, o qual procura imprimir uma ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 2001, p. 15) A Constituição jurídica estabelece uma relação de coordenação com a realidade e sua força normativa reside na capacidade de realizar sua pretensão de eficácia.

Por isso, a Constituição formal deve converter-se em força ativa e impor tarefas, ainda que respeitando a situação histórica concreta e suas condicionantes. Essa força ativa depende da consciência geral em que esteja presente a “vontade de Constituição”, ou seja, a vontade de concretizar a ordem constitucional independente dos juízos de conveniências. (HESSE, 2001, p. 19)

Essa “vontade de Constituição” se origina, primeiro, na “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”. (HESSE, 2001, p. 19) Implica,



também, no entendimento de que essa ordem não é apenas legitimada pelos fatos, mas demanda um constante processo de legitimação e apenas será eficaz com o concurso da vontade humana. (HESSE, 2001, p. 19-20)

Nessa perspectiva, o desenvolvimento de forma ótima da força normativa da Constituição deve observar alguns pressupostos. Primeiro, ela será maior quanto mais o conteúdo corresponder aos elementos sociais, políticos e econômicos do presente. (HESSE, 2001, p. 20) A Constituição deve também possuir capacidade de maior adaptação às mudanças das condições fáticas, o que impõe que ela se limite a poucos princípios fundamentais e não se apoie apenas em uma estrutura unilateral, conciliando estruturas contrárias. (HESSE, 2001, p. 21)

Além do conteúdo, a práxis – entendida como “vontade de Constituição” compartilhada por todos os partícipes da vida constitucional – é decisiva para o desenvolvimento ótimo da sua força normativa (HESSE, 2001, p. 21-22). Essa vontade demanda sacrifícios para que haja o respeito à Constituição e impõe que sejam repelidos impulsos de reforma constitucional fácil, ainda que momentaneamente mais cômodos (HESSE, 2001, p. 22).

Também a interpretação contribui decisivamente na consolidação da força normativa da constituição. O intérprete deve buscar a melhor adequação do sentido das proposições normativas, observando as condições reais dominantes no contexto em que se apresenta. (HESSE, 2001, p. 22-23) Para Hesse (2001, p. 23), é importante que a interpretação mude quando haja mudança nas relações fáticas (mutação constitucional), respeitando, todavia, os limites estabelecidos pela proposição jurídica.

3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO APÓS O PERÍODO DE REDEMOCRATIZAÇÃO: O CASO BRASILEIRO E A BUSCA POR EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Contemporaneamente, a democracia constitucional encontra grande acolhida como ideal regulativo em muitos países e em especial nas sociedades democráticas ocidentais. Esse panorama é completamente diverso do contexto de reflexão de Loewenstein e Hesse. Apesar de observar na Alemanha na década de 50 um compromisso com a efetividade constitucional após o regime totalitário



nazista, ocorreu uma onda de governos autoritários na África, na América Latina e alguns países europeus (Espanha e Portugal), não se olvidando ainda da experiência brutal, principalmente para os direitos individuais e políticos, do socialismo real.

Os governos autoritários, em maior ou menor medida, mas sempre de forma intensa, violam os direitos fundamentais. Com o advento de constituições democráticas após regimes autoritários, o tema da efetividade de suas normas entre em pauta definitivamente e a influência das reflexões de Hesse é nítida.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a elaboração de importantes reflexões teóricas sobre a efetividade das normas de direitos fundamentais⁵. Conforme sustenta Ferraz Jr. (2008, p. 168), efetividade significa sucesso normativo, isto é, a prescrição normativa concretamente regulamenta a vida social. Especialmente no campo dos direitos fundamentais, é necessário analisar se os direitos individuais, políticos, sociais, culturais, difusos, individuais homogêneos são protegidos e promovidos, sendo realidade na vida de pessoas e de grupos.

Para promover a efetividade das normas constitucionais e, em especial, as normas de direitos fundamentais, há necessidade de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas⁶. As garantias sociais encontram-se satisfeitas quando o Estado e a sociedade concedem as condições materiais adequadas para os seus membros. Desse modo, há necessidade de geração de riqueza e sua distribuição. Na visão de Barroso (2009, p.120), trata-se de uma questão fática que precisa estar presente para que ocorra o pleno gozo e a efetivação dos direitos fundamentais.

De outro lado, as garantias políticas encontram-se na separação de funções entre os poderes (órgãos de soberania), assim como no controle e na interação recíproca entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse modelo institucional promove importante limitação do Estado e, por consequência, a concretização dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2009, p. 120)

⁵ Sobre a teoria constitucional da efetividade, cf. Barroso (1996).

⁶ O tema das garantias necessárias para a efetividade das normas de direito público em geral encontra-se em Jellinek, 1958, p. 637-642. Apesar de Barroso (2009, p. 119) inspirar-se na obra de Jellinek, os significantes garantias sociais, políticas e jurídicas possuem significados não totalmente semelhantes nas obras dos dois autores.



No entanto, são as garantias judiciais as mais valorizadas pela teoria da constituição da efetividade brasileira, pois se encontram mais próximas dos indivíduos na visão dessa teoria. Essa proximidade existe, já que, existindo violação do direito, pode o cidadão requer a proteção judicial ao seu bem jurídico violado. (BARROSO, 2009, p. 121-122)

A teoria da constituição da efetividade brasileira adequadamente valorizou a promoção dos direitos fundamentais por meio de ações judiciais. De outro lado, não aprofundou, pelo menos não na mesma intensidade, a) a reflexão sobre as garantias sociais e políticas; e b) não analisou de forma sistemática e profunda o impacto da judicialização dos conflitos na efetividade dos direitos fundamentais.

Assim nos parece que a adoção do princípio da factibilidade, conforme será exposto abaixo, pode produzir interessantes contribuições para a teoria constitucional da efetividade no Brasil.

4 O PRINCÍPIO FACTIBILIDADE E O INCREMENTO DA PRETENSÃO DE EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO

O princípio factibilidade é uma ideia emprestada da proposta apresentada por Enrique Dussel (2000) no livro *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão*. Nessa obra, o filósofo argentino elabora um consistente fundamento teórico para a conciliação entre as exigências de conteúdo material e validade formal na formulação normativa da ação ética.

Dussel verifica que o agir ético, o qual se encontra tradicionalmente no campo do “dever ser”, e suas normas sejam concretizados no mundo real, empírico, produzindo efeitos bons e úteis – daí a necessidade do terceiro princípio ou momento de realização ética – o da operabilidade ou factibilidade. Esse princípio pode gerar interessantes consequências no estudo da pretensão de eficácia da Constituição e sua justificação racional, já que diz respeito justamente à possibilidade ou impossibilidade do objeto prático da norma ética, regida pelas condicionantes econômicas e tecnológicas do ambiente em que é formulada (DUSSEL, 2000, p. 265).



Em sua leitura, Dussel recorre às formulações de Franz Hinkelammert. Este autor, ao constatar a incapacidade humana para alcançar conhecimentos perfeitos, afirma o princípio geral empírico da impossibilidade enquanto categoria das ciências sociais. (HINKELAMMERT, 1986, p. 171) Por outro lado, o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade, sendo os deveres ético-normativos exigíveis dentro dos quadros de factibilidade da ação proposta. (HINKELAMMERT, 1986, p. 18) Nas palavras de Hinkelammert (1986, p. 18):

qualquer imaginação da 'melhor sociedade possível' tem que partir da 'melhor sociedade concebível'. (...) *Por isso, o conteúdo do possível é sempre algo impossível, mas que dá sentido e direção ao possível, em cujo quadro se apresentam as valorações arbitrárias.* Ou seja, todo possível existe em relação a uma plenitude impossível, em referência à qual é experimentado e argumentado o quadro do possível.

A partir dessa base, Dussel defende que o princípio operabilidade/factibilidade trabalhe com uma racionalidade estratégica. Assim, a partir da consideração do horizonte ideal, pode-se enfrentar o problema da efetividade normativa a partir dos seguintes níveis de factibilidade: i) impossibilidade lógica; ii) possibilidade lógica: impossibilidade empírica; iii) possibilidade empírica: impossibilidade técnica (não factibilidade); iv) factibilidade técnica: impossibilidade econômica etc.; v) possibilidade econômica: impossibilidade ética; vi) possibilidade ética: princípio da operabilidade; vii) processo efetivo de realização; viii) consequências a curto prazo e longo prazo (institucionalidade); ix) processo de legitimação e coerção legal. (DUSSEL, 2000, p. 267)

Sem desconsiderar as diferenças e a necessidade de adequações das categorias, a análise desses níveis, ou melhor, dessas regras oriundas do princípio geral de factibilidade, inspira a delimitação de critérios a serem considerados em uma teoria da pretensão de eficácia da decisão em sede de jurisdição constitucional. Vejamos.

Com efeito, em atendimento ao primeiro nível (impossibilidade lógica), uma norma ou decisão constitucional, para ser eficaz, deve primeiro ser logicamente válida – do ponto de vista interno (não conter contradições performáticas) – e externo (coerência e consistência em relação à Constituição). Pelo segundo critério (possibilidade lógica: impossibilidade empírica), a decisão, ainda que lógica e



normativamente possível, não pode ser empiricamente impossível. Por exemplo, o direito à saúde é normativamente válido, mas não é empiricamente possível que uma decisão determine que pessoas não fiquem doentes.

Superadas as etapas iniciais, o terceiro critério (possibilidade empírica: impossibilidade técnica) impõe que a decisão seja tecnicamente possível. Por exemplo, não adianta, com base nas duas primeiras regras, condenar o Estado a tratar um paciente de doença grave – o que em tese é possível empiricamente –, mas o estado-da-arte da técnica médica não permite que o tratamento seja eficaz.

Imaginemos o caso de um cidadão portador do vírus HIV que tivesse proposto uma ação no ano de 1989, exigindo medicamentos que curem sua doença, quando a eficácia dos tratamentos ainda era muito rudimentar e duvidosa. Lembrando-nos de Hesse, a interpretação deve se adaptar às mudanças nos condicionamentos técnicos. Em relação ao exemplo do paciente portador de HIV, dez anos depois (1999), a mesma decisão seria possível com a evolução das técnicas de controle da doença com os coquetéis antirretrovirais.

O quarto critério (factibilidade técnica: impossibilidade econômica) diz respeito à superação da factibilidade técnica, mas limitação em face da impossibilidade econômica. Neste ponto, a interpretação da impossibilidade econômica deve ser restritiva e devidamente demonstrada.

Há que se considerar também – mais uma vez observando a exigência hessiana de adaptação às transformações nas condicionantes fáticas – que o desenvolvimento de novas tecnologias e métodos de produção, bem como as políticas estatais, pode levar ao barateamento dos produtos/medidas demandadas e permitir com que haja possibilidade econômica. Retomando o exemplo concreto do coquetel anti-HIV, ficou claro que a possibilidade de produção em massa dos medicamentos, aliada a medidas governamentais (quebra de patentes e produção de medicamentos em laboratório públicos), tornou possível superar a impossibilidade econômica de fornecimento universal aos cidadãos que dele necessitavam.

Por sua vez, a quinta regra (possibilidade econômica: impossibilidade ética), quando adotada na teoria do direito, parece indicar que mesmo uma norma válida, possível empírica, técnica e economicamente, pode, em situação muito excepcional, deixar de ser aplicada caso gere uma decisão insuportavelmente injusta. Desse



modo, transpassadas as inconsistências lógicas, empíricas, técnicas, econômicas e éticas, há necessidade de tornar operável (sexto critério - possibilidade ética: princípio da operabilidade) o parâmetro indicado como processo efetivo de realização (sétimo momento) importa em consideração do modo de efetivação da decisão.

De outro lado, as consequências em curto prazo e longo prazo (institucionalidade representativa do oitavo critério) vislumbram os efeitos de uma decisão constitucional de índole substancial no controle do orçamento público ou mesmo na estrutura de separação dos poderes. Por fim, o último critério (nova regra sobre processo de legitimação e coerção legal) traz à luz o problema da eficácia prática ante o caráter imperativo do Direito. Sobre o último critério, por exemplo, espera-se que a ordem judicial sobre concessão de remédios para portadores de HIV seja cumprida pelo reconhecimento de sua legitimidade e autoridade ou, de maneira anômala, pelos mecanismos de coerções legal e estatal, sob pena de configurar mera decisão figurativa, de caráter retórico-simbólico.

Essas diretrizes sedimentam a ideia da eficácia progressiva das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais e sociais (inclusive com cláusula de proibição de retrocesso), sem recair em falácias argumentativas que, através do culto de conceitos abstratos de “dever-ser jurídico”, acabam por ignorar a realidade e negar a efetividade a direitos constitucionalmente garantidos com base em argumentação vazia ou desprovida de qualquer comprovação empírica.

5 EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE NO CAMPO DAS INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO

5.1 Premissas Teóricas e Históricas

O campo de estudo denominado “direito e desenvolvimento”, mesmo sem fazer referência ou trabalhar com o referencial teórico expresso das obras de Dussel e Hinkelammert, realiza seus estudos a partir das considerações dos diversos estágios do princípio da factibilidade. Desse modo, o conhecimento e a discussão



com essa literatura é essencial para desenvolver com maior consistência da teoria da efetividade constitucional.

O tema do desenvolvimento desponta como um assunto próprio após a Segunda Guerra Mundial. Diversas foram as questões que auxiliaram no desenvolvimento deste tema. Como coloca Arndt (1987, p. 1-2), a questão do desenvolvimento não era posta de maneira autônoma pela literatura de ciências sociais. Apesar de o tema do desenvolvimento atualmente ser bastante interdisciplinar com estudos voltados para Cultura, Sociologia, Filosofia, Direito, Administração e Geografia, originalmente tratava-se de um tema por excelência Econômico.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, gradativamente o mundo vai sendo dividido politicamente em dois: capitalismo e socialismo. De certa forma, os estudos desenvolvimentistas surgem como uma resposta capitalista para a necessidade de crescimento dos países do terceiro mundo ou pobres⁷.

Em um primeiro momento, existiu dificuldade dos juristas serem integrados nos projetos desenvolvimentistas que seriam aplicados no Terceiro Mundo. Essa visão ocorria pela forte ênfase dada ao papel econômico, acreditando que as mudanças jurídicas seriam uma consequência das alterações econômicas. (TRUBEK; GALANTER, 2009, p. 128-129)

De outro lado, gradativamente a função do Direito para a construção do desenvolvimento começou a ser valorizada, sendo possível a inserção de juristas na efetivação desses projetos. Contemporaneamente, observar-se uma grande relevância dos estudos jurídicos no campo desenvolvimentista com reconhecimento de importantes elementos do princípio da facticidade em Douglas North.

Douglas North (1995), publica o artigo “The New Institutional Economics and Third World Development”. Nesse texto, são analisadas como as instituições produzem impactos negativos e positivos nas relações sociais.

⁷ Como bem coloca Bercovici (2005, p. 45), o tema desenvolvimentista foi precedido pela crise no pensamento marginalista principalmente a partir da crise econômica mundial em 1929. Ainda, o tema do desenvolvimento foi influenciado pelo substancial papel do Estado no pensamento de Keynes.



North (1995, p. 23) define as instituições como as normas que guiam as ações sociais, podendo essas normas serem formais ou informais. Estas são os costumes e autorrestrições individuais e aquelas as leis, os precedentes judiciais e os atos administrativos.

As instituições são construídas por organizações, que são definidas como um conjunto de indivíduos que buscam alcançar certos objetivos (NORTH, 1995, p. 23). Há diversos tipos de organizações como políticas, econômicas, sociais e educacionais. São exemplos das primeiras assembleias legislativas, das segundas empresas, das sociais igrejas e clubes e das últimas universidades e escolas.

Existem cinco proposições que apresentam questões essenciais das instituições: i) a interação entre instituições e organizações a partir da escassez de recursos e da competição é motor das mudanças institucionais; ii) as organizações continuamente investem no desenvolvimento de habilidades e na produção de conhecimentos, as quais modificam as instituições; iii) o quadro institucional informa as qualidades que são mais valorizadas; iv) as percepções das qualidades almejadas são construídas mentalmente pelos jogadores institucionais; e v) a partir do momento em que há o estabelecimento de instituições, essas instituições tendem como regra a permanecerem. (NORTH, 1995, p. 23)

Como nem todas as instituições são economicamente eficientes, há necessidade de alterar as que não são efetivas. Sobre o processo de reforma das instituições ineficientes, North (1995, p. 24-26) apresenta algumas considerações.

No processo de reforma institucional, é preciso alterar tanto as regras formais como as informais. Não basta alterar normas, precedentes e atos administrativos, devendo modificar principalmente as normas informais. Esse é o ponto que a maior parte das alterações desenvolvimentistas produzidas na América Latina falhou. Os reformadores desenvolvimentistas dos anos noventa do século passado, por exemplo, acreditavam equivocadamente que mudando as leis e os marcos regulatórios facilmente as instituições seriam modificadas. (NORTH, 1995, p. 25)

A grande questão é que ocorreram mudanças formais, mas que não foram substancialmente efetivadas em razão de as regras informais vigentes nos países reformados não estarem em conformidade com essas alterações. Tal fato deve-se a



implantação de transplantes de instituições que não guardam relação com os costumes e as diversas normas sociais informais vigentes nos países latino-americanos⁸. Nessas considerações teóricas e práticas do neoinstitucionalismo, há clara incorporação das importantes medições empírica, técnica e econômica do princípio da factibilidade, além da relevância de operacionalizar decisões e regras sociais e jurídicas sem desconsiderar a importância da coerção legal e institucional, que é o último momento do citado princípio.

5.2 Direito, Instituições e Desenvolvimento

Juristas, principalmente da tradição da “common law”, estabeleceram o campo do direito e desenvolvimento com contribuições das dimensões do princípio da factibilidade, as quais podem ser, após discussão e reflexão, caminhos interessantes para a teoria constitucional da efetividade. Nesse sentido, encontra-se a contribuição de Trebilcock e Daniels (2008), os quais são autores do livro “Rule of Law Reform and Development”, que versa sobre instituições fundamentais para a promoção do Império do Direito (“Rule of Law”) e do Estado Constitucional.

Como a proposta dos autores tem por objetivo trazer algumas análises para diversos países que se encontram dentro do paradigma do Estado Constitucional democrático contemporâneo, Trebilcock e Daniels (2008, p. 12-28) evitam trabalhar tanto com um conceito amplo de Império do Direito como com um conceito estreito. De outro lado, a visão de Trebilcock e Daniels (2008, p. 25-29) sobre o Império do Direito de Trebilcock e Daniels (2008, p. 25-29) incorpora as reflexões de Amartya Sen e as contribuições neo-institucionalistas de North.

No que se refere às concepções de Sen, há a defesa da proposta de que o desenvolvimento deve necessariamente ser um instrumento de ampliação da capacidade dos indivíduos e grupos, a qual significa a possibilidade de os seres humanos atuarem de forma autônoma e livre. Para que seja possível efetivar as capacidades são necessárias as liberdades políticas, as facilidades econômicas e as

⁸ Nas palavras de North (1995, p. 25), “The implication is that transferring the formal political and economic rules of successful Western market economies to Third World and Eastern European economics is not a sufficient condition for good economic performance. Privatization is not a panacea for solving poor economic performance”.



garantias de transparência⁹. Na concepção de Sen, são essenciais todos os momentos do princípio da factibilidade, já que há necessidade de possibilidade lógica, empírica, técnica e econômica para as capacidades, que promovem a autonomia ética das pessoas, sejam operacionalizadas e garantidas.

Sobre as influências da nova economia institucional, observa-se a importância do Império do Direito e do Estado Constitucional para a concretização de um ambiente social propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento. Ainda, há a importante questão de que não se pode levar em conta apenas as normas formais, sendo essencial a compreensão de como as normas informais regulam a vida em sociedade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 28-29)

Para observar se as instituições sociais e jurídicas auxiliam na efetivação das capacidades e no crescimento econômico, Trebilcock e Daniels (2008, p. 29-37) propõem um conjunto de valores que deveriam guiar o balanço acerca das instituições. Esses valores são reunidos em três grupos: valores processuais, valores institucionais e valores referentes à legitimidade.

Os valores processuais são compostos por transparência, previsibilidade, estabilidade e coercibilidade. A transparência é integrada pela necessidade de publicar e tornar acessível aos destinatários os atos normativos, assim como eles serem acessíveis aos cidadãos. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 29-30)

⁹ A proposta de Amartya Sen claramente auxilia na construção de uma Teoria Constitucional da Efetividade, concedendo especial ênfase na forma pela qual as garantias sociais auxiliam na efetivação de direitos fundamentais e da democracia. De acordo com Sen (2005, p. 19-20), “se as mulheres recebem alguns direitos, que não possuíam antes, através de um processo de reforma, isso pode parecer um desenvolvimento jurídico, e de certo modo é. E, no entanto, se o objeto do desenvolvimento jurídico é o dar às mulheres direitos que elas podem exercer, então este suposto desenvolvimento jurídico pode ser esvaziado, se as mulheres não conseguirem exercer de fato qualquer destes direitos em função, digamos, do analfabetismo. A própria ideia de desenvolvimento jurídico pode então, como neste exemplo, depender de características sociais ou econômicas [...]. Este é o ponto básico aqui. O desenvolvimento jurídico – para manter o exemplo inicial – não é constituído apenas pela lei que o sistema judicial formalmente aceita e declara. O desenvolvimento jurídico deve, constitutivamente, aperfeiçoar a capacidade das pessoas – sua liberdade – para exercer os direitos e as garantias associados com o progresso jurídico. Dada esta necessidade de integridade conceitual (neste caso, a necessidade de encarar o desenvolvimento jurídico não apenas em termos de legislação e leis, mas de liberdades efetivas e capacidades), todos os instrumentos que influenciam de maneira causal estas liberdades precisam ser levados em conta, ao avaliar o progresso no desenvolvimento de um sistema jurídico e judicial de sucesso”.



Também é necessário que as razões no processo de tomada de decisão e o próprio processo sejam públicos (não secretos). A publicidade também é essencial para as decisões tomadas pelos aplicadores do direito em geral. Nesse sentido, a transparência auxilia na efetivação da participação popular no controle e influência das instituições por meio da democracia deliberativa. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

A previsibilidade, por sua vez, impõe que os atos normativos e as decisões sejam efetivados de maneira previsível e consistente sem influências negativas da corrupção, da elite e de discriminações de gênero, etnia e religião. Já a estabilidade significa que importantes normas sociais com forte relevância social não podem ser alteradas frequentemente e de maneira súbita. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

Por fim, o último valor processual diz respeito à coercibilidade, a qual determina que as leis e os atos normativos necessitam ser garantidos pelo Estado, o qual por meio dos seus órgãos e agentes, principalmente o Judiciário, deve aplicar as sanções àqueles que descumprem as prescrições normativas. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

No que se aos valores institucionais, há a independência e a “accountability” (responsividade). Tratam-se de valores que necessitam ser avaliados de maneira conjunta, além de o conteúdo desses valores serem bastante controvertidos. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30-31)

Refletir sobre a independência é pensar a independência de quem frente a quem, além de analisar qual a função da independência. Sobre a “accountability”, deve-se colocar a questão de quais órgãos e pessoas possuem responsabilidade frente a que órgãos e pessoas, assim como quais são os critérios que permitem mensurar a responsividade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

Importante observar que a plena independência é um desejo irrealizável, não sendo ainda socialmente desejável. A total independência gera autoridades não responsáveis e tendentes ao autoritarismo (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30). Desse modo, a independência necessita ser acoplada à “accountability”.



A descrição sobre as características da independência institucional não é fácil, já que cada instituição específica possui questões peculiares sobre o tema da independência (Judiciário, Ministério Público, polícia e etc.). Ainda, a questão da independência depende de variáveis como história institucional, tradições jurídicas e sociais e peculiaridades culturais. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 31)

Apesar dessas questões, há grandes ideias que podem guiar o tema da independência institucional. Por exemplo, a independência judicial impõe que juízes e Tribunais devem julgar em conformidade com os fatos comprovados e o sistema jurídico posto, não sendo influenciados pelo poder de partidos políticos, pela coerção de grupos de poder e pelos benefícios ilícitos da corrupção. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 31)

No que se refere à “accountability” judicial, há a necessidade i) de juízes de primeiro grau poderem ter suas decisões contestadas nos Tribunais; ii) de existir análise disciplinar das ações dos magistrados; e iii) de um sistema de emprego eficiente de recursos e do tempo processual. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 32)

Sobre os valores referentes à legitimidade, nos Estados Constitucionais democráticos a legitimidade advém principalmente de regras, princípios, processos e instituições democráticas (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 34). Feitas essas ponderações, os autores analisam diversas instituições como o Judiciário a partir da independência, da “accountability” e da legitimidade.

Acerca da independência judiciária, ela tem sido posta como essencial para a “accountability” do Poder Executivo. A independência impõe que os magistrados apliquem as normas e o sistema jurídico para resolver os conflitos, agindo assim de maneira independente (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 61).

A liberdade de expressão dos juízes deve ser garantida assim como dos demais cidadãos, sendo fundamental a existência de condições para a concretização da jurisdição, a previsão de estabilidade no cargo para os juízes, a remuneração adequada e a existência de um processo de apuração disciplinar dos atos dos magistrados.

Também, a independência judicial impõe um processo de preenchimento dos cargos da magistratura que valoriza o mérito. A independência também impõe



um mecanismo de promoção funcional adequado com valorização meritocrática. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 62)

O judiciário também pode ter sua independência atacada quando não possui recursos adequados para o bom desenvolvimento das suas funções, necessitando submeter-se ao Executivo e ao Legislativo (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 63). Esse tema é muito importante, pois não basta a existência de recursos adequados, sendo imperioso que a alocação dos recursos seja feita eficiente e responsivamente.

A “accountability”, por sua vez, é dividida em operacional, de decisão e de comportamento. Sobre a “accountability” operacional, a principal questão versa sobre o número de casos julgados e o tempo despendido em cada processo.

Essa modalidade de responsividade impõe transparência nos diversos atos tomados pelos juízes e cortes como utilização de recursos e promoções (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 63). Corretamente, Trebilcock e Daniels (2008, p. 63) asseveram que apenas a independência financeira do judiciário não produz “accountability” operacional, sendo a inexistência dessa forma de responsividade um dos grandes problemas do judiciário latino-americano.

De outro lado, a “accountability” das decisões versa sobre a qualidade das decisões e das suas razões. Essa modalidade trata-se da mais difícil de ser alcançada. Há necessidade de as decisões e sentenças judiciais não serem influenciadas diretamente por outros poderes estatais ou sociais, assim como existir publicação e acesso ao processo de tomada de decisão. A participação das partes e interessados no processo de tomada de decisão judicial e possibilidade de revisão das decisões por meio de controle de constitucionalidade também fazem parte dessa modalidade de responsividade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 64)

A última modalidade de “accountability” prescreve que as condutas dos magistrados devem ser responsivas, evitando assim violação aos deveres dos magistrados, corrupção e exercício inadequado da jurisdição. Em diversos países, foram criados “ombudsmen” judicial e conselhos judiciais para exercer essa função.

Importante observar que a “accountability” é complementar ao tema da independência, mas esses valores encontram-se constantemente em tensão. Não é



diferente com as três modalidades de responsividade, as quais, apesar de se complementarem, são postas em constante conflito em diversas situações (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 65). Por fim, o judiciário deve ser visto como legítimo pelos diversos atores sociais. A independência e a “accountability” judiciais em muito auxiliam na obtenção da legitimidade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 67)

6 CONCLUSÃO

A doutrina constitucional da efetividade ocupou e possui lugar de destaque na compreensão das normas constitucionais e na busca por eficácia social dos seus comandos normativos. Originalmente, essa teoria constitucional, após o advento da Constituição Federal de 1988, concedeu ênfase nas garantias jurídicas e processuais na concretização das regras, princípios e valores constitucionais.

Sem desconsiderar a importância das garantias processuais, devem ser analisadas as garantias sociais e econômicas elementares na efetividade dos comandos constitucionais. Nesse sentido, o princípio da factibilidade com seus nove momentos enriquece teoricamente o debate, além de orientar a prática constitucional de forma mais adequada.

Não restam dúvidas de que as questões lógicas, empíricas, econômicas, técnicas e éticas não podem, em absoluto, ser desconsiderados na concretização constitucional. Ainda, a operação de tornar as decisões constitucionais reais, cerne do princípio da factibilidade, toma em decisão os impactos da atuação estatal e social, assim como as medições institucionais, legais e coercitivas.

Apesar de o campo do direito e desenvolvimento não fazer menção explícita ao princípio da factibilidade, autores como North, Sen, Trebilcock e Daniels desenvolvem suas reflexões sobre o Império do Direito e o Estado Constitucional a partir da observância das regras do citado princípio. Desse modo, novos caminhos da teoria constitucional da efetividade podem ser construídos em debate com essa literatura.



7 REFERÊNCIAS

- ARNDT, H. W. **Economic development: the history of an Idea**. Chicago: University of Chicago, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Tradução Ephraim Ferreira Alveset al. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica da razão utópica**. São Paulo: Paulinas, 1986.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. Mexico DF: Continental, 1958.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- NORTH, Douglas. The new institutional economics and third world development. In: HARRIS, J. et al (eds.). **The new institutional economics and third world development**. London: Routledge, 1995, p. 17-27.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- TREBILCOCK, Michael J.; DANIELS, Ronald J. **Rule of law reform and development: charting the fragile path of progress**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2008.
- TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro**. Tradução de Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-184.



TRENDS AND NATURE OF THE NEW REGIONALISM: THE SO CALLED REGIONALISM OF THE 21ST CENTURY AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT¹

TENDÊNCIAS E NATUREZA DO NOVO REGIONALISMO: O DENOMINADO
REGIONALISMO DO SÉCULO XXI E O INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO DIRETO

Ana Carolina C. Hohmann²

Abstract

The following paper aims to examine the so-called “21st Century Regionalism”, as a new wave of regionalism following the 20th century models, focusing on deeper disciplines than the traditional – tariffs and trade barriers, which might be outdated or, maybe, unable to respond to the present century needs. Also, shall be briefly analyzed the influence of such New Regionalism in encouraging foreign direct investment, especially in developing countries, in order to foster development and economic growth.

Keywords: New regionalismo; Foreign Direct Investment; Development; Globalization.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo examinar o denominado “Regionalismo do Século XXI”, como uma nova onda de regionalismo, em relação aos modelos do século XX, e que foca em disciplinas à frente daquelas típicas do regionalismo tradicional – tarifas e barreiras comerciais, o qual talvez já esteja ultrapassado e incapaz de responder às necessidades do presente século. Ainda, analisar-se-á brevemente a influência desse Novo Regionalismo na receptividade do Investimento Estrangeiro Direto, especialmente nos países em desenvolvimento, para o estímulo do desenvolvimento e crescimento econômico.

Palavras-chave: Novo regionalismo; Investimento Estrangeiro Direto; Desenvolvimento; Globalização.

¹ Artigo remetido em 19/01/2015, pareceres emitidos em 27/01/2015 e 27/01/2015 e aprovação comunicada em 27/01/2015.

² Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: <anahohmann@yahoo.com>.



1 INTRODUCTION

In the present paper it is intended to study the changes that the concept of regionalism has been experiencing through the last few years – specially the conception of a so-called “21st century regionalism” or “New Regionalism”, and in which ways such changes may have an impact in foreign direct investment – specially under the perspective of developing countries.

As it will be pointed out in the next few pages, the notion of regionalism has been through changes since the early 20th century – if at once its main purposes were focused on economic growth, today we may think about development in a broader manner, instead.

This subject gains importance once one realizes that direct investments might have great importance in a country’s development – specially once one has investment in infrastructure in mind, which, non rarely, is necessary to foster development through economic growth, regardless of giving much better living conditions, as well as dignity, to the local population.

Considering such panorama, we aim to study regionalism and the shifts that such subject has been going through the last few years, till we comprehend the meaning of such “term” in the 21st century and the possibility that it may be able to foster development by stimulating foreign direct investment.

2 A FEW WORDS ABOUT REGIONAL INTEGRATION

Regional integration is a phenomenon directly related to the globalization process, which softens the borders of the States and amplifies the relations between them, breaking trade barriers and enlarging economic relations around the world, allowing the flow of goods, services and capital, cross-border investments and amplifying the transit of people between states, as well as communication.

Such process became more evident in the second half of the 20th century, after the II World War, when there was a need for reconstruction as well as for peace-keeping and economic interdependence grew, having as a consequence the increase in trade and investment flows.



Integration may be comprehended as

a process usually stimulated by economic interests, facilitated by cultural inducers and associated with geographic proximity (specially neighboring frontiers), encourages people, nations, countries to create arrangements that allow joint actions which will result in gains to the parties involved. Such combined action is the result of the balanced adjustment of sovereignties once independent countries are concerned. Integration will be full and perfect when it elapses from the population's will or is ratified by it through its legitimately elected representants. (CHIARELLI; CHIARELLI, 1992, p. 28)

Older concepts of regional integration used to focus a lot in the geographical proximity as a main characteristic, as well as in the figure of the States as the only driver of the regionalism process³. However, contemporaneously, we might identify regions concerning non-neighboring countries, as well as a multiplicity of actors that may promote the regionalism process⁴. Philippe De Lombaerde defines the region building process as

a multi-dimensional process of social transformation whereby actors, associated with (sub-) national governance levels and belonging to a limited number of different states, intensify their interactions through the reduction of obstacles, the implementation of coordinated or common actions and policies, and/or the creation of regional institutions, thereby creating a new relevant (regional) space for many aspects of human behaviour and activities. (DE LOMBAERDE, 2012, pp. 31-50. p. 32)

Accordingly, Pia Riggiozzi and Diana Tussie explains that

regionness denotes two sets of dynamics: first, a sense of identity and belonging of state and non-state actors to a particular region based on shared values, norms and institutions that govern their interaction and the ways they perceive themselves within a common polity (self-recognition). Second, regionness denotes cohesive actions towards the outside (recognition by others). In other words, the idea of region as defined by who defined regionness in terms of organized social, political and economic trans-border relations (material foundations of regionalism), supported by a manifested sense of belonging, common goals and values (symbolic foundations), and institutions and regulations that enhance the region's

³ According to Nye, for example, regional integration would be represented by "a limited number of states linked together by a geographical relationship and by a degree of mutual interdependence". (NYE, 1971).

⁴ Norberto Bobbio, Mateucci e Pasquino comprehend regionalism as an ongoing process, resultant from historic, social and political contingencies. (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 635-636).



ability to interact autonomously in the international arena (external recognition as an actor) (RIGGIROZZI; TUSSIE, 2012, p. 05).

Hveem comprehends regionness as “a body of ideas promoting an identified geographical or social space as the regional project. Or it is the presence or the conscious construction of an identity that represents one specific region. It is usually associated with a policy program (goals to be achieved) and strategy (means and mechanisms by which goals should be reached), and it normally leads to institution building”. (HVEEM, 2000, p. 72)

Therefore, we may assert that through region building may be possible the institutional construction of common public policies for the countries which are part of a certain bloc in the economic, political and social fields.

3 REGIONAL INTEGRATION OVER TIME – FROM 20TH CENTURY REGIONALISM TO 21ST CENTURY REGIONALISM

Regional integration as presently known has its origins in the second half of the 20th century, after the end of the World War II. However, a more attentive look into history might show us that the creation of unions and associations among states in order to accomplish common purposes have more remote roots.

The origin of the integrationist can be assigned to philosophers such as Immanuel Kant and his expectations in reaching ‘perpetual peace’ through a federation of free States regulated by the *ius gentium* and cosmopolitan law; or even to historic characters as Simon Bolívar, who proposed the ‘association’ of the recently independent Latin American States as a way of avoiding a possible recolonization by the European powers. (BÖHLKE, 2003, p. 25)

Chiarelli comprehends regional integration as a natural manifestation, which has always been taking place althrough history, even though assuming diverse configurations. He renders that its starting point would be the reunion of people, and, later on, social groups, posteriorly organized legally, politically and administratively as States, within its laws and regulations, its history and common aspirations in a certain time (CHIARELLI, 1992, p. 26). We might say that the phenomenon took place in ancient Greece and Rome, as well as in Germany in the 19th century, when its



unification occurred and the *Deutsche Zollverein* was formed, conceding political unity to the region. Also, integration drove the formation of the United States of America, as the thirteen British colonies united themselves and were emancipated, constituting an autonomous and independent State.

During the 20th century it is possible to observe two principal waves of regionalisms after de World War II.

3.1 The Regionalism of The 20TH Century

The first one took place between the late 1950s until the 1970s, as Europe went trough a period of reconstruction, the world was bipolarized and a movement of decolonization took place, especially in Africa and the Caribbean.

A very important foundation or basis for the consolidation of the integration phenomenon is the arising of the General Agreement on Tariffs and Trade – GATT, a multilateral agreement regulating international trade signed in 1947 and that took effect in 1948, lasting until 1994, when it was replaced by the World Trade Organization – WTO. According to its preamble, its purpose was the “substantial reduction of tariffs and other trade barriers and the elimination of preferences, on a reciprocal and mutually advantageous basis” as well as promoting peace and economic prosperity through cooperation among its signatories.

The Agreement states two main principles that must be observed in international trade – the most favored nation (MFN) and the non-discrimination principle. As states article I, “any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties”. Exception to such liberalization principle is stated in article XXIV, which allows the creation of customs unions and free trade areas. Such norm may be comprehended as a stimulus to the regionalization process.

The definitions of a customs union and of a free trade area are stated in article XXIV.8 of the GATT, as follows:



8. For the purposes of this Agreement:

(a) A customs union shall be understood to mean the substitution of a single customs territory for two or more customs territories, so that

(i) duties and other restrictive regulations of commerce (except, where necessary, those permitted under Articles XI, XII, XIII, XIV, XV and XX) are eliminated with respect to substantially all the trade between the constituent territories of the union or at least with respect to substantially all the trade in products originating in such territories, and,

(ii) subject to the provisions of paragraph 9, substantially the same duties and other regulations of commerce are applied by each of the members of the union to the trade of territories not included in the union;

(b) A free-trade area shall be understood to mean a group of two or more customs territories in which the duties and other restrictive regulations of commerce (except, where necessary, those permitted under Articles XI, XII, XIII, XIV, XV and XX) are eliminated on substantially all the trade between the constituent territories in products originating in such territories.

The norm also determines that in case a contracting party decides to enter into a customs union or a free trade area or agreement, or an agreement that shall lead to the formation of such arrangements, it must notify all contracting parties of the GATT, rendering all the information regarding the proposed union or area, so that they are able to assure that other rules of the General Agreement on Trade and Tariffs are not being violated.

The article XXIV of the GATT was largely declared during the 1960s as a basis for the institutionalization of customs unions and free trade areas, justifying regionalism, as it allows that countries unite reducing or liberalizing tariffs among themselves and improving trade.

By then, the European Coal and Steel Community⁵, which was followed by the European Economic Community – EEC (the precursor of the European Union), the European Free Trade Association – EFTA, and the CMEA – Council for Mutual Economic Assistance (a attempt by the Soviet Union to promote economic integration among its allies and foster the local industries), were established, along with regional trade blocs created by developing countries, specially in Latin America and Africa, willing to reduce their economic and political dependence on developed countries, reduce imports and foster the development of local industry.

⁵ The European Coal and Steel Community was formed by the countries of the Benelux – a customs union comprising Belgium, the Netherlands and Luxembourg in an agreement signed in 1977 and is in itself a 20th century example of the (re-)emerging regionalism – as well as West Germany, France and Italy.



However, the developing countries models were not very successful, occasioning trade diversion. On the other hand, the arrangements settled among European developed countries achieved fine results, enhancing trade and contributing to political cooperation as well (POMFRET, 1988, p. 128, 138). In parallel, “the growing momentum of multilateral liberalization in the 1970s and 1980s contributed to the decline in the importance attached to regionalism”. (MATTHEWS, 2003)

By the end of the cold war, during the second half of the 1980s a second wave of regional integration took place, as there were changes in interstate power and security relations. The origin of such regionalism wave has been attributed to the drawn out nature and slow progress of the GATT Uruguay Round negotiations, to the apparent success and fears aroused by the European Union’s initiative aimed at establishing a Single European Market, and to the conversion of the United States to regionalism with its negotiation of the North American Free Trade Agreement – NAFTA and its Enterprise for the Americas initiative which has led to proposals for a Free Trade Area of the Americas – FTAA (MATTHEWS, 2003). In Latin America, previous integration arrangements were revisited and reinforced, such as the Central American Common Market and the Andean Pact, and new arrangements were created, such as Mercosur. In Asia, Association of Southeast Asian Nations – ASEAN embarked on plans for an ASEAN Free Trade Area – AFTA, the South Asian Association for Regional Cooperation agreed in 1997 to transform itself into the South Asian Free Trade Area while the Asia Pacific Economic Cooperation – APEC also committed to trade liberalization objectives on a non-preferential basis. The regionalism movement also took place in the African continent, where there was the reinforcement of existing regional groupings, as well as the formation of new ones, and even discussions on the formation of an African economic and political union were held.

Such wave “has been accompanied by high levels of economic interdependence, a willingness by the major economic actors to mediate trade disputes, and a multilateral (that is, the GATT/WTO) framework that assists them in doing so and that helps to organize trade relations” (MANSFIELD; MILNER, p. 589-627, p. 601) and limit the emergence of highly discriminatory blocs. Robert Z.



Lawrence analyzes the differences between the two regionalism movements, explaining that

the forces driving current developments differ radically from those driving previous waves of regionalism in this century. Unlike the episode of the 1930s, the current initiatives represent efforts to facilitate their members' participation in the world economy rather than their withdrawal from it. Unlike those in the 1950s and 1960s, the initiatives involving developing countries are part of a strategy to liberalize and open their economies to implement export – and foreign investment – led policies rather than to promote import substitution. (LAWRENCE, 1996, p. 06)

As 20th century trade was majorly about goods crossing borders, twentieth-century regional trade agreements reflected such situation, therefore concerning mainly trade barriers at the border - especially tariff preferences and related rules, such as rules of origin, for example. (BALDWIN, 2014, p. 06)

Although, by the end of the past century and the beginning of the present one, such format was no longer enough to respond to reality.

3.2 Changes In Trade The Emergence Of 21st Century Regionalism And Its Characteristics

The increasing globalization process and the more advanced information and communication technology reshaped 20th century trade, as they diminish the distances and boundaries between countries and stimulates the flows of goods, people, ideas investment and technology among them. Evolution in transportation and communication technology, associated with the interest in greater gains in trade, decreasing the costs of production and enlarging the consumption market made international commerce more complex and created the so-called “trade-investment-service nexus” (BALDWIN, 2008, p. 05), as emerged the need of connecting means of production and doing business abroad.

Such trade-investment-service nexus comprehends an intertwining of trade in goods; international investment in production facilities, training, technology and long-term business relationships; and the use of infrastructure services to coordinate the dispersed production – e.g., services as telecoms, internet, transportation of goods, trade-related finance and customs clearance services (BALDWIN, 2008, p. 05). If this



scenario already existed in the 20th century it has continuously grown since then, as globalization has deepened, reshaping regional trade agreements.

As Richard Baldwin explains,

in the 21st century, trade flows became more complex, and supply chain linkages were developed. This led to a reliance on each stage of a supply chain working smoothly and efficiently, much like a widely-dispersed factory. As tangible and intangible assets are now exchanged all over the world, property rights have become a necessity for 21st century trade. 21st century trade is clearly significantly different from 20th century trade—not merely a continuation—as know-how and ideas are now a significant part of supply chains. (BALDWIN, 2013)

Nevertheless, by the end of the 20th century, preference margins have decreased, with many tariff lines applying MFN rates close to zero, so that no preference was possible any longer, and even where MFN tariffs were high, the goods were often excluded from RTAs.

In parallel, the interest from private companies – especially those from developed countries – in investing in developing and least developed nations, as well as in accessing new purchasing markets, was not compatible to agreements that addressed basically the tariff issue.

Also, emerging economies from the south⁶ – mainly the BRICS – started playing a bigger role in 21st century economy and trade scenario.

In order to follow such changes, and considering the different nature from 21st century trade to 20th century's, a different regulation is necessary. Baldwin apprentices two main regulation categories – supply-chains disciplines and offshoring disciplines.

⁶ According to Shaw, Grant and Cornelissen, “at the start of the new millennium, the appearance and recognition of ‘emerging economies’ or BRICs, succeeding the erstwhile NICs, along with the definition and identification of ‘developmental’ and ‘fragile’ states, has challenged not only notions of ‘South’ and ‘North’ but also of regionalism (s). This trend has become more pronounced given the extension of the BRIC perspective by Goldman Sachs into the ‘next-11’ (or ‘N-12’ if South Africa is included in the list). This leads to questions relating to the degree to which emerging economies and developmental states may advance regional organizations to enhance their own leverage and status. (...) At the same time, the financial and economic crises of 2008 and 2009 stimulated a number of multilateral developments that may yet have far-reaching institutional spin-offs.” (SHAW; GRANT; CORNELISSEN, 2012, p. 09).



The first concerns connecting the geographically dispersed stages of production, as asserts Grant and Cornelissen, affirming that they

include not only liberal trade policy barriers but also excellent transportation services, guaranteed business mobility, and guaranteed communication services. Rather than thinking of supply-chain disciplines in terms of lowering tariffs in order to sell more, thinking in terms of ensuring that each part of the chain can work smoothly and efficiently together may be more beneficial. (SHAW; GRANT; CORNELISSEN, 2012, p. 09)

As for the offshoring disciplines,

these refer to protection of companies' tangible and intangible assets that they have placed abroad. This ranges from factors such as international investment to application protection of technology abroad and the local availability of business services. (SHAW; GRANT; CORNELISSEN, 2012, p. 09)

Clearly, 21st century regionalism goes a step further when compared to 20th century regionalism, highlighting the proliferation of deeper regional trade agreements, aside the multilateral system, instead of the shallow trade agreements that prevailed in the regionalism model of the 20th century⁷.

According to Shaw, Grant and Cornelissen, “new regionalisms” rise as a “response to (i) uneven globalizations – not just economic and strategic but also cultural, ecological and technological; (ii) the proliferation of states, especially small and weak ones; and (iii) the rise in the number of non-state actors, both private companies and civil societies”. (SHAW; GRANT; CORNELISSEN, 2012, p. 05)

As Baldwin shortly explains, “in a nutshell, 21st century regionalism is not primarily about preferential market access as was the case for 20th century regionalism; it is about disciplines that underpin the trade-investment-service nexus. This means that 21st century regionalism is driven by a different set of political

⁷ Jim Rollo defines shallow and deep integration, stating that:

“Shallow, or negative, integration involves the removal of border barriers to trade, typically tariffs and quotas.

Deep, or positive, integration involves policies and institutions that facilitate trade by reducing or eliminating regulatory and behind-the-border impediments to trade, where these impediments may or may not be intentional. These can include issues such as customs procedures, regulation of domestic services production that discriminate against foreigners, products standards that differ from international norms or where testing and certification of foreign goods is complex and perhaps exclusionary, regulation of inward investments, competition policy, intellectual policy protection and the rules surrounding access to government procurement”. (JIM in BALDWIN; LOW, pp. 684-704, p. 698).



economic forces; the basic bargain is “foreign factories for domestic reforms” – not “exchange of market access”⁸. (BALDWIN, 2011, p. 03)

Maurice Schiff and L. Alan Winters (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 06) list some objectives of the present century regional agreements – whether they are stated or implicit –, mentioning:

- governments’ wish to bind themselves to better policies – including democracy – and to signal such bindings to domestic and foreign investors;
- a desire to obtain more secure access to major markets;
- the pressures of globalization, forcing firms and countries to seek efficiency through larger markets, increased competition, and access to foreign technologies and investment;
- governments’ desire to maintain sovereignty by pooling it with others in areas of economic management where most nation states are too small to act alone;
- a desire to jog the multilateral system into faster and deeper action in selected areas by showing that the GATT was not the only game in town and by creating more powerful blocs that would operate within the GATT system;
- a desire to help neighboring countries stabilize and prosper, both for altruistic reasons and to avoid spillovers of unrest and population;
- the fear of being left out while the rest of the world swept into regionalism, either because this would be actually harmful to excluded countries or just because “if everyone else is doing it, shouldn’t we?”

On this path, we may affirm that the 21st century RTAs are more complex than those of the past century, covering a greater range of subjects, beyond tariffs and trade barriers (as the main characteristic of the 20th century instruments), such as services, agriculture, investment, intellectual property rights, government procurement, trade facilitation, dispute settlements, competition policy, etc. It involves elements found in the deepest level of integration, possibly including, for example⁸:

⁸ As pointed out by Mary E. Burfisher, Sherman Robinson and Karen Thierfelder. (BURFISHER; ROBINSON; THIERFELDER, 2004, p. 11)



- a) facilitating financial and foreign direct investment flows by establishing investment protocols and protections;
- b) liberalizing movement of labor within the RTA;
- c) harmonizing domestic tax and subsidy policies, especially those that affect production and trade incentives;
- d) harmonizing macro-policies, including fiscal and monetary policy, to achieve a stable macroeconomic environment within the RTA, including coordinated exchange rate policy;
- e) establishing institutions to manage and facilitate integration (e.g., regional development funds, institutions to set standards, dispute resolution mechanisms);
- f) improvements of communications and transportation infrastructure to facilitate increased trade and factor mobility;
- g) harmonizing legal regulation of product and factor markets (e.g., anti-trust law, commercial law, labor relations, financial institutions); and
- h) monetary union establishment of a common currency and completely integrated monetary and exchange rate policy;
- i) security issues and policies;
- j) regulations in subjects such as environment protection and pollution.

Not only contemporary regionalism concerns varied issues, it also comprehends several different configurations, varying in size. They can be “macro” (e.g. European Union, Organization of American States), “meso” (e.g. Mercosur – Mercado Común del Sur, ASEAN – Association of Southeast Nations and CARICOM – Caribbean Community an Common Market) or “micro” (specially in Africa, under the configuration of development corridors – as the Maputo Corridor, peace-parks and triangles, for example) (SHAW; GRANT; CORNELISSEN, 2012, p. 13). Such variety of different types of regional integration agreements evidences the possibility of a country joining an assortment of diverse RTAs, in a manner that being part of an arrangement is not an impediment to adhere to others.



An additional characteristic of this novel regionalism is the creation of trade agreements between developed countries and developing countries (also known as North – South relations), as well as relations among developing countries (South – South relations). As an example, we may quote the agreements in which the United States of America engaged with Mexico (NAFTA), Jordan and Chile. As for European Union, it has used regional trade agreements as a part of its strategy for economic development assistance – in 2004, 35 of its 50 RTAs were signed with developing countries partners, including eastern European countries which entered European Union later on (BURFISHER; ROBINSON; THIERFELDER, 2004, p. 11-12). Non-independent countries may be part of RTAs as well, as do some Caribbean and South Pacific ones. As Shaw and Fanta points out,

The pattern of inter-regional relationships (Fawn 2009) is in flux. From the traditional North-South dependencies, the world is evolving towards a new axis that gives a greater role to the South, whether it evolves around new powerhouses like China and India or signifies a rapprochement between Latin America and the Arab World (Vagni 2009). Symbolically, Africa's regions' reluctance to sign EPAs with the EU at the turn of the decade, despite a mix of pressures and incentives, may mark a turning point as global rebalancing continues: Europe of the Eurozone crisis around the PIIGS and Asia of the BRICS transforms policy options and calculations for the continent". (FANTA; SHAW, p. 01-17, p. 06)

The 21st century RTAs also evidence the importance of non-state actors in global trade and regionalism, admitting the participation of civil society representants, particularly international non governmental organizations, as well as private companies, including transnationals, as stakeholders, in the formulation of regulations, as they influence political decisions or act as observers. Not rarely non-state actors play a relevant part in initiatives aiming regional development and security – for example through international NGOs as Global Witness and Partnership Africa Canada, as well as the Kimberley Process and Ottawa Process, and also through private companies which might invest in infrastructure areas in least developed and developing countries.

An interesting possible consequence of the 21st regional trade agreements pointed out by Mansfield and Miller refers to the use of the instruments as a way to expand and reinforce democracy around the globe, by vetoing the engagement of non-democratic countries. According to the authors,



using PTA membership to stimulate liberal economic and political reforms is a distinctive feature of the latest wave of regionalism. That these reforms have been designed to open markets and promote democracy may help to account for the relatively benign character of the current wave. Underlying demands for democratic reform are fears that admitting nondemocratic countries might undermine existing PTAs composed of democracies and the belief that regions composed of stable democracies are unlikely to experience hostilities. (MANSFIELD; MILNER, 2006, p. 606)

4 21ST CENTURY REGIONALISM AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT

Another possible positive turn-out of contemporary regionalism concerns development and economic growth as a consequence of foreign direct investment – promoting investment may be an objective of regional trade agreements, specially of bilateral investment treaties – BITs. Once we think about developing countries or least developed countries, being attractive to foreign direct investment seems to have even greater importance, mainly if investments in infrastructure are considered.

Foreign direct investment (FDI) has a big impact on the country where it is settled, creating significant changes on its surroundings⁹. It may have a great importance on continued economic growth and prosperity around the world – especially in developing countries¹⁰. This can be clearly observed as infrastructure investments are concerned.

Infrastructure, such as transportation – roads, railroads, airports –, water and electric systems, sanitation and telecommunication are essential for a society welfare. It allows not only living with dignity, within all the social benefits it brings, but it also provides services that support economic growth, stimulating the development of local industries and small business growth, reducing the costs of production, raising profitability, employment, consumer sales and income.

⁹ According to José E. Alvarez, “the permanent presence of a foreign controlled enterprises produces far more sociological, economic and cultural consequences for the home State of the enterprise and particularly for the host State in which that foreign enterprise is located. These effects can be positive or negative or in all likelihood both, but they are hard to ignore”. (ALVAREZ, 2011, p. 18)

¹⁰ According to T. R. Braun, “least developed countries receive more than one-third of all investment flows”. (BRAUN, 2010, p. 491)



However, infrastructure investments tend to be high-cost and, and even though they might be a State responsibility, it is not unusual that private partners may be required to accomplish a project. In addition, especially considering developing countries, it is possible that neither public and local private sectors could have the required expertise or financial resources to build such infrastructures. Therefore, foreign investors are welcome.

Once we think about regionalism, the logic is that larger markets, with greater competition, and improved policy credibility will increase the incentives for investment and so elevate incomes.

20th regional integration agreements were activist and interventionist, co-opting regional integration into import substitution at a regional level. Such policies were not really successful and have been outdated by a more market friendly approach that emphasizes policies guaranteeing the fair treatment of investment. On this path, bilateral investment treaties typically contribute to investment specially by prohibiting certain policies hostile to investment rather than by requiring policies that actively encourage investment still, they play an important part in facilitating investment flows. Also, the engagement of a country in a BIT might add credibility and trustiness to government policies in general and thus help increase investment and attract foreign direct investment.

Bilateral investment treaties have become an important part of the regulation of worldwide investment flows. Currently, there are more than two thousand BITs connecting countries on all continents and at different levels of development.

Such instruments tend to be reciprocal and usually contains sections dealing, specifically, with their scope of application – clauses concerning the definition of investment regarding such instrument, the admission and legality of such form of investment (which usually defers to the pre-existent domestic law), general standards regarding its treatment – which might just reproduce the local law investment policy, as well as any other provisions regarding that specific situation. Still, as point out Maurice W. Schiff and Allan Winter, “governments retain almost complete discretion to manage the sectors in which FDI occurs and the shares of ownership that foreigners may hold”. (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 105)



Concerning standards of treatment, once an investment has arrived in the host country, basically, all BITs impose fair and equitable treatment, security of ownership, and freedom from unreasonable or discriminatory restrictions on the operation of investments. Nearly all guarantee compliance to the more favored nation treatment principle (the principle under which no foreigner should be treated more favorably than the partner country's residents, known as MFN). The majority of BITs contain provisions on the transfer of funds associated with foreign direct investment and on expropriation. Dispute settlement provisions vary but usually define arbitration procedures that in recent treaties are set upon international standards as those of the World Bank Group's International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Concerning conflicts that may arise from an investment relation between the private investor and the host country, provisions usually authorize expressly that the private party from a partner country take action against the government of the other.

The deepest investment provisions are those from the European Union, which aim to create a common market for capital and investment. Under those, there are no restrictions on investment and the movement of people, being the most sensitive issue areas those that concern differences in taxation and company law.

The United States has also been very forward in its bilateral investment treaties. The North America Free Trade Agreement contains a deep and pioneering investment chapter (specially considering that it is only a free trade agreement not a customs union). So far, it has actually become a model for other associations such as the Group of Three and for the Asia-Pacific Economic Cooperation, as far as its non-binding investment principles are concerned. NAFTA disciplines national treatment in establishment, more favored nation (MFN) treatment in establishment and operation, prohibition on new performance, guarantees of convertibility at market-exchange rates of funds for repatriating profits, disinvestments (and so on), ban on expropriations except for public policy reasons on a nondiscriminatory basis and with full compensation.

Even though it is not a regional agreement, OECD's Codes on Liberalization of Capital Movements and Current Invisible Operations, and its National Treatment Instrument, also embodies national treatment, requiring that nonresident enterprises



which have been permitted to establish in host countries are treated in the same manner as domestic firms. A number of developing countries have agreed to sign such code.

A country intent on restoring or accelerating growth through the reception of foreign investment must improve its economic management, as well as endure investment friendly policies and reinforce its credibility towards investors, in order to lower eventual suspicion that might come from prospective investors. On this matter, standing against corruption and having strong policies against this type of practice, concerning both public administration and private partners, may enlarge the trust that an impending long term foreign investor will have in a certain country – specially as far as developing countries are concerned.

Potential investors, domestic or foreign, are likely to be suspicious of the government's stated intentions if they have had or have known of bad experiences in the past by sudden tariff changes, tax increases, or nationalizations. Thus, the benefits of economic reform through investment will be slow to arrive if credibility lacks and needs to be built up over time: investors may not respond. In developing countries, poor credibility can stem from a number of factors. Governments driven by interest groups or reelection pressures may be tempted to reverse reforms, or elections may bring a party opposed to the reforms into power. Unless governments can make a convincing case that they will refrain from such actions, investment is likely to remain low. Therefore, regulations gain great importance. (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 107)

5 CONCLUSION

Considering such scenario, being part of a BIT may be a way of a country to externalize its solid commitment towards investors¹¹. In parallel, engaging in multilateral schemes – such as ratifying agreements as the Washington Convention, adhering to the ICSID dispute settlement system, can also externalize the state's

¹¹ According to Schiff and Winters:

"If entering an RIA entails (political) sunk costs in terms of challenging interest groups that will lose from increased competition, and if it requires liberal or sound policies to make sense, entry provides the government with a signaling device, for only a government with genuinely liberal intentions would sign. So, in the presence of asymmetric information about the type of government, an RIA could improve credibility." (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 111).



oath to the rule of law, especially when the national legal framework concerning foreign investment lacks discipline.

Nevertheless, unilateral reforms in the national legal system, disciplining foreign investment may also create a more investor-friendly atmosphere.

As it is possible to observe, the unilateral (national), regional and multilateral levels of regulation do intertwine in order to better address foreign investment. The fast expansion of transnational affairs and the growing interpenetration of foreign and domestic policy is evident. It is in order to deal with collective policy problems that global administrative law emerges¹², as a form of regulation, associated with the conception of governance¹³. On this matter, aligning domestic regulation on foreign direct investment and institutional behavior with global administrative law¹⁴, absorbing concepts such as governance, transparency, consultation, participation, reasonable decisions, review mechanisms and compliance may endorse the country as an accountable State, liable and committed to its investors. Domestic and international laws are no longer enough to solve all the situations that emerge, especially because many of them are not connected only to relations between two States, but also between a State and a foreign private investor.

In parallel, once a country is part of a BIT, if it fails to comply with its commitments towards investors, other parties of the treaty may adopt measures in order to punish the violating party. According to Maurice Schiff and L. Alan Winters,

¹² According to Benedict Kingsbury, global administrative law may be comprehended as “the legal mechanisms, principles and practices, along with supporting social understandings, that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring that these bodies meet adequate standards of transparency, consultation, participation, rationality and legality, and by providing effective review of the rules and decisions these bodies make”. (KINGSBURY, 2009, p. 25)

¹³ According to Andrew Hurrell, such governance is characterized by the complexity of global rule making; the role of private market actors and civil society groups in articulating values which are then assimilated in inter-state institutions; and the increased range of informal, yet norm-governed, governance mechanisms often built around complex networks, both transnational and trans-governmental, and the inter-penetration of international and municipal law and of national administrative systems. (HURRELL, 2010, p. 2)

¹⁴ As far as foreign direct investments are concerned, José E. Alvarez, explains that “the investment regime shares many features of global administrative law. By accepting the investor guarantees accorded in BITs and FTAs, States have accepted an internal form of supervision. They accept their own laws, courts and administrative agencies can be judged by objective international standards”. (ALVAREZ, 2011, p. 441-442)



“by writing the reforms into an RIA agreement, subsequent punishment is given a formal legal basis, and if the reforms also affect the partner countries’ welfare, their imposition of punishments is legitimized politically”. (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 108)

Another benefit of deep agreements of regional integration, that goes beyond tariff reduction, which might foster the entrance of foreign investment, is the fact that integration may raise the efficiency of the financial sector, reducing lending margins and the cost of funds (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 114). This seems to be especially relevant as far as developing countries are concerned: they may benefit by integrating their financial sectors because of the enlarged competitiveness and since integration may allow them to expand their portfolios and reduce their risks¹⁵. However, we may recognize that financial integration is an aim which is very hard to reach – taking the European Union as an example, the bloc needed many decades to perceive such level of integration, going through a great amount of negotiations between the parties involved.

An additional positive aspect of regionalism related to foreign direct investment attraction concerns the expansion of companies’ market. A industry may find it attractive to be situated in a country which is part o regional trade agreement and to service the other members of the bloc through intra-members exports, since there might be increasing returns to scale in production – mainly when such production has an elevated cost, being viable just above a certain size¹⁶. The integrated market might, then, possibly, become large enough to bear the fixed costs of the establishment of new foreign affiliates. Consequently, the regional agreement shall attract more foreign investment into developing regions as a whole than isolated national markets would.

One more stimulus to foreign investment entry concerning regional agreements is related to the fact that the removal of internal barriers in the region

¹⁵ Schiff and Winters emphasize, though, that “The benefits of increased competitiveness are likely to be more important in an RIA with a large partner that has a well-developed financial sector than in an RIA between developing countries—and the gains from nondiscriminatory liberalization will be even larger”. (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 115).

¹⁶ Considering the European Union as an example, the European Commission (1998) found that the EU’s share of worldwide inward FDI flows increased from 28 to 33 percent during 1982–93.



allows companies to allocate operations across member countries more efficiently – this is more clear regarding North-South arrangements¹⁷, as explains Schiff and Winters:

Thus, if RIA members differ in their endowments, the RIA may stimulate vertical FDI. This potentially important aspect of North-South arrangements lies at the heart of Ethier's (1998) theoretical exploration of the benefits of regionalism. With guaranteed preferential access to the northern market, the southern country becomes an attractive location for labor-intensive activities. Knowing this, it is more confident of receiving inflows of investment and is hence more comfortable with liberalizing than it would be under multilateral liberalization, where it would face fiercer competition for inflows. This argument is equally applicable to intrabloc FDI and to that from outside (SCHIFF; WINTERS, 2003, p. 119)

According to Venables, a low-income country is best off forming a trade agreement with a high-income country, since “trade creation is maximized and trade diversion minimized with such a partner” (VENABLES, 2003, p. 758). Thus, a developing country would be better off joining a North-South rather than a South-South agreement.

Nevertheless, South-South agreements have been gaining importance and growing in numbers¹⁸. Therefore, it is important that, considering the complexity of regional trade agreements and that the gains a State might achieve depends also on the negotiations that precede it, developing countries acquire knowledge on how to negotiate, phrase such agreements and deal with eventual dispute resolutions, in order to pursuit deep integration and avoid trade diversion, and build a specific framework that is able do address its needs.

¹⁷ Regarding the agreements between North-South countries, according to WTO, FDI to Mexico rose from \$4.3 billion in 1993 to \$11 billion in 1994, the year NAFTA came into force. The turn-outs of regional agreements between middle-income countries is also similar: for example, following the signature in 1991 of the Treaty of Asunción that established MERCOSUR, FDI in member countries increased from \$3.5 billion in 1991 to \$18 billion in 1996 and to \$38 billion in 1998. With nearly \$11 billion in FDI in 1996 (up dramatically from \$1.1 billion in 1991), Brazil surpassed Mexico as the largest FDI recipient in Latin America.

¹⁸ Between 1990 and 2003, low-income countries signed 70 new PTAs (WTO, 2003). South-South arrangements account for more than 50 percent of all new trade agreements. Important examples of such arrangements include the Southern Cone Common Market (MERCOSUR) in South America and the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) in Africa. Countries that are both poor and small frequently enter into PTAs; Africa alone has 30 such arrangements, as points out Yang and Gupta. (YANG; GUPTA, 2005)



Considering that regionalism seems to be a ever-increasing phenomenon and that bilateral and regional trade agreements are here to stay (ROLLO, 2009, p. 703), it is important that developing countries and least developed countries extract the best out of it, using such instruments as a mechanism to foster development.

Engaging in bilateral investment treaties, in order to attract foreign direct investment, might be an interesting way to achieve that, specially as far as investments in infrastructure are concerned, given the fact that this sort of investment is high-cost and demands technology and expertise. Creating an investment friendly environment, making use of unilateral (national regulation), regional (bilateral investment treaties) and multilateral (joining the ICSID system, for example) instruments, would be a clever posture to be adopted by governments and in accordance with the 21st century reality, permeated by regioness and globalization, to promote progress and development and enhancing the population quality of life.

6 REFERENCES

- ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul e união européia: estrutura jurídico-institucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O mercosul no contexto regional e internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 1993.
- ALVAREZ, José E. **The public international law regime governing international investment**. France: Ail Pocket, 2011.
- BACCINI, Leonardo; D'UR, Andreas. The new regionalism and policy interdependence. **British Journal of Political Science**, v. 42, n. 01, pp. 57-79, jan./2012.
- BALDWIN, Richard. 21st Century Regionalism: filling the gap between 21st century trade and 20th century rules. In: **WTO Staff Working Paper ERSD-2011-08**, Genebra: WTO, abr. 2008, pp.1-38.
- BALDWIN, Richard. **Multilateralizing 21st century regionalism**. Paris: OECD Conference Center, 2014.
- BALDWIN, Richard. BBL Seminar. Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA. 2013. Available in: <<http://www.rieti.go.jp/en/events/bbl/13070401.html>>. Visited on June 29th, 2014.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UnB, 2004, v. 01.
- BÖHLKE, Marcelo. **Integração regional e autonomia do seu ordenamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2003.



- BURFISHER, Mary E.; ROBINSON, Sherman; THIERFELDER, Karen. Regionalism: old and new, theory and practice. **MTID Discussion Paper n. 65**. Washington D.C.: Markets, Trade and Institutions Division – International Food Policy Research Institute, feb., 2004.
- BRAUN, T.R. Globalization: the driving force in international investment law. In: KAUSHAL, A. et al. (eds.). **The backlash against investment arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Matteo Rota. **Integração: direito e dever**. São Paulo: Ltr, 1992.
- DE LOMBAERDE, Philippe. Comparing regionalisms: methodological aspects and considerations. SHAW, Timothy; GRANT, J. Andrew; CORNELISSEN, Scarlet. **The ashgate research companion to regionalism**. Ashgate, 2012, pp. 31-50.
- DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Análise das relações internacionais**. Brasília: UnB, 1982.
- FANTA, Emmanuel; SHAW, Timothy M. Varieties of ‘Transnational’ Governance. Comparative Regionalism for Development in the 21st century: Insights from the South. In: FANTA, Emmanuel; SHAW, Timothy M ; TANG, Vanessa. **Comparative Regionalism for Development in the 21st century: Insights from the South**. Ashgate, pp. 01-17.
- FANTA, Emmanuel; SHAW, Timothy M.; TANG, Vanessa. **Comparative Regionalism for Development in the 21st century: Insights from the South**. Ashgate.
- FAUNDEZ, Julio. International economic law and development: before and after neo-liberalism. In: FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine (ed.). **International Economic Law, Globalization and Developing Countries**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2010, pp. 10-33.
- HURREL, Andrew. **International law 1989-2010: a performance appraisal**. ESIL Keynote Speech, August, 2010.
- HVEEM, Helge. Explaining the Regional Phenomenon in an Era of Globalization. In: STUBBS, Richard; UNDERHILL, Geoffrey R. D. (eds) **Political Economy and the Changing Global Order**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- KENJEDY, David. Law and the political economy of the world. **Leiden Journal of International Law**, 2013, v. 26, pp. 7-48.
- KINGSBURY, Benedict. The concept of Law in global administrative law. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 1, 2009, Oxford.
- LAWRENCE, Robert Z. **Regionalism, multilateralism and deeper integration**. Washington D.C.: Brookings Institution, 1996.
- MANSFIELD, Edward D.; MILNER, Helen V. The new wave of regionalism. **International Organization**. v. 53, i. 3, Summer, 1999, Massachusetts, pp. 589-627.
- MATTHEWS, Alan. Regional integration and food **security in developing countries**. Rome: FAO, 2003.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha de. **Blocos econômicos e integração na América latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2012.



- NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- NYE, J. S. **Peace in parts: integration and conflict in regional organizations**. Boston: Little, Brown and Company, 1971.
- OLIVEIRA, Odete Maria. **União européia: processos de integração e mutação**. Curitiba: Juruá, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POMFRET, Richard W. T. **Unequal trade: the economics of discriminatory international trade policies**. Oxford: Basil Blackwell, 1988.
- QUADROS, Fausto de. **Direito das comunidades européias e direito internacional público: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu**. Lisboa, 1991.
- RIGGIROZZI, Pia; TUSSIE, Diane. **The rise of post-hegemonic regionalism: the case of Latin America**. New York: Springer, 2012.
- ROLLO, Jim. The challenge of negotiating RTAs for developing countries. What could the WTO do to help? In: BALDWIN, Richard; LOW, Patrick. **Multilateralizing regionalism**. Cambridge, p. 684-704.
- SCHIFF, Maurice; WINTERS, L. Alan. **Regional integration and development**. Washington: Oxford University Press, 2003.
- SHAW, Timothy; GRANT, J. Andrew; CORNELISSEN, Scarlet. **The ashgate research companion to regionalism**. Ashgate, 2012.
- THORSTENSEN, Vera. **OMC Organização mundial do comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- TRAKMAN, Leon E. **The proliferation of free trade agreements: bane or beauty?** Journal of world trade, v.42, n.2, p.367-388, 2008.
- VAN LANGENHOVE, Luk. **Building regions: the regionalization of the world order**. UK: Ashgate, 2013.
- VENABLES, A.J. Winners and Losers from Regional Integration Agreements. **The Economic Journal**, Vol. 113, Issue 490, 2003.
- YANG, Y.; GUPTA, S. **Regional Trade Arrangements in Africa: Past Performance and the Way Forward**. IMF Working Paper 05/36. Washington: IMF, 2005.



O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FRENTE ÀS INÉRCIAS DO EXECUTIVO NA EFETIVAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS POR MEIO DO ATIVISMO JURISDICIONAL¹

NEOCONSTITUTIONALISM AS A MEANS OF IDENTIFICATION
OF THE CONSTITUTION OVER THE INERTIA OF THE EXECUTIVE
IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL DEMANDS
THROUGH THE JUDICIAL ACTIVISM

Anna Victoria Soares²

Clara Gabriela Albino Soares³

Mayara Fernanda Perim Santos⁴

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise da necessidade de que, em um contexto neoconstitucional, a Constituição Federal de 1988 se identifique com a realidade social contemporânea, bem como estabelece a manifestação dessa necessidade por meio das manifestações sociais de 2013. Com a ajuda do método hipotético dedutivo, chegou-se, ao fim do trabalho, ao entendimento de que o ativismo judicial é uma forma de aproximação da Constituição com o povo, entretanto, não pode ser provido de forma desenfreada, devendo ser balizado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, onde, em situação diferente desta, corre-se o risco de relativização dos conceitos de democracia ao invés de legitimá-la.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Neoconstitucionalismo; Manifestações de 2014, Constituição Federal de 1988.

¹ Artigo submetido em 23/10/2014, pareceres de aprovação em 02/11/2014 e 17/01/2015, aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Graduanda em psicologia pela PUC-GO. E-mail: <annavsoares@gmail.com>;

³ Advogada. MBA em Direito da Empresa com ênfase em tributário. E-mail: <nikita.pvh@hotmail.com>.

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. E-mail: <fernanda_gandda@hotmail.com>.



Abstract

This article aims to analyze the need, in a neoconstitutional context, the Federal Constitution of 1988 identifies with contemporary social reality as well as establishes the manifestation of this need through the social manifestations of 2013. With the help of the hypothetical deductive method, it was concluded, that judicial activism is a way to approach the Constitution with the people, however, can not be accomplished rampantly, and should be marked on the principles of reasonableness and proportionality, where in this different situation, one runs the risk of relativity of the concepts of democracy rather than legitimizing it.

Keywords: Judicial Activism; Neoconstitutionalism; Demonstrations of 2014, the Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A ordem constitucional em geral encontra-se em um momento de quebra de paradigmas, guarnecendo-se de uma soberania institucional de grande valor. O novo momento constitucional, chamado de neoconstitucionalismo, solidifica-se na legitimação integral de realidades constitucionalmente previstas. Fala-se em uma verticalização tardia, em que a hierarquia constitucional construída ao longo dos séculos alcança, finalmente, a sua essência.

Nesse viés, por meio dessa nova realidade jurídico-social, ocorre o fenômeno de constitucionalização do direito ordinário, onde todas as leis de um ordenamento devem ser compreendidas à luz normativa e principiológica da Constituição vigente. Desse modo, o Direito, por encontrar-se frente a uma sociedade globalizada onde o sistema jurídico antigo não encontrava-se mais suficiente para gerir a multiplicidade de realidades sociais diversificadas, incorporou a *persona* de legitimador de Direitos e Garantias inerentes a vida tanto particular quanto comum, ainda que isto signifique impor uma perspectiva constitucional na aplicabilidade de leis ordinariamente arquitetadas.

Ao passo em que o novo constitucionalismo vai se estabelecendo, no Brasil, há um dissabor no que diz respeito ao que a Constituição Federal de 1998 prevê e o que de fato acontece. A exemplo disso pode-se citar as Manifestações Sociais de 2013 que buscavam, de forma expressiva, realidades básicas como saúde, educação e transporte, situações estas previstas como balizas de um Estado Democrático de Direito saudável pela própria legislação vigente.



Com efeito, a aquisição de políticas públicas legitimadoras de direitos e garantias fundamentais é fato de que o Estado deve ser viabilizador. Entretanto, considerando toda a crise democrática demonstrada no Brasil dos tempos modernos, e, ainda, considerando o crescimento das demandas jurídicas para a promoção de tais garantias, é indissociável que se pense em um novo posicionamento jurisdicional frente a tal sociedade globalizada, e ainda, é de extrema relevância que se faça esta análise, principalmente por que, no auge dos seus 26 anos, a Constituição Brasileira de 1988 ainda busca respeito, embora seja sujeito de uma ordem constitucional legitimadora.

Chega-se, portanto, a um paradoxo: ao tempo em que o neoconstitucionalismo promove-se e o executivo não provém, pode o judiciário na promover políticas públicas por meio do ativismo judicial?

Tal abordagem será realizada por meio do método hipotético dedutivo com base bibliográfica, que visa, por meio de uma análise crítica, traçar a realidade nacional contemporânea frente a solidificação de preceitos constitucionais, e, corroborado com um enquadramento neoconstitucional, pensar sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, fazendo um paralelo entre as manifestações sociais de 2013 e o ativismo judicial como forma de aproximar a população da Constituição Federal de 1988.

2 AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 2013 E A NECESSIDADE DA BUSCA POR UM NOVO PARADIGMA EMANCIPADOR DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

A nação vai mudar. São palavras constantes do discurso de posse como presidente da assembleia nacional constituinte. Hoje, 05 de outubro de 1988, no que tange a Constituição, a nação mudou. [...] A Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade [...]. Declaro promulgado o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil, que Deus nos ajude, que isto se cumpra.

Proferia, há 26 anos, Ulysses Guimarães, então presidente da Câmara dos Deputados, ao tempo em que sacudia a primeira Constituição Democrática do Brasil como se fosse um troféu. Estava inaugurada, portanto, de modo mais objetivo, a era em que o Estado admitiu como uma de suas maiores responsabilidades o dever de



proteger e promover o direito ao mínimo existencial, dando condições para a efetivação dos conceitos de Dignidade da Pessoa Humana, elemento essencial da construção de um Estado Democrático de Direito. Para Azambuja (2011, p. 19):

O germinar do Estado teve como origem uma necessidade humana de superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público. Em razão da necessidade do homem em viver em sociedade se considera que o Estado é uma sociedade natural.

Desse modo, o bem público coloca-se como ordem primária do nascimento de todos os modelos de organização historicamente constituídos, onde, na maioria deles, o Estado toma para si o seu regimento, fazendo do Estado um meio que visa o bem público como fim.

Em um contexto nacional, o Estado maestra todas as linhas da vida comum, onde se “envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades”. (AZAMBUJA, 2011, p. 20)

Em outro giro, ao passo em que o Estado se solidificava como um promotor dos Direitos constitucionalmente previstos, Souza e Mezzaroba (2013, p. 475) alertam que, como característica desse forte viés paternalista:

A partir de 1980 se passa a ver uma análise econômica cada vez mais reducionista em relação às questões sociais, que passaram a ser tratadas com programas meramente assistencialistas de transferência de rendas. [...] As políticas públicas passaram a enfrentar, inegavelmente, uma das piores crises dos últimos 50 anos.

Há, portanto, um paradigma onde o texto constitucional se destoa da realidade social, frustrando, em partes, as perspectivas de Ulysses Guimarães para a nação brasileira que passa por uma crise institucional que vincula os campos do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. Não há que se falar em contentamento popular com a situação em que o Brasil se posiciona ao mesmo tempo em que se assiste às insatisfações populares materializadas especificamente nas manifestações de 2013.

Segundo a Folha de São Paulo (2013, p. 2):



O neoconstitucionalismo como forma de identificação...

Quando um grupo de jovens se reuniu no dia 6 de julho na Avenida Paulista para contestar o aumento da tarifa de ônibus de São Paulo, ninguém poderia imaginar que aquele seria o marco zero da **maior sequência de protestos no país desde o Fora Collor** (grifo nosso).

O portal da Globo de comunicações *online*, G1 (2014, s/p), ao realizar uma pesquisa dos motivos das reivindicações populares identificou os seguintes números: 57,3% manifestavam por transporte público de qualidade, 36,7% manifestavam por melhorias na saúde, 29,8% manifestavam por melhorias na educação e 49,4% manifestavam, dentre outros temas, contra a corrupção. Chega-se, portanto, em um paradoxo: de que adianta a legitimação dos Direitos individuais e coletivos se não é possível alcançá-los?

À luz das manifestações sociais como a exemplificação de uma crise democrática, tal crise injeta-se em diversas áreas de contato direto com as necessidades coletivas:

Assim, depara-se com problemas sociais variados desde a providência social, a obtenção de empregos, o ensino, a aposentadoria, a ausência de saneamento básico, a falta de atendimento médico, o aumento significativo da violência e a miséria, a falta de controle efetivo das contas públicas, além de outros problemas sociais. (SOUZA; MEZZAROBA, 2014, p. 475)

É importante ressaltar que a esfera pública conecta-se em redes e por redes divulga os temas de interesse da população, sem especializações e rebuscamento. Segundo Habermans (1997, p. 93) o ambiente de generalização que ela desencadeia leva a “uma renúncia de linguagens de especialistas ou a códigos especiais”. Desse modo, embora esparsas, as ideias populares difundidas ganham legitimidade, independentemente de suas formas ou conexões, como afirma Souza e Mezzaroba (2013, p. 489):

É imprescindível reconhecer que a ciência, assim como a lei, não detém o conhecimento pleno, acabado e a verdade absoluta, sendo necessário promover o resgate do senso comum e o conhecimento prático e vulgar. Assim o pensamento pós-moderno necessita se impregnar de senso comum.

Com efeito, o chamado senso comum como promotor de manifestações civis não é caso inédito na história brasileira, sendo inclusive fator condicionador de



transformações sociais significativas. A revista *Super Interessante*, no especial “manifestações” (2013, s/p), elencou como marcos significativos a Revolta do Vintém, que cancelou a tarifa de uso dos bondes do Rio de Janeiro em 1878, a Revolta da Vacina, em 1904, por melhorias sanitárias, as Diretas Já, em 1984, conquistando as eleições diretas, o Impeachment de Collor, em 1992, que resultou na renúncia do presidente no mesmo ano, dentre outras.

“Não somos a minoria”, “chega de ação, queremos promessas”, protestava o grafite estampado nas ruas brasileiras. O Estado, segundo Barroso (2013, s/p) “vive uma crise existencial”, não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos: de fato, a **injustiça** passeia pelas ruas com passos firmes (BRENCH, 1997), e a **insegurança** é a característica da nossa era (KENNETH, 1984) (grifo nosso).

O Direito, portanto, frente a tal expressiva manifestação popular, tendo em vista as concepções de força que essas manifestações civis contêm no que diz respeito à insatisfação comum com o Estado, “tem um papel fundamental nessa abordagem e a sua leitura não permite mais se ater à dogmática nos moldes do positivismo e seus derivativos” (SOUZA; MEZARROBA, 2014, p. 476). Na verdade, o próprio universo do Direito brasileiro é marcado por uma enorme contradição interna, que se torna mais significativa no momento em que se traça uma linha entre o que a Constituição Federal de 1988 prevê e que as manifestações de 2013 demonstram.

Quando se considera que, segundo Souza e Mezzaroba (2013, p. 484), “o ponto de partida para a mudança é a análise da influência do aspecto jurídico na vida em sociedade” não pode a estrutura estatal como um todo, ignorar os milhares de brasileiros distribuídos em 388 cidades (ESTADÃO, 2013, s/p) que, ao irem às ruas, exemplificaram a necessidade de buscar um novo paradigma emancipador dos Direitos e Garantias posicionalmente previstos.

Na aflição dessa hora, como pode o Poder Judiciário, que tem por função e característica própria a distribuição de justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) e a diminuição de conflitos (art. 126, CF/88), ficar inerte a tamanha incongruência do texto Constitucional com a realidade social? Sobre esse posicionamento jurídico, afirma Barroso (2013, s/p):



O neoconstitucionalismo como forma de identificação...

Não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. **Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo** (grifo nosso).

Nesse jaez, o Direito não pode, pois, como firma Souza e Mezzaroba (2013, p. 486) “ser examinado por meio de dogmas”. O dogma deve, por conseguinte, se transformar em problema e, por isso, é necessário superar a mera utilização da lógica formal, examinando as normas e os conflitos à luz da dialética social, fato este que, em um momento contemporâneo, se enche de significado, criando a necessidade da construção de uma forma legitimadora da Constituição Federal de 1988, especialmente por que, ultrapassando suas bodas de prata, ela ainda busca respeito.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO TARDIA DA CARTA MAGNA DE 1988

Na visualização do ordenamento jurídico brasileiro como uma estrutura hierarquizada de normas, a Constituição configura-se como instância superior da norma fundamental. Dessa concepção utilizou-se Kelsen na configuração da sua famosa pirâmide, na qual a Constituição se encontra no topo. Nesse sentido, Ferreira Mendes, Maires Coelho e Branco (2009, p. 14) relacionam que:

Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico- seja ele normativo ou de efeito concreto – para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, á de se mostrar conforme os preceitos da Constituição.

Dessa ordem, Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, por conter normas referentes à estruturação da Nação, à formação dos poderes públicos, à forma de governo e à aquisição do poder de governar. Esse regimento, no âmbito brasileiro, construiu-se de forma escrita e formal, no qual se encontram estabelecidos as leis e os princípios que regem todo o ordenamento jurídico vigente.



Ressalta-se, nas palavras de Merlin (2000, p. 26-27) que, apesar dessa força suprema, a constituição brasileira, mesmo rígida, não resulta imutável. Essa mutação “ocorre como consequência de baixa densidade normativa e alta abstração dos seus comandos, que garantem um ajuste do seu conteúdo às constantes transformações oriundas da evolução da sociedade”. Assim, essa possibilidade de mutação endossa a abrangência do poder cidadão, visto a necessidade de adaptação à realidade.

Em uma perspectiva contemporânea, na qual, nas definições de mundo líquido de Bauman (2004, p. 31), “vivemos em tempo líquido, nada é pra durar”, a insegurança torna-se característica vigente. Essa seja, talvez, uma boa explicação para os recursos recorrentes aos prefixos “pós” e “neo”: pós-positivismo⁵, neoliberalismo⁶ e neoconstitucionalismo. Nesse contexto, encontra-se o Direito Constitucional, em transformação, ensejando o surgimento do neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo, definido por Barroso (2003, p. 43) como:

Um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio aos quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças normativas da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Com efeito, desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito, que fundamenta-se na ideia de um sentido expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. Ainda, o autor supracitado menciona que no Brasil, esse processo neoconstitucional iniciou-se a partir de 1988, o que

⁵ Em Filosofia e nos modelos de pesquisa científica, pós-positivismo (também chamado de pós-empiricismo) constitui uma instância meta teorética que critica e aperfeiçoa o positivismo. Pós-positivistas acreditam que o conhecimento humano não se baseia no incontestável, em bases pétreas, mas em hipóteses.

⁶ Conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do estado na economia. De acordo com esta doutrina, deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), pois este princípio garante o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país.



fundamenta a incisão da força normativa desencadeada sob o viés constitucional. Essa Constituição Federal de 1988 tem se demonstrado forte para superar os momentos de instabilidade política pelos quais passou o Brasil no decorrer desses vinte anos.

Essa fundamentação torna-se importante a título de explanação do momento brasileiro em que a Constituição tornou-se ainda mais absoluta. O novo constitucionalismo identifica-se substancialmente ao momento social, político e econômico iniciado a partir do século XX. Síntese desse entendimento é trazida por Barroso, que citado por Antunes de Melo (2007, p. 1) atribui:

Essa é a era da constituição das nossas circunstâncias, por necessidade ou por virtude, seu texto final expressa heterogênea mistura de interesses de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais. A euforia constituinte, saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil é mais do que analítica é prolixa e corporativa.

Ainda, cabe ressaltar que este viés paternalista existe há algum tempo, entretanto, ganhou maior incidência com a promulgação da Constituição Cidadã vigente, que, segundo Lenza (2012, p. 63-64):

Ao albergar o constitucionalismo contemporâneo, adotou como um de seus paradigmas edificadores – ao lado dos princípios e objetivos fundamentais – o compromisso de otimização (e de garantia aos seus tutelados) do necessário para uma vida com plena dignidade humana.

Desta feita, passou a vigorar no ordenamento jurídico vigente, um novo conceito constitucional de efetivação clara das garantias constitucionalmente constituídas. O modelo convencional, ensina Barroso (2013, s/p):

Desenvolveu-se quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer a solução para os problemas jurídicos, quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o interprete desempenha uma função técnica de conhecimento. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciando descritivos de condutas a serem seguidas.

Entretanto, considerando que o direito nunca esteve e não está imune às transformações, ficando à mercê de uma sociedade globalizada, e, segundo Rocha



(2006, p. 196), considerando que “ a nova racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações”, esta nova compreensão constitucional veio a enquadrar-se às demandas sociais, fator esse elucidado por Barroso (2013, s/p):

Sucedo, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado [...].

Arquitetado sob essa necessidade, fala-se, portanto, em um novo constitucionalismo, ou em um neoconstitucionalismo, onde:

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisando topicamente. Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre possíveis soluções (BARROSO, 2013, s/p).

Tem-se inaugurado o Estado Constitucional moderno, arquitetado sobre uma estrutura política-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos. O neoconstitucionalismo, por efeito, se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário, fenômeno esse que “gera um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo o conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2013, s/p).

Desta feita, pode-se compreender que a Constituição Federal de 1988, alcançou, ainda que tardiamente, sua soberania institucional, onde, por meio de uma



nova ordem constitucional, solidificou-se como preceito básico legitimador da essência da organização social como um todo.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM AS DEMANDAS SOCIAIS

Como efeito, a aproximação da constituição com o cidadão a partir da constitucionalização do direito autenticado em um sistema neoconstitucional arquitetado em uma perspectiva pós-moderna, é personificada na incisão do judiciário no executivo e no legislativo. Ao mesmo passo, verificou-se no Brasil uma “judicialização de questões políticas e sociais que passaram a ter nos tribunais uma instância decisória final” (BARROSO, 2013, s/p).

Assim, houveram dois fenômenos modificadores do Direito tradicional: as demandas das pessoas frente ao judiciário, que agora passam a buscar políticas públicas e sociais por meio da persecução processual, e o próprio posicionamento do Direito frente a esta realidade, pois agora se permite prestar uma tutela jurisdicional que se desprende da tecnicidade e atinge a tentativa de efetividade.

Desta forma, mesmo que o Estado, principalmente em um contexto moderno, ganhe escopo de promotor de bem social comum, ao tempo em que a concepção de que há a necessidade de enquadramento de todas as demandas sociais à Constituição Federal e, ainda, há a solidificação da supremacia dos direitos e garantias fundamentais, muitas vezes o poder executivo não consegue promover as políticas públicas necessárias. A partir desse momento, o judiciário endossa-se de atividades políticas, criando uma relação substantiva com as instituições judiciais, executando-se de um ativismo judicial.

Por conseguinte, toda a abordagem supracitada será acareada com a nova roupagem do constitucionalismo que, segundo Sarmiento (2012, p. 144) torna-se marcante nesse contexto pois:

[...] até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha



o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Tal análise dará ensejo ao entendimento de como a Constituição vigente, principalmente dentro de um contexto neoconstitucional, deve se aproximar da realidade social que coordena. Nesse sentido, para que haja real legitimidade jurisdicional, é de suma importância de que as leis estejam de acordo com as demandas sociais, gerando uma conexão direta e legítima da função do direito com sua aplicabilidade, onde “tão somente quando a lei escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais do poder que regem o país, só assim será boa e duradoura” (LASSALE, 2010, p. 20). Corrobora com essa ideia Herbermans (1997, p. 175), que afirma que “a primeira exigência de um sistema de direito é indicar aqueles que terão a palavra: os sujeitos do direito”.

Uma das formas de aproximação constitucional com o povo, tendo em vista a crise democrática instaurada pode ser realizada, segundo Barroso (2013, s/p), por meio de uma interpretação conforme a constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

O chamado ativismo judicial é uma realidade social, onde, segundo o autor supracitado, “há um leque de exemplos” pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais na realização de:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.



Dessa forma, por meio de um novo conceito constitucional de gerir a sociedade, o ativismo judicial acaba funcionando como um meio de promover um controle jurisdicional de políticas públicas, aproximando as demandas das manifestações sociais de 2013 preestabelecidas constitucionalmente com a realidade do povo. a exemplo disso decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2014 promovendo internação hospitalar:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REMESSA OFICIAL. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM UTI DA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. I A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 da CF/88). II – O Estado deve garantir assistência médica, incluída a internação de paciente em unidade de tratamento intensivo na rede particular, quando o poder público não dispõe de leitos disponíveis. III - Negou-se provimento à remessa de ofício.

Na ordem da saúde, corrobora com a promoção de direitos básicos o Supremo Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE INIMPUTÁVEL SUBMETIDO À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. A teor da pacífica orientação desta Corte, o inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não pode permanecer em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Precedentes. 2. Recurso provido para determinar a imediata transferência do Recorrente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na ausência de vaga, aguardar, em regime de tratamento ambulatorial, o surgimento da vaga correspondente.

Em outra seara o Supremo Tribunal de Justiça em 2007 solidificou preceito básico educacional:

As crianças de zero a seis anos têm garantido, por expressa disposição constitucional, o direito, não em tese, não imaginário, não meramente ideal, mas concreto, efetivo, de atendimento em creche e pré-escola. Nada mais é necessário se dizer que um tal direito seja exercido. Nenhuma outra lei ou qualquer medida legislativa é necessária para a exequibilidade dessa prestação. Está claramente identificada a pessoa obrigada à prestação. Está também precisamente identificado, da mesma forma com singular clareza, o objeto dessa prestação social. [...] É direito líquido e certo.



Toda essa envergadura de compreensão leva ao capítulo da problemática do trabalho. Considerando que há um paradigma legal em que a constituição legitima direitos e garantias, o Estado não as executa e o Direito as endossa, descreve-se como o ativismo judicial tem se encorpado de um caráter promotor de políticas públicas. Essa análise é feita a luz do alerta de Harbele (2011, s/p):

O paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição significa que cada cidadão e cada partido político que vive na Constituição são co-intérpretes desta Constituição. O judiciário constitucional possui legitimação democrática apenas indireta. O primeiro poder da República é o Parlamento. O legislador parlamentar tem legitimidade direta, pois é eleito pelo povo. Por isso é importante que a sociedade também tenha espaço para participar da interpretação da Constituição.

Streck (2013, s/p) corrobora com a visão crítica do ativismo judicial pelo qual toda a interpretação da problemática deve ser guarnecida:

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.

Desta feita, embora legitime as políticas públicas e atenda várias das demandas não realizadas pelo executivo, fator motivador da comoção social de 2013, a prática do ativismo judicial não deve ser desenfreada a risco de interferir na essência da democracia brasileira. Deve pautar-se nas noções básicas de razoabilidade e proporcionalidade, como lembra Cambi (2009, p. 56):

A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, já incorporou os princípios da proporcionalidade⁷ e da razoabilidade⁸, tanto em relação ao

⁷ O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008. p. 9)

⁸ “o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite



controle dos atos legislativos (p. ex.: considerou inconstitucional Lei do Estado do Paraná, que determinava a pesagem de butijões de gás, no ato da venda para consumidor, em face da imensa dificuldade material, quando não da impossibilidade, de fazê-lo, entendendo se o ato legislativo não razoável, julgou inconstitucional ato normativo do Estado do Piauí, que permitia que pessoa estranha à carreira de delegado de polícia exercesse esta função) quanto dos administrativos (p. ex., determinou que candidato aprovado em concurso para delegado de polícia não poderia ser reprovado na prova de esforço físico, por ser os agentes policiais que fazem as perseguições; também, reconheceu que candidato à escrivão de polícia não poderia ser reprovado por não possuir altura mínima; ainda, considerou inadmissível o “julgamento de consciência” de candidato à magistratura, aprovado no certame, para excluí-lo do concurso público, com base em decisão secreta sobre sua vida pública e privada; por fim, julgou não razoável edital de concurso público que atribuía ao tempo de serviço público pontuação superior a títulos referentes à pós-graduação).

A supremacia do bem público pode ser realizada de diversas formas, principalmente em um contexto pós-moderno, onde a constitucionalização do direito dá precedentes para o poder judiciário vestir-se do escopo político e realizar políticas públicas, maquiando-se de poder executivo, e, por meio do ativismo judicial, aproximando a sociedade dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, entanto, deve ser regulamentado e limitado. Assim, sua qualidade de ação deve ser excepcional, não sendo ele espaço privilegiado para a discussão de questões tradicionalmente de natureza política sem o risco demasiado de subtrair da sociedade civil a oportunidade de manifestação e participação de temas essenciais que lhe digam respeito.

5 CONCLUSÃO

A Realidade de que o novo constitucionalismo traz novos parâmetros de interpretação constitucional é incontestável. Barroso, um dos autores brasileiros mais dispostos ao tema, justifica a recepção nacional de tal realidade pela dificuldade Estatal gerir um sistema que, sob uma ótica pós-positivista, diversifica-se desde concepções morais até a criação de novas realidades sociais.

Essa nova realidade dá condição a uma amplitude interpretativa, onde a clássica separação dos poderes dá lugar à possibilidade de uma intervenção

verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles. (Teoria dos Princípios - da definição a aplicação dos princípios jurídicos – 7ª Edição- Malheiros).



motivada que, frisa-se, não configura um ataque a autonomia de cada ente organizador. Desse modo, embora o ativismo judicial promova, por vezes, situações que seriam competência do poder executivo, este é um meio legítimo de intervenção, dado ao fato de que, nesta nova ordem gestora a solidificação de Direitos e Garantias constitucionalmente previstos é o fim que permite vários meios.

Nesse jaez, embora a Constituição Federal de 1988 se situe em um momento oportuno para a legitimação de seus valores, a realidade social não acompanha tal realidade, a exemplo das manifestações sociais de 2014. As manifestações, inclusive, são demonstrações claras de que a nova ordem constitucional aqui estudada é mais do que necessária, sendo promotor emancipador dos Direitos e Garantias constitucionalmente previstos.

Embora o ativismo judicial seja solidificador de políticas públicas, e, por consequência, seja materializador da aproximação da constituição vigente com o povo, esta atitude jurisdicional não pode ser tomada de forma desenfreada, ficando a mercê dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade dos aplicadores jurídicos brasileiros.

Com efeito, o neoconstitucionalismo, por meio do ativismo judicial e frente às inercias do executivo, dá ao processo o escopo teológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos, encarregando a jurisdição de leva-los à realização, entretanto, à luz de uma leitura mais substancialista, há de haver o cuidado na aplicabilidade de tal concessão, sob o risco de ataque a democracia e de posturas exegistas. Entende-se, portanto, que o ativismo judicial é válido, desde que se preceitue em parâmetros ditados pela razoabilidade.

6 REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.



BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 06 set. 2014.

BRECHT, Bertold. **Elogio da dialética**. In: Antologia poética, 1977.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. RMO: 20080111190794 DF 0020669-27.2008.8.07.0001, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/08/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/09/2014 .

DISTRITO FEDERAL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC: 44587 SP 2014/0012821-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Retrospectiva**: manifestações não foram pelos 20 centavos. 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1390207-manifestacoes-nao-foram-pelos-20-centavos.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2014.

G1, Portal de notícias da Globo. **Reivindicações populares segundo pesquisa**, 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

GUIMARÃES, Ulysses. **O marcante discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://contee.org.br/contee/index.php/2013/10/muda-brasil-o-marcante-discurso-de-ulysses-guimaraes-na-promulgacao-da-constituicao-de-1988/#.VEIplfnF_aY>. Acesso em: 23 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade, v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERBELE, Peter. **Entrevista com Peter Herbele**: “a constituição é declaração de amor ao país”, 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 27 set. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KENNETH, John Galbraith. **A era da incerteza**, 1984.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Servanda, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Clève Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERLIN, Clève Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**. Ano 1., n. 4. São Paulo: Notadez, 2006.

SARMENTO: Daniel. **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SÃO PAULO: **Superior Tribunal de Justiça**, Câmara Especial. Apel. Cível n.152. 802/5-00Rel.Min. Maria Olívia Alves. DJe Apelação improvida

SOARES, **Jéssica**. **07 manifestações que tomaram as ruas do Brasil**, 2013. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blogs/superlistas/7-manifestacoes-que-tomaram-as-ruas-do-brasil/>>. Acesso em: 23 out. 2014.

SOUZA, Jose Fernando Vidal de. Mezzaroba, Orides. **O positivismo Jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador e partir dos conflitos sociais no Brasil**. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais. Joaçaba: UNOESC, 2013.

STRECK, Lênio. **O que é isto, ativismo judicial, em números?**, 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em: 29 set. 2014.



CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E OS REFLEXOS SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES: O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO¹

CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE REFLEXES OVER THE SEPARATION OF POWERS: THE DISEMPOWERMENT OF THE STATE

Ricardo Duarte Cavazzani²

Resumo

Tendo em vista a democracia ser exercida, de regra, mediante representação, e estar atrelada, em muitos regimes constitucionais, à separação de poderes, a crise pela qual passa a democracia representativa influencia negativamente a divisão de poderes, na medida em que não proporciona nem a independência e nem a harmonia entre os poderes. Nessa medida, a falta de harmonia e independência entre os poderes cria um cenário de disputa entre eles, acarretando enfraquecimento político e social, pois os objetivos a serem alcançados pelo Estado passam a figurar em segundo plano quando o povo encontra-se mal representado (ou não representado) e suas instituições se encontram em conflito, o que impede o avanço e o desenvolvimento. O presente trabalho visa analisar a crise da democracia e seu reflexo sobre a separação dos poderes para, ao final, extrair algumas conclusões sobre a origem de problemas enfrentados hodiernamente.

Palavras-chaves: Democracia; Representatividade; Crise; Separação de poderes; Estado.

Abstract

Given that democracy is exercised, in rule, by representation, and is tied in many constitutional systems, the separation of powers, the current crisis through which representative democracy passes negatively influences the division of powers, in that it does not provide neither independence nor the harmony between

¹ Artigo submetido em 14/01/2015, pareceres de aprovação em 23/01/2015 e 29/01/2015, aprovação comunicada em 30/01/2015.

² Advogado inscrito na OAB/PR, atuando nas áreas: cível, previdenciária, tributária, comercial e infância e juventude. Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI (2007). Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP/Rede LFG (2010). Professor de Direito Previdenciário e Direito Tributário no curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro - FANORPI / UNIESP. Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas Profissionais e de Fiscalização e Controle dos Atos do Poder Público Relacionados ao Exercício da Advocacia da OAB/PR - Subseção de Jacarezinho. Mestrando no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. E-mail: <ricardocavazzani@hotmail.com >.



the powers. To that extent, the lack of harmony between the powers and independence creates a scenario of struggle between them, leading to weakening political and social, as the goals to be achieved by the State can now be found in the background when the people are misrepresented (or not represented) and institutions are in conflict, which prevents progress and development. The present work analyzes the crisis of democracy and its influence on the separation of powers, presenting some conclusions about the origin of problems faced in our times.

Keywords: Democracy; Representativeness; Crisis; Separation of powers; State.

1 INTRODUÇÃO

A democracia representativa (indireta), ao contrário do que ocorria na Grécia antiga e ainda acontece em alguns raros lugares hodiernamente, é exercida por representantes do povo e não mais diretamente pelo povo (democracia direta). Vislumbra-se, também, uma terceira forma de exercer a democracia, que surge ao lado dessas duas formas de expressão democrática, ou seja, a democracia semidireta.

Ante a inviabilidade de se exercer a democracia diretamente, isto é, juntar o povo em praça pública (*ágora*, na Grécia antiga) para deliberar e tomar as decisões, pois tal prática é incompatível com o Estado moderno, seu volume populacional, seu dinamismo e os incontáveis interesses em conflito, a representatividade foi o modo encontrado para o exercício viável da democracia diante das características do indigitado Estado moderno.

Assim, o povo, ainda “detentor do poder”, escolhe, por meio do voto, seus representantes, os quais, *a priori*, deveriam fazer aquilo que o nome da função expressa, isto é, representar os eleitores.

A própria forma de escolha dos representantes possui sua história evolutiva. O comum atualmente, em países considerados democráticos, é o voto direto e secreto, como preconiza o artigo 14, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

Quanto à forma de governo, mudanças existiram ao longo da história e alternativas foram criadas para manter o poder instituído ou para romper com o regime até então vigente, sendo encontrada como possível melhor solução a democracia, a qual vem sendo exercida, salvo exceções, de forma indireta (representativa).



O grande problema da democracia, assim como de qualquer outra forma de governo ou a maneira como cada uma dessas formas de governo é exercida (direta ou indiretamente, pessoal ou coletivamente, etc.), é que o ser humano é quem sempre escolhe a forma de governo e governa.

A aristocracia, a monarquia a democracia ou qualquer outra forma de governo que o homem já inventou ou que ainda irá criar sofre de um mal comum, que nunca será combatido ou eliminado, que é o próprio homem. Este sempre cria ou simplesmente altera a forma de governo, ainda que retrocedendo, como forma de manifestar uma insatisfação com o regime anterior ou para consolidar um poder que desponta.

Ainda que de todas as formas de governo já pensadas a democracia seja a melhor (ou a “menos pior”) e a forma indireta de exercê-la seja a mais exequível, sempre haverá momentos de auge e de depressão e os momentos de crise podem acarretar, além da própria queda dessa forma de governo, o abalo de outras instituições e de outros componentes do Estado, como as suas Funções (Poderes).

Os Estados Democráticos atuais se caracterizam, em regra, por um regime democrático exercido indiretamente, sob um regime constitucional constituído com base na separação/tripartição de poderes, evitando-se que o exercício do poder acumule-se nas mãos de um único governante, o que vai de encontro ao escopo da democracia. Tais poderes estão separados em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O Estado brasileiro, exatamente assim caracterizado, preza pela harmonia e independência entre os Três Poderes, nos termos do artigo 2º do Texto Fundamental.

Ocorre que a decadência do sistema democrático-representativo brasileiro coloca-nos em um cenário de alerta não apenas para um possível fim do regime democrático, proporcionando uma nova forma de governo ou, o que é pior, um retrocesso às formas anteriores, mas também pode proporcionar outros malefícios à nação, ainda que o regime democrático se mantenha, como, por exemplo, o domínio de um dos Poderes sobre os demais, havendo um déspota disfarçado em meio a um regime formalmente democrático, criando a ilusão no povo de que ele ainda detém o poder e que o exerce por meio de seus representantes.



Pior do que a ditadura, a aristocracia ou a monarquia explícita é a democracia apenas formal, atrás da qual se esconde uma forma de governo autoritária e autocrática.

A democracia representativa mal exercida fulmina o equilíbrio que deve imperar entre os Três Poderes do Estado, na medida em que um Poder se sobrepõe ao outro em uma luta incansável de ego dos representantes do povo em busca de dinheiro, poder e de satisfação de interesses pessoais, geralmente escusos.

Por tal razão, dentre outras, o Poder Executivo brasileiro é tão forte, ao passo que o Legislativo é fraco e o Judiciário é arrogante, sendo todos, salvo momentos de exceção, corruptos, conforme se passa a expor.

2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Preliminarmente, insta tecer alguns comentários sobre a democracia, compreendendo o seu intuito. Ressalta-se que não há a pretensão de conceituá-la e, muito menos, esgotar seu conteúdo, mas tão somente analisá-la o suficiente para demonstrar a forma como é exercida e, finalmente, demonstrar o momento de crise pelo qual passa.

A tradução literal da expressão “democracia” indica se tratar de um governo do povo e, nessa medida, fica à mercê da natureza humana para sua realização.

Rousseau já apontava, em sua obra Contrato Social, um dos problemas da democracia, ao afirmar que “Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente” (ROUSSEAU *apud* BONAVIDES, 1999, p. 265), sinalizando que a forma de governo democrática não funcionaria para os homens, pois seria perfeita demais para ser realizada por seres imperfeitos.

O fato é que a democracia possui como supedâneo o combate ao exercício monocrático do poder, buscando no consenso popular e na divisão do poder a legitimidade das decisões tomadas, evitando o abuso do déspota.

Consoante exposto alhures, inicialmente a democracia foi exercida diretamente, mediante deliberação e tomada de decisões pelo povo em praça pública, sendo esse o modelo adotado na Grécia antiga.



Diante da impossibilidade de assim ser exercida no Estado moderno, a democracia passou a ser praticada, em regra, de forma indireta, isto é, de forma representativa, onde os representantes do povo são escolhidos. A escolha pode se dar de mais de uma forma, como, por exemplo, por um colégio eleitoral ou mediante voto popular direto. Mas, em um Estado Democrático atual, o comum é a escolha dos representantes por meio do voto popular direto, realizado pelos que se enquadram na definição de eleitor.

Por diversos motivos, os eleitos, que deveriam representar seus eleitores, acabam se afastando desse desiderato do Estado Democrático para satisfazerem seus interesses pessoais e promoverem a manutenção no poder.

Pode-se citar como razões dessa fuga ao escopo da democracia representativa: a natureza humana, propícia ao egoísmo e ao desvio de caráter, principalmente quando detém o poder e há dinheiro envolvido; a forma ultrapassada de separação dos poderes, que mais promove barganha entre os que compõem os Poderes do Estado do que a independência e harmonia que entre eles deveria existir; o presidencialismo, que promove a cumulação das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo na pessoa do Presidente da República, fortalecendo-o mais do que o necessário, a ponto de torná-lo um déspota disfarçado; o sistema partidário-eleitoral, onde os partidos sem ideologia – que são os detentores do mandato –, as coligações – que não visam resguardar o direito das minorias, mas tão somente garantir a vitória nas eleições – e o voto obrigatório – que demonstra o desinteresse do povo pelos candidatos –, acabam contribuindo para a politicagem e não para o fortalecimento da democracia e da representatividade; os requisitos (ou a ausência deles) para votar e ser votado, podendo qualquer pessoa sem instrução eleger e, o pior, ser eleito, contribuindo para o amadorismo da gestão do Estado; a falta de educação do povo brasileiro, tanto a educação que se adquire no seio familiar (a qual cada vez se torna mais escassa, haja vista a dizimação da família), quanto aquela que advém das instituições de ensino (que, hoje, possuem apenas quantidade, com pouca ou nenhuma qualidade, servindo apenas de dado estatístico para organizações internacionais verem e para os brasileiros criarem a ilusão de que o problema da educação está sendo resolvido e continuar votando nos mesmos políticos de sempre); a profissionalização da política, não havendo renovação dos



representantes, principalmente no Poder Legislativo, onde a reeleição pode ocorrer sem restrições, existindo políticos que há anos encontram-se no poder (ao ponto de com ele se confundir e personificar) e, pior ainda, arrastam sua árvore genealógica inteira para dentro dos órgãos públicos desse país; a impunidade, que serve de estímulo para os corruptos assim permanecerem e como fator de encorajamento para que outras pessoas se tornem corruptas quando a oportunidade lhes surgir; dentre outros fatores que contribuem para a destruição da democracia representativa.

Ives Gandra da Silva Martins aborda a questão da natureza humana diante do poder, nos seguintes termos:

O estudo do “poder” tem demonstrado que ele está na natureza de todas as formas de vida. [...] A característica fundamental, no exercício do poder pelo homem, é que sua razão oferta variações de conduta que outras espécies desconhecem, visto que estas reproduzem, há milhões e milhões de anos, as mesmas formas estilizadas na composição grupal e na liderança dos chefes. Nem por isto, as alternativas comportamentais escondem sua característica dominante, qual seja, a de que a natureza humana no poder não é confiável. Os 6.000 anos de história narrada demonstram a fragilidade dessa natureza sempre que o poder é assumido sem controle, assim como a infundável lista de lutas fratricidas e entre elites para a assunção dos governos nos diversos espaços geográficos e nos diversos períodos permite verificar que o homem visualiza o poder como forma de realização pessoal, [...]. Confúcio, por exemplo, a fim de combater o despotismo dos governantes, entendeu que a criação de uma classe intelectual, mais amante do saber que das riquezas, terminaria por tornar o exercício do poder racional e destinado ao bem do povo, sobre representar sólido suporte aos senhores reinantes. Foi, de rigor, o pai da burocracia. A experiência chinesa, todavia, demonstrou que a maior cultura no poder não representa maiores ideais e que o vício inerente à corrupção está na própria natureza decaída do homem. [...] Toda a teoria da separação dos poderes reside neste diagnóstico desconsolado do filósofo francês, que pretendeu com a tripartição conseguir que os poderes, se autocontrolando, reduzissem a inata tendência do ser humano de com eles se identificar, passando a exercê-lo de forma abusiva em relação aos governados. (MARTINS, 2006, p. 189-193) (g. n.)

Quanto à forma defasada de separação de poderes, tem-se que essa teoria pressupõe, além da divisão do poder para evitar abuso do poder pelo déspota, o equilíbrio entre os poderes divididos, de forma que um controle o outro, mas que em conjunto e de forma harmônica consigam promover o desenvolvimento social de forma democrática.



Assim, e conforme se demonstrará oportunamente, a separação de poderes no Brasil não funciona, dentre outros motivos, pela forma como o Poder Executivo se sobrepõe sobre os demais, impedindo que haja independência e harmonia entre eles, não havendo, sequer, a fiscalização de um Poder pelo outro, haja vista o grau de crise que a democracia representativa alcançou.

Essa situação de sobreposição do Poder Executivo sobre o Legislativo foi retratada por Nuno Piçarra, ao analisar a separação de poderes na Inglaterra, e, segundo o autor:

Apesar dessas características, a constituição inglesa revelaria uma fraqueza então particularmente notória: a susceptibilidade de ser subvertida por um chefe do executivo aspirando a plenos poderes e não hesitando em dominar o legislativo. A única forma de impedir a subversão consistiria em manter os vários órgãos constitucionais em equilíbrio, basicamente através da manutenção da sua separação (independência) uns dos outros e da atribuição a cada um de meios de recíproco controlo. (PIÇARRA, 1989, p. 85-86)

Essa narrativa retrata bem a situação brasileira, onde o Poder Executivo aspira ao governo autocrático e domina o Legislativo e o Judiciário, o que ocorre, dentre outros motivos, por ser o detentor dos recursos financeiros e com eles barganhar (veja, como exemplo, o caso do “mensalão”).

Assim, a manutenção da separação de poderes no Brasil requer mecanismos recíprocos de controle que sejam efetivos, pois em um país onde o chefe do Poder Executivo detém os recursos financeiros e pode indicar membros de tribunais, obviamente que os tribunais ficarão à mercê do Poder Executivo e acabarão não exercendo o devido controle almejado pela teoria da separação de poderes, tornando inviável e ultrapassada a separação de poderes posta na Constituição Federal brasileira, pois o legislador constituinte originário prestigiou a separação de poderes mas acabou criando amarras para que ela não funcionasse como se esperava, criando um monstro chamado Poder Executivo.

Parece, então, que o cenário de crise de representatividade conduz à crise na separação dos poderes e esta, por sua vez, contribuiu para a manutenção da crise de representatividade, em um ciclo vicioso que parece que não terá fim até que um conjunto de medidas sejam adotadas, tais como reforma política, eleitoral,



partidária, institucional, administrativa, tributária, dentre outras, desde que sejam feitas mediante vontade do povo e concretizada por especialistas, porque já está comprovado que qualquer reforma estrutural séria no Brasil não será feita pelos políticos.

Sobre o outro ponto indicado como causa da crise da representatividade, qual seja, o presidencialismo exercido no Brasil, urge destacar o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins:

Com exceção da experiência americana, que vive o regime presidencialista, mesmo assim fortemente fiscalizado pelo Parlamento, capaz de afastar presidentes, em nenhuma outra nação o presidencialismo foi bem-sucedido, pois confunde, em uma pessoa, o chefe de Estado e o chefe de governo, retirando daquele a liberdade, a imparcialidade e a confiança depositada para intervir nas crises não contornadas por este. Nas demais nações civilizadas, conhecidas e democráticas, não somente nas palavras, mas na vivência política, o parlamentarismo é a forma de governo mais conveniente, que menos danos provoca e que permite o surgimento de verdadeiros líderes populares e não falsos líderes impostos. (MARTINS, 2006, p. 135) (g. n.)

Os partidos políticos também influenciam para a decadência do sistema democrático representativo, pois o que se vê atualmente é uma infidelidade partidária que se poderia denominar intrínseca, ou seja, que nasce dentro do próprio partido, que não respeita e não pratica seus próprios ideais.

Dalmo de Abreu Dallari, ao analisar a representação política, aborda a temática dos partidos políticos e suas vantagens e desvantagens:

A crítica aos partidos políticos, que envolve a crítica à própria representação política, tem indicado aspectos favoráveis e negativos. [...] Contra a representação política, argumenta-se que o povo, mesmo quando o nível geral de cultura é razoavelmente elevado, não tem condições para se orientar em função de idéias e não se sensibiliza por debates em torno de opções abstratas. Assim sendo, no momento de votar são os interesses que determinam o comportamento do eleitorado, ficando em plano secundário a identificação do partido com determinadas idéias políticas. A par disso, os partidos são acusados de se ter convertido em meros instrumentos para conquista do poder, uma vez que raramente a atuação de seus membros condiz fielmente com os ideais enunciados no programa partidário. Dessa forma, os partidos, em lugar de orientarem o povo, tiram-lhe a capacidade de seleção, pois os eleitores são obrigados a escolher entre os candidatos apontados pelos partidos, e isto é feito em função do grupo dominante em cada partido. Este aspecto levou ROBERT MICHELS a concluir que há uma *tendência oligárquica* na democracia, por considerar inevitável essa predominância de grupos. (DALLARI, 2005, p. 167-168)



Ainda quanto ao sistema partidário-eleitoral e seus reflexos nocivos à democracia representativa, Paulo Bonavides ensina:

A ditadura invisível dos partidos, já desvinculada do povo, estende-se por outro lado às casas legislativas, cuja representação, exercendo de fato um mandato imperativo, baqueia de todo dominada ou esmagada pela direção partidária. O partido onipotente, a essa altura, já não é o povo nem sua vontade geral. Mas ínfima minoria que, tendo os postos de mando e os cordões com que guiar a ação política, desnaturou nesse processo de condução partidária toda a verdade democrática. [...] Não raro a oligarquia partidária conserva o poder, conservando do mesmo passo o emblema democrático. Todavia, a morte do regime se acha próxima, ou já se consumou, porque não vivem as instituições democráticas de um nome ou de um rótulo, senão daquela prática efetiva, donde não haja desertado ainda a vontade popular. (BONAVIDES, 1999, p. 278-279) (g. n.)

Assim, os partidos políticos, que poderiam ser vistos como um meio de levar os ideais do povo até as casas legislativas e lá efetivá-los, passou a ser uma central do poder político, visando mantê-lo nas mãos de uma minoria detentora e mantenedora do poder no Brasil, afastando-se de qualquer ideal democrático e de qualquer espécie de representatividade política, contribuindo para a crise da democracia representativa.

Sobre o tema, interessante o pensamento de Alain Touraine:

[...] a corrupção mais perigosa para a democracia é a que permitiu que os partidos políticos acumulassem recursos tão consideráveis e independentes da contribuição voluntária de seus membros que lhes dão a possibilidade de escolher os candidatos às eleições e garantir o sucesso de um certo número deles, ridicularizando assim o princípio da livre escolha dos dirigentes pelos dirigidos. (TOURAINÉ, 1996, p. 82)

As coligações, por sua vez, nada mais são, nesse cenário político corrompido, que um aglomerado de partidos sem ideologia que buscam a manutenção dos mesmos políticos no poder e, por conseguinte, também são um entrave à democracia representativa.

E se os políticos realmente estivessem representando o povo não seria necessário obrigá-los a votar, pois os mesmos teriam o prazer e o interesse de exercer sua cidadania por meio do voto, o que parece não ocorrer.



Vislumbra-se, então, que a obrigatoriedade do voto serve para que todos escolham seus representantes, mesmo contra sua vontade, o que conferiria legitimidade aos eleitos, pois toda a população votou. Ao passo que, sendo obrigatório votar, as pessoas terão que escolher o “menos pior” e os políticos, nesse contexto, exercem forte pressão sobre os menos instruídos e os corruptíveis (que são a maioria) para se elegerem.

Portanto, o voto obrigatório é causa e consequência da crise da democracia representativa.

Quanto aos requisitos (ou a ausência deles) para votar e ser votado, já se viu que Ives Gandra da Silva Martins lembrou que a maior cultura no poder não significa um melhor exercício do poder, pois é ínsito à natureza humana corromper-se, podendo o mais culto ser o mais desonesto.

Dalmo de Abreu Dallari destaca restrições ao direito de sufrágio, tais como limitações por motivo de idade, de ordem econômica, de sexo, de deficiência física ou mental, de condenação criminal, de engajamento no serviço militar e por deficiência de instrução, sendo essa última que interessa ao presente trabalho.

Segundo o autor, “a experiência tem demonstrado que o maior nível de cultura não significa maior interesse pelos assuntos públicos, melhor discernimento político, e mesmo maior honestidade de propósitos” (DALLARI, 2005, p. 188), no que parece ter razão.

Limitar a possibilidade de um cidadão votar apenas por deficiência de instrução iria na contramão do sistema democrático, pelas razões expostas pelo autor em comentário, dentre outras a se analisar, como o fato de o povo brasileiro não ser instruído porque está nas mãos de uma classe de governantes que, para se manter no poder, precisa da ignorância da maioria, não lhes ofertando reais possibilidades de ter acesso à educação e cultura, pois isso implicaria em patrocinar o fim da própria carreira política.

Logo, o cidadão não instruído é vítima da politicagem realizada pelos que querem se manter no poder e proibi-los de votar seria puni-los duas vezes, sem que, com isso, se garantisse uma melhor escolha e uma melhor representatividade.



Todavia, dever-se-ia repensar um conjunto de fatores que envolvem as eleições e o exercício do poder para, dentro de um conjunto de alterações, impor requisitos mínimos de instrução para os que pretender ser representantes do povo.

Um político que concorre às eleições e não sabe sequer o que deverá fazer se eleito for (como acontece no Brasil) não pode concorrer às eleições, pois pessoas desprovidas de ideais e de um mínimo de conhecimento político e jurídico não irão representar ninguém, haja vista que representar não significa ser a imagem e semelhança do povo, mas sim lutar em prol do desenvolvimento em nome do povo.

Vale ressaltar o entendimento de Alain Touraine, segundo o qual “Não pode haver democracia representativa se os atores sociais não forem capazes de dar sentido à sua ação, em vez de recebê-los dos partidos políticos”. (TOURAINÉ, 1996, p. 81)

Nesse cenário, quem essas pessoas não instruídas estão representando?

Políticos desprovidos de um mínimo de instrução são mais facilmente manipulados e, também por isso, não afastam essa classe de políticos que tomou conta do poder no Brasil porque não sabem nem o que estão fazendo nos parlamentos ou gabinetes, não sendo representantes de ninguém, apenas aprimorando o amadorismo da gestão pública e contribuindo para a manutenção dos mesmos políticos no poder, o que fora denominado, alhures, de profissionalização da política, pois existem aqueles que fazem do exercício de mandatos políticos a sua profissão.

Outro critério de seleção dos representantes é a exclusão dos pleitos eleitorais daqueles que possuem condenação criminal (desde que transitada em julgado), pois criminoso não pode representar o povo.

Apenas para encerrar a discussão acerca desses fatores que contribuem decisivamente para a crise da democracia representativa, urge trazer à baila o entendimento de Eduardo Cambi:

As novas fronteiras entre o Executivo e o Legislativo, aliadas às falhas no processo eleitoral, às críticas ao sistema majoritário e proporcional, à ausência de fidelidade partidária [...], ao voto obrigatório, à corrupção e à impunidade dos governantes, contribuem para a *crise da democracia representativa*, com desinteresse da população pela política e o enorme descrédito das instituições. (CAMBI, 2011, p. 185-186)



Dito isso, esses fatores apresentados, dentre outros, contribuem para a crise da democracia representativa e, nesse cenário, à medida que o povo vai sendo conscientizado de que a representatividade não vem sendo exercida como deveria, a insatisfação requer a adoção de novas técnicas para a manutenção e o exercício da democracia. Tem-se, aqui, o surgimento do que se pode denominar de democracia semidireta.

Segundo Paulo Bonavides, “a chamada democracia semidireta, trata-se de modalidade em que se alteram as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta”. (BONAVIDES, 1999, p. 274)

Tem-se, nessa modalidade, a democracia sendo exercida mediante representatividade, mas com a participação direta do povo na tomada de decisões, o que ocorre por meio de institutos como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, a participação do povo em conselhos deliberativos, dentre outras formas, os quais, quando bem exercidos, podem conferir maior legitimidade e representatividade nas decisões tomadas em um Estado Democrático.

Ocorre, também, que tais mecanismos de exercício direto da democracia só contribuem para o fortalecimento dessa forma de governo e para a legitimação das decisões tomadas quando o povo é politizado, crítico e consciente, pois, do contrário, tais institutos não passam de belas obras de arte que estão expostas na prateleira mais alta de um museu, isto é, ótimos mecanismos que apenas compõem o texto constitucional como forma de conferir maior legitimação e caráter democrático às decisões, mas que acabam sendo mais estudados do que praticados.

Segundo Paulo Bonavides, a democracia semidireta ganhou espaço no início do século passado, principalmente após a primeira guerra mundial, mas após a segunda guerra mundial foi perdendo espaço para os partidos políticos, que passaram a ser a nova esperança da democracia. (BONAVIDES, 1999, p. 275-276)

Logo, se a esperança do exercício da democracia passou a ser os partidos políticos, demonstrado está o porquê da crise pela qual passa.

Parece que é dentro desse cenário que o Brasil se encontra, ou seja, um Estado Democrático, cujo poder do povo é exercido pelos representantes, que são



eleitos diretamente pelo voto popular, estando em fase de crise da democracia representativa em razão dos motivos acima elencados (dentre outros), onde os mecanismos de exercício direto da democracia, que poderiam proporcionar a democracia semidireta, são pouco utilizados e, conseqüentemente, fica o país estagnado politicamente à mercê dos mesmos políticos de sempre, donde as decisões políticas tomadas afastam-se cada vez mais do desiderato constitucional e dos anseios do povo (portanto, cada vez menos legítimas), gerando insatisfação por parte da população consciente e o desequilíbrio entre os Poderes do Estado, conforme se passa a aduzir.

3 OS REFLEXOS SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado brasileiro, de acordo com as disposições Constitucionais, encontra-se sedimentado sob a forma democrática, cujo exercício do poder é exercido mediante representação, e sob a teoria da separação dos poderes.

O estudo da democracia e da separação dos poderes conduzem, grosso modo, à conclusão que ambos os institutos visam rechaçar o monopólio do poder, na medida em que um governo, para ser democrático, precisa acolher os anseios do povo, ao passo que em uma democracia representativa a separação de poderes se faz necessária para não haver concentração de poderes num único representante.

De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal brasileira, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício de suas incumbências, devem ser independentes e harmônicos.

Ives Gandra da Silva Martins aduz que “Uma Constituição democrática deve hospedar a clássica separação de poderes autônomos e independentes” (MARTINS, 1996, p. 195).

Norberto Bobbio, ao explicar teorias sobre os limites do poder estatal, aborda a teoria da separação dos poderes, explicando o que se entenderia por sua independência:

Teoria da separação dos poderes. Existem outras teorias que impõem ao Estado limites *internos*: independentemente do fato que o poder estatal tenha que deter-se frente a direitos preexistentes ao Estado, as mesmas



sustentam que a melhor maneira de limitar este poder é *quebrá-lo*. Trata-se de conseguir que: a) a massa do poder estatal não seja concentrada numa só pessoa, mas distribuída entre diversas pessoas; b) que as diferentes funções estatais não sejam confundidas num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos. Segundo essa teoria, o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões: 1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo; 2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou equilíbrio dos poderes) de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado. Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, a teoria da separação dos poderes exige que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por essa teoria, Estado que foi também chamado de *Estado Constitucional*, quer dizer aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente. (BOBBIO, 1997, p. 16)

Portanto, os Poderes repartidos devem ser exercidos de forma que cada um realize o que é de sua competência, controlando-se reciprocamente, desde que, apesar dessa independência, sejam harmônicos no sentido de buscar o bem comum (e aqui podemos citar a consolidação da democracia, a garantia dos direitos fundamentais, etc.), sem inviabilizar as atividades do Estado em nome do controle que um Poder deve exercer sobre o outro.

Noutras palavras, a separação de poderes e o controle que entre eles deve existir não pode inviabilizar o próprio exercício do poder, pois ao lado da independência há a harmonia.

Essa separação das funções do Estado em três poderes não é estanque, ou seja, não quer dizer que apenas o Legislativo pode legislar, o Executivo administrar e o Judiciário julgar.

Cada um desses Poderes exerce uma função própria (típica), isto é, o Legislativo cria as normas gerais (que terão aplicabilidade sobre todos), o Executivo, em sua missão de gerir o Estado, aplica as normas criadas pelo Legislativo, e o Judiciário, com supedâneo nas leis existentes (*lei lato sensu*), julga os conflitos que surgem na sociedade que forem levados à sua apreciação.

Todavia, cada um desses Poderes exerce funções atípicas, ou seja, o Legislativo exerce a sua administração interna, assim como o Judiciário também o faz; o Executivo cria normas *interna corporis*, assim como promove julgamentos de



seus próprios atos (processo administrativo); e o Judiciário, por sua vez, além de promover sua administração interna, também cria normas de conduta interna.

Sobre a separação de poderes, Hans Kelsen aduz que “não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito” e que “não é possível definir fronteiras separando essas funções”. (KELSEN, 1998, p. 386)

Segundo o jurista austríaco, o poder estatal não seria separado e haveria apenas duas funções e não três, como tradicionalmente propagado no mundo jurídico.

Para Kelsen, haveria uma função de criação do Direito, denominada pela teoria da separação dos poderes de Poder Legislativo – que poderia ser exercida pelo Poder Legislativo (que criaria as normas gerais), pelo Poder Executivo (que regulamentaria as normas) e até mesmo pelo Poder Judiciário (ao realizar os julgamentos, criando precedentes) – e outra função de aplicação do Direito, o que seria uma espécie de fusão entre o denominado Poder Executivo e o Poder Judiciário – pois ambos aplicariam as normas gerais criadas pelo Legislativo, cada qual em departamentos distintos.

Nesse sentido, as palavras de Kelsen:

Um órgão é um órgão legislativo apenas na medida em que esteja autorizado a criar normas jurídicas gerais. Nunca ocorre na realidade política que todas as normas gerais da ordem jurídica nacional tenham de ser criadas exclusivamente por um órgão designado legislador. [...] Na prática, o que importa é apenas uma organização da função legislativa segundo a qual todas as normas gerais têm de ser criadas ou pelo órgão chamado legislativo ou por outros órgãos, classificados como órgãos do poder executivo ou judiciário, com base em uma autorização da parte daquele órgão. [...] Então, o chamado órgão legislativo é a fonte de todas as normas gerais, em parte diretamente e em parte indiretamente, através de órgãos aos quais delega competência legislativa. (KELSEN, 1998, p. 386-387)

Quanto à separação entre Legislativo e Judiciário, Kelsen aduz que os tribunais cumprem uma função legislativa, na medida em que podem anular leis inconstitucionais ou quando, ao decidir o caso concreto, acabam criando uma norma geral para aquele fato, criando um precedente para que nos demais casos similares seja aplicado o seu entendimento, o que se equipara a uma norma. (KELSEN, 1998, p. 386-387)



Por fim, quanto à separação entre Executivo e Judiciário, o jurista entende que ambos teriam como função executar a norma geral. O denominado Poder Executivo aplica a norma geral criada pelo Legislativo tanto quanto o Judiciário assim o faz.

Para Kelsen, “a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais”. (KELSEN, 1998, p. 389) A ação entre os dois Poderes ainda é demonstrada levando-se em consideração a existência do processo administrativo, cuja função assemelha-se à dos tribunais, ou seja, à função judiciária.

O exercício dessas funções conjuntamente leva o jurista austríaco a afirmar a impossibilidade de separação de poderes, mas sim o que ele denomina de distribuição de poderes.

Em que pese o respeito ao pensamento do renomado jurista e a plausibilidade de seus argumentos, parece que Kelsen não reconhece o exercício de funções típicas e atípicas de cada Poder do Estado.

O fato de existirem funções atípicas que cada um dos Poderes exerce não implica em confusão entre eles, nem violação da independência que entre eles deve imperar e nem os faz mais harmônicos por isso.

A independência e a harmonia dos Poderes, bem como a sua tradicional separação, são violadas quando ocorrem situações como aquelas arroladas alhures, que promovem a crise da democracia representativa, pois não faz sentido algum se falar em separação de poderes se não há democracia.

Logo, conclui-se que a crise da democracia representativa afeta a separação dos poderes e, a partir daí, ou os Poderes se enfraquecem ou passam a se sobreporem sobre os demais, ou seja, de forma absoluta, com as consequências que daí advém, conforme se expõe.

Quando o Poder Legislativo, o qual, dentro da teoria da separação dos poderes, deveria ser o mais forte dentre os três, não realiza a contento sua incumbência (que é legislar), cria insatisfação, tanto por parte do povo (que não vê seus anseios representados naquela norma criada), quanto por parte do Poder Executivo (que pode não conseguir realizar a administração pública em razão de



entraves proporcionados pela legislação criada ou não criada), quanto por parte do Poder Judiciário (o qual, em um cenário de ampla insatisfação, é reiteradamente instado a se manifestar e, para solucionar os problemas e evitar novas demandas judiciais, acaba criando normas – como, por exemplo, as súmulas vinculantes).

Aliás, de acordo com Ives Gandra da Silva Martins:

As democracias realmente existem nos países de Poder Legislativo forte. A hipertrofia do Executivo implica a hipotrofia do Legislativo, razão pela qual os Estados, em que tal fenômeno político ocorre, estão sempre à beira da exceção, vivendo democracia precária. (MARTINS, 1996, p. 195)

O Chefe do Poder Executivo, por sua vez, não quer ser o coadjuvante político, pois como demonstrado alhures, faz parte da natureza humana querer o poder, dele desfrutar (inclusive abusivamente) e nele se manter. Assim, começa o Executivo, por meio dos artifícios que a própria Constituição lhe confere (como o uso da medida provisória – Constituição Federal, artigo 62), a barganhar com o Legislativo para que possa participar mais ativamente dos rumos que serão dados ao país e ter o controle do mesmo nas mãos, ao invés de ser apenas o executor das normas e administrador da nação.

No contexto da teoria da separação dos poderes, o Poder Executivo parece ser o menos visível, pois lhe cabe basicamente gerir o Estado de acordo com as normas criadas pelo Legislativo. Como o anonimato é incompatível com a política e com o ego humano, o Poder Executivo enseja posição de destaque dentro do sistema tripartido de poderes e, a partir daí, busca o domínio sobre os outros poderes (o que é ínsito à natureza humana – dominar o outro), o que é típico de um Estado em regime de exceção, o qual está sempre latente, esperando o enfraquecimento da democracia para ressurgir.

Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins esclarece:

A América Latina, inclusive o Brasil, desde que imitou, incorretamente, o modelo americano que não é presidencialista, posto que lá o Parlamento constitui-se em poder mais forte que o Executivo, chegando até a derrubar presidentes, oferta típico exemplo de fracasso do presidencialismo, visto que os Executivos fortes atrofiam os outros poderes e geram, permanentemente, regimes totalitários. (MARTINS, 1996, p. 196) (g. n.)



Vale ressaltar que o Executivo domina o Legislativo na medida em que, por meio de coligações e parcerias políticas, consegue a maioria de seus aliados dentro do Congresso Nacional, fazendo deste o seu quintal, o que enfraquece o Legislativo e torna as normas por eles criadas cada vez mais desprovidas de representatividade e legitimidade. Por exercer o domínio sobre o Legislativo o Executivo abusa do uso das medidas provisórias e impõe a vontade do déspota, isto é, do Chefe do Poder Executivo.

Nesse contexto de enfraquecimento do Legislativo e fortalecimento do Executivo, surge a soberba do Judiciário.

Este último, sendo o detentor do monopólio da última palavra por força da própria Constituição Federal, não se indispõe com o Poder Executivo enquanto não lhe convém, haja vista que para manter a estrutura do Poder Judiciário e os luxos de servidores públicos e magistrados é preciso dinheiro, o qual está sob a tutela do Poder Executivo, encarregado de arrecadar os tributos, que são a maior fonte de recursos que o Estado possui, e direcionar o orçamento.

No entanto, quando os abusos do Executivo incomodam o Judiciário, esse, como represália, castiga-o, mostrando que se primeiro tem o monopólio dos recursos financeiros, o segundo tem o monopólio da última palavra, a qual, *a priori*, pode ser imposta a todos e deve ser cumprida.

Nessa disputa de poder e ego, as barganhas também passam a ser feitas entre esses dois Poderes.

E mais: ante o enfraquecimento do Legislativo e os abusos do Executivo, as ações judiciais se multiplicam (pois os representantes do povo já não mais o representa) e o Judiciário surge como o salvador da pátria, pois ele detém poder para julgar tanto os atos emanados do Poder Legislativo (as normas jurídicas) quanto os atos emanados do Poder Executivo (as decisões contidas nos atos administrativos), o que, por um lado, agiganta o Poder Judiciário, pois passa a ser o dono da verdade, e, por outro, revolta-o, pois quanto pior a atuação do Legislativo e do Executivo, mais trabalho o Judiciário tem, o que não é de seu interesse. Conseqüentemente, o Judiciário começa a “legislar” e a administrar o país por meio de suas decisões.



Nesse cenário posto, vislumbra-se que a separação de poderes é apenas formal, pois na prática a crise da democracia representativa desencadeia a intromissão de um Poder sobre o outro, acabando com a independência e a harmonia que deveria existir entre eles, criando entraves ao desenvolvimento do Estado.

Assim, quando foi afirmado em outro momento que a separação de poderes é ultrapassada não se quis dizer que ela não deve existir, mas sim que o poder deve ser repartido em mais funções do que apenas as três idealizadas por Montesquieu, pois o escopo do filósofo francês ao formular essa teoria era outro e em outra época, não podendo mais ser aplicado cegamente no cenário atual da democracia. Ou, então, que a tripartição de poderes fosse reestruturada para evitar a concentração de poderes que existe, hoje, na pessoa do Chefe do Poder Executivo.

Que a democracia deve se embasar na representatividade e na separação dos poderes não resta dúvida, o problema é que a representatividade não se concretiza por diversos motivos e a forma como o poder é pouco partilhado influencia para que não haja democracia, mas sim um regime autocrático disfarçado.

Outras divisões do poder devem ser feitas, pois é nítido que o Poder que detém os recursos financeiros e o controle sobre sua repartição irá se sobrepor aos demais em um mundo capitalista, pois ninguém se mantém sem dinheiro. Nesse cenário o Executivo se agiganta e o Legislativo e o Judiciário se amesquinham.

Uma democracia representativa com poderes tripartidos onde as normas devem emanar do Legislativo mas este, em razão dos conchavos políticos (coligações), não consegue aprovar as leis que refletem os anseios do povo, mas tão somente se render à imposição da maioria que a situação tem sobre a oposição no Congresso Nacional, não é nem democracia e nem se pode falar em tripartição de poderes, pois quem acaba criando formalmente as normas é o Executivo, ou por força política no Parlamento ou por meio de medidas provisórias, que quase nunca são relevantes e, principalmente, urgentes.

Um Judiciário que deveria ser composto por renomados juristas, de notório saber jurídico e reputação ilibada, para julgar imparcialmente os conflitos que lhes são apresentados e dar consistência e legitimidade ao ordenamento jurídico, e que se compõe de pessoas politicamente influentes, muitas vezes “criados” por políticos



e por partidos políticos, que já agradeceram o Governo anteriormente e que, em troca, recebem a indicação para serem Ministros das mais altas Cortes do país, não pode ser levado a sério e, conseqüentemente, acabam se curvando aos interesses do Poder Executivo, como forma de gratidão, ficando a ele submisso também em razão dessa circunstância.

No entanto, apesar de muitas vezes o Judiciário ser submisso ao Executivo, por vezes ele também se agiganta, implantando políticas públicas, determinando dotações orçamentárias, dentre outras formas de judicialização da política, cuja prática foge ao seu desiderato e, com isso, também violam a separação de poderes.

Obviamente que, por vezes, a judicialização da política é necessária em razão da omissão do Legislativo, mas muitas vezes vislumbra-se tão somente uma forma de sobreposição do Judiciário sobre os outros poderes, confirmando a falência da separação dos poderes e a perda de foco da política nacional, que se preocupa mais com interesses próprios e com o ego dos componentes dos Três Poderes do que com os rumos que o Estado toma.

Enquanto isso, o Legislativo, que era pra ser o Poder mais forte justamente por ser o que melhor representa o povo, torna-se o mais fraco e, nesse cenário, o menos evidente, criando um ambiente propício para as barganhas políticas e os desvios de recursos públicos.

Para que a independência e a harmonia entre os Três Poderes possa se restabelecer é preciso combater as causas da crise da democracia representativa, alterando a estrutura que o Estado Democrático atual possui.

Ives Gandra da Silva Martins aborda a questão e anuncia algumas medidas que podem restabelecer a independência e a harmonia entre as Funções do Estado:

Só haverá democracia se o Presidente da República tiver reduzida suas funções. Não deveria poder legislar, sobretudo, por decretos-leis na extensão que o faz hoje, reduzindo o Parlamento a simples Casa de tertúlias acadêmicas. Nem poderia bloquear o acesso ao Supremo Tribunal Federal das petições que argüirem inconstitucionalidade das leis ou decretos-leis federais, através de seu advogado maior, que é o Procurador-Geral da República. O Presidente da República não poderá ser, por outro lado, como hoje é, simultaneamente Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, uma espécie de monarca absoluto em versão alcandorada. Para isto, haveria necessidade de qualificação e quantificação de suas funções, ofertando-se o direito ao Congresso Nacional de ouvi-lo, se a maioria absoluta assim o desejasse, ressalvados aqueles assuntos que



considerasse o Parlamento de interesse nacional. O orçamento federal deveria ser submetido por inteiro (fiscal, monetário e das estatais) ao Congresso e, durante o exercício fiscal, não poderia, salvo em casos excepcionais também descritos no texto maior (guerra, calamidade pública, por exemplo), modificá-lo ou ultrapassá-los, sob pena de responsabilidade pessoal. O Poder Executivo deveria ser, como o é nas democracias parlamentares civilizadas, órgão de execução das deliberações congressuais e nunca, como no Brasil, o senhor da vida e da morte de tudo o que diz respeito à nacionalidade. (MARTINS, 1996, p. 199-201)

Então, a independência dos poderes já não existe mais, pois um invade as competências do outro, não havendo harmonia entre eles, deixando de ser a consecução das atividades estatais a finalidade dos Três Poderes para se tornar uma disputa de poder e ego entre seus membros, visando a manutenção no poder e o enriquecimento ilícito à custa do erário.

O método de controle dos poderes consistente nos freios e contrapesos deixa de existir na medida que a política mal exercida, que é decorrente de um sistema político-partidário-eleitoral imprestável, transforma tudo em barganha entre os Três Poderes, fulminando o sentido de se existir essa separação e, por consequência, a própria democracia, pois os interesses do povo deixam de ser atendidos.

4 CONCLUSÃO

Em vista do exposto, a democracia representativa enfrenta uma crise em razão de diversos fatores, alguns deles apontados e discutidos neste texto.

Quando a representatividade se exaure, o Poder Legislativo se enfraquece, dando ensejo ao agigantamento do Poder Executivo, o qual, dispondo de poderes excessivos que a própria Constituição Federal lhe confere, acaba sobrepondo-se ao Legislativo e assumindo, além do controle administrativo, o controle normativo da nação, fazendo ressurgir a figura do déspota em pleno Estado Democrático de Direito, pautado na separação de poderes.

O Executivo assume papel de destaque no sistema de tripartição de poderes na medida em que, sendo detentor dos recursos financeiros e da atribuição de nomear membros dos Tribunais, também se impõe sobre o Judiciário.



Este último, por sua vez, necessitando de recursos financeiros para a realização de suas incumbências e devendo favores ao Executivo, muitas vezes a ele se subordina, mas em razão do fracasso do Legislativo e dos abusos do Executivo, o Judiciário assume papel importante de aplicador e legitimador do ordenamento jurídico.

O problema é que, por ser o detentor da última palavra, tende a abusar dessa posição favorável quando chamado a se manifestar e, haja vista o excesso de demandas, muitas delas geradas em decorrência do fracasso do Poder Executivo e do Legislativo, o que demonstra a crise da democracia representativa e da separação de poderes, o Poder Judiciário, visando prevenir novos conflitos ou, ao menos, resolvê-los rapidamente ou evitar a proliferação de recursos, passa a dizer o que é o Direito e a administrar o país com suas decisões, as quais devem ser impostas a todos.

Nesse cenário o Judiciário também se sobrepõe ao Legislativo e até mesmo ao Executivo.

Alheio a tudo isso, o Parlamento deixa de ser a Casa de deliberação dos anseios da sociedade e do rumo da nação para ser a Casa da barganha, das articulações políticas para a manutenção do poder nas mãos de poucos e da roubalheira.

Logo, dentre outras soluções que se apresentam plausíveis, a reformulação do sistema político-eleitoral-partidário se faz necessária, para evitar que o representante do povo efetivamente seja representante do povo e não de partidos políticos moralmente falidos.

A reestruturação institucional do Estado também se faz necessária, principalmente retirando poderes do Poder Executivo, para que se restabeleça um equilíbrio entre ele o Legislativo e entre ele e o Judiciário.

Ressalta-se, mais uma vez e derradeiramente, que não é apenas uma reforma isolada que irá restabelecer e representatividade e a independência e a harmonia entre os poderes e, conseqüentemente, o fortalecimento do Estado e da democracia, mas sim um conjunto de reformas, as quais devem partir de um diálogo



entre o Poder Público, especialistas e o povo, pois deixar a reforma exclusivamente nas mãos dos políticos que ai estão não surtirá o efeito desejado.

Jacarezinho/PR, novembro de 2013.

5 REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Estado de Direito e o Direito do Estado: outros escritos**. São Paulo: Lex, 2006.
- PIÇARRA, Nuno. **Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.



DIREITO DE ÁGUAS NA AMAZÔNIA E AS FUTURAS GERAÇÕES¹

WATER RIGHTS IN THE AMAZON AND FUTURE GENERATIONS

Jefferson Rodrigues de Quadros²

Helen Rita Menezes Coutinho³

Resumo

O objetivo deste artigo é realizar uma análise sobre a deficiente gestão dos recursos hídricos na Amazônia e as suas nefastas consequências para as futuras gerações. Com o escopo de orientar o estudo, empregou-se o método descritivo e indutivo, extraído de fontes públicas oficiais, da legislação em vigor, bem como de material interdisciplinar e doutrinário especializado. As águas alocadas na bacia hidrográfica amazônica representam um dos mais importantes tesouros ambientais existentes no planeta, imprescindível para a perpetuação intergeracional em decorrência das suas funções físico-químicas e biológicas vitais, enquanto meio para a manutenção da vida humana e a garantia deste direito para as futuras gerações. Embora a Amazônia albergue o maior reservatório de água doce do mundo, paradoxalmente, sequer é oferecida água potável à maioria das comunidades urbanas, rurais e ribeirinhas amazônicas para a satisfação das suas necessidades básicas. O saneamento básico, embora represente direito mínimo de dignidade da pessoa humana, ainda é muito precário na Amazônia, constituindo outro grave problema. Diante deste quadro paradoxal, qual seja, a existência de água doce em abundância, porém, insuscetível para o consumo humano. Embora

¹ Artigo submetido em 20/01/2015, pareceres de aprovação em 01/02/2015 e 30/01/2015, aprovação comunicada em 04/02/2015.

² Professor de Direito Ambiental. Advogado. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa de Montevideu (UDE). Especialista em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (UC). Téc. em Meio Ambiente pela Escola Factum de Porto Alegre. Membro do Grupo de Estudos em Direito de Águas (GEDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). E-mail: <quadros.jefferson@gmail.com>.

³ Professora da Universidade do Estado Amazonas (UEA). Doutoranda em Educação pela Universidad de la Empresa de Montevideu (UDE). Mestra em Administração pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Especialista em Educação Profissional pelo ISAE/ Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Turismo pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Estudos em Direito de Águas (GEDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Grupo de Excelência em Pesquisas em Educação e Turismo do Amazonas da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). E-mail: <helentur_mao@hotmail.com>.



celebradas declarações internacionais, fixados preceitos constitucionais e existentes diplomas legislativos que atentam para a gestão dos recursos hídricos, verificou-se que a origem desta problemática decorre da inefetividade de políticas públicas para com o cumprimento dos fundamentos legais, o que, inequivocadamente, comprometerá os direitos das futuras gerações.

Palavras-chave: Amazônia; Direito de águas; Gestão dos recursos hídricos; Futuras gerações.

Abstract

The purpose of this article is an analysis of poor management of water resources in the Amazon and its disastrous consequences for future generations. With the scope to guide the study, we used the descriptive and inductive method, taken from official public sources of law, as well as interdisciplinary materials and specialized literature. The waters allocated in the Amazon basin represent one of the most important existing environmental treasures on the planet, essential to the intergenerational perpetuation as a result of their physicochemical and biological functions vital as a means for the maintenance of human life and the guarantee of this right of future generations. Although Amazon hosts the largest fresh water reservoir in the world, paradoxically, it does not even offer drinking water to most urban, rural and coastal communities to meet their basic needs. Sanitation, even though it represents a minimum right to human dignity, is still very poor in the Amazon, constituting another serious problem. Given this paradoxical framework, namely, the existence of fresh water in abundance, however, improper for human consumption. Although celebrated international declarations, established constitutional principles and existing pieces of legislation that attempt to manage water resources, it was found that the origin of this problem stems from the ineffectiveness of public policies towards the fulfillment of the legal norms, which, unequivocally, compromise the rights of future generations.

Keywords: Amazon; Water rights; Management of water resources; Future generations.

1 INTRODUÇÃO

A vida está diretamente relacionada com a água, sendo ela imprescindível não apenas para a subsistência do homem, enquanto ser vivo e representante da presente geração, com estadia passageira por este “grande condomínio” denominado planeta Terra, mas também para os “futuros condôminos”, especialmente, os que constituirão as futuras gerações.

Na forma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o direito à vida está elencado no sistema jurídico como direito fundamental, sendo o mais básico de todos os direitos, garantindo o direito de permanecer existente e assegurando uma qualidade mínima de vida condizente com a dignidade humana. Na mesma linhagem, o dispositivo normativo elencado no art. 225º, *caput*, da Carta



Constitucional, consagra que é dever do Poder Público e à coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, o que é imprescindível sem dispensar atenção ao elemento água. No mesmo sentido, o direito à dignidade das futuras gerações está contemplado pela Conferência da UNESCO de 1997, enquanto princípio que foi recepcionado pela hermenêutica constitucional. Logo, sendo a água elemento imprescindível para a existência da vida com um mínimo de dignidade, o acesso em quantidade e qualidade, bem como o saneamento básico, constituem direitos humanos fundamentais e transgeracionais, assegurados não apenas pela Constituição Federal, mas também por outros diplomas internacionais.

Não obstante guarnecer o maior reservatório de água doce do mundo, a gestão dos recursos hídricos na Amazônia está longe de ser considerado o ideal, pois constatações científicas acusam que as condições de acesso à água potável e saneamento na região beiram o colapso, revelando uma crise cujas consequências transitam por fatores demográficos, econômicos, sanitários e, sobretudo, políticos, cujos reflexos ultrapassarão as fronteiras intergeracionais não somente da comunidade pan-amazônica e brasileira, mas também a planetária.

Por meio de dados coletados no ano de 2012 pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), órgão vinculado ao Ministério das Cidades, o Instituto Trata Brasil⁴ produziu, no ano de 2014, uma pesquisa pautada por critérios técnicos para avaliar o saneamento básico e distribuição de água nas cidades brasileiras com o objetivo de apresentar um ranking nacional entre as 100 maiores cidades do Brasil que melhor e pior dispõem de infraestrutura de saneamento e distribuição de água. Na região amazônica, apareceram as cidades de: Boa Vista (RR), em 51º lugar; Rio Branco (AC), em 71º lugar; Cuiabá (MT), em 73º lugar; São Luís (MA), em 79º lugar; Manaus (AM), em 82º lugar; Várzea Grande (MT), em 83º lugar; Santarém (PA), em 91º lugar; Macapá (AP), em 96º lugar; Belém (PA), em 97º lugar; Ananindeua (PA), em 99º lugar, e Porto Velho (RO), em 100º lugar. A par destes dados, resulta possível constatar que dentre todas as regiões do Brasil, a

⁴ O Instituto Trata Brasil é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) formada por empresas com interesses nos avanços do saneamento básico e na proteção dos recursos hídricos do país. Mais informações podem ser obtidas no site: <www.tratabrasil.org.br>.



região amazônica é que dispõe de condições mais precárias quanto à distribuição de água potável e saneamento básico.

Quanto à contaminação das águas superficiais e subterrâneas, o problema não é menos crítico. Parte significativa das atividades econômicas que exploram os recursos hídricos não tratam os efluentes produzidos, os despejando diretamente nos corpos hídricos superficiais; isto, quando não negligenciam o derramamento dos efluentes e outras substâncias químicas no próprio solo, promovendo a contaminação das águas subterrâneas. A maior parte do esgoto cloacal é despejada diretamente nos corpos hídricos, sem tratamento algum, o que está a provocar a poluição dos rios, como o que ocorre, por exemplo, na cidade de Manaus/AM, comprometendo não somente a saúde das comunidades urbanas, rurais e ribeirinhas, mas também algumas espécies que formam a valiosa biodiversidade, ainda existente no bioma amazônico.

Muito embora a crise hídrica existente na Amazônia não seja um problema recente, a mesma vem se acentuando na medida do crescimento demográfico da região, sem a devida preocupação quanto à dimensão do problema pelas autoridades públicas, as quais parecem não apenas ignorar a existência da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que fundou as diretrizes nacionais para o saneamento básico, mas, sobretudo, a efetividade dos mais lúdicos princípios (supra)constitucionais, especialmente, o direito de acesso à água potável e ao saneamento básico, enquanto condição mínima existencial para a satisfação do direito de dignidade da pessoa humana da presente geração, como também das futuras gerações.

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto vetor da carta constitucional, por si só, já justificaria o enfrentamento deste crítico contexto que acomete a comunidade amazônica, entretanto, diante da relevante importância da biodiversidade alocada na região não apenas para o Brasil, mas também para todo o mundo, tal contexto extrapola uma preocupação regionalizada, merecendo uma atenção condizente ao tamanho da importância axiológica do bioma amazônico.

Perfazendo uma incursão desta problemática sobre os direitos das futuras gerações, na forma concebida não somente pela Carta Constitucional, mas também



por inúmeros outros diplomas internacionais, a questão se torna ainda mais complexa, pois o legado de equívocos e (ir)responsabilidades quanto à gestão ambiental protagonizados pela sociedade hodierna, certamente, produzirá reflexos intergeracionais na medida em que o acesso qualitativo aos bens ambientais se tornará cada vez mais restritivo.

Desta forma, em decorrência da problemática de gestão hídrica pela sociedade hodierna, e olvidados os questionamentos sobre quais são os direitos das futuras gerações nas tomadas de decisão, o quadro fático e jurídico adotado pelo Poder Público parece sinalizar que tais direitos não passam de meras normas programáticas, constituídas por uma declaração constitucional vazia, ou seja, insuscetível de aplicação efetiva, sob a (in)justificativa de que o direito não tem como delimitar o alcance de tais direitos intergeracionais.

Diante deste contexto paradoxal, qual seja, a existência de água doce em abundância na Amazônia, porém, insuscetível para o consumo humano devido à precariedade da gestão hídrica, o objetivo deste artigo é realizar uma pesquisa sobre este nevrálgico problema que afeta as atuais populações residentes no maior reservatório de água doce do mundo e a repercussão desta problemática às futuras gerações.

Para efeito de balizar a pesquisa, empregou-se o método indutivo, uma vez que partiu-se de um estudo do Estado Amazonas para a construção de considerações em relação à Amazônia. Foi realizada investigação bibliográfica em obras científicas, diplomas legais, materiais doutrinários, declarações internacionais, bem como em dados oficiais disponibilizados pelos órgãos de governo. Trata-se de um estudo exploratório qualitativo, realizado a partir de uma amostragem amazônica, empregando-se o contexto empírico do Estado do Amazonas e a cidade de Manaus, compatível para abordar um objeto de pesquisa ainda pouco explorado pela comunidade jurídica, sobretudo, aos membros da sociedade que desconhecem a dimensão da problemática, podendo proporcionar maior esclarecimento sobre a contextualização da crise hídrica existente na Amazônia e os seus reflexos às futuras gerações.

Assim, serão estudados, em um primeiro momento, o contexto da crise hídrica na Amazônia e as respectivas consequências decorrentes do desordenado



crescimento demográfico e, em uma segunda etapa, a formatação dos conceitos de “direito à água” e “direito de águas” para o fim de se compreender os desdobramentos de cada um destes institutos sobre o direito de acesso à água potável e ao saneamento básico. Em seguida, considerando as temáticas abordadas, então será realizada uma incursão sobre os direitos das futuras gerações enquanto destinatárias do preocupante legado hidro ético deixado pela presente geração, sobretudo, quanto à problemática gestão dos recursos hídricos na Amazônia.

2 O CONTEXTO DA CRISE HÍDRICA NA AMAZÔNIA

Desde os tempos mais remotos, por motivos estratégicos, as civilizações já vinham sendo constituídas próximas à água. As cidades da Mesopotâmia, ocupadas pelos Sumérios (2.000 a.C.), situavam-se na bacia dos rios Tigres e Eufrates, às do Egito às margens do rio Nilo, e assim tantas outras comunidades. Hodiernamente, não é diferente: Lisboa à margem do rio Tejo, Londres, às margens do rio Tâmisa, Montevidéu junto ao Rio do Prata, e assim por diante; ou seja, o processo civilizatório evoluiu às margens dos corpos hídricos, e com ele, também, a (des)ordenação demográfica.

Na região amazônica, tal contexto não foi diferente, todavia com um único diferencial, nela, “o rio comanda a vida”, conforme o cenário poético desenhado por Tocantins (2000) em sua consagrada obra cujo nome define com propriedade as peculiaridades do contexto socioambiental amazônico. Em sua obra, Tocantins desenha o contexto histórico da Amazônia e o seu processo civilizatório, sempre fazendo referência aos rios e reverenciando às águas da bacia hidrográfica amazônica, enquanto cenário e vetor do destino da sociedade amazonense.

Muito embora toda a obra de Tocantins se constituir em um clássico da cultura da Amazônia, merece destaque a sua descrição quanto ao contexto histórico de Manaus de meados para o final do século XIX e início do século XX, enfatizando a problemática do descaso para com a gestão dos recursos hídricos e a elevação demográfica na região:



De uma aldeola dos índios manaus, o antigo lugar da Barra se transformara num dos mais importantes centros do mundo tropical, graças à vitalidade econômica da borracha, que lhe deu vida, riqueza e encantos, como na antiguidade o comércio intenso no Mediterrâneo e no Adriático possibilitou a Roma, Florença e Veneza um papel preponderante na economia, nas artes, nas letras e na arquitetura da Europa.

E não deixa de impressionar a obra urbanizadora da capital, creditada ao Governador Eduardo Ribeiro, o “Pensador” (assim os amazonenses costumavam chamá-lo). A topografia da cidade, antes de Eduardo Ribeiro, vislumbrava-se em cortes hidrográficos: era o Igarapé do Salgado, o igarapé Castelhana, o igarapé da Bica, o igarapé do Espírito Santo, o igarapé de Manaus, o igarapé da Cachoeirinha, o igarapé de São Raimundo, o igarapé dos Educandos.

Se o ‘Pensador’ quisesse teria transformado Manaus numa Veneza tropical, onde não faltaria o tráfego intenso de embarcações, varando os quintais das casas, abordando as fachadas e os jardins dos palacetes. Mas o Governador Eduardo Ribeiro preferiu aterrar os caudais em benefício de um urbanismo funcional, que lutou contra a natureza até fazer secar os pequenos cursos d’água, transformados agora, em amplas vias públicas. (TOCANTINS, 2000, p. 228)

Com efeito, a relação existente entre o homem da Amazônia e às águas é umbilical, porquanto às águas se fizeram presentes em todo o processo sociocultural da região, desde os tempos mais remotos até os dias atuais - o que não será diferente em relação às futuras gerações -, representando muito mais do que meros vínculos geográficos circunstanciais, mas também uma identidade hidrosocial que o diferencia dos povos de outras regiões.

Considerando estas sucintas abordagens antropológicas sobre a Amazônia, resulta permitido concluir que as águas sempre se encontraram no centro de todas as atividades que constituíram o processo evolutivo da região, e aquele cenário descrito por Tocantins (2000, p. 75) autoriza a identificar que a urbanização da cidade de Manaus cresceu de uma forma desordenada, sem planejamento urbano e, consecutivamente, sem compromisso com a qualidade das águas existentes em abundância no seu entorno, pautada pela falsa crença da inexistência de escassez hídrica.

Perfazendo uma abordagem sobre as águas urbanas e suas interfaces no gerenciamento, sobretudo, em relação aos impactos hídricos decorrentes do aumento da densidade demográfica desprovida de gestão, preleciona Tucci:

O rápido processo de urbanização e a carência em infra-estrutura, principalmente de esgotamento sanitário e limpeza pública, contaminam o meio ambiente urbano e comprometem a bacia hidrográfica em que estão



inseridos. As principais causas dessa contaminação envolvem: I) Despejo sem tratamento dos esgotos sanitários nos rios que possuem capacidade limitada de diluição e autodepuração, contaminando-os. Isso é consequência da falta de investimentos nos sistemas de esgotamento sanitário e estações de tratamento e, mesmo quando existem, apresentam baixa eficiência; II) O despejo das águas pluviais transporta grande quantidade de poluição orgânica e de metais que atingem os rios nos períodos chuvosos. Representa importante fonte de poluição difusa; III) Contaminação das águas subterrâneas por despejos industriais e domésticos por meio dos tanques sépticos, e vazamentos dos sistemas de esgoto sanitário e pluvial; IV) Depósitos de resíduos sólidos urbanos que contaminam as águas superficiais e subterrâneas, funcionando como fonte permanente de poluição; V) Ocupação do solo urbano sem controle adequado do seu impacto sobre o sistema hídrico. (TUCCI, 2005, p. 381).

Adjudicando os ensinamentos elencados por Tucci (2005), resulta possível sobrepô-los ao contexto da região amazônica, onde constata-se à flagrância todos estes problemas elencados.

Por sua vez, construindo uma retrospectiva sobre o impacto do crescimento urbano na região de Manaus, enquanto amostra empírica para balizar o objeto deste estudo, Nozawa discorre:

Até a década de 60, o processo de colonização foi baseado no processo extrativista, caracterizado pelo uso contínuo dos seus recursos naturais, vistos erroneamente, como inesgotáveis. No ano de 1967 ocorreu a implementação do modelo econômico da Zona Franca de Manaus (ZFM) visando à integração nacional através do processo de industrialização, com um rápido crescimento populacional, que foi caracterizado por um intenso processo migratório e uma nova dinâmica na área urbana, que foi avançando em direção à floresta primária [...]. A partir da década de 70, o Estado transformou a região amazônica em uma nova fronteira da política de desenvolvimento, com incentivos que priorizavam o uso de recursos naturais, como a madeira, a mineração, construção de hidrelétricas dentre outras atividade [...]. Na cidade de Manaus vivem mais de 50% de toda a população do Estado do Amazonas. A cidade está a 21 metros acima do nível do mar, localizada numa região onde o abastecimento de água é realizado por captação de drenagem superficial do Rio Negro e por poços tubulares, que exploram aquíferos constituídos pela formação Alter do Chão [...]. A partir do final da década de 70, a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM) iniciou o processo de perfuração de poços na cidade de Manaus, atingindo profundidades máximas de 230 metros. Na cidade de Manaus, a água de poços e fontes vem sendo amplamente utilizada para abastecimento humano, irrigação e lazer [...]. Estudos sobre a química das águas na região da cidade de Manaus demonstram que na década de 80 e 90, a água de Manaus apresentava pureza compatível com a da água destilada. Apesar da abundância de água per capita, há problemas de saneamento básico, o processo de urbanização desordenado, associado à problemática dos resíduos urbanos e industriais estão modificando este padrão de potabilidade das águas de escoamento [...]. Com a infra-estrutura urbana e sanitária deficiente, os corpos de água têm sofrido cada vez mais com a pressão de despejo de esgotamento doméstico



e de deposição de lixo (resíduos sólidos) provenientes das moradias. Além das moradias irregulares, o processo de industrialização (ZFM) também introduziu uma nova realidade a questão poluidora, com o lançamento contínuo de resíduos e emissões provenientes do processo industrial, que devido a frágil fiscalização, estão sendo continuamente lançados no ambiente terrestre, aquático e atmosférico. (NOZAWA, 2010, p. 135, 136, 138).

Respeitando as particularidades sociais e econômicas de cada Estado que constitui a região amazônica, o crescimento desordenado de Manaus não é muito diferente da grande maioria das cidades da Amazônia, pois a ausência de gestão dos recursos hídricos representada pelo negligenciamento de políticas públicas de distribuição de água tratada e saneamento básico acompanhou a desordenação do crescimento demográfico.

Embora o desordenado crescimento demográfico tenha reflexo direto na contaminação hídrica, tal não é uma exclusividade existente nos maiores centros urbanos da Amazônia, mas também ocorrem nas cidades do interior e nas comunidades ribeirinhas. Nos principais centros urbanos, habitualmente, se verifica esgotos a céu aberto, águas cinza correndo pelas ruas e avenidas, bem como construções para escoamento de águas atoladas de resíduos sólidos e águas servidas. Para a identificação desta caótica situação não é preciso pesquisar muito, basta perambular pelas ruas e avenidas de algumas cidades situadas na Amazônia para constatar a dimensão de tal problemática.

O contexto climático, singular, do bioma amazônico, representa outro grande problema quando conjugado ao problema de ausência de saneamento básico. Enquanto maior floresta tropical úmida do mundo, os fenômenos hidrológicos sazonais de vazantes e enchentes, em determinadas épocas do ano, culminam em acentuar a gravidade da contaminação hídrica, uma vez que os esgotamentos domiciliares e os resíduos descartados de forma indevida pelas comunidades não só diminuem a quantidade de oxigênio dissolvido e alteram a temperatura das águas, mas também atuam como barreiras ao escoamento natural das águas, o que eleva as temperaturas dos centros urbanos em decorrência da formação de ilhas de calor, modificando, substancialmente, os microclimas da região.

Outro crasso problema existente na região amazônica consiste no uso indiscriminado das águas subterrâneas por meio da perfuração de poços para suprir



o abastecimento público e privado, cada vez mais profundos em face da contaminação decorrente da ausência de saneamento básico, o que está a rebaixar a camada hídrica, em alguns pontos excessivamente urbanizados, provocando o exaurimento dos lençóis freáticos nas regiões que tem alta densidade demográfica.

Em que pese o crítico contexto hídrico existente na Amazônia, não se pode olvidar a existência de programas governamentais para a distribuição de água potável em algumas localidades. Todavia, embora louvável, tais iniciativas ainda são muito incipientes, conforme restou referendado pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), órgão vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU) - a qual concluiu e recomendou em trabalho de análise ambiental e de sustentabilidade do Estado do Amazonas a “incrementar os investimentos a fim de melhorar a saúde ambiental, aumentando o acesso à água potável (principalmente no interior do estado) e ao saneamento e diminuindo a ocupação desordenada do território, principalmente em zonas de risco” (ONU/CEPAL, 2007, p. 174).

Neste sentido, discorrendo sobre algumas das explicações para a crise da água e a elevação da densidade demográfica desprovida de ordenação territorial, Petrella acentua:

[...] a não ser que sejam feitas mudanças radicais, o consumo da água seguirá com seu alto índice de aumento como resultado do crescimento populacional, da atividade econômica e da expansão da poluição. Quanto mais a contaminação da água – acima da superfície ou logo abaixo dela – obrigar a realização de escavações mais profundas, mais altos serão os custos e maior o dano ao ecossistema (rebaixamento da camada hídrica). (PETRELLA, 2004, p. 55).

Não menos preocupante aos problemas decorrentes da expansão demográfica, da desordenação territorial e da falta de saneamento básico, constitui-se a poluição hídrica na grande maioria das cidades da Amazônia, uma vez que as atividades econômicas do extrativismo e da mineração provocam efeitos nocivos aos corpos hídricos, haja vista à carga de nociva dos insumos empregados nos seus processos produtivos (uso maciço de produtos químicos e metais pesados) que culminam por serem despejados sem tratamento algum e, consecutivamente, acabam por afetar a população em decorrência da alta taxa de consumo de pescado contaminado.



Desta forma, conforme se percebe, muito embora albergue a maior bacia hidrográfica do mundo e tenha significativa parte das suas áreas protegidas ambientalmente, a poluição hídrica decorrente da ausência de políticas públicas de gestão dos recursos hídricos, produzida pelo modelo econômico e expansão demográfica desordenada nos quatro cantos da Amazônia, está comprometendo o direito à água de parte das comunidades urbanas, rurais e ribeirinhas amazônicas, as alijando do acesso à água potável e as deixando vulneráveis a doenças provenientes da contaminação hídrica.

Neste sentido, realizando uma incursão sobre os efeitos genéricos da contaminação hídrica, Nozawa chama atenção que:

Tem sido descrito que, as alterações de fatores sócio-ambiental está relacionada à morbidade e à mortalidade por doenças, por exemplo, o câncer, as intoxicações químicas, as doenças pulmonares, neurológicas, cardiovasculares, renais, imunológicas, mutagênicas e teratogênicas. O consumo de água contaminada é responsável por 1,7 milhões de mortes a cada ano. O saneamento precário e a ausência de medidas efetivas de tratamento podem desencadear processos de contaminação por agentes patogênicos dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos. Estes agentes atingem a água potável, a água utilizada no cultivo de alimentos, e pelo contato humano, chegam à própria comida ou ainda as pessoas podem ser contaminadas pelo contato direto com a água ao tomarem banho. Bactérias e outros agentes causadores de doenças infecciosas, como disenteria amebiana, cólera, tifo e poliomielite, são facilmente transmitidos pela água contaminada por fezes humanas ou animais. (NOZAWA, 2010, p. 136).

Diante deste contexto, sob o viés epidemiológico relacionado às enfermidades decorrentes da ausência de acesso à água potável e saneamento básico, verificam-se necessárias algumas reflexões, porém destacando uma de viés socioeconômico: sendo grande parte das enfermidades decorrentes da contaminação hídrica e considerando os elevados custos do Estado para com a saúde pública, verifica-se o equívoco adotado pelas políticas públicas, pois os (parcos) investimentos públicos estão se destinando às consequências (enfermidades) e não às causas (falta de água potável e saneamento básico), o que está a contribuir para a dinâmica de um círculo vicioso de difícil resolução.

Feitas estas considerações sobre algumas das problemáticas e consequências relacionadas à crise hídrica na Amazônia, sobretudo, o fenômeno paradoxal hodierno existente diante da abundância de recursos hídricos, porém,



insuscetíveis ao consumo humano em decorrência da poluição hídrica provocada pela ausência de gestão dos recursos hídricos, para efeito de investigação jurídica é fundamental uma incursão sobre os principais diplomas normativos hídricos que disciplinam sobre a matéria.

3 DIREITO À ÁGUA E O DIREITO DE ÁGUAS

Na exegese do art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional, o direito à vida está preconizado no ordenamento jurídico como um vetor, consagrado como direito fundamental, sendo o mais básico de todos os direitos, assegurando o direito de existência com uma qualidade mínima de vida, preconizada enquanto reflexo do princípio da dignidade humana. Muito embora a Constituição Federal não arrolar, explicitamente, quais são os direitos fundamentais, inequívoco é que os direitos à vida e à saúde representam direitos humanos fundamentais, e assim os destinatários da norma constitucional não têm direito a qualquer vida, pois o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana orienta que a vida deve ser dotada de um mínimo de dignidade.

A água é fonte de vida, e enquanto meio de subsistência para a existência de todos os seres vivos, constitui bem jurídico supraindividual e, portanto, suscetível de proteção pelo ordenamento jurídico, uma vez que o direito fundamental de manutenção da vida, por si só, guarda acentuada carga axiológica humanitária que surte reflexos em outros direitos (individuais, sociais e difusos); e neste sentido, importante seja feito, neste momento, a distinção entre o “direito à água” e o “direito de águas”.

Para D’Isep (2010, p. 58), “o direito à água é um direito universal e, conseqüentemente, o vetor maior da gestão das águas, isto é, do direito de águas, que busca proteger o ciclo hídrico”. Outrossim, sob o prisma antropocentrismo, a aludida doutrinadora fundamenta que “o direito à água reflete-se em todo o sistema jurídico ao se manifestar como **princípio universal de direito humano fundamental à água-vida**”, o que quer dizer que:

O direito à vida é o precursor de todos os direitos, daí o direito à existência, de primeira geração, ser de caráter universal e revelar uma série de



corolários, responsável pela sua efetividade. O direito à água é um deles. (D'ÍSEP, 2010, p. 58)

Na mesma senda, porém, sob o viés biocentrista, Shiva apresenta nove princípios em relação à democracia das águas, dentre os quais destacamos dois, que condizem ao direito à água:

1. A água é um presente da natureza. Recebemos a água livremente da natureza. Devemos à natureza a utilização dessa dádiva de acordo com as nossas necessidades de sobrevivência, mantê-la limpa e em quantidade adequada. Desvios que criam regiões áridas ou inundadas violam os princípios da democracia ecológica. 2. A água é essencial à vida. A água é a fonte da vida para todas as espécies. Todas as espécies e ecossistemas têm direito a sua cota de água no planeta. (SHIVA, 2006, p. 52)

Na mesma linha de Shiva, e lastreando tal entendimento, Granziera (2001, *apud* MACHADO, 2002, p.13) afirma “o direito à vida é anterior aos outros direitos. A relação que existe entre o homem e a água antecede o direito. É elemento intrínseco à sua sobrevivência.

Nesse mesmo sentido Machado aponta os fundamentos do direito à água enquanto pressuposto basilar para a consecução de outros direitos:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reafirma a garantia à inviolabilidade do ‘direito à vida’ (art. 5º, caput). As expressões ‘necessária disponibilidade de água’ e “efetivo exercício do direito de acesso à água” estão presentes na Lei 9.433/1997. Destaque-se que essa lei quer – e não poderia deixar de querer – que todos tenham água. (MACHADO, 2002, p. 13)

Logo, a partir destes ensinamentos, pode-se conceber que, pela sua carga axiológica essencial para a existência de vida, o **direito à água** goza de natureza supralegal, enquanto direito universal de primeira geração.

No que tange ao conceito de **direito de águas**, este tem relação com a gestão dos recursos hídricos normatizada pelo ordenamento jurídico, visando, como objetivo de fundo, a efetivação do direito universal à água.

Mais uma vez, adjudicando dos ensinamentos de D'Ísep, ela explica que:

O direito de águas tem por finalidade garantir a proteção das águas, a fim de assegurar o desempenho e desenvolvimento de suas diversas funções



(ambiental, social, econômica, hidrológica, etc.), sintetizadas na função hídrica responsável pela dignidade hídrica. (D'ÍSEP, 2010, p. 65)

Portanto, o direito de águas constitui-se em um macro-sistema de natureza jurídica que observa critérios interdisciplinares de gestão das águas por meio do reconhecimento da água como bem público, de uso comum do povo e dotado de valor econômico, tendo em vista à racionalização do uso dos recursos hídricos e visando o direito universal à água às presentes e futuras gerações.

Feitas estas considerações e apresentadas as distinções conceituais entre **direito à água** e **direito de águas**, possível se apresenta o ingresso no estudo sobre os contornos relativos ao direito de águas, sobretudo, no que tange ao acesso à água potável e saneamento básico enquanto direitos fundamentais da presente e futuras gerações.

4 DIREITO DE ÁGUA SE O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E SANEAMENTO BÁSICO

O Brasil, embora signatário de inúmeros protocolos e tratados internacionais, não contemplou o direito fundamental de acesso físico à água, explicitamente, no seu direito positivo; porém, por força da sua hermenêutica constitucional, tal direito resultou assegurado, conforme verificado anteriormente. Insatisfatório, portanto, que o legislador constituinte tivesse, meramente, consignado tais relevantes direitos decorrentes de tal expressão de cunho axiológico como norma programática “não auto executável”, desfigurando o sentido do art. 5º, § 1º da Constituição Federal. Mesmo que admitida tal remota interpretação, nada justifica a omissão do Poder Público em viabilizar a aplicabilidade imediata do mandamento constitucional, uma vez que construídos instrumentos jurídicos pelo legislador infraconstitucional para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à água potável e saneamento básico, o que autoriza, portanto, a execução da norma constitucional para a efetividade destes direitos fundamentais.

Nesse sentido, discorrendo sobre o sentido cogente acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo, quanto à eficácia dos mesmos, merece destaque os ensinamentos de Sarlet:



Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (SARLET, 2007, p. 285)

Desta forma, sendo a água um componente essencial para a formação da vida com um mínimo de dignidade, não apenas o seu acesso em quantidade e qualidade, mas também o seu tratamento por meio de políticas de saneamento básico, constitui direito humano fundamental, consagrado não apenas pela Constituição Federal, mas também por outros instrumentos internacionais que reafirmam tal direito humanitário.

No âmbito internacional, o Tratado da Bacia do Prata, assinado em Brasília, em 23 de abril de 1969, ou seja, há mais de quarenta e cinco anos, já dispunha entre os seus objetivos assegurar a preservação dos recursos hídricos “para as futuras gerações, através da utilização racional desses recursos”. Todavia, foi somente com a Conferência das Nações Unidas sobre a Água, realizada em Mar del Plata, em 1977, que restaram tomadas medidas sobre a dimensão da problemática dos recursos hídricos, o que resultou na adoção de um plano de ação, inclusive mediante a adoção da denominação de “década internacional do fornecimento de água potável e saneamento”. Em decorrência do contexto político internacional daquela época, os propósitos construídos pela Conferência da Organização das Nações Unidas de Mar del Plata não produziram os efeitos almejados, porém, relevante destacar que aquele embrião, então concebido, culminou na construção do direito fundamental de acesso à água potável, incorporado pela hermenêutica constitucional das Cartas Constitucionais vindouras.

No mesmo sentido, o art. 5º, inciso I, do Protocolo sobre Água e Saúde de Londres, de 1999, preconizou como princípio que “um acesso equitativo à água, adequado do ponto de vista tanto quantitativo como qualitativo, deverá ser assegurado a todos os habitantes, especialmente às pessoas desfavorecidas ou socialmente excluídas”.



Na mesma direção, a Conferência de Berlim, de 2004, que no seu art. 17, disciplina que “cada indivíduo tem o direito de acesso à água, de forma suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e oferecida, para alcançar as necessidades humanas vitais”.

Não obstante o direito à água constituir um direito fundamental, tal direito somente foi reconhecido, internacionalmente, em novembro de 2002, por meio da Convenção de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996, a qual incorporou o direito à água entre outros direitos humanos.

Discorrendo sobre a incorporação do direito à água e a universalização do seu acesso enquanto direito fundamental, sob o prisma internacional, por força da Convenção de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, acentua Ribeiro:

A água passou a ser reconhecida internacionalmente como uma substância que integra elementos imprescindíveis à reprodução da vida humana, ampliando a série de tratados que regulamentam o uso da água na ordem ambiental internacional. A universalização do acesso à água entrou na pauta internacional. (RIBEIRO, 2008, p. 111)

Quanto ao saneamento básico, foi somente em 2010 que o mesmo restou reconhecido, internacionalmente, como direito fundamental. A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 64/292, de 3 de agosto de 2010, firmada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconheceu, expressamente, o direito humano à água e ao saneamento básico, reafirmando que a água potável e o saneamento básico são essenciais para a realização de todos os direitos humanos.

Um dos textos internacionais mais completos sobre a temática da água constitui a Agenda 21 global, razão pela qual merece destaque especial. A Agenda 21 global, resultado da Declaração do Rio de Janeiro, oriunda Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em 1992, marco institucional para um modelo desenvolvimento sustentável, reserva um capítulo inteiro para abordar a problemática e diretrizes sobre a água. Em seu art. 18, a Agenda 21 global firma sob um viés holístico e global a preocupação da comunidade internacional sobre a água, especialmente, sobre a problemática existente em relação ao abastecimento de água potável e saneamento básico, fixando, expressamente, no seu título “D”, as diretrizes programáticas para a formatação de bases de ação, objetivos, atividades e



os meios de implementação que devem ser observados pelos atores internacionais, na forma dos seus tópicos 18.47 a 18.55.

Dando ênfase à problemática relacionada ao acesso à água e saneamento básico, o tópico 18.47 da Agenda 21 global apresenta rica fundamentação como instrumento de base para a ação, *in verbis*:

18.47. Uma oferta de água confiável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza. A água salubre é também crucial para muitas atividades tradicionais e culturais. Estima-se que 80 por cento de todas as moléstias e mais de um terço dos óbitos dos países em desenvolvimento sejam causados pelo consumo de água contaminada e, em média, até um décimo do tempo produtivo de cada pessoa se perde devido a doenças relacionadas com a água.

Temática não menos importante sobre o acesso à água e saneamento básico consiste o fenômeno da alta densidade demográfica nos principais centros urbanos, o que a Agenda 21 não se esquivou de abordar, perfazendo uma profunda análise sobre a crise da água no contexto do desenvolvimento urbano no seu título “E”, sobretudo nos tópicos 18.56 a 18.64. Na mesma linha metodológica empregada para elaboração de toda a estrutura programática, neste título, a Agenda 21 apresentou fundamentação, objetivos, atividades e os modos de implementação, razão pela qual tal instrumento merece destaque.

A formatação sábia e, detalhadamente, diagnosticada pela Agenda 21 global, identificou a extensão da problemática e apontou diretrizes para serem adotadas pelos gestores públicos; todavia, infelizmente, as suas premissas restam desprezadas, consoante se observa no crítico contexto hídrico brasileiro e, em especial, no da região amazônica.

Desta forma, conforme percebe-se, não obstante existentes diplomas internacionais que atentam para o acesso à água potável e saneamento básico enquanto direitos humanos fundamentais, os compromissos assumidos pelo Brasil quanto à gestão dos recursos hídricos não se limitam à ordem jurídica interna brasileira.

O acesso à água potável e com qualidade constitui um direito fundamental de todo o cidadão; e nesta esteira, para efeito de dotar de aplicabilidade deste direito



fundamental resultaram editadas a Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e a Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que fundou as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Estas leis têm uma íntima ligação por força dos seus conteúdos normativos relacionados às águas, os quais não podem dissociar-se em decorrência da sintonia entre os seus fundamentos: a primeira, em relação à constituição de um sistema de gerenciamento e gestão hídrica nacional; a segunda, no que tange às diretrizes para a formação do sistema de saneamento básico brasileiro que tem no seu bojo aspectos relacionados ao abastecimento de água potável e sobre o esgotamento sanitário, entre outras temáticas não menos relevantes. Seguindo o modelo da Lei Federal 9.433/97, o Estado do Amazonas, emprestando como experiência empírica neste estudo sobre os recursos hídricos na Amazônia brasileira, também dispõe de lei que disciplina a Política Estadual de Recursos Hídricos e estabelece o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, sobretudo, a Lei Estadual nº 3.167, de 27 de agosto de 2007, a qual preconiza a Política Estadual de Recursos Hídricos.

As aludidas leis federal e estadual cujos teores dizem respeito à Política de Recursos Hídricos nas esferas das suas respectivas competências, expressamente, orientam que constituem dentre os seus objetivos “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos usos”, conforme se verifica, *in verbis*:

Lei nº 9.433/97 - Política Nacional de Recursos Hídricos

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

Lei nº 3.167/2007 – Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas

Art. 2º São objetivos da Política Estadual de Recursos Hídricos:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos diversos usos;

Com muito pesar, importante salientar que tais leis, seja a federal, seja a estadual, embora denominadas de “políticas de recursos hídricos”, sequer beiram à utopia em relação ao contexto existente na Amazônia e, em especial, no Estado do Amazonas, expressando um sentimento de “letra de lei morta” devido à falta de efetividade pelas deficientes políticas quanto à gestão dos recursos hídricos, o que



representa flagrante atentado socioambiental, porquanto segregava a presente geração, bem como as futuras gerações do acesso a um direito humano fundamental, sobretudo, à dignidade hídrica.

Embora passados mais de dezessete anos de vigência da lei que dispõe sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos e sete da Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas, e mais de sete anos da lei federal de diretrizes de saneamento básico, verifica-se as suas flagrantes ausências de efetividade, uma vez que os seus objetivos se encontram oceanicamente distantes da realidade da região, porquanto as políticas públicas não estão a observar o inciso I, do art. 2º das referidas normas, uma vez que nem de longe estão a assegurar a disponibilidade de água em padrões de qualidade para a atual e futuras gerações; ou seja, a omissão do próprio Estado de assumir o seu papel de protagonista da implantação de políticas públicas hídricas está, paradoxalmente, labutando à margem da lei, incorrendo no descumprimento da norma, a tornando inefetiva e, conseqüentemente, jogando contra a solução da problemática relativa à falta de gestão dos recursos hídricos em detrimento da população amazônica.

Embora concebido para ser empregado como ferramenta de gestão, o arcabouço legislativo infraconstitucional que disciplina a gestão dos recursos hídricos acabou se tornando obsoleto, pouco ou nada intervindo no sentido de galgar um dos seus principais objetivos, qual seja, assegurar o direito à água enquanto direito universal da atual e das futuras gerações.

A (in)capacidade de gestão do Poder Público, mais comprometido com interesses econômicos e político-partidários do que, propriamente, com o cumprimento das normas supraleais que preconizam sobre o acesso à água potável e saneamento básico para a população, não apenas se encarregou de inviabilizar o cumprimento deste direito fundamental, mas também ignorar a implementação do plano de ação elencado no tópico 18.50 da Agenda 21 global, o qual, expressamente, estabelece diretrizes quanto às atividades que devem ser adotadas pelos países signatários, enfatizando as suas responsabilidades, o que está a afetar não apenas a presente geração, mas também comprometendo a qualidade de vida das futuras gerações, a qual, inexoravelmente, colherá os danos intergeracionais do malfadado legado hídrico deixado pela sociedade hodierna.



5 FUTURAS GERAÇÕES E O DIREITO DE ÁGUAS

Não raramente, verifica-se nos diplomas normativos ambientais o emprego da expressão “futuras gerações”. Todavia, a lei não define o quê ou quem são as “futuras gerações”, ficando tal tarefa a cargo do intérprete da norma jurídica, o qual nem sempre tem condições de depreender tal complexo conceito cuja formatação perpassa a órbita jurídica, também sendo objeto de estudo de outras áreas do conhecimento como a antropologia, sociologia, astrofísica, dentre outras. Logo, para efeito de evolução da pesquisa, antes de mais nada, imprescindível seja construído um conceito de ‘futuras gerações’ para então delimitar quem são os destinatários que as normas ambientais estão a proteger.

Neste sentido, relevantes se apresentam os estudos desenvolvidos por Ramos Jr. (2012) em que trata o conceito jurídico de futuras gerações que, pela importância qualitativa da pesquisa sobre o tema, emprega-se como referencial para efeito da construção do conceito de “futuras gerações” que balizará todo o estudo proposto nesta pesquisa.

Discorrendo sobre a formação do conceito de futuras gerações na pós-modernidade, Ramos Jr. (2012, p. 60) realiza brilhante reflexão sob o viés econômico e, simultaneamente, cronológico, perfazendo uma incursão sobre o reflexo de tais fenômenos entre as fronteiras que demarcam a soberania dos Estados para efeito de delimitação dos denominados “locais geracionais”, os quais constituem critérios para a construção do conceito, razão pela qual tal metodologia é merecedora de especial destaque:

[...]fazendo-se o seu cotejo com as teorias econômicas que tratam do capitalismo, pode-se deduzir que na pós-modernidade as várias fases da vida de um indivíduo foram rigidamente estruturadas em torno de uma ordem, ao mesmo tempo econômica, mas também cronológica, em que destacam-se as etapas: 1) vida escolar; 2) vida profissional; 3) vida política; 4) vida contemplativa (fase de quietude, quando o indivíduo retira-se de sua ocupação cotidiana, período que é sinônimo de aposentadoria). A passagem do indivíduo por essas fases econômico-cronológicas irá determinar a sua posição geracional, fazendo aqui uma analogia ao termo “locais geracionais” de Mannheim. Foi falado anteriormente que uma das subjetividades coletivas que mais decisivamente contribuem, hoje, para demarcar as fronteiras de uma geração é o Estado moderno nacional, por meio de sua produção legislativa e de suas intervenções judiciais na vida social. Acoplado esse modelo de ordenação social instaurado pelo capitalismo, de fundo econômico, com a ordenação jurídica que o Estado



oferece à sociedade, de fundo político, ter-se-á assim um critério jurídico para definir de forma objetiva o que é uma geração passada, o que é uma geração presente e o que é uma geração futura. (RAMOS JR., 2012, p. 60)

Perfazendo uma relação entre as colocações apresentadas por Ramos Jr. e à gestão dos recursos hídricos, verifica-se que o elemento água se encontra como condição imprescindível, independentemente do local geracional, para a formação do conceito gerações, sejam os econômicos e cronológicos, sejam através dos critérios jurídicos constituídos pela ordenação jurídica da soberania de cada Estado.

Neste sentido transnacional, sobretudo, no continente da América do Sul, a primeira vez que o tema sobre as futuras gerações foi objeto de um diploma normativo internacional, foi através do Tratado da Bacia do Prata de 1969, assinado pela Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai, que preconiza entre os seus objetivos assegurar a preservação dos recursos naturais para as futuras gerações através da utilização racional dos aludidos recursos, conforme se percebe, *in verbis*:

Tratado da Bacia do Prata de 23 de abril de 1969, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 67.084 de 20 de agosto de 1970:

Objetivo:

Permitir o desenvolvimento harmônico e equilibrado, assim como o ótimo aproveitamento dos grandes recursos naturais da região, e assegurar sua preservação para as gerações futuras através da utilização racional dos aludidos recursos.

A par deste dispositivo normativo, produzido há mais de 45 anos, permite-se conceber que o tema **futuras gerações** não constitui uma novidade contemporânea, mas, sim, na forma bem observada pela exposição de Ramos Jr. (2012), tem os seus traços demarcados pela soberania dos Estados por meio da delimitação de fronteiras geracionais representadas pela produção legislativa e intervenção na vida social.

Outrossim, dando continuidade aos estudos para a construção do conceito jurídico de futuras gerações, Ramos Jr. enfatiza a responsabilidade da geração presente para com as futuras, discorrendo que:

[...], após a análise dos diversos significados de gerações, tanto na sociologia como também na antropologia, na economia e na filosofia, chegou-se à conclusão de que no capitalismo pós-moderno a definição das fronteiras entre gerações vem sendo estabelecida por mecanismos de



desençaixe e reencaixe, associados às diferentes fases da vida política e econômica de uma pessoa, sem que isso signifique o abandono dos critérios biológico, cronológico, genealógico e cultural. Nesse sentido, o termo geração presente será usado para designar uma subjetividade coletiva formada pelo conjunto de indivíduos política e economicamente ativos, ou seja, tais indivíduos são considerados os que possuem a mais alta capacidade de impactar as vidas das futuras gerações, pois são eles que podem efetivamente decidir, no campo político e agir no campo econômico de uma tal maneira que das suas decisões presentes dependerão a qualidade de vida, a dignidade e o bem-estar das futuras gerações ou a ruína irreversível dos seus destinos. Portanto, quando a Constituição Federal brasileira estabelece, no seu art. 225, o dever das gerações presentes de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, é a esse grupo que o Texto Constitucional impõe referido dever: os política e economicamente ativos. (RAMOS JR., 2012, p. 147).

A lucidez do pensamento formatado por Ramos Jr. (2012, p. 74) teve como premissa a Declaração da Unesco de 12 de novembro de 1997, aprovada pela 29ª Conferência Geral cujo objeto de pauta foi Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações. Conforme referido pelo aludido pesquisador, tal documento se destaca das outras declarações e tratados internacionais porque todo seu conteúdo é dedicado inteiramente ao tema da justiça intergeracional.

Em que pese não gozar de força vinculante, o referido documento representa uma sintetização de medidas e providências a serem adotadas pela presente geração com o objetivo de preservar as necessidades e os interesses das futuras gerações, de modo que a perpetuação da espécie humana acaba sendo o objetivo de fundo da Declaração.

O âmago da Declaração está desenhado diretamente no seu preâmbulo. Um dos motivos que a Declaração justifica para proteção das futuras gerações é a consciência de que “no atual ponto da história, a própria existência da espécie humana e do seu meio ambiente estão ameaçados”, sendo destacado que “o respeito pleno pelos direitos humanos e pelos ideais da democracia constituem uma base essencial para a proteção das necessidades e dos interesses das futuras gerações” (UNESCO, 1997, p. 69-72). Outrossim, no seu preâmbulo, tal documento registra a “necessidade de estabelecer laços globais, equitativos e novos de solidariedade intrageracional, para promover a solidariedade intergeracional em prol da perpetuação da espécie humana”.



Consoante acentuado pelo Ramos Jr., o Preâmbulo da Declaração reconhece que a tarefa de proteger as necessidades e os interesses das futuras gerações será cumprida especialmente pela educação e destaca que:

O destino das futuras gerações depende em grande extensão das decisões e ações que forem tomadas hoje, e que os problemas dos dias atuais, incluindo a pobreza, o subdesenvolvimento material e tecnológico, o desemprego, a exclusão, a discriminação e as ameaças ao meio ambiente, devem ser solucionados no mútuo interesse das presentes e futuras gerações. (RAMOS JR., 2012, p. 74)

Disto tudo, derivou o que Ramos Jr. (2012, p. 368) chamou de “dignidade geracional”, dispensando a atenção ao “dever das gerações presentes de não expor as futuras gerações à poluição que possa colocar em risco sua saúde e sua própria existência”, pois segundo ele “as gerações presentes devem preservar para as futuras gerações recursos naturais suficientes para garantir a vida humana e o desenvolvimento sustentável”.

Outrossim, conforme brilhantemente acentuado por Ramos Jr. (2012, p.367), “o princípio da dignidade geracional busca proteger as futuras gerações contra o poder apocalíptico da geração presente de arruinar irreversivelmente a vidados que ainda virão, isto é, contra o risco de extinção da humanidade”. Explica, ainda, que “a dignidade” é um atributo de todas as gerações, inclusive da presente, ressaltando “especial preocupação ao art. 225 da Constituição Federal que, ao incorporar as necessidades e os interesses das coletividades vindouras, faz do futuro um novo e revolucionário fundamento de validade do direito infraconstitucional”, bem como “das decisões judiciais tomadas no presente”. Para ele, “o princípio da dignidade das futuras gerações funciona como um mecanismo de freios e contrapesos intergeracionais, uma espécie de muralha jurídica que serve de referência normativa para o juiz promover a ponderação de valores em um contexto intertemporal”. Segundo o autor, “esse princípio é o escudo protetor das futuras gerações contra as decisões da geração presente, que nem sempre são tomadas com o olhar voltado para o futuro”.

Desta forma, considerando a robustez dos argumentos apresentados por Ramos Jr., resulta possível fazer-se uma incursão do princípio da dignidade das futuras gerações sobre o direito de águas, uma vez que os problemas de gestão dos



recursos hídricos na Amazônia representa um problema atual que, inexoravelmente, produzirá sequelas sobre o direito à água das futuras gerações, conforme melhor demonstrado na doravante conclusão.

6 CONCLUSÃO

Apesar de albergar a maior reserva de água doce do planeta, a gestão dos recursos hídricos na Amazônia brasileira é crítico, beirando ao colapso socioambiental, o que está a contribuir não apenas para a degradação dos recursos hídricos e da biodiversidade do bioma, mas também comprometendo a saúde e a qualidade de vida da presente geração e das futuras gerações, em flagrante ofensa aos mais lúdicos direitos fundamentais consagrados na Carta Constitucional e em outros diplomas internacionais.

O acesso à água potável e ao saneamento básico constituem direitos fundamentais preconizados não apenas pela hermenêutica constitucional, mas também pelo ordenamento jurídico internacional de direitos humanos. Segundo consagrado no texto constitucional, os direitos fundamentais têm aplicação imediata quando a norma apresenta todas as ferramentas para a sua executoriedade.

Nesse sentido, até mesmo poder-se-ia indagar sobre o efeito vinculativo e a aplicabilidade das normas infraconstitucionais que definem “políticas públicas”, como é o caso da Lei nº 9.433/97, bem como a Lei Estadual nº 3.167/2007 do Estado do Amazonas, uma vez que, denominam-se de Políticas de Recursos Hídricos, e assim a fixação de diretrizes políticas não representam a necessária aplicabilidade dos seus preceitos em um sistema constitucional moldado pela autonomia dos entes federados. Todavia, tal questionamento não se justifica por si só, haja vista a carga axiológica supra legal, devidamente condizente com os direitos fundamentais consagrados pela hermenêutica constitucional como é o caso do acesso à água potável e ao saneamento básico, cujo escopo é oferecer um mínimo de dignidade humana à presente e às futuras gerações, enquanto princípio norteador supranacional.

O direito à água, embora não esteja previsto expressamente na Constituição, constitui direito fundamental constitucional por força da hermenêutica



constitucional. As premissas correlatas ao direito à água foram objeto de cuidado pelo legislador infraconstitucional que vieram a suprir a lacuna da ordem constitucional para a viabilização da sua executoriedade por meio do direito de águas, o qual constitui um arcabouço de normas jurídicas que disciplinam sobre a gestão dos recursos hídricos.

A efetivação do direito fundamental à água na Amazônia, atualmente, prescinde de qualquer outra ordem normativa. Depende apenas da atuação do Poder Público, o qual não dispõe de discricionariedade para o cumprimento da lei cuja carga axiológica do conteúdo vincula a prestação a ser adotada pelo administrador público, na forma da hermenêutica constitucional e aderência a outras normas internacionais (Tratado da Bacia do Prata de 1969, Agenda 21 global/Declaração do Rio/92, Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações de 1997/UNESCO).

Embora superados os planos da existência e validade das referidas normas, a problemática relativa à (in)efetivação ou (in)eficácia das mesmas constitui o seu ponto nevrálgico. Enquanto a (in)efetivação da norma supralegal permanecer concebida como “letra morta de lei”, a problemática não será resolvida, perpetuando-se no tempo a grave crise hídrica existente na Amazônia brasileira.

No contexto sociocultural e político, a abundância de água doce existente na região representa a falsa crença de que os recursos hídricos são infinitos, não representando um problema premente, o que está protelar a conscientização sobre a gravidade da problemática e a adoção de políticas públicas efetivas para a sua solução.

Com efeito, o tempo urge não apenas em relação às dificuldades de acesso à água potável e a carência de saneamento básico que acometem a maior parte da comunidade urbana, rural e ribeirinha residente na Amazônia, mas também à exposição nociva contra a biodiversidade amazônica ainda existente, o que representa uma preocupação que extrapola os interesses regionais, atingindo uma amplitude globalizada e intergeracional pela importância que a bacia hidrográfica amazônica representa para o mundo e para a perpetuação da humanidade. Neste sentido, o direito intergeracional pode constituir-se em pauta da “sociedade do risco”, na forma concebida por Beck (1999, p. 178), pois “quando fala-se de riscos, discute-



se algo que não ocorre mas que pode surgir se não for, imediatamente, alterada a direção do barco”.

Uma vez existentes disposições normativas que representam vetores de carga axiológica para a efetivação dos direitos fundamentais relativos ao acesso à água potável e ao saneamento básico, bem como em relação à dignidade intergeracional, resulta difícil conceber o porquê do negligenciamento do Poder Público em efetivar tais mandamentos supralegais, em especial, na região amazônica. A famigerada alegação de carência de recursos financeiros, comumente apresentada pelos gestores públicos, para a efetivação das normas de gestão dos recursos hídricos, não se justifica. No caso específico da Amazônia, existem recursos de fundos internacionais de fomento em face da importância internacional da sua bacia hidrográfica. Além disso, no Estado do Amazonas, especificamente, na cidade de Manaus, empregada como amostra empírica para esta investigação, está localizada um dos maiores polos industriais da América (PIM – Polo Industrial de Manaus), onde o uso das águas superficiais e subterrâneas não é cobrado das indústrias, e cuja cobrança poderia viabilizar a arrecadação de recursos para ao menos atenuar a problemática no que tange ao acesso à água potável e saneamento básico em benefício desta coletividade. Este exemplo, por si só, expressa a realidade departe do que foi colocado no curso desta pesquisa, pois não apenas demonstra uma (dentre outras tantas) das causas da contaminação das águas superficiais e subterrâneas, o que inviabiliza o acesso à água potável, mas também representa o atestado de ineficácia (para não se dizer conivência) das políticas de gestão dos recursos hídricos adotadas hodiernamente na Amazônia, em flagrante violação da dignidade hídrica e intergeracional.

Diante deste contexto, os sujeitos jurídicos que precisam de uma acentuada proteção hídrica são as futuras gerações, pois elas ostentam uma situação de vulnerabilidade frente o poder decisório da presente geração que, muitas vezes, acaba afetando de forma grave e irreversível a capacidade daquelas de satisfazerem as suas necessidades no futuro.

O contexto da crise hídrica, existente na região da Amazônia brasileira, constitui uma tarefa de difícil: conceber tal crise de acesso à água potável e saneamento básico em regiões desérticas, áridas e semiáridas é possível, porém, na



região amazônica brasileira, onde se encontra albergada a maior bacia hidrográfica do mundo, tal contexto é de difícil compreensão lógica, sobretudo, às pessoas que desconhecem “*in loco*” a Amazônia.

Dito isto, pode-se concluir que o contexto da crise hídrica existente na Amazônia brasileira, revela uma crise de (in)efetividade de políticas públicas, porquanto não obstante existente robusto arcabouço legislativo regulando a temática ao acesso à água potável e saneamento básico, tais premissas demonstram-se obsoletas em decorrência das suas debilidades existentes no plano da eficácia.

A presente geração não tem o direito de expor as futuras gerações à poluição hídrica de modo a ameaçar e expor em risco a sua saúde e sua própria existência. As gerações presentes devem assegurar para as futuras gerações os recursos hídricos suficientes para garantir a existência da vida humana e o desenvolvimento de forma a ser sustentável.

A omissão do Poder Público Federal e Estadual, negligenciando os deveres assumidos na forma da Carta Constitucional e lastreados em diversos instrumentos jurídicos internacionais, produz um contexto perverso e despido de lógica, pois deixa um malfadado legado às futuras gerações: deixa água e solo contaminados em abundância – e suas consequências – na bacia amazônica, decorrente das deficiências de gestão dos recursos hídricos no Brasil e, sobretudo, na Amazônia.

7 REFERÊNCIAS

AGENDA 21 GLOBAL. **Declaração do Rio de Janeiro. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente**, 1992.

AMAZONAS. **Lei Estadual nº 3.167, de 27 de agosto de 2007**. Disciplina a Política Estadual de Recursos Hídricos e estabelece o Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos. Poder Executivo do Estado do Amazonas. Manaus, AM, 27ago. 2007.

ARIDE, Paulo Henrique Rocha; HONDA, Rubens Tomio; NOSAWA, Sergio Ricardo. O impacto do crescimento urbano na região de Manaus. In: **Impactos urbanos sobre a biologia do ambiente amazônico**: interações entre moléculas, organismos e ambientes. NOZAWA, Sergio Ricardo; SANTOS, André Luis Wendt dos. (Org.). Curitiba: CRV, 2010.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jan. 1997.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 de janeiro de 2007.

BRASIL. Poder Executivo Federal. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS)**. Disponível em: <<http://www.pmss.gov.br/pmss/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=227>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

D' LSEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Ozorio. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2014**. Resultado com base no SNIS 2012. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/tabela-100-cidades2014.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recurso Hídricos**: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

ONU – Organização das Nações Unidas. **CPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. Santiago do Chile, 2007**. Disponível em: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/29161/LC-W126.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Resolução nº 64/292**, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S>. Acesso em: 28 ago. 2014.

PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

RAMOS JR., Dempsey Pereira. **Meio Ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.

REBOUÇAS, Aldo. **Águas doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. São Paulo: Escrituras, 2006.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia política da água**. São Paulo: Annablume, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água: privatização, poluição e lucro**. São Paulo: Radical Livros, 2006.



Jefferson Rodrigues de Quadros e Helen Rita M. Coutinho

TOCANTINS, Leandro. **O rio comanda a vida:** uma interpretação da Amazônia. Manaus: Valer, 2000.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Águas urbanas: interfaces no gerenciamento. In: **Saneamento, saúde e ambiente:** fundamentos para um desenvolvimento sustentável. Arlindo Philippi Jr. Barueri: Manole, 2005.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e à Cultura. **29ª Conferência Geral da Unesco.** Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Gerações Futuras. Washington, 12.11.1997.



AVALIAÇÃO DO TERMO DE AJUSTE DE GESTÃO COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

EVALUATION OF THE MANAGEMENT ADJUSTMENT AGREEMENT AS AN INSTRUMENT OF CONSENSUAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Angerico Alves Barroso Filho²

Resumo

O artigo focaliza o debate no emprego do Termo de Ajuste de Gestão - TAG no âmbito do Controle Consensual. Ao longo do texto, é contextualizada a evolução da Administração Pública na direção da consensualidade, o que exige, do sistema de controle público, uma nova postura, não restrita, diante da ocorrência de impropriedades e irregularidades, à aplicação de sanção, mas voltada à negociação e ao alcance de objetivos. Desenvolve-se, a partir das informações de TAGs firmados, da legislação pertinente e da doutrina, quadro do controle consensual nos Tribunais de Contas pesquisados, culminando com a análise do mecanismo e considerações sobre suas vantagens e desvantagens.

Palavras-chave: Administração Pública; Controle consensual; Termo de Ajuste de Gestão.

Abstract

The article focuses on the debate over the employment Management Adjustment Agreement - MAA under the consensus control. This study contextualizes the evolution of public administration towards consensual means, which requires a new attitude of public control systems not restricted to the application of sanctions, but focused on negotiation and achieving goals, motivated by the occurrence of violations and irregularities. This work aims to provide, based on the celebration of MAAs, a consensual control framework in the researched Audit Courts, including relevant legislation and doctrine, concluding with an analysis of the mechanism and considerations about its advantages and disadvantages.

Keywords: Public administration; Consensual control; Management adjustment agreement.

¹ Artigo submetido em 18/01/2015, pareceres de aprovação em 22/01/2015 e 24/01/2015, aprovação comunicada em 27/01/2015.

² Auditor Fiscal e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. *E-mail:* <angericoab@tcu.gov.br>.



1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública caminha para uma vertente em que as decisões são tomadas a partir do consenso formado entre as partes envolvidas: cidadãos, empresas, entidades, organizações sociais e governo, entre outros.

O agir unilateral, impositivo, do Governo dá lugar à concertação administrativa, em que soluções para a implementação das políticas públicas e para a gestão estatal demandam a participação de outros atores, que não são mais vistos com desconfiança, mas como aliados na consecução da finalidade pública.

Nesse contexto, os padrões de atuação do controle da Administração Pública necessitam adequar-se a essa nova realidade, não podem restringir sua atuação ao mero controle-sanção. É esperado muito mais que um juízo de aprovação ou reprovação, de conformação dos comportamentos à norma. Faz-se necessário lançar mão de outros instrumentos que tornem possível a negociação de metas entre controlador e controlado, como substitutivo da aplicação de penalidades.

A doutrina mais recente propõe a adoção pelos Tribunais de Contas dos denominados Termo de Ajuste de Gestão - TAG, como instrumento de controle consensual da Administração. Implementa-se um acordo de vontades entre controlador e controlado, por meio do qual o último se compromete a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento de processo que lhe poderia resultar em penalidade.

Vários Tribunais de Contas já aprovaram a adoção do instrumento nas suas leis orgânicas ou regulamentos internos. No âmbito federal, o TCU ainda não o adotou.

A partir do contexto exposto, o objetivo do presente trabalho é estudar o TAG pelos Tribunais de Contas e avaliá-lo como instrumento de controle consensual da Administração Pública.

É relevante saber se o mecanismo tem alcançado, na prática, o objetivo para o qual foi idealizado.

Para isso, formulou-se, além de extensa pesquisa sobre o tema, pedido de informações a três Tribunais de Contas que já utilizam o mecanismo, no qual é



solicitado o encaminhamento dos Termos de Ajuste de Gestão já assinados. Obtidas as respostas, as informações foram trabalhadas e deram origem às conclusões apresentadas ao longo do desenvolvimento desse trabalho.

2 BREVE ESCLARECIMENTO

Antes de passar para a discussão dos aspectos centrais deste trabalho, faz sentido apresentar um breve esclarecimento.

Nos diversos Tribunais de Contas, onde já há previsão - nas constituições estaduais, leis orgânicas dos órgãos ou nos seus regulamentos internos - de celebração de acordos entre controlador e controlado com vistas ao cumprimento da lei; diversas expressões são utilizadas para designá-los, como Termo de Ajuste de Gestão, Termo de Ajustamento de Gestão, Termo de Ajustamento de Conduta Administrativa, entre outras, e que serão utilizadas como sinônimas nesse trabalho. Eventualmente, optar-se-á por Termo de Ajuste de Gestão – TAG.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA DIREÇÃO DO CONSENSUALISMO: CONTEXTUALIZAÇÃO

Ao iniciar o desenvolvimento do tema Administração Pública consensual, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2010, p. 39) aponta transformações nos modelos de Estado (Bem-Estar Social e Socialista) após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de novas tecnologias, especialmente no campo das telecomunicações.

Anota o autor (2010, p. 39-40) que o Estado entra em crise, pois, a despeito das crescentes demandas sociais, os recursos não são suficientes para atendê-las, ao mesmo tempo em que se acumulam déficits financeiros crescentes. O Estado passa a ser instrumento em vez de mentor da sociedade, a qual toma o espaço perdido e se torna protagonista na política. Daí surgirem princípios, como o da subsidiariedade, coordenação, privatização, publicização e consensualidade.

O modelo emergente e promissor, nesse contexto, segundo Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 66) é o da Administração Pública concertada, no qual as soluções são alcançadas por meio do consenso, da participação dos particulares envolvidos nas decisões administrativas - há mais aceitação do que imposição.



Ainda de acordo com a autora (2010, p. 66-67), a administração firma-se como composição de interesses. Substitui-se a imperatividade pela consensualidade e mesmo quando se utilizam formas unilaterais, o consenso é buscado por meio de procedimento administrativo que conduz ao ato unilateral.

Segundo Gustavo Justino e Cristiane Schwanka (2008, p. 131), ocorre, assim, a denominada Administração Pública dialógica em contraposição à monológica, que é refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 80-81) destaca o deslocamento do eixo da autoridade para a consensualidade, até mesmo em funções em que a autoridade é mais central, como no caso do exercício do poder de polícia e da negociação regulatória. Assinala ademais que o contrato deixa de ser instrumento da atividade meio para a consecução da atividade-fim. Trata-se, em continuação, de período de transição, em que a contratualidade se mostra como fato, falta sepultar, no entanto, o poder de império, conclui.

De acordo com Gustavo Justino e Cristiane Schwanka (2008, p. 132), as posturas assumidas pelo Estado mediador são distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo Estado impositor, cuja nota característica se encontra justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao poder político ou estatal.

Odete Medauar (2003, p. 211) destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração Pública:

a) o consenso-negociação entre Poder Público e particulares passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração;

b) a Administração não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público;

c) a discricionariedade reduz-se, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária das decisões;

d) a Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade;



- e) a Administração passa a ser atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as várias partes ou entre estas e a Administração;
- f) um novo modo de agir como atividade aberta à colaboração dos indivíduos;
- g) passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2010, p. 48) é defensor das alternativas consensuais, as quais reputa mais econômicas e ágeis, e que devem ser esgotadas antes de recorrer-se às impositivas. Entende que a consensualidade é um enriquecimento do direito administrativo.

A doutrina menciona diversos instrumentos da Administração consensual: audiência pública, transação, mediação, arbitragem, termo de ajustamento de conduta, entre outros.

3.1 Consensualismo: Interesse Público, Legalidade e Juridicidade

Na concepção da Administração Pública consensual, o interesse público é orientado pela perspectiva de confluência de vontades, de interesses dos atores envolvidos, nas palavras de Alexandre dos Santos Aragão (2005, p. 112).

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro (2012, p. 112-113), mencionando a ideia de Floriano de Azevedo Marques Netto, concorda que a mitigação da distinção entre direito público/direito privado, assim como com a ideia de que o pluralismo de interesses albergados pela sociedade leva à reformulação do pensamento clássico de direito administrativo. Passa a prevalecer a conexão estrutural entre os planos individuais e coletivos e a redução do caráter autoritário estatal. A homogeneidade cede lugar à heterogeneidade de interesses públicos.

Outro ponto a merecer reformulação a caminho da Administração Pública consensual, segundo Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro (2012, p. 113), é o princípio da legalidade estrita ou da reserva da lei formal, que estaria em relativa defasagem, tendo em vista a insuficiência dos mecanismos clássicos de administração do Estado Moderno para processar e dar soluções concretas à diversidade de interesses públicos.



De acordo com o autor (2012, p. 114), a legalidade estrita dá lugar, ao se decidirem os casos concretos, à constituição, a partir da ponderação de princípios, regras e interesses públicos envolvidos, sempre mirando na busca da melhor solução para coletividade. É a chamada constitucionalização do direito administrativo.

Esse cenário, em que a lei perde legitimidade e subsiste apenas a noção de legalidade, é apontado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 106), o qual anota que tal fenômeno vem a ser sanado com o direito, “entendido como produto da ordem jurídica como um todo, a partir das raízes principiológicas da ciência do Direito e pelo labor da jurisprudência e da doutrina”. Anota ademais que a Lei Básica de Bonn (Constituição Alemã de 1949), nos art. 20, § 3º, marcaria a vinculação da Administração à lei e ao direito, e que essa evolução vai permitir novas fontes de legitimação operativa, especialmente a vertente consensual.

4 CONTROLE: CLASSIFICAÇÕES DA DOUTRINA

Após apresentar os preceitos orientadores da Administração Pública no seu caminhar em direção ao consensualismo, passa-se o foco ao controle, objeto central desse trabalho.

Controle, nesse contexto, é adotado com o significado de “verificar se tudo ocorre de acordo com o programa adotado, as ordens dadas e os princípios admitidos”, no mesmo sentido de Luciano Ferraz (2003, p. 104).

Inicia-se o tema apresentando, entre as várias classificações de controle formuladas pela doutrina, com três que merecem destaque, dado o enfoque desse trabalho.

Quanto ao momento em que é realizado, o controle é denominado prévio (efetivado antes que o ato controlado produza seus efeitos), sucessivo (acompanha a realização do ato controlado) e corretivo (levado a efeito após a conclusão do ato).

Furtado (2012, p. 886) dá exemplo das três ocorrências. Da primeira, menciona a aprovação pelo Senado da República de membros para tribunais e diretores para agências reguladoras e Banco Central. Da segunda, aponta as auditorias em obras públicas realizadas pelos Tribunais de Contas. E da terceira, fala do controle exercido pelo Poder Judiciário.



Furtado (2012, p. 887) menciona ainda duas modalidades básicas de controle, o de mérito e o de legalidade, cujo parâmetro se encontra inserto na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, e segundo a qual a Administração pode anular seus próprios atos, quando viciados, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade.

O autor (2012, p. 888), em resumo, conclui que, por meio do controle de mérito, “se buscam as razões de conveniência e de oportunidade que levaram a Administração Pública a praticar determinado ato discricionário, e se esses requisitos se mantêm.”, enquanto que, no controle de legalidade (de legitimidade ou juridicidade), é verificada “a adequação ou conformidade do ato ao ordenamento jurídico”.

Luciano Ferraz (2008, p. 2) reporta-se a um novo paradigma de controle, como decorrência da necessidade de aproximar os fatos, as normas, os procedimentos e as demandas sociais no âmbito da Administração Pública. É a substituição do controle-sanção, afeto a verificar o cumprimento das normas ou procedimentos nos seus estritos termos, pelo controle-consenso, da assinatura de ajuste de compromisso de gestão.

O controle que se busca dá foco nesse trabalho é dos tipos prévio, sucessivo e corretivo, na medida em que se propõe não só a acompanhar a atuação do controlado, quando da elaboração e da execução da política, mas, ao final, a avaliação dos resultados alcançados. O enfoque envolve ainda aspectos da legalidade da política e da atuação administrativa, ao se verificarem elementos de eficiência e economicidade das ações desenvolvidas.

Ademais, o instrumento por meio do qual se efetivará esse controle não será o tradicional – impositivo e sancionador -, mas aquele baseado no acordo entre as partes envolvidas, com a assinatura de TAGs entre controlador e controlado.

4.1 O Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas

O controle externo é aquele exercido sobre os atos da Administração Pública por órgãos ou poderes alheios à sua prática, nas palavras de Gustavo Fontana Pedrollo (2005, p. 8). Efetiva-se com a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.



A Constituição Federal/1988 fixa, no âmbito federal, a titularidade do Congresso Nacional para o exercício do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, simetria observada nas esferas estadual e municipal.

O objeto, neste trabalho, está na atuação dos Tribunais de Contas, os quais receberam da Constituição incumbências próprias, só por eles exercíveis. Assim, apesar de suas decisões estarem sujeitas à revisão, a sentença judicial tem de ser harmônica com o princípio de que somente àqueles é dado competência, por exemplo, para julgar contas.

Ao que se somam as competências legais, a Constituição Federal/1988, no art. 71, enumera extensa lista de atribuições do Tribunal de Contas da União que, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, as desenvolve buscando da Administração Pública a aderência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF/88).

De acordo com Scliar (2009, p. 1362), é foco da atuação do TCU, assertiva válida para os demais Tribunais de Contas no limite de suas atuações territoriais e de esfera governamental, os atos e fatos tipicamente administrativos adotados pela Administração Pública, direta e indireta, nos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público.

O entendimento de Scliar não reflete a totalidade das atribuições das Cortes de Contas, pois há outras entidades, atuantes na prestação de serviços públicos, e que, em alguma medida, submetem-se ao controle externo efetivado por esses órgãos, na extensão dos recursos públicos recebidos, a exemplo das organizações sociais, conforme notícia Benjamin Zymler (2012, p. 192).

Os Tribunais de Contas, além da extensa lista de atribuições, pode aplicar sanções aos seus jurisdicionados, que gerem recursos públicos. Benjamin Zymler (2012, p. 171), ao reportar às competências do TCU, boa parte delas extensíveis aos demais Tribunais de Contas, menciona a aplicação de penalidades, tais como multa, devolução do débito apurado, afastamento provisório do cargo, solicitação de arresto e declaração de indisponibilidade de bens de responsáveis julgados em débito, declaração de inidoneidade de licitantes e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal.



A competência dos Tribunais de Contas para aplicar multa aos responsáveis, proporcional ao dano causado ao erário, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade das contas, está estabelecida no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal/1988, além das previsões específicas nas leis orgânicas respectivas.

4.2 As Novas Tendências de Controle da Administração Pública

A partir do noticiado até aqui, considera-se que o agir consensual da Administração Pública constitui evolução na sua relação com os administrados, pois admite a construção das soluções a partir da participação, da colaboração dos diretamente interessados na definição e execução de políticas públicas, bem como na gestão administrativa.

Essa nova forma de atuação da Administração Pública, orientada pela busca do consenso, não deve estar submetida ao olhar do controle tradicional, voltado a verificar, de forma estrita, a aderência da atuação administrativa ao cumprimento da norma, e apresentar, como resposta, unicamente um manifesto de aprovação ou reprovação, implicando invariavelmente, neste caso, na aplicação de uma sanção (controle-sanção). Isto é, os parâmetros de resposta do controle não podem resumir-se a dois, aprovar ou reprovar, sancionar ou não.

Ao analisar o tema, Araújo e Castro (2012, p. 83) afirma que o controle, fundamentado no positivismo jurídico, em que a eficiência é medida pela capacidade de cumprir as normas, passa a ser visto como um meio de pacificação negociada das controvérsias. É nesse contexto que surge a ideia de produção de instrumentos consensuais de controle, como o TAG.

Luciano Ferraz (2003, p. 141) vislumbra a adoção do mecanismo com o “objetivo de ‘contratualizar’ com os administradores alternativas e metas para a melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas (...)”.

4.3 Termo de Ajuste de Gestão

Como dito anteriormente, o TAG insere-se no contexto do controle consensual, de uma relação de colaboração entre controlador e controlado. A



resposta a ser obtida deixa de ser os meros sim ou não para o questionamento acerca do cumprimento de leis e regras, e alcance de objetivos.

De acordo com Zago (2009, p. 1), o TAG apresenta-se como mecanismo moderno de controle, com função de diagnosticar rapidamente as irregularidades e ao mesmo tempo dar as soluções.

O TAG consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção -, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

De acordo com Ferraz (2010, p. 3-4), a iniciativa do TAG, pelos Tribunais de Contas, tem amparo na interpretação sistemática do preâmbulo, do art. 4º, VII, e art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, e no alerta previsto no art. 59, §1º, V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 7º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública). Por isso, entende que o instrumento pode ser instituído por meio de norma do próprio Órgão.

É oportuno destacar o teor do inciso IX, art. 71, da Constituição Federal, segundo o qual aos Tribunais de Contas compete “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Ora, ainda que não se vislumbrasse, quando da aprovação do texto - constituinte de 1988 -, o mecanismo do TAG como instrumento de negociação para o ajuste da conduta do gestor aos parâmetros legais, é certo que a interpretação do dispositivo admite essa possibilidade.

Daniela Zago, ao mencionar o autor, manifesta sua concordância com Ferraz quanto à possibilidade de os Tribunais de Contas assinarem TAGs. Entende que esses órgãos podem firmar os ajustes com fundamento diretamente nos art. 71 da Constituição Federal/1988 ou na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual é conferido a quem tenha certas atribuições os meios ou poderes correspondentes para exercê-las. Considera, no entanto, se não primordial, oportuna a previsão do instrumento na Lei Orgânica ou Regimento Interno desses Tribunais.



Ferraz menciona o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, o qual, no art. 57, prescreve a possibilidade de os órgãos de controle proporem “(...) a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicabilidade de penalidade ou sanções e adequar os atos e procedimentos dos órgãos ou entidades controlados aos padrões de regularidade”.

Os estados de Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Roraima e Rio Grande do Sul já aprovaram dispositivos, incluindo, nas leis orgânicas dos respectivos Tribunais de Contas, ou em normativos específicos, a possibilidade de realizar TAG atendidos os requisitos fixados.

O Tribunal de Contas da União não adotou o TAG até o momento, apesar da revisão promovida no seu Regimento Interno em 2012, oportunidade em que a temática foi colocada em pauta, mas sem decisão favorável à institucionalização do instrumento.

4.4 Termo de Ajuste de Gestão no TCE-PE

A Lei Estadual nº 14.725, de 9 de julho de 2012, no art. 21, acrescentou à Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco - Lei Estadual nº 12.600, de 14 de junho de 2004 – mais uma modalidade de processo, por meio do qual é exercida a competência de controle externo, qual seja: o TAG.

No art. 48-A da referida lei, está estabelecida a possibilidade de o relator firmar TAG com o jurisdicionado se, em juízo de conveniência e oportunidade de ambas as partes, ficar atendido os interesses protegidos por lei. O Tribunal editou a Resolução nº 16/2013 para regulamentar o instrumento.

De acordo com essa norma, § 1º, art. 1º, o TAG deverá conter, de maneira clara e objetiva, as obrigações do jurisdicionado e os respectivos prazos; e a fixação do valor da multa para o descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas.

4.5 Termo de Ajustamento de Gestão no TCE-MG

Por meio da Lei Complementar Estadual nº 120, de 15 de dezembro de 2011, incluiu-se o art. 93-A na Lei Complementar Estadual nº 108, de 17 de janeiro



de 2008, instituindo o TAG no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades controlados.

Conforme previsão da lei, o instrumento pode ser adotado desde que não limite a competência discricionária do gestor (§ 1º). A sua assinatura terá como efeito suspender a aplicação de penalidades ou sanções (§ 2º). E é vedado o seu uso nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos, bem como na ocorrência de decisão definitiva irrecurável (§ 3º).

4.6 Termo de Ajustamento de Gestão no TCE-GO

Sem uma previsão específica, mas fundamentando-se no art. 26 da Constituição Estadual, que estabelece as atribuições do órgão, bem como no art. 2º da Lei Estadual nº 16.168/2007, o TCE-GO adotou a Resolução Normativa nº 006/2012, a qual lhe permite firmar TAG para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos de órgão ou entidade aos padrões de qualidade (art. 1º).

Na mencionada resolução, firmou-se, à semelhança da regulamentação no TCE-MG, que a assinatura do TAG impõe a suspensão da aplicação de penalidades ou sanções, ou outras medidas impostas pelo TCE (art. 4º). Ademais, estabelece a vedação à assinatura do TAG nos casos em que configurado o desvio de recursos públicos e de processos com decisão definitiva irrecurável.

4.7 TAG: Restrições ao Uso e Sanção pelo Descumprimento do Acordo

Dois aspectos do TAG são relevantes para este momento da discussão. O primeiro deles é o âmbito de aplicação do instrumento, isto é, em quais situações o TAG pode ser utilizado. O segundo diz respeito aos efeitos decorrentes da adoção do mecanismo, com aplicação de sanção no caso de seu descumprimento.

Quanto ao primeiro aspecto, no TCE-PE, conforme mencionado anteriormente, o TAG pode ser utilizado se, em juízo de conveniência e oportunidade pelas partes envolvidas, se concluir que ficaram atendidos os interesses protegidos por lei.



O mecanismo tem, portanto, amplo espaço de aplicação, pois, com a concordância das partes envolvidas, o marco limitador é o atendimento aos interesses protegidos por lei.

De outro modo, no TCE-MG e no TCE-GO, o TAG não pode ser empregado de forma tão abrangente. As restrições ao instrumento, previstos na Resolução 01/2012, naquele, e na Resolução 006/2012, neste, são para os casos que significariam limitação à competência do gestor, ocorrência de desvio de recursos públicos, e na incidência de decisão definitiva irrecorrível do Tribunal.

Sobre a superveniência de eventual sanção pela adoção do TAG - o outro aspecto a ser discutido -, o TCE-PE prevê expressamente, como cláusula do ajuste, a fixação de valor de multa, no caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas.

É o que ocorre também no TCE-MG e no TCE-GO. A assinatura do TAG suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções e a sua rescisão unilateral resultará na aplicação de multa (art. 18, inciso II, Resolução nº 1/2012, e art. 2º, inciso IV da Resolução 006/2012, respectivamente).

4.8 Termo de Ajustamento de Conduta Administrativa - TAC no TCU

Em 2011, no TC-021032/2003-0, o TCU, ao aprovar a revisão do seu Regimento Interno, analisou a possibilidade de regulamentar a adoção de TAC/TAG entre os seus instrumentos de controle.

Valmir Campelo, à época Ministro do TCU, apresentou o Destaque nº 3, em que propunha a supressão do art. 300 do substitutivo ao projeto de Regimento Interno, o qual firmava a possibilidade de o TCU celebrar TAC.

O relator do processo de revisão do regimento, Ministro Augusto Nardes, entendeu que a criação do instrumento poderia contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do Tribunal, com ganho de eficiência, desde que o TAC fosse celebrado pelo relator do caso concreto antes da deliberação do colegiado do TCU. Nesse sentido, propôs ajustes na redação do texto substitutivo.

O Ministro Ubiratan Aguiar (2011, TC-021032/2003-0), ao se pronunciar sobre o substitutivo, posicionou-se contrário à adoção do instrumento no âmbito do



TCU, por considerar que não há amparo jurídico para a medida, e que constituiria uma etapa processual desnecessária. Ademais, destaca que os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público não autorizam o Tribunal transigir com o responsável eventuais prejuízos causados ao erário, nem permitiria dispensar a aplicação de determinada sanção.

A manifestação do relator foi no sentido de manutenção da previsão - no regimento - do TAC, fazendo-se a regulamentação posterior por meio de resolução.

Ato contínuo, foi acatada a sugestão do Presidente do TCU no sentido da retirada de pauta da matéria - voltaria à pauta futuramente em sessão específica -, sinalizando com a possibilidade de inclusão do instrumento no Regimento Interno quando envolver apreciação de processos de auditoria de natureza operacional que tenham gerado recomendações a jurisdicionado. A questão não voltou a ser debatida até o momento.

4.9 Metodologia

Com o objetivo de verificar o emprego do TAG como instrumento de controle consensual, solicitaram-se a três Tribunais de Contas Estaduais - PE, MG e GO –, escolhidos aleatoriamente dentre aqueles que já fazem uso do mecanismo, informações sobre a celebração dos ajustes.

O TCE-PE informou que havia celebrado 45 (quarenta e cinco) TAGs até 11 de julho de 2014. Foram disponibilizados para a pesquisa, no entanto, apenas 19 (dezenove) que estavam em meio magnético.

O TCE-MG mencionou, na sua resposta, dois instrumentos, sendo que um não foi firmado, e o TCE-GO esclarece que assinou 4 (quatro) TAGs.

4.10 Descrição dos TAGS Firmados pelo TCE-PE

Como se verifica do anteriormente relatado, o TCE-PE, entre os tribunais pesquisados, é campeão na realização de TAGs. Apresentam-se, no quadro a seguir, as principais características dos instrumentos firmados, enquadrando-os em temática principal, ao mesmo tempo em que se descrevem as orientações



acordadas com as partes envolvidas, de um lado, o Tribunal de Contas e, de outro, a entidade ou órgão alcançado pela fiscalização:

Quadro 1 – TAGs firmados pelo TCE-PE até 11/7/2014:

Quant. de TAGs	Temática	Acordo
13	Merenda escolar	Adoção de procedimentos pertinentes a planejamento, controle, fiscalização, responsabilidade, aquisição, armazenamento e distribuição de merenda escolar.
2	Saúde	Adoção de procedimentos relativos a controle, responsabilidade, armazenagem, expedição, correção de estrutura física inerente a medicamentos.
1	Transporte escolar	Avaliação de contratação de serviços de transporte escolar.
1	Observância de normas contábeis	Adoção de normas internacionais de contabilidade, resoluções do CFC e do GTCON estaduais.
1	Limpeza urbana	Rescisão de contrato e realização de nova licitação.
1	Pessoal	Estudo sobre falta de pessoal, terceirização e realização de certame.

Anota-se, ademais, que, dos 19 (dezenove) TAGs, 18 (dezoito) foram firmados com prefeituras. Apenas 1 (um) teve como parte um órgão estadual, a Agência de Desenvolvimento Econômico de Pernambuco.

Observa-se, a partir de informações disponíveis no sítio do Tribunal, que as partes, em 6 (seis) dos TAGs referidos, cumpriram integralmente 1 (um) dos ajustes



e 4 (quatro) apenas parcialmente, e descumpriram 2 (dois). Quanto aos demais – 13 (treze) –, não há notícia disponível sobre os resultados alcançados.

4.11 Descrição dos TAGS Firmados pelo TCE-MG

O TCE-MG informou a existência de 2 (dois) processos em que se discutiram a celebração de TAGs.

O primeiro (862943) resultou na assinatura de acordo com o Governo do Estado de Minas Gerais, com vista a adoção de medidas necessárias à adequação gradual da aplicação dos recursos nas ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino (observância de índices mínimos de aplicação). Ainda não há manifestação do Tribunal sobre o cumprimento do ajuste.

O segundo processo (876297) não culminou com a assinatura de TAG com a Prefeitura Municipal de Ilícínia - MG, pois o Tribunal considerou que a irregularidade perpetrada – abertura de créditos suplementares e especiais em valor superior ao excesso de arrecadação verificado – não poderia ser regularizada com atos e procedimentos posteriores, um dos requisitos para a assinatura do ajuste, ao lado da ausência de indícios de desvio de recursos públicos e de decisão definitiva irrecorrível.

4.12 Descrição dos TAGS Firmados pelo TCE-GO

O TCE-GO informou a celebração de 3 (três) TAGs, cujas informações principais são sintetizadas a seguir:

Quadro 2: TAGs firmados pelo TCE-GO até 11/7/2014:

Quant. de TAGs	Temática	Acordo
2	Obras na área de educação	Aplicação dos recursos dos Convênios 1/2008 e 35/2008, a fim de cumprir o definido no Parecer Prévio de Contas do Governador/2011.



1	Obras em diversas áreas	Definição de cronograma de execução de obras civis (diversos convênios e termos de cooperação).
1	Financeira	Definição de cronograma de execução do saldo orçamentário, em decorrência da não execução integral do orçamento dos exercícios de 2011 e 2012.

Os TAGs firmados pelo TCE-GO, 3 (três) deles, tiveram como parte a Agência Goiana de Transportes e Obras – AGETOP. Outros órgãos do Governo atuaram como intervenientes, é o caso da Secretaria de Saúde. Além disso, a Universidade Estadual de Goiás figurou como parte no outro TAG.

Ademais, não há informação disponível sobre os resultados alcançados.

4.13 Conteúdo dos TAGS

Os TAGs firmados, conforme se observa, alcançaram assuntos dos mais diversos, desde pessoal, merenda escolar, cumprimento de normas contábeis, até obras, como não poderia deixar de ser em função da abrangência da atuação dos Tribunais de Contas. Além disso, tiveram como partes municípios, estados, órgãos e entidades a esses entes vinculados.

Os TAGs assinados pelo TCE-PE estiveram majoritariamente concentrados na busca de soluções, correção de procedimentos, com vista ao alcance – supõe-se – de uma eficiente política de merenda escolar nos municípios do Estado, envolvendo adequação de ações em toda cadeia, desde a contratação de fornecedores, passando pelo armazenamento, distribuição, responsabilização, até o fornecimento aos alunos beneficiários.

As irregularidades constatadas na política, em vez de ensejar a adoção de penalidades aos gestores, resultaram na adoção dos TAGs, nos quais se estabeleceram metas e cronograma para ajuste de ações dos gestores públicos.

Da mesma forma, atuou o TCE-PE que, ao detectar irregularidades nas áreas de saúde, transporte escolar, limpeza urbana e pessoal, firmou ajuste para



correção de estruturas físicas com vista ao adequado armazenamento de medicamentos, avaliação de contratação de serviços de transporte escolar, rescisão contratual e realização de novo certame e estudo sobre a falta de servidores.

No TCE-GO, os TAGs tiveram foco no cumprimento de objetivos estabelecidos em convênios e termos de cooperação firmados, bem como no estabelecimento de cronograma de execução de obras previstas no orçamento, que não foram totalmente executadas nos exercícios orçamentários para os quais havia previsão.

Em vez de simplesmente penalizar a atuação do gestor público pela não execução de convênio e termos de cooperação nos termos estipulados, ou pela falta de execução orçamentária oportuna, o Tribunal assinou TAGs, o que, nesse sentido, abriu oportunidade para a correção de rumos, readequando as ações para alcançar os fins pactuados.

4.14 TAG Firmado entre o TCE-MG e o Governo do Estado: Caso Paradigma Para Avaliação

No TCE-MG, de acordo com informações obtidas, apenas um TAG foi firmado até então, e com o Governo estadual. Por meio do instrumento, fixou-se um período para a adequação gradual da aplicação dos recursos nas ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino, visando o cumprimento dos índices mínimos previstos na Constituição Federal, isto é, 12% para a primeira despesa (art. 198) e 25%, para a segunda (art. 212).

As metas de aplicação nas rubricas previstas no TAG eram as seguintes:

Quadro 3 – Metas de gastos firmadas no TAG:

Setor/Ano	2012	2013	2014
Saúde Pública	9,68%	10,84%	12,00%
Educação	22,82%	23,91%	25,00%

A medida foi adotada como resposta à proposta do Governador do Estado, que buscava mais prazo para adequação aos parâmetros de aplicação de recursos



fixados na Lei Complementar 141/2012, que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, ao dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

A adoção do TAG, de acordo com o relatório do Conselheiro Mauri Torres (processo 862943), justificou-se pela ausência de prazo legal para conformação às novas regras de gastos com saúde fixadas pela mencionada lei e da falta de razoabilidade de se exigir de imediato o cumprimento do mínimo constitucional, haja vista, inclusive, que é corriqueira a concessão de um prazo de transição, o que não teria ocorrido dessa vez.

O TAG, nesse contexto, ajustou as expectativas quanto ao cumprimento da lei e deu ao gestor segurança no encaminhamento da política para os setores de saúde e ensino, ao se definirem com a Corte de Contas os percentuais de gastos aceitáveis para a rubrica.

Contudo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com ação civil pública visando anular o referido TAG, uma vez que o instrumento estaria legitimando o descumprimento dos percentuais a serem aplicados na saúde e no ensino, isto é, o Órgão pretendia o imediato cumprimento dos percentuais.

O juízo de primeira instância concedeu a liminar para suspender a aplicação do TAG (1295901-65.2012.8.13.0024), mas a medida foi cassada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1142761-83.2012.8.13.0000). Ainda não há uma decisão final sobre o tema.

Em outro processo judicial (1250849-46.2012.8.13.0024), o referido TAG foi questionado em ação popular, mas o juízo de primeiro grau extinguiu a lide sem julgamento de mérito, sentença cassada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em sede de reexame necessário. O processo encontra-se na primeira instância.

A questão premente, no caso concreto, é se o TCE-MG pode firmar TAG com o Governo de Minas Gerais visando excepcionar a aplicação da norma, de modo a estabelecer um gradual avanço nos percentuais de recursos destinados à saúde e à educação até que se alcance o mínimo definido na Constituição.

O Ministério Público de Minas Gerais entende que não. De acordo com o Órgão, a legislação brasileira é clara na definição dos percentuais a serem aplicados



em saúde (12%) e educação (25%) pelos Estados e o Distrito Federal (DF), tendo como base de cálculo a arrecadação de impostos. Não há, portanto, espaço de discricionariedade para avaliações acerca de conveniência e oportunidade pelo Executivo, tratando-se de ato vinculado.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho circunscreveu-se ao estudo da utilização dos TAGs pelos Tribunais de Contas no contexto da Administração Pública consensual, bem como saber se o mecanismo tem alcançado, na prática, o objetivo para o qual foi idealizado.

TAGs são acordos que permitem ao órgão controlado substituir uma sanção decorrente do descumprimento de princípios, normas constitucionais e legais, bem como do não alcance das políticas pactuadas, pelo compromisso de cumprir as metas estabelecidas no ajuste, sob pena de aplicação de sanção.

Esse acordo pode ser utilizado de forma abrangente, como definido para o TCE-PE, no qual o foco é o atendimento dos interesses protegidos por lei; ou mais restritiva – TCE-MG e TCE-GO -, nos quais o ajuste não deve significar limitação à competência do gestor, nem pode ser assinado na ocorrência de desvio de recursos públicos, bem como se há decisão definitiva irrecurável do Tribunal.

Em tópicos anteriores, apresentou-se quadro em que se observou, a partir de casos concretos, o emprego dos TAGs como instrumento de atuação do controle.

Os ajustes tiveram por objetivo correção de políticas e procedimentos relativos ao fornecimento de merenda escolar, nas áreas de saúde, transporte escolar, limpeza urbana e pessoal. O foco alcançou ainda o cumprimento de objetivos estabelecidos em convênios e termos de cooperação, bem como o estabelecimento de cronograma de obras previstas em orçamento, que não foram executadas no respectivo exercício.

Destaca-se, entre os ajustes, o TAG assinado pelo TCE-MG e o Governo de Minas Gerais, o qual permitiu a gradual elevação, ao mínimo constitucional, dos gastos na rubrica saúde e educação, correspondentes a 12% e 25% da arrecadação



de impostos, percentuais que deveriam ser alcançados até 2014. O mencionado termo ganhou repercussão nacional na campanha presidencial de 2014, ao ser acusado – o candidato de oposição - de não investir o mínimo legal nas referidas áreas.

Por entender que a aplicação dos percentuais tem caráter vinculado - e deveria ocorrer de forma imediata e não gradual -, isto é, não está sujeita à discricionariedade do Executivo, o Ministério Público de Minas Gerais propôs ação civil pública, visando anular o referido TAG. O caso não teve o seu mérito julgado até o momento e a liminar concedida em primeira instância foi revista pelo Tribunal de Justiça. O acordo, portanto, continua vigente.

Anote-se ademais que figuraram majoritariamente, como partes nesses acordos, entes municipais. Além disso, é necessário pontuar que os TCEs estudados assinaram poucos TAGs desde a institucionalização do instrumento, em 2011, no TCE-MG, e, em 2012, no TCE-PE e TCE-GO. Contudo, aquele órgão (o primeiro), por exemplo, só firmou 1 (um) até o momento, e este, 4 (quatro).

Nesse contexto, verificou-se que os TAGs assinados – o que denuncia o emprego da sistemática consensual e pode ser considerado postura inovadora - oportunizaram aos responsáveis a adequação de suas ações na implementação da política pública, da lei ou na gestão. Os ajustes permitiram afastar, a priori, a adoção de penalidade contra o gestor, em prol do cumprimento de metas estabelecidas.

Deve-se mirar o TAG ainda sob outro foco. As normas que o incluem como instrumento de controle no TCE-PE preveem que ele será proposto pelo relator do processo em que se apuram as irregularidades, autoridade que o celebrará, e, em ato sucessivo, cabe ao Colegiado a homologação. Nos TCE-MG e TCE-GO, o Presidente do Tribunal e responsáveis dispõem também de iniciativa de proposição.

Restringindo o foco ao TCE-PE, observa-se que a iniciativa é do relator, que o propõe e o celebra, submetida a referendo do Colegiado do Tribunal. A interpretação, à primeira vista, é no sentido de um papel não decisório do relator do ajuste, apesar do valor das expressões contidas nos dispositivos normativos, quais sejam: iniciativa, proposição e celebração. Essa celebração, salvo melhor juízo, não tem caráter conclusivo, haja vista a superveniência da homologação, como etapa necessária, momento a partir do qual as partes estarão obrigadas.



Essa discussão é relevante, porque o ato de celebrar os TAGs, ao menos a priori, antes da homologação, se contivesse caráter terminativo, poderia configurar a transferência de competência do Colegiado para o relator. Deve-se anotar que as decisões dos Tribunais de Contas são, em regra, colegiadas, à exceção de provimentos liminares e antecipatórios, sujeitos a posterior confirmação ou rejeição pelo Colegiado.

A celebração de TAGs diretamente pelo relator do processo, à revelia do Colegiado, representa, sem dúvida, o exercício indevido de competência, uma vez que cabe ao Tribunal – por meio dos órgãos deliberativos -, e não ao relator, dizer o direito, bem como aplicar as penalidades cabíveis. Por outro lado, com a submissão da matéria na forma de TAG ao Colegiado, como etapa necessária, se o desfecho do ajuste não alcançar termo em prazo razoável, a iniciativa não surtirá o efeito esperado, pois será apenas mais uma etapa processual, com suas especificidades, mas sem a eficiência norteadora do instrumento.

Em outro sentido, reconhecem-se vantagens na adoção de TAGs, especialmente no que concerne à possibilidade de negociação direta da forma de implementação das políticas públicas e consequente respeito a regras e princípios legais e constitucionais; também não se deve fechar os olhos para a economia promovida com a solução acordada, mais célere, ao menos em tese, suprimindo ainda o trâmite de outros processos onde a conduta irregular é apurada, sem contar eventuais recursos administrativos e demandas judiciais decorrentes, tanto promovidas pelo gestor quanto pelo ente estatal, ao buscarem a desconstituição ou a execução da condenação.

Por outro lado, a assinatura de TAGs pelo gestor pode ser utilizada como forma de, ao menos momentaneamente, afastar a condenação do Tribunal. Na verdade, a parte propor-se-ia a assinar o TAG, mesmo consciente de que não o cumpriria, havendo culpa ou não dele nas irregularidades. Com isso, alcançaria, no mínimo, o feito de atrasar a deliberação final do Tribunal de Contas sobre o caso concreto. Ressalte-se, nesse sentido, que, entre os TAGs firmados pelo TCE-PE com os gestores responsáveis, 4 (quatro) foram cumpridos parcialmente e apenas 2 (dois), descumpridos.

Destaca-se ademais a importância do efeito pedagógico da aplicação de sanções para os gestores que cometem irregularidades. É ilustrativo o fato de



nenhum motorista, em sã consciência, passar por barreira eletrônica a 80 km/h se o limite máximo nela estabelecido é de 50 km/h, pois sabe que terá de arcar com uma multa.

É medida louvável a assinatura de acordos que visam adequar procedimentos, a gestão, orientando-se pela eficiência e com o objetivo dirigido principalmente no alcance da finalidade pública. Por outro lado, não se pode fazer letra morta a possibilidade de os Tribunais de Contas aplicarem sanções aos gestores que cometerem irregularidades, haja vista a expressa previsão legal e constitucional.

Nesse sentido, não se pode admitir que a assinatura de TAG seja um mero mecanismo substituto de penalidade, pois sinalizaria como incentivo à ocorrência de certas irregularidades. O gestor poderia sentir-se encorajado na adoção de condutas impróprias, contando com um ajuste que o livraria posteriormente de sanção.

Por último, observa-se que a assinatura de TAGs pelos Tribunais de Contas pode flexibilizar, em diferentes graus e até de forma abusiva, o cumprimento da lei, de procedimentos, do alcance da política pública. O aspecto mais sensível é admitir que esses acordos possam postergar a implementação de uma ação política pública, que está estritamente definida, por exemplo, na Constituição, ou em outra norma, acerca da qual o gestor não pode atuar de forma discricionária.

Os TAGs, sem dúvida, podem, sob o esteio de instrumento de controle, vir a ser mecanismo de regularização de condutas não condizentes com a aprovação do legislador. Esse seria o lado reprovável da adoção do instrumento pelos Tribunais de Contas. São necessários proporcionalidade e razoabilidade na adoção do mecanismo.

Apesar de entender como um avanço, e que contribui com uma gestão pública mais eficiente, ainda é cedo para cravar um prognóstico acerca de sua importância como instrumento de controle consensual. Ademais, é preciso saber como o Judiciário vai compreender o mecanismo, especialmente quanto aos atos que poderiam ser considerados de atuação vinculada da Administração.



6 REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal. 2005.

BRASIL, **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º, art. 198 da Constituição Federal (...). Brasília, 2012. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Pernambuco, **Lei nº 12.600, de 14 de junho de 2004**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Pernambuco. Recife, 2004. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Pernambuco, **Resolução nº 16, de 27 de novembro de 2013**. Dispõe sobre a formalização no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco do Termo de Ajuste de Gestão e correspondente processo. Recife, 2013. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Minas Gerais, **Lei Complementar nº 120, de 15 de dezembro de 2008**, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Goiás, **Constituição Estadual (1989)**. Goiânia, 1989. Disponível em www.gabinetecivil.goias.gov.br. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Goiás, **Lei nº 16.168, de 11 de dezembro de 2007**, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Goiás. Goiânia, 2007. Disponível em: <www.tce.go.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Goiás, **Resolução Normativa nº 006, publicada em 19 de julho de 2012**, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Goiânia, 2012. Disponível em: <www.tce.go.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL, Minas Gerais, **Resolução nº 1, publicada em 15 de fevereiro de 2012**, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2014.

ARAÚJO, Cláudio Costa et al. Termo de Ajuste de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista TCEMG**. jul./ago./set.2012.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais pelos Tribunais de Contas**: Direito/dever fundamental à boa



administração pública (e derivações) e direitos fundamentais à saúde e à educação. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 11, n. 58, nov./dez. 2009.

FERRAZ, Luciano. Controle consensual da administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – a experiência do município de Belo Horizonte. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. 2008. ed. mar./2008.

FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, Ano 8, nº 31, out/dez. 2010.

FERRAZ, Luciano. **Os novos rumos para o controle da Administração Pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa**. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública Consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 9, vol. 35, out-dez/2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A administração pública consensual. **Mutações do direito administrativo**, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parecerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual. **Boletim de Licitações e Contratos**, nº 1. jan./2008.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de et al. Administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 8, n. 32, abr./jun. 2008.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. Controle Externo da Administração Pública a partir dos princípios constitucionais: metodologia na decisão de casos concretos. Jul/2005.

SCLIAR, Wremyr. Controle Externo Brasileiro: Poder Legislativo e Tribunal de Contas. **Boletim de Direito Administrativo**, dez./2009.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle Externo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



PELA REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL¹

FOR A RESTRUCTURING OF THE CONCENTRATED
JUDICIAL REVIEW SYSTEM IN BRAZIL

Antonio Claudio Kozikoski Junior²

Resumo

O presente artigo busca apontar algumas inconsistências legais e/ou jurisprudenciais em torno das principais ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade (Genérica), Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tudo para fins de, ao final, sugerir a imediata necessidade de reestruturação do sistema. A intenção não é, de forma alguma, desprestigiar o controle concentrado de constitucionalidade no país, e sim apresentar ditas inconsistências identificadas a partir da leitura das leis de regências das ações – Lei 9.868/1999 e Lei 9.882/1999 – e de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sempre buscando o seu aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Controle concentrado; Constitucionalidade; Necessidade; Reestruturação.

Abstract

This article seeks to identify some legal and/or jurisprudential inconsistencies around the main actions of constitutionality of concentrated control in Brazil, namely, Direct Action of Unconstitutionality (Generic) Declaratory Action of Constitutionality, Accusation of Breach of Fundamental Precept and Direct Action Unconstitutional Default, all for the purpose of, in the end, suggest the immediate need for restructuring of the system. The intention is not, in any way, discredit the constitutionality of concentrated control in the country, but said present inconsistencies identified from reading the regencies laws of shares - Law

¹ Artigo submetido em 21/01/2015, pareceres de aprovação em 28/01/2015 e 01/02/2015, aprovação comunicada em 04/02/2015.

² Doutorando em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela PUC/PR; Pós-Graduado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor de Direito Constitucional e de Direitos Humanos e Coordenador Adjunto do Curso de Direito da PUC/PR; Professor em Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da PUC/PR e da Escola da Magistratura Federal do Paraná, bem como de Preparatórios para Concursos Públicos; Advogado em Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: <kozikoski@gmail.com>.



9.868/1999 and Law 9.882/1999 – and some judgments by the Supreme Court, always seeking improvement.

Keywords: Control Concentrate; Constitutionality; Need; Restructuring.

1 INTRODUÇÃO

De um modo geral, a doutrina constitucional brasileira afirma que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade tem preponderado sobre o modelo difuso desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal afirmação decorre da ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da criação e posterior regulamentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da atribuição de efeitos vinculantes para algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outros. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, afirma ser inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade no Brasil, especialmente do modelo concentrado de controle³. Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sustentam que, apesar de o texto promulgado em 1988 ter mantido a força do controle difuso, ampliou de maneira significativa o campo do sistema concentrado de constitucionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 841). De maneira ainda mais incisiva, Uadi Lammêgo Bulos reconhece dita preferência afirmando que:

³ Nesse sentido, afirma o autor que com “(...) a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, dotado de ampla legitimação e, particularmente, com a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema. Assim, se se cogitava, já no sistema da Constituição de 1967/69, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto ou abstrato continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle de abstrato de normas” (MENDES, 2012, p. 1.221).



(...) ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, a competência da jurisdição constitucional ordinária foi, de certa forma, atenuada, mas não extinta. Resultado: a inconstitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser examinada, na maioria das situações de relevo, pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado). Já os juízes – titulares da jurisdição constitucional ordinária – ficaram, praticamente, limitados, tendo em vista que a Carta de 1988 esvaziou o controle difuso de constitucionalidade. (BULOS, 2009, p. 127)

Se a mencionada preponderância é verdadeira, então é chegada a hora de assumi-la a partir de uma reestruturação do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, uma vez que Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão convivem com inconsistências graves que não condizem com a posição (supostamente) adquirida. Exemplificando tais inconsistências, vale a pena lembrar a: **(i)** ambivalências entre as Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, que implica nos mesmos resultados – declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade –, bastando, para tanto, a procedência ou improcedência de seus pedidos, fato este que torna absolutamente desnecessária a existência de duas ações (com procedimentos diferentes, inclusive); **(ii)** a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo de Ação Declaratória de Constitucionalidade sem a prévia manifestação do Advogado-Geral da União, contrariando, com isso, o artigo 103, parágrafo 3º, da Constituição Federal (dispositivo, inclusive, cujo alcance foi restringido após posição jurisprudencial encampada pelo Supremo Tribunal Federal, anos após a edição da Lei 9.868/1999); **(iii)** a limitação do direito de ação dos legitimados mencionados no artigo 103 da Constituição, em razão da demonstração da pertinência temática, instituto que, em verdade, busca obstar o número de demandas distribuídas no STF em nome de um mal arrevesado fortalecimento dos legitimados; **(iv)** a persistente manutenção do artigo 13 da Lei 9.868/1999 – que continua estabelecendo a legitimação ativa para a Ação Declaratória de Constitucionalidade apenas para o Presidente da República, para a Mesa do Senado Federal, para a Mesa da Câmara dos Deputados e para o Procurador-Geral da República –, mesmo tendo o artigo 103 da Constituição Federal ampliado tal rol há mais de 10 de anos; **(v)** a possibilidade de o *amicus curiae* manifestar-se na Ação Declaratória de



Constitucionalidade, mesmo inexistindo qualquer previsão legal nesse sentido (lembrando que, originariamente, a previsão constava na Lei 9.868/1999, mas foi vetada pelo então Presidente da República); **(vi)** a perspectiva similar de manifestação do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, novamente sem qualquer autorização legal para tanto; **(vii)** a aplicação do rito abreviado da Ação Direta de Inconstitucionalidade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mesmo sem expressa disposição da Lei 9.882/1999 acerca de tal possibilidade, e; **(viii)** a fungibilidade entre as ações do controle concentrado, cada vez mais presente na jurisprudência da Suprema Corte. A fim de bem identificar tais pontos, é necessário analisar – ainda que em rápidas palavras – o rito de cada uma das ações mencionadas.

2 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade presta-se a anular a lei ou o ato normativo federal ou estadual. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que tais leis ou atos normativos devem ser vigentes, posteriores ao parâmetro – aqui compreendido como qualquer norma constitucional, excetuado o preâmbulo – que se quer proteger e primários, ou seja, devem tais atos decorrer diretamente da Constituição Federal.

Enquanto categoria integrante do modelo concentrado de controle, a Ação Direta de Inconstitucionalidade possui um rito objetivo definido na Lei 9.868/1999. De acordo com tais disposições legais, o desencadeamento dar-se-á por um dos legitimados previstos no artigo 2º – que nada mais faz do que reproduzir o artigo 103 da Constituição Federal –, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, observando-se, em todos os casos, a necessidade (ou



não) de comprovação da pertinência temática, condição esta que separou-os em legitimados universais e especiais⁴.

Dita petição inicial deve conter a indicação exata do dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido com suas especificações, tudo conforme impõe o artigo 3º da Lei 9.868/1999. Vale a pena lembrar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal está absolutamente vinculado ao pedido, de modo que não poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo diverso daquele indicado na petição inicial, salvo tratar-se de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou reflexa⁵. No entanto, ainda que adstrito ao pedido formulado, não

⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou, desde muito, a separação dos legitimados mencionados no artigo 103 da Constituição Federal em legitimados *universais* e legitimados *especiais*. Aqueles podem ajuizar qualquer Ação Direta de Inconstitucionalidade, desde que o objeto seja possível; estes somente podem ajuizá-la quando consigam demonstrar a chamada pertinência temática. Com efeito, o “requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade” (ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-1994, Plenário, DJ de 17-11-2006).

⁵ Nesse ponto, caso algum legitimado ajuíze, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de lei regulada por um decreto do Poder Executivo feito com base no artigo 84, inciso IV, da Constituição, sem mencionar a existência deste, a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei acarretará a igual anulação do Decreto em razão da impossibilidade de subsistência autônoma deste. O Supremo Tribunal Federal já aplicou a técnica da inconstitucionalidade por *arrastamento* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.144-8/RN quando, ao apreciar o a compatibilidade do artigo 2º e 3º da Lei Estadual n. 10.238/1994, entendeu que não haveria como manter a lei em sua integralidade caso fossem declarados inconstitucionais ditos artigos. A decisão foi assim ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.238/94 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA ESTADUAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, DESTINADO AOS MUNICÍPIOS. CRIAÇÃO DE UM CONSELHO PARA ADMINISTRAR O PROGRAMA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Vício de iniciativa, vez que o projeto de lei foi apresentado por um parlamentar, embora trate de matéria típica de Administração. 2. O texto normativo criou novo órgão na Administração Pública estadual, o Conselho de Administração, composto, entre outros, por dois Secretários de Estado, além de acarretar ônus para o Estado-membro. Afronta ao disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea e da Constituição do Brasil. 3. O texto normativo, ao cercear a iniciativa para a elaboração da lei orçamentária, colide com o disposto no artigo 165, inciso III, da Constituição de 1988. 4. A declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da lei atacada implica seu esvaziamento. A declaração de inconstitucionalidade dos seus demais preceitos dá-se por arrastamento. 5. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.238/94 do Estado do Rio Grande do Sul” (ADI 1.144, rel. min. Eros Grau, julgamento em 16-8-2006, Plenário, DJ de 8-9-2006.).



existe para o Supremo Tribunal Federal vinculação à causa de pedir, de modo que a Corte poderá anular o ato normativo questionado por fundamentos diversos daqueles trazidos junto com a petição inicial, possibilidade esta que lhe desvincula de petições eventualmente mal fundamentadas⁶. Vale recordar ainda que a petição inicial deve ser subscrita por advogado nas hipóteses em que o legitimado ativo não detém a capacidade postulatória⁷.

Inadmitida a petição inicial – em casos de inépcia, ausência de fundamentação ou manifesta improcedência –, faculta-se ao autor impugnar tal decisão por meio de agravo, conforme artigo 4º da Lei 9.868/1999. Em sendo admitida, não cabe pedido de desistência – mesmo porque se cumprido à risca, após regular propositura, o procedimento dispensa a participação do legitimado ativo, de modo que se presume que a sua participação cinge-se a provocar o Supremo Tribunal Federal, não dispondo ele qualquer titularidade subjetiva da pretensão desenhada na inicial⁸ – conforme o artigo subsequente da Lei 9.868/1999.

⁶ A título de exemplo, caso um legitimado impugne lei federal que tenha autorizado penas cruéis para condenados criminalmente em sentença passada em julgado a pretexto de violação à dignidade da pessoa humana, poderá o Supremo, assim entendendo, declarar a inconstitucionalidade da lei em razão de afronta ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “(...) ultimamente, para evitar verdadeiro duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o artigo 12 da Lei n. 9.868/99, partindo-se para o julgamento definitivo da ação. É de frisar que, no processo objetivo, a Corte atua sem vinculação à causa de pedir constante da petição inicial” (RE 505.477, rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 25-5-2007, DJ de 15-6-2007).

⁷ Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, os únicos legitimados que não têm capacidade postulatória são os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, as Confederações Sindicais e as Entidades de Classe de âmbito Nacional, competindo-lhes, portanto, constituir advogados. Os demais, por sua vez, podem ajuizar diretamente a ação, subscrevendo-a, facultando-lhes ainda em caso de omissão, obscuridade e/ou contradição impugnar certas decisões por meio de embargos declaratórios. É o que se depreende do julgamento adiante: “O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado” (ADI 127-MC-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-11-1989, Plenário, DJ de 4-12-1992).

⁸ Com efeito, são frequentes as assertivas de que – no controle concentrado – não há conflito de interesses a ser dirimido: “Nos processos objetivos de controle concentrado em abstrato de atos normativos não há prestação jurisdicional ínsita ao Poder Judiciário e que pressupõe, direta ou indiretamente, conflito de interesses a ser dirimido, mas meios de exercício de forma específica de jurisdição – a jurisdição constitucional – que se traduz em ato político de fiscalização dos Poderes



Havendo pedido cautelar, poderá o Supremo Tribunal Federal deferi-lo por decisão da maioria absoluta de seus membros, na presença de 2/3 (dois terços) dos julgadores, pois assim reza o artigo 10 cumulado com o artigo 22 da Lei 9.868/1999. Tal regra, contudo, não se aplica durante o recesso, ocasião na qual o Relator da ação poderá deferir monocraticamente a tutela de urgência pleiteada, sujeitando a sua decisão à confirmação posterior pelo Plenário do Tribunal⁹. Via de regra, o pedido é deferido após a oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição da lei ou do ato normativo impugnado, o que deve ser feito no prazo de 5 dias. No entanto, em sendo urgente o deferimento, poderá o Relator dispensar tal manifestação, conforme artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.868/1999. Também é facultado ao Relator a oitiva, no prazo de 03 dias, do Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República para se manifestarem, exclusivamente, acerca do pedido cautelar, admitindo-se a sustentação oral dos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela elaboração da lei ou do ato normativo na forma regimental, tudo conforme autorização do artigo 10, parágrafos 1º e 2º da Lei 9.868/1999. No que toca aos seus efeitos, a cautelar contará com eficácia contra todos (*erga omnes*), efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta e com efeito *ex nunc*, isto é, não retroativos, salvo se o Supremo Tribunal Federal queira emprestar-lhe eficácia retroativa (Art. 11, parágrafo 1º, da Lei 9.868/1999). Ainda, a cautelar poderá implicar em efeito repristinatório, tornando aplicável,

(inclusive do Judiciário) quanto à conformidade, ou não, à Constituição, dos atos normativos por ele editados" (PINHEIRO, 2004, p. 335).

⁹ Nesse sentido: "A decisão sobre medida cautelar é da competência do Tribunal Pleno e sua concessão depende do voto da maioria absoluta de seus membros, ouvidos, previamente, os `órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei' (Lei 9.868/99, art. 10). A lei abre uma única exceção à regra: 'Salvo no período de recesso' (Lei 9.868/99, art. 10). Em nenhum momento, salvo o recesso, a lei autoriza a decisão de cautelar pelo relator. Mesmo nos casos de `excepcional urgência', a lei mantém a competência da decisão com o Tribunal. Autoriza que tal decisão possa ser tomada `sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ...' (Lei 9.868/99, art. 10, § 3º). Possibilita, ainda, a lei que o Tribunal afaste a regra geral do efeito *ex nunc* da cautelar e a conceda com `eficácia retroativa' (Lei 9.868/99, art. 11, § 1º). Com esta última regra completa-se o tratamento legal da excepcionalidade. Em momento algum, `salvo no período de recesso', é possível decisão monocrática. (...) É pacífica a orientação do Tribunal no sentido de que não se configura o *periculum in mora*, para os fins de concessão de cautelar, se a lei objeto da impugnação estiver em vigor há muito tempo" (MS 25.024-MC, rel. min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento em 17-8-2004, DJ de 23-8-2004).



portanto, a legislação anterior caso exista¹⁰. Curioso notar, ainda, que em havendo pedido cautelar e tendo em vista a relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá o Relator, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao julgamento definitivo (Art. 12, Lei 9.868/1999). Nesse caso, confere-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade um rito mais abreviado, pois se encurtam os prazos das manifestações dos responsáveis pela aprovação da lei ou do ato normativo questionado, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, se comparados aos prazos do procedimento regular, adiante analisado. Normalmente, tal rito é utilizado quando o pedido cautelar confunde-se com o próprio objeto da decisão final.

Com ou sem o pedido cautelar, contudo, é fato que o órgão ou autoridade responsável pela edição do ato normativo está incumbido de prestar as suas informações no prazo de 30 dias, conforme artigo 6º da Lei 9.868/1999. Não se trata

¹⁰ Para que o efeito repristinatório incida, portanto, é necessário que o Supremo Tribunal Federal esteja analisando a compatibilidade com a Constituição de uma lei que tenha revogado outra. Assim sendo, caso o Supremo Tribunal Federal suspenda a eficácia de uma lei revogadora, a lei revogada – diante da suspensão da eficácia da revogadora – voltará a surtir os seus efeitos normalmente, numa espécie de repristinação. Nesse sentido: "Fiscalização normativa abstrata -- Declaração de inconstitucionalidade em tese e efeito repristinatório. A declaração de inconstitucionalidade in abstracto, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 -- RTJ 194/504-505-- ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, rel. min. Celso de Mello, Informativo/STF n. 224, v.g.). Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual n. 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma abrogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados" (ADI 3.148, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2006, DJ de 28-9-2007).



de defesa do ato impugnado, papel este reservado ao Advogado-Geral da União; mas apenas e tão-somente a exposição dos argumentos daqueles que colocaram no ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo eivado de – ao menos aos olhos do autor – inconstitucionalidade.

Decorrido o prazo das informações, o Advogado-Geral da União deverá se posicionar no prazo de 10 dias, conforme artigo 8º da Lei 9.868/1999. A expressão empregada pela Lei, contudo, não guarda correspondência exata com aquela adotada no artigo 103, § 3º, da Constituição, segundo o qual quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. É dizer, segundo a vontade constitucional, a fim de oportunizar a síntese a ser extraída pelo julgador, ao Advogado-Geral da União competirá trazer aos autos do processo a antítese da pretensão inicial, fazendo a defesa do ato normativo hostilizado. A lei ordinária, contudo, não atendeu a tal mandamento, fato este que relativizou o papel do Advogado-Geral da União. Num primeiro momento, o Tribunal entendia –apegado à literalidade do dispositivo constitucional – que ao Advogado-Geral da União sempre incumbiria efetuar a defesa da lei ou do ato normativo questionado (ADI 72¹¹). Num segundo momento, o Tribunal passou a concluir que a manifestação do Advogado-Geral da União poderia ser dispensada quando já houvesse precedente do próprio Tribunal declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, evitando, com isso, o trabalho inglório de laborar contra um entendimento já consolidado no âmbito daquele responsável pela decisão (ADI 2.101¹²). Num terceiro – e temerário – momento,

¹¹ "Ação Direta de Inconstitucional. Advogado-Geral da União: indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado (AF, art. 103, parágrafo 3. Erigido curador da presunção de constitucionalidade da lei, ao Advogado Geral da União, ou que lhe faça às vezes, não cabe admitir a invalidade da norma impugnada, incumbindo-lhe, sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis" (ADI 72, relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22 de março de 1990).

¹² "DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522, DE 11.10.96. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.112/90. SUSSTITUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E CHEFIA OU DE NATUREZA ESPECIAL. REEDIÇÕES DE MEDIDA PROVISÓRIA FORA DO PRAZO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA DISPOR SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS DAÍ DECORRENTES. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 62, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADOVADO-GERAL DA UNIÃO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO DE QUE EXISTEM



contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo direito de manifestação do Advogado-Geral da União, preservando-o, com isso, contra desgastes junto à União que é, sabe-se bem, representada pela Advocacia-Geral da União por ele chefiada (ADI 3.916¹³). É dizer, no cotidiano das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, não raras vezes coube ao Advogado-Geral da União defender a constitucionalidade de leis ou de atos normativos que, em verdade, não interessavam à União. Tal defesa servia como um prato cheio para os que litigavam contra a União e valiam-se das fundamentações do próprio Advogado-Geral da União para fazer prevalecer as suas teses, criando-lhe, com isso, um sensível embaraço. Contudo, a terceira virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal revela-se um tanto quanto perigosa porque, por mais justificável que possa ser do ponto de vista da Advocacia-Geral da União, não o é do ponto de vista do contraditório, já que a lei ou o ato normativo podem ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal sem a devida defesa. Recorde-se ainda que a exigência de contraditório está alinhada com a presunção de constitucionalidade do ato normativo hostilizado. Ademais, na medida em que se retira do Advogado-Geral a atribuição de defender a lei ou o ato normativo questionado, deixando-o na linha do novo precedente fazer a “defesa da Constituição”, seu papel equipara-se ao do Procurador-Geral da República, este sim responsável pela defesa da ordem jurídica conforme preceituam os artigos 103, § 1º e 127 da Constituição Federal, cumulados com o artigo 8º da Lei 9.868/1999.

PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE. (...) 4. O munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997”.

¹³ “O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem no sentido de suspender o julgamento para determinar ao Advogado-Geral da União que apresente defesa da lei impugnada, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (suscitante) e Joaquim Barbosa. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a ação, os votos dos Senhores Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso, julgando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 13, caput, da Lei Distrital nº 3.669, de 13 de setembro de 2005, e os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, julgando totalmente procedente a ação, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 07.10.2009”.



Ao final, o Supremo Tribunal Federal é chamado para decidir, devendo, para tanto, obedecer a regra do artigo 22 da Lei 9.868/1999 que exige a presença de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos seus Ministros. Em sendo julgado procedente o pedido – e isto somente pode ser feito por voto da maioria absoluta –, a lei ou o ato normativo será declarado inconstitucional com efeito vinculante, *erga omnes* e *extunc* (lembrando que, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social o Supremo Tribunal Federal pode, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos da decisão ou determinar que ela surta efeitos a partir do trânsito em julgado ou outro momento, tudo em conformidade com o artigo 27 da Lei 9.868/1999, previsão esta que permite ao Tribunal, portanto, decidir sem efeito vinculante, com eficácia *inter partes* ou modular os efeitos temporais da decisão). De outro lado, em sendo julgado improcedente o pedido, a lei ou o ato normativo questionado são reputados constitucionais, uma vez que inexiste meio termo entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Nesse caso, os efeitos da decisão também são os mesmos. A possibilidade de numa ação voltada precipuamente a anular a lei ou o ato normativo ser declarada exatamente a sua constitucionalidade foi chamada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina como efeito dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade com a ação declaratória de constitucionalidade.

No mais, vale a pena lembrar a possibilidade de participação do *amicus curiae* no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme previsão do artigo 7º, inciso II, da Lei 9.868/1999, segundo o qual o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Fator de legitimação democrática da decisão do Supremo Tribunal Federal, o amigo da Corte foi contemplado de maneira expressa no controle de concentrado apenas na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a Ação Declaratória



de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Com a vigência da EC n. 03/1993, foram suscitadas diversas críticas a sua legitimidade político-constitucional¹⁴. Tal qual na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a pretensão declaratória volta-se em face de ato normativo vigente, posterior ao parâmetro e primário. Seu procedimento é diferente, apesar de, na prática, haver a possibilidade de a sua decisão coincidir com pronunciamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tal e qual, os legitimados são os mesmos, quais sejam, aqueles previstos no artigo 103 da Constituição Federal, aplicando-se, ao caso, a regra da pertinência. Vale ressaltar, apenas, que o artigo 13 da Lei 9.868/1999 está em descompasso com a atual legitimação ativa conferida pelo artigo constitucional mencionado, uma vez que prevê como legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade apenas e tão somente o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República. Tal descompasso deve-se à evolução da ação declaratória de constitucionalidade na Constituição e na Lei¹⁵.

¹⁴ “As críticas contra a introdução da ação declaratória se resumiam no seguinte: a) há a presunção de constitucionalidade do ato normativo, razão pela qual não haveria necessidade de declarar que algo é constitucional; b) não haveria réu na ação, pois na ação direta de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União seria citado para defender o ato impugnado, enquanto que na ação declaratória não haveria essa citação e o ato ficaria sem defesa, ofendendo o devido processo legal; c) o efeito vinculante constante das decisões de mérito da ação declaratória de constitucionalidade atentaria contra a liberdade do Poder Judiciário, obrigando os juízes de primeiro grau a decidir conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal. Todas as críticas foram rejeitadas pela Corte Suprema, que entendendo que se tratava de um processo objetivo, sem necessidade do cumprimento das garantias próprias do processo subjetivo, decidiu que a Emenda Constitucional seria constitucional. Quanto ao cerceamento da liberdade dos juízes, o argumento era de que haveria mais celeridade e segurança jurídica com tal decisão vinculante” (ARAÚJO, 2005, p. 223).

¹⁵ A título de esclarecimento, vale a pena lembrar que a Ação Declaratória de Constitucionalidade não nasceu originariamente com a Constituição Federal, cuja redação originária contemplava apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, estipulando como legitimados ativos para a sua proposição os que estão inseridos no artigo 103 do texto constitucional. Com a Emenda Constitucional n. 3/1993, contudo, o texto foi alterado para fins de se incluir a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja propositura dar-se-ia apenas pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, conforme redação do extinto artigo 103, § 4º, do texto constitucional. Alguns anos mais tarde ambas as ações foram regulamentadas pela Lei 9.868/1999 que reproduziu as hipóteses de legitimação ativa previstas no artigo 103 para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e no artigo 103, § 4º, para a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Contudo, em 2004 foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45 que, revogando o artigo 103, § 4º, com a padronização da legitimação ativa para ambas as ações. Contudo, as disposições infraconstitucionais não sofreram alterações até os dias atuais, mesmo tendo sido a Lei 9.868/1999 alterada em outros pontos desde então.



Assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a petição inicial na Ação Declaratória de Constitucionalidade deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido e o pedido como suas especificações. Contudo, de maneira diferente daquela, na Ação Declaratória de Constitucionalidade o legitimado ativo deve, no ato da propositura, demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (Art. 14, Lei 9.868/1992). Esta exigência estabelece de modo velado que, em verdade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade não se presta apenas e tão somente para declarar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado, mas sim para superar um contexto de insegurança jurídica causado pela existência de controvérsia judicial a ser dirimida com a declaração de constitucionalidade, a qual assume, em razão dos efeitos vinculantes, observância obrigatória para todas as instâncias do Poder Judiciário e também para a Administração Pública direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal¹⁶. A partir de tal decisão, a presunção de constitucionalidade que até então era relativa passa a ser absoluta, não podendo mais ser contrariada pelas demais instâncias jurisdicionais. No mais, a petição inicial deve ser subscrita por advogado, caso os legitimados não disponham de capacidade postulatória e, em caso de indeferimento liminar da petição inicial em razão de inépcia, não fundamentação e/ou manifesta improcedência, cabe ao legitimado, querendo, agravar, tudo na forma do artigo 14, parágrafo único, e 15, da Lei 9.868/1999. Tal qual na Ação Direta de Inconstitucionalidade, resulta vedada a desistência na Ação Declaratória de Constitucionalidade (Art. 16, Lei 9.868/1999).

Admite-se, também, na Ação Declaratória de Constitucionalidade medida cautelar para determinar que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Tal provimento de urgência será deferido por, no mínimo, maioria absoluta dos membros do Tribunal na presença de, ao menos, 2/3 dos membros do Tribunal, apesar de este último quórum não estar presente na

¹⁶ Segundo Alexandre de Moraes, a “ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional”. (MORAES, 2014, p. 800)



literalidade do art. 21 da Lei 9.868/1999. Vale a pena frisar que, ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não se admite na Ação Declaratória de Constitucionalidade o deferimento da cautelar pelo Relator da ação mediante referendo pelo Plenário, quando em época de recesso, dada a presunção de constitucionalidade (até então relativa) que paira sobre a lei e/ou ato normativo questionado. Ainda, deferida a cautelar o Supremo Tribunal Federal deve proceder ao julgamento de mérito da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de eficácia da mesma, de modo que se instaura um prazo de validade para a cautelar (Art. 21, Lei 9.868/1999). Idêntica previsão não há para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e, na prática, não tem o Supremo Tribunal Federal respeitado dito prazo. Quanto aos seus efeitos, a cautelar é dotada de efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex nunc*¹⁷, tal qual na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Não há necessidade de informações pelo órgão ou autoridade responsável pela lei ou ato normativo questionado ou de manifestação do Advogado-Geral da União, pois aos olhos do legislador, desnecessárias seriam as suas contribuições numa ação voltada a superar uma controvérsia presente e, através de um provimento definitivo, tornar absoluta uma presunção relativa de constitucionalidade. Salvo melhor juízo, foi desconsiderada a hipótese em que o pedido poderia ser

¹⁷ Apesar de não haver previsão expressa na Lei a tal respeito, os efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex nunc* da decisão cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade estão reconhecidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do precedente adiante transcrito: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da CF. Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do STF: RTJ-76/342. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*fumus boni iuris*). Precedente: ADIMC - 1.576. Está igualmente atendido o requisito do *periculum in mora*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10-9-97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido" (ADC 4-MC, rel. min. Sydney Sanches, julgamento em 11-2-1998, DJ de 21-5-1999.).



Julgado improcedente, ocasião na qual o ato seria reputado inconstitucional, sem a prévia manifestação do órgão ou autoridade e, principalmente, sem a prévia defesa feita pelo Advogado-Geral da União. Contudo, a manifestação do Procurador-Geral da República foi mantida, conforme expressa previsão do artigo 19 da Lei 9.868/1999. Interessante notar nesse ponto que, se porventura a ação for ajuizada pelo Procurador-Geral da República sem qualquer pedido de medida cautelar e sem a intervenção de *amici curiae* ou necessidade de esclarecimento de fato, o rito é pautado pela propositura da inicial ao julgamento final, dada a desnecessidade de oitiva do próprio autor da ação após o seu ajuizamento.

Após tal procedimento, o Supremo Tribunal Federal procede ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, mantendo-se a regra dos quóruns para a decisão em si (maioria absoluta, isto é, seis membros) e de número mínimo de presentes na sessão (2/3, ou seja, oito membros), consoante previsão do artigo 22 da Lei 9.868/1999. Julgado procedente o pedido, a controvérsia e a apontada crise de incerteza são afastadas, sendo que a lei ou ato normativo federal são reputados constitucionais em decisão dotada de efeito vinculante, erga omnes e com eficácia *ex tunc*. Julgado improcedente o pedido, a controvérsia também é superada, mas agora por meio de uma decisão de inconstitucionalidade dotada dos mesmos efeitos acima indicados. A coincidência de resultados entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade é, como visto, um desdobramento do caráter dúplice ou ambivalente entre ambas as ações¹⁸.

Finalmente, apesar de não haver previsão legal expressa, o Supremo Tribunal Federal tem admitido no processamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – justamente em razão do caráter dúplice ou ambivalente de ambas as ações –, a participação do *amicus curiae*, conforme fica claro no procedimento da ADC n. 12 que reconheceu, inclusive, mais de um atuando no processo.

¹⁸ Dessa ambivalência, discorda Lênio Luis Streck: “A questão não possui uma dimensão singela como muitos pretendem dar à matéria, uma vez que não é nada pacífica a idéia de que no direito comparado a ação direta de inconstitucionalidade e a não pronúncia de inconstitucionalidade (eis que sequer existe ação declaratória de constitucionalidade) possam constituir duas faces de uma mesma moeda”. (STRECK, 2004, p. 570)



4 PROCEDIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

É consenso que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para “fechar”¹⁹ o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, permitindo ao Supremo Tribunal Federal apreciar, em tese, a compatibilidade de atos do Poder Público (conceito mais amplo, portanto, que o de lei ou ato normativo empregado na construção da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade) com os chamados preceitos fundamentais, aqui compreendidos – sem o necessário rigor científico, eis que não se trata exatamente este o ponto nodal do presente estudo – como os dispositivos mais importantes da Constituição Federal. Ainda, torna-se cabível a arguição quando for “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Logo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nasceu com o propósito de albergar “todos”²⁰ aqueles objetos que não poderiam ser analisados em outra ação

¹⁹ A respeito de tal “fechamento”, Gilmar Ferreira Mendes afirma que apesar da crescente valorização do controle concentrado de constitucionalidade, “subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recurso extraordinário, o que explica a pleora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada ‘guerra de liminares’. Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso⁷⁵. Tal instituto, porém, não vingou. A arguição de descumprimento de preceito fundamental veio prevista na Lei Maior de forma bastante singela: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica ‘esfinge’ do Direito brasileiro” (MENDES, 2012, p. 1.160).

²⁰ As aspas são necessárias em razão de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ter consolidado o entendimento de que alguns atos do Poder Público não podem ser questionados de maneira direta na via concentrada, nem mesmo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. É o caso, por exemplo, do veto presidencial, conforme fica claro no julgamento da ADPF n. 1-QO, assim ementada: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. Cabimento



do controle concentrado. Tal propósito restou consignado no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, naquilo que ficou conhecido como princípio da subsidiariedade que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Em termos procedimentais, sua petição inicial deverá ser apresentada pelos mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art. 2º, Lei 9.882/1999), respeitando-se sempre o requisito da pertinência temática, bem como indicar o preceito fundamental que se considera violado, o ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (Art. 3º, Lei 9.882/1999). Em caso de manifesta improcedência, o relator poderá indeferir liminarmente a petição inicial em decisão que comporta impugnação por meio de agravo (Art. 4º, e § 2º, da Lei 9.882/1999).

Similarmente às ações anteriormente mencionadas, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental também comporta pedido liminar, agora para fins de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de

da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser 'ato do Poder Público' federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da 'separação de poderes', previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não reservam à esfera de independência dos poderes políticos em apreço. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo -- que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, -- no conceito de 'ato do Poder Público', para os fins do art. 1º, da Lei n. 9.882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, -- eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, -- poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado" (ADPF 1-QO, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-2000, DJ de 7-11-2003).



processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (Art. 5º, e § 3º, Lei 9.882/1999). Dita decisão é possível com o aval da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, sendo facultado ao Relator, em caso de urgência ou de perigo de lesão grave, ou ainda em período de recesso, concedê-la monocraticamente *ad referendum* do Plenário (Art. 5º, § 2º, Lei 9.882/1999). Interessante notar que, apesar da Lei 9.882/1999 nada dispor acerca da abreviação do rito quando do deferimento da cautelar cujo objeto se confunda com o mérito, tal qual ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem adotado tal procedimento, com base no art. 12, Lei 9.868/1999. Nesse sentido, a ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, dispensou a análise da liminar formulada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 279 e a levará diretamente ao Plenário, para julgamento de mérito, demanda essa na qual a Procuradoria Geral da República questiona leis municipais de Diadema/SP que tratam da prestação do serviço de assistência jurídica e da Defensoria Pública.

Os órgãos ou autoridades responsáveis pela edição dos atos questionados, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República poderão, no prazo comum de 5 dias, se manifestar nos autos (Art. 5º, § 3º, Lei 9.882/1999). Na sequência, o órgão ou autoridade responsável pela edição do ato questionado é intimado para prestar informações no prazo de 10 dias (Art. 6º, Lei 9.882/1999). Após, ouve-se o Procurador-Geral da República, salvo nos casos em que este tenha sido o proponente da ação (Art. 7º, Lei 9.882/1999)²¹.

Após o desenrolar procedimental acima indicado, na presença de, no mínimo, 2/3 de seus membros, o Supremo Tribunal Federal decidirá para fins de anular o ato do Poder Público ou para fixar as condições ou o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental violado. Em qualquer caso, a decisão contará com efeitos erga omnes e vinculantes (Art. 8º, 10 e § 3º, Lei 9.882/1999). De forma similar às demais ações mencionadas, os efeitos da decisão na Arguição de

²¹ Interessante notar que, apesar de a Lei 9.882/1999 ter falado em Ministério Público como responsável pela manifestação, especificamente quem fala é o Procurador-Geral da República em razão do disposto no artigo 103, parágrafo 1º, da mencionada Lei.



Descumprimento de Preceito Fundamental podem ser modulados mediante os mesmos requisitos, quais sejam, razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e manifestação nesse sentido por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, não é demais mencionar que apesar de a Lei 9.882/1992 nada ter dito a respeito da participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Supremo Tribunal Federal tem admitido expressamente a sua participação também nesta ação²².

5 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi regulamentada pela Lei 12.063/2009, que incluiu na Lei 9.868/1999 os artigos 12-A à 12-H. Referida demanda volta-se a superar a mora na regulamentação de preceitos constitucionais de pretensão eficácia limitada, únicas normas que dependem de uma regulamentação futura para produzirem seus efeitos. Sua tramitação ocorre junto ao Supremo Tribunal Federal, apesar de não haver no texto constitucional um dispositivo sequer tratando do foro. É dizer, há na Constituição apenas um artigo 103, § 2º, afirmando que ante a declaração de “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção

²² Nesse sentido: "(...) a Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não traz dispositivo explícito acerca da figura do *amicus curiae*. No entanto, vem entendendo este Supremo Tribunal Federal cabível a aplicação analógica do art. 7º da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999 (ADPF 33, rel. min. Gilmar Mendes; ADPF 46, rel. min. Marco Aurélio e ADPF 73, rel. min. Eros Grau). E o fato é que esse dispositivo legal, após vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, diz, em seu § 2º, que 'o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades'. Não obstante o § 1º do art. 7º da Lei no 9.868/99 haver sido vetado, a regra e, segundo entendimento deste Supremo Tribunal Federal, a de se admitir a intervenção de terceiros até o prazo das informações. Sucede que a própria jurisprudência desta nossa Corte vem relativizando esse prazo. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, 'especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, e possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo [o das informações]' (ADI 3.614, rel. min. Gilmar Mendes). Nesse sentido foi também a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF 97." (ADPF 183, rel. min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 1º-12-2009, DJE de 7-12-2009).



das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Note-se que apesar de dedutível em razão da topografia do dispositivo, nem mesmo a competência funcional é mencionada de maneira expressa.

Quem ajuíza a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são os mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Art. 12-A, Lei 9.868/1999). Tal qual nas demais ações, devem os legitimados enquadrados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como especiais comprovar a pertinência temática, sem a qual não será conhecida a pretensão formulada. Interessante notar, contudo, que de acordo com o artigo 12-E, parágrafo 1º, da Lei 9.868/1999, é dado aos demais titulares referidos no art. 2º da Lei a possibilidade de manifestação, “por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”. Ainda, a petição inicial deverá indicar a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa (Art. 12-B, Lei 9.868/1999), além do apontamento do pedido e da causa de pedir, documentos e subscrição por advogados, se for o caso (Art. 12-B, parágrafo único, Lei 9.868/1999). Sendo indeferida liminarmente a petição inicial por inépcia, fundamentação deficiente ou manifesta improcedência caberá a parte autora, querendo, opor-se por meio de agravo (Art. 12-C, Lei 9.868/1999). Não se admite a sua desistência e, rompendo com o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal até 2009, atualmente é plenamente possível a concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Dita cautelar é proferida na presença de 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal por decisão fundamentada da maioria absoluta, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional que deverão se manifestar no prazo de 5 dias (Art. 12-F, Lei 9.868/1999). Sendo indispensável, o Relator ouvirá o Procurador-Geral da República no prazo de 3 dias (Art. 12-F, § 2º, Lei 9.868/1999). A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de



procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal, conforme dispõe o artigo 12-F, parágrafo 1º, da Lei 9.868/1999.

No mais, aplicam-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão as disposições concernentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade, no que for cabível (Art. 12-E, Lei 9.868/1999). Assim, tem-se que após a sua distribuição os autos são enviados para o órgão ou autoridade a quem se imputa a omissão para que, no prazo de 30 dias, preste suas informações. A manifestação do Advogado-Geral da União, contudo, não é a regra, pois de acordo com o artigo 12-E, § 2º, o “relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias”. Na sequência, será oportunizada a oitiva do Procurador-Geral da República, no prazo de 15 dias, em conformidade com o artigo 12-E, § 3º, da referida Lei.

Interessante, contudo, é o seu julgamento. Como acima mencionado, em sendo julgado procedente o pedido, ou seja, em sendo declarada a omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Poder Competente para que este adote as providências cabíveis e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo no prazo de 30 dias (ou outro prazo razoável, de acordo com o artigo 12-H, § 1º, da Lei 9.868/1999). Isso quer dizer que se a omissão for imputada ao Congresso Nacional, por exemplo, ao menos em tese, o Supremo Tribunal Federal nada poderá fazer além de comunicá-lo acerca de sua mora, providência esta que frustra a efetividade da ação em homenagem ao dogma clássico da separação de poderes. Quando, contudo, a omissão for imputada a órgão administrativo, então o Supremo Tribunal Federal impõe que uma providência de caráter mandamental, com a indicação da medida concreta a ser adotada nos prazos mencionados acima.

6 DAS INCONSISTÊNCIAS DO SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Após tais considerações, vê-se que existem várias inconsistências no sistema concentrado de controle de constitucionalidade brasileiro. A título de explicitação, vale mencionar, em primeiro lugar, **(i)** a ambivalência entre as Ações Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ora,



atualmente ambas as ações conduzem a um idêntico resultado, o que torna a existência concomitante de ambas absolutamente desnecessária. Recomendável seria apenas uma ação que permitisse ao Supremo Tribunal Federal analisar a compatibilidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual com a Constituição. Ao final de seu julgamento, seria pronunciada tal compatibilidade (constitucionalidade) ou incompatibilidade (inconstitucionalidade) em decisão dotada de efeito vinculante, eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*, mantendo-se, por oportuna, a possibilidade de modulação tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A incoerência na ambivalência agrava-se quando se constata a **(ii)** possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal sem a (necessária) defesa prévia pelo Advogado-Geral da União na hipótese de improcedência de pedido formulado no bojo de Ação Declaratória de Constitucionalidade. Por mais que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha relativizado a sua atuação, reconhecendo-lhe o direito de abster-se quanto já houver manifestação pela inconstitucionalidade emanada do próprio Tribunal, é fato que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade a possibilidade de defesa existe a partir do texto legal. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, tal possibilidade sequer lhe é conferida, o que gera incoerência grave em demandas que, segundo a jurisprudência do próprio Tribunal acolhida irrestritamente pela doutrina, não passam de ações com “sinais trocados”.

Mas as inconsistências vão além. Como foi frisado, **(iii)** nas ações acima mencionadas as Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, as Confederações Sindicais e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional devem demonstrar o requisito (jurisprudencial) da pertinência temática. Ora, é nítido que a imposição volta-se à redução do número de ações concentradas no Tribunal, pois em termos práticos as Mesas dos órgãos legislativos estaduais e distrital e os seus respectivos Governadores representam nada menos que 54 potenciais autores. Some-se eles o número de Confederações Sindicais e de Entidades de Classe de Âmbito Nacional no país e o número aumenta consideravelmente. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal necessitou adotar uma política que buscasse reduzir o



número de processos em tramitação. Tal entendimento jurisprudencial, contudo, afigura-se pernicioso e diferencia de maneira desmedida os legitimados, havendo, portanto, necessidade de um imediato repensar²³.

Não bastasse, **(iv)** atualmente a Lei de regência da Ação Declaratória de Constitucionalidade conta com o já mencionado artigo 13 que, desde muito tempo, encontra-se francamente desatualizado. Se num primeiro momento dita ação somente poderia ser ajuizada pelo Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República, em razão de alterações promovidas diretamente na Constituição, o leque abriu-se consideravelmente, sendo que desde então a pretensão declaratória também pode ser deduzida pelos demais legitimados assinalados no artigo 103 do texto constitucional. Uma simples alteração legislativa poderia ter superado a incoerência, mas até o momento nada foi feito. Vale a pena recordar que a Lei 9.868/1999 foi alterada posteriormente pela Lei 12.063/1999 para fins de incluir o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ora, uma simples adequação do texto vigente teria superado definitivamente tal inconsistência. Contudo, não foi o que aconteceu.

Ainda, como mencionado acima, **(v)** o *amicus curiae* conta com manifestação expressa autorizando a sua participação apenas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, e não na Ação Declaratória de Constitucionalidade, lembrando que a previsão que autorizada a sua participação nesta foi vetada pelo Presidente da República da época. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal estendeu a sua

²³ Nesse sentido, inclusive, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a “jurisprudência do STF, se de um lado, revela o salutar propósito de concretizar as noções de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ e de ‘confederação sindical’, para os efeitos do artigo 103, IX, da CF/88, deixa entrever, de outro, uma concepção assaz restritiva do direito de propositura dessas organizações. Afigura-se excessiva, portanto, a exigência de que haja uma relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical. A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas. (... Tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação – distinção esta que não encontra respaldo na Constituição de 1988”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.228)



participação também para esta ação. É verdade que a sua participação é salutar também na ação que se presta a superar a controvérsia através da declaração de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. Quanto a isso não há dúvidas. Contudo, tal situação agrava as inconsistências apontadas e impõe a necessidade de reestruturação do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil²⁴. Na mesma linha, **(vi)** vale ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido expressamente a participação do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mesmo não havendo qualquer previsão legislativa para tanto. Não estaria – assim como no caso acima – o Supremo Tribunal Federal arvorando-se legislador?

A resposta parece clara e agrava-se diante de outra inconsistência. Como visto, **(vii)** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicação do rito abreviado da Ação Direta de Inconstitucionalidade também à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que se afigura uma verdadeira usurpação pretoriana de competência legislativa que não lhe pertence! Vale a pena lembrar que ambas as ações foram reguladas em leis criadas de maneira conjunta (vide o número das leis, que é absolutamente próximo), fato este que permite concluir que se quisesse o legislador ter estendido para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a possibilidade de aplicação do rito abreviado certamente teria feito! Mas não o fez. E diante de um silêncio tão eloquente, salvo melhor juízo, a adaptação do rito não poderia ser feita.

Finalmente, **(viii)** cada vez mais está presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fungibilidade entre as ações mencionadas. Nesse sentido, no julgamento da ADI 4.180 restou expressamente consignado ser absolutamente lícito “conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela”²⁵. Ainda, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 875, 1.987 e 2.727 foi

²⁴ Apenas à guisa de registro, aponte-se ainda que, ao tempo de estruturação desse texto, encontra-se em tramitação legislativa o novo Código de Processo Civil, que permite a interveniência de *amicus curiae* em diversos tipos de demandas.

²⁵ ADI 4.180-REF-MC, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 10-3-2010, Plenário, DJE de 27-8-2010.



também sugerida a fungibilidade entre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e a Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão²⁶. Desta maneira, quer-se acreditar que não há mais a necessidade de manutenção do ordenamento jurídico de ações que se confundem umas com as outras, quando não produzem os mesmos resultados, à luz da já mencionada ambivalência entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

7 CONCLUSÕES

A partir dos apontamentos realizados, resulta evidenciada a presença de certas incoerências no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Reconhece-se que algumas são bem intencionadas, como a extensão do *amicus curiae* para ações nas quais sua participação ou foi vetada ou não foi considerada. Mas, ainda assim, são incongruências que, ao lado das demais, podem enfraquecer a jurisdição constitucional brasileira. Uma possível e simples – mas ainda assim drástica – mudança poderia superar todas as inconsistências apontadas: a reestruturação do sistema concentrado de constitucionalidade para fins de adotar uma única demanda capaz de apreciar a compatibilidade de leis ou atos normativos

²⁶ "Senhores Ministros, Senhoras Ministras. Estamos diante de um caso deveras interessante. Temos quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 875/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF) imbricadas por uma evidente relação de conexão, fenômeno que determina o seu julgamento conjunto, conforme a jurisprudência desta Corte (ADI-MC n.º 150, rel. min. Moreira Alves, DJ 9.3.1990). Por outro lado, é possível observar a intenção dos requerentes de estabelecer uma nítida distinção de pedidos: uns pela declaração da inconstitucionalidade por omissão e outros pela declaração da inconstitucionalidade (por ação). (...) O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar a patente fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...) A Lei n.º 9.868/99 possui capítulos específicos para a ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e para a ação declaratória de constitucionalidade (Capítulo III). Com a nova Lei n.º 12.063, de 22 de outubro de 2009, a Lei n.º 9.868/99 passa a contar com o capítulo II-A, que estabelece rito procedimental e medidas cautelares específicas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Lei n.º 9.882/99, por seu turno, trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No Supremo Tribunal Federal, atualmente, todas as ações possuem uma classe específica de autuação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Portanto, ante a aparente confusão inicialmente verificada nos diversos pedidos, como demonstrado, e tendo em vista a patente defasagem da jurisprudência até então adotada pelo Tribunal, temos aqui uma valiosa oportunidade para superarmos o antigo entendimento e reconhecermos o caráter fungível entre as ações" (ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-2-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.)



com a Constituição Federal para fins de, ao final, declará-las compatíveis ou não com a Constituição Federal. Dito de outra forma, por que não fundir todas as ações numa única e, desse modo, simplificar o controle de constitucionalidade concentrado para afastar as ditas incoerências? As reflexões adiante não se prestam a dar a resposta para tal pergunta, mas sim deixá-la consignada para que, em sendo o caso, o debate se instaure, lembrando, vez mais, que o propósito do presente artigo não é impugnar gratuitamente o controle concentrado de constitucionalidade. Ao contrário, reconhecendo-se a sua importância, volta-se apenas a repensá-lo para fins de torná-lo ainda mais efetivo.

8 REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. A reforma do poder judiciário [EC n.º 45] e o controle concentrado de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos [et al.] (Coord.) **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PINHEIRO, Claudia Tran Pitta. A lei n.º 9.868/99 e o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: **Processo e constituição**. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO PROCESSO¹

CONTRADICTORY AS AN ESSETIAL
ELEMENT OF PROCESS

Camilin Marcie de Poli²

Resumo

O presente artigo analisa o princípio do contraditório, apontando como se deve dar a sua aplicação na prática processual penal, para a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República. Demonstra que, o contraditório, por ser uma garantia constitucional, não pode ser relativizado ou violado, devendo ser respeitado na sua integralidade. Em um primeiro momento, são tecidas noções introdutórias sobre os princípios do devido processo legal e do contraditório. Na sequência, são delineadas questões referentes a garantia ao contraditório e a ampla defesa. Por fim, é demonstrado que o contraditório é um elemento essencial do processo.

Palavras-chave: Processo penal; Contraditório; Ampla defesa; Devido processo legal.

Abstract

This article analyzes the principle of the contradictory, pointing out how he should give his application in criminal procedural practice, for effective implementation of the rights and guarantees provided for in the Constitution. Demonstrates that, being a constitutional, guarantee cannot be relativized or violated and must be respected in its entirety. At first, introductory material on the principles of due process and contradictory are woven. Following are outlined issues related to ensuring the contradictory and full defense. Finally, it is shown that the contradictory is an essential element of the process.

Keywords: Criminal procedure; Contradictory; Legal defense; Due process of law.

¹ Artigo submetido em 19/01/2015, pareceres de aprovação em 06/11/2014 e 12/01/2015, aprovação comunicada em 13/01/2015.

² Mestranda em Direito do Estado pela UFPR, Graduada em Direito (2010) e Graduada em História (2005), Advogada militante em Curitiba e Região Metropolitana. E-mail: <camilindepoli@hotmail.com>.



1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes de tudo, cabe lembrar que o contraditório é uma garantia decorrente do devido processo legal, e que ambos os princípios³ encontram-se previstos na Constituição da República, no rol de direitos e garantias fundamentais. Como expõe BONATO, “os dispositivos elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente os pertinentes ao direito penal e ao processo penal, enquadram-se na categoria de direitos-garantia, isto é, são garantias que possuem mais que uma função instrumental: podem ser consideradas autêntico direito subjetivo.” (BONATO, 2003, p. 72)

De modo geral, o princípio do devido processo legal teve origem na Inglaterra com a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215. O conceito do princípio surgiu, inicialmente, pela expressão em latim *per legem terrae* que, posteriormente, na tradução para o inglês ganhou o nome de *due process of law*.

Nessa época, os barões ingleses preocupados com as ingerências do rei, impuseram para ele a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, a qual além de limitar o poder do monarca, assegurou direitos mínimos ao povo, impedindo, desta forma, o exercício do poder absoluto. Este documento tornou-se um dos mais importantes da humanidade, pois, dentre outras coisas, fez nascer uma cultura de respeito à cidadania. (COUTINHO, 2001, p. 36)

Séculos depois, em 1789, esse princípio foi introduzido na Constituição Americana, por uma emenda constitucional, com a expressão *due process of law*. Foi definitivamente consagrado em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, o devido processo legal tornou-se um instituto universal, e está previsto em todas as Constituições Democráticas do mundo. (PORTANOVA, 2001, p. 145-146)

No Brasil, o devido processo legal foi expressamente tratado na Constituição da República de 1988, e está disposto no seu artigo 5º, inciso LIV⁴, bem como na

³ Os princípios que visam instituir uma garantia direta e imediata aos cidadãos denominam-se princípios-garantia. A eles atribui-se uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante. (CANOTILHO, 2002, p. 1.131).

⁴ Art. 5º, LIV da CR. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.



sistematização com outros princípios também previstos na Constituição (princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, entre outros). Ainda que não expressamente previsto nas Cartas anteriores, parte da doutrina entende que o referido princípio estava nelas implícito, como reflexo proveniente dos direitos norte-americano e europeu. (BONATO, 2003, p. 18)

Como ensina Portanova, “o devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas.” (PORTANOVA, 2001, p. 145) Logo, para que exista um processo justo deve existir, necessariamente, o devido processo legal.

Destarte, não se pode olvidar que esses preceitos são a garantia mínima de trato digno à pessoa humana, não podendo ser relativizados, ignorados ou violados, uma vez que “influenciam todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico e estas devem ser editadas à luz daqueles, especialmente as normas processuais penais, que são o complemento necessário daqueles preceitos.” (BONATO, 2003, p. 109)

Entretanto, conforme observa Bonato:

Uma análise da amplitude, significado e efetividade do princípio do devido processo legal demonstra a sua inaplicabilidade na prática jurídica cotidiana, sendo necessário uma mudança substancial na estruturação do processo penal brasileiro, para que este possa então estar em consonância com a Constituição da República, de estruturação acusatória. Há que se concluir que a prática desdiz a formulação constitucional e deforma a lógica do sistema, o que impõe a necessidade imediata de mudanças profundas não só nas leis, mas também no pensamento dos operadores do direito, para que possa ser criada e implementada uma visão constitucional do processo, deixando de lado o legalismo e o formalismo que tem imperado nos fóruns e tribunais. (BONATO, 2003, p. 191-192)

Sem embargo, o princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988⁵, o qual dispõe que: “aos litigantes, em

⁵ O contraditório estava previsto nas Constituições Brasileiras anteriores, porém era tratado de maneira distinta da atual Constituição (art. 122, 11 da Constituição de 1937; art. 141, § 25 da Constituição de 1946; art. 150, § 16 da Constituição de 1967; art. 153, § 16 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969).



processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Também está presente no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida por Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê que: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos as obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Como expõe Portanova:

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade. (PORTANOVA, 2001, p. 160-161)

Dessa forma, o juiz antes de decidir (resolver o litígio –no processo civil – ou acertar o caso penal – no processo penal) deve ouvir ambas as partes (*audiatur et altera pars*), oportunizando à elas (autor e réu) igualdade de condições, uma vez que o contraditório “refere-se à oportunidade que é dada à parte de contrariar os atos da parte adversa.” (FERNANDES, 2005, p. 66)

No processo penal, é a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo juiz e refutar a acusação feita pelo autor da ação penal (Ministério Público ou ofendido) (NORONHA, 2002, p. 309). Portanto, o contraditório “é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional.” (COUTINHO, 2001, p. 43)

Traduz-se “na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.” (COUTINHO, 2001, p. 43) Assim, desenvolve-se “diante dos olhos do juiz, o que os técnicos chamam de contraditório e que é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida (...).” (CARNELUTTI, 2008, p. 44)



Não obstante, para a concretização do contraditório é preciso que ele seja pleno e efetivo, e não meramente formal. Conforme ensina Fernandes:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. (FERNANDES, 2005, p. 61)

O princípio do contraditório “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 221), pois o processo penal não será devido e justo senão existir efetivamente igualdade de condições entre as partes (acusação e defesa). Ainda que, para que se tenha um processo penal democrático, não se pode pensar em restringir este princípio, uma vez que ele é uma garantia constitucional. (COUTINHO, 2001, p. 44)

Nesse mesmo sentido, Rangel anota que “o princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões.” (RANGEL, 2014, p. 18) Assim, “sem o contraditório não pode haver devido processo legal.” (MARQUES, 1997, p. 87)

Como observa Leal:

(...) o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvidas pelos órgãos judicantes. (LEAL, 2002, p. 20)

Para tanto, além do contraditório (pleno e efetivo) na fase processual penal, é necessário haver o contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação⁶,

⁶ Conforme já tratado no artigo: “O Contraditório Prévio ao Juízo de Admissibilidade da Acusação”. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/369/287>>.



de modo que ambas as partes (acusação e defesa) possam se manifestar e serem ouvidas antes de qualquer decisão. Cabe lembrar que a instauração do processo, por si só, traz diversas consequências (sociais, econômicas, jurídicas) na vida do acusado, pois “não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar.” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 58)

Conforme expõe Lopes Junior:

(...) em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas pela simples acusação, quando o indivíduo todavia ainda deveria estar sobre a esfera da proteção da presunção de inocência. Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal em si mesmo produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito (...). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 59)

Nesse entendimento, para que não haja afronta ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, é fundamental que o acusado possa se manifestar e se defender da acusação antes de se ver processado, de modo que ambas as peças sejam apresentadas e apreciadas no crivo do contraditório. Portanto, para que haja respeito às garantias constitucionais e às regras do jogo, a igualdade entre as partes deve ser mais do que formal, sendo verdadeiramente material.

Destarte, “o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não-observância é passível de nulidade absoluta, quando em prejuízo ao acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 28) Deve ser visto como o “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 223), restando, assim, como um direito fundamental indisponível do cidadão submetido a *persecutio criminis*.

2 GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são disposições constitucionais previstas no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso LV da CR/88) e, por isso, não devem ser relativizados ou violados. São



direitos “positivados como normas principiológicas de categoria prevalente, posto que são intangíveis e auto aplicáveis”. (MAIA NETO, 2008, p. 484)

A Constituição da República, no artigo 5º, § 1º, consubstancia que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa são normas constitucionais de eficácia plena⁷. A aplicação imediata conferida por essa norma tem dois vieses: primeiro, que as normas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde haja condições para que as instituições cumpram-na e, segundo, de que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicá-las, quando numa situação concreta a norma constitucional for invocada pelo interessado. (SILVA, 2002, p. 165)

O Estado brasileiro, através de suas instituições, possui condições suficientes para assegurar aos jurisdicionados o contraditório e a ampla defesa e, portanto, deve sempre aplicá-los e respeitá-los. No processo penal, estas garantias não precisariam ser invocadas, uma vez que o Judiciário, o Ministério Público, e os demais órgãos estatais tem o dever de guardar as normas constitucionais e zelar pela efetiva aplicação destas.

Desse modo, o contraditório e a ampla defesa devem ter (na prática) eficácia plena e aplicabilidade imediata, sempre que algum cidadão esteja sofrendo ou na iminência de sofrer alguma medida que afete o seu *status dignitatis*. Por conseguinte, é fundamental a tutela destas garantias, visando a real e completa concretização delas.

Nesse entendimento, como enuncia Bonato:

(...) considerando-se que os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana emanam diretamente da Constituição e toda restrição a eles importa em pesado ônus, muito mais quando não há ainda condenação definitiva, há que se esclarecer que ditas garantias devem ser exercidas desde o momento em que a pessoa passa a correr o risco em sua segurança individual em relação ao poder penal estatal. Todas as faculdades tendentes a possibilitar a resistência a esse poder penal devem

⁷ Como observa Silva: “As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.” (SILVA, 2002, p. 101-102).



ser exercidas. O fato da investigação ter caráter inquisitivo não pode cercear o investigado de defender os seus direitos fundamentais, principalmente o de permanecer em liberdade. (BONATO, 2003, p. 163)

Sem embargo, os princípios do contraditório e da ampla defesa teoricamente se distinguem, embora estejam intimamente ligados, pois o exercício da defesa nasce e se manifesta pelo contraditório que, por sua vez, é garantido pela defesa. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 63) Enquanto o contraditório consiste na participação, contraposição em relação à outra parte, bem como na informação dos atos desencadeados no processo, a ampla defesa consiste no direito de se atuar em prol dos interesses da defesa do acusado, resistindo à persecução estatal.

Conforme assevera Oliveira:

O contraditório, portanto, junto com o princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 28)

Todavia, “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 29) Segundo expõe SOUZA NETTO, “o direito de defesa do acusado compreende a faculdade dele intervir no processo, depois de citado, para levar a cabo todas as atividades necessárias para esvaziar a resposta penal ou atenuar a consequência jurídico-penal.” (SOUZA NETTO, 1998, p. 77) Assim, “a defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.” (PORTANOVA, 2001, p. 125)

No processo penal, o direito de defesa cumpre “um papel particular, pois, de um lado, atua de forma conjunta com as demais garantias e, de outro, é a garantia que torna operativa todas as demais. (BONATO, 2003, p. 161) Ou seja, é o direito de defesa que permite que as demais garantias sejam respeitadas e tenham uma vigência concreta dentro do processo penal. (BONATO, 2003, p. 161)



Não obstante, o direito de defesa comporta duas espécies: a defesa técnica e a defesa pessoal. Portanto, a defesa do acusado deve ter uma composição dualística, “deve haver tanto a autodefesa da parte, como a defesa técnica do profissional com capacidade postulatória.” (MARQUES, 1997, p. 72)

De acordo com Lopes Junior, a defesa técnica decorre da necessidade de equilíbrio funcional entre a acusação e a defesa, bem como da presumida hipossuficiência do acusado em relação ao acusador, o que acarreta uma situação de inferioridade (do acusado) frente ao poder estatal. É exercida pelo advogado, que é detentor de conhecimentos teóricos do Direito, e visa uma igualdade de condições técnicas entre a acusação e a defesa. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 224)

Desse modo, a defesa técnica trata de “verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 225) Esta espécie de defesa é indisponível, isto é, não poderá ser renunciada, e está consagrada no artigo 261 do Código de Processo Penal, o qual prevê que nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor, mesmo que ausente ou foragido.

Todavia, a defesa pessoal, também chamada de autodefesa, é exercida pelo sujeito passivo (acusado), que atua resistindo, refutando ou defendendo-se da acusação imposta pelo Estado. Poderá ser positiva, na qual o acusado expressa os motivos, os argumentos e as justificativas ou nega a autoria e/ou a materialidade do fato; ou negativa (*nemo tenetur se detegere*) onde o acusado se omite de falar ou de contribuir para a produção de provas, mantendo-se em silêncio, ou se negando a participar de reconstituições, acareações, ao fornecimento de material genético para exames periciais, etc.⁸ Esta espécie de defesa é disponível, isto é, cabe ao acusado a decisão de atuar e exercer seu direito positivamente ou omissivamente, sendo assim, um direito renunciável. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 228)

⁸ Este direito está previsto no artigo 5º, inciso LXIII da CR/88, o qual dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”; no artigo 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual assevera que toda pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”; bem como no artigo 186 do CPP que prevê: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”



Cabe lembrar que, com o advento da Lei nº 12.654 de 2012, o direito de defesa pessoal negativo foi maculado, uma vez que foi permitida a extração compulsória de material genético do sujeito passivo (investigado ou apenado), o qual pode submeter-se a intervenção corporal voluntariamente ou mediante coerção. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 233) Esta lei tem incidência tanto na fase preliminar quanto na execução, haja vista que alterou a Lei nº 12.037 de 2009, a qual dispõe sobre a identificação criminal, e a Lei nº 7.210 de 1984, que regula a Execução Penal. Logo, em relação a esse tipo de prova, fulminou-se a tradição brasileira de respeito ao direito de defesa pessoal negativo. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 233)

Sem embargo, pode-se “afirmar que a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 30) Portanto, “o direito de defesa deve estar constituído por um conjunto de garantias, direitos e faculdades suficientes para uma oposição efetiva à pretensão penal.” (TUCCI, 2004, p. 207)

Diante do exposto, percebe-se que o contraditório e a ampla defesa apresentam-se como direitos e garantias individuais mínimas aos cidadãos, previstas na CR/88, para a concretização do devido processo legal (*due process of law*). Conforme assevera Oliveira, não resta dúvida alguma que o processo apenas se realiza validamente se observado e respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais ocupam “posição de destaque na configuração de um modelo garantista, até porque não se pode pensar em igualdade processual sem a afirmação de ambos.” (OLIVEIRA, 2004, p. 169)

3 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO PROCESSO

Conforme já tratado, os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais e, portanto, inerentes ao sistema acusatório. Possibilitar ao acusado o direito de se defender é premissa fundamental em um Estado Democrático de Direito e, por isso, esses princípios devem ser respeitados de maneira absoluta.



Destarte, “o processo não pode mais ser visto de forma isolada, mas deve ser interpretado e analisado em conformidade com a Constituição, pois nela está baseado.” (BONATO, 2003, p. 108-109) Frente à nova ordem constitucional, o lugar democrático que o processo ocupa é de fundamental importância (ROSA, 2008, p. 219-220), deve ser assim tratado pelos operadores do direito.

Sendo o contraditório um direito individual fundamental à própria existência da dignidade da pessoa humana, não pode o cidadão submetido à persecução penal ser privado de contradizer os fatos a ele imputados. Deste modo, o contraditório deve atingir tanto a fase pré-processual, em seu momento de informação (é através do direito de informação que será exercida a defesa), quanto à fase processual (reação), pois qualquer imputação é capaz de gerar uma resistência. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 755)

Neste entendimento, quando o legislador constituinte utilizou o termo “acusados em geral” acabou por proteger e abarcar todos aqueles que forem imputados de cometer algum fato delituoso, de forma ampla e protecionista, pois se assim não quisesse, teria utilizado apenas o termo “acusados”, o que permitiria uma leitura mais formalista. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 755)

Destarte, “sendo uma das finalidades do processo ser o meio pelo qual o Estado procura tornar concreta a atividade jurisdicional, há de se ressaltar que essa finalidade deve estar centrada nos princípios protetivos do indivíduo garantidos pela Constituição.” (BONATO, 2003, p. 109-110) Pois, “o processo é e deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto possível, a igualdade entre as partes no curso do processo e mesmo por ocasião da fase investigatória.” (OLIVEIRA, 2004, p. 158-159) Logo, o contraditório se mostra como elemento essencial do processo.

Como expõe Lopes Junior:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 229)



Deste modo, “o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tido como instrumento a serviço da paz social posto à disposição do judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais ínsitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisórios do Estado Social.” (LEAL, 2002, p. 19) O processo deve ser visto como um instrumento de proteção das garantias fundamentais dos cidadãos, e deve proporcionar a estes a tutela efetiva de seus direitos (devido processo, contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc.), em conformidade com o princípio base previsto na CR/88: a dignidade da pessoa humana.

Por isso, “há que se repensar o processo. Há que se resgatar a ideia de processo como sendo o espaço privilegiado do debate, do diálogo, da fala e da escuta, do respeito aos princípios constitucionais, já que se busca e se luta por um processo realmente justo.” (BONATO, 2003, p. 192) Logo, conforme ensinam Rosa e Silveira Filho, “assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do contraditório, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigentes na prática processual brasileira.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 72)

Para Fazzalari “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119) O processo é uma espécie do gênero procedimento⁹, sendo uma sequência de atos (faculdades, poderes, deveres), destinados a um provimento estatal (administrativo, legislativo ou judicial), que tem como importante característica o contraditório. (LEAL, 2002, p. 83) Assim, o que diferencia o processo do procedimento é o contraditório.

Desta forma, “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um interessado e um contra interessado, sobre um dos

⁹ De acordo com Gonçalves “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.” (GONÇALVES, 2001, p. 102-103).



quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.” (FAZZALARI, 2006, p. 122) Ou seja, deverá existir, nessa relação contraditória, duas partes contrapostas (autor e réu) com iguais oportunidades e condições de atuação. Logo, “é essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.” (GONÇALVES, 2001, p. 127)

Contudo, “não basta, pois, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de pronunciamento, mas que esse pronunciamento seja considerado quando da prolação das decisões, porque se assim não ocorrer, haverá negativa de vigência aos princípios do processo” (LEAL, 2002, p. 104), ou “à própria força normativa constitucional.” (LEAL, 2002, p. 104) Por isto, deve-se reconhecer que o contraditório vai além da igualdade de condições entre as partes, uma vez que está também na observação, pelo juiz, do seu cumprimento, assegurando que não seja violado, tanto no *iter* processual como no momento de executar o ato final. Portanto, “não existe contraditório com o juiz, senão contraditório assegurado pelo juiz.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 756)

Destarte, “o contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo.” (GONÇALVES, 2001, p. 122-123) Assim, cabe ao juiz assegurar o contraditório às partes, tendo uma postura ativa, porém sem se colocar como contraditor, pois não está ele em contraditório com elas. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 756)

Nesse sentido, Gonçalves assinala que:

O juiz, sendo terceiro em relação aos efeitos do provimento, não é um terceiro no processo, no desenvolvimento do procedimento realizado em contraditório para preparar o provimento, como não o é em relação ao próprio ato final do provimento. Não é um estranho no desenvolvimento do *iter* processual, pois dele não pode estar ausente, em relação a ele não pode ser alheio; é necessário que esteja presente, atuante nos atos judiciais que visem assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório. Fazê-lo observar significará cumprir o dever da jurisdição, para assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. Observá-lo, ele mesmo, significará que o juiz se submete às normas do



processo pelas quais os atos das partes são garantidos, que o juiz não pode se recusar ao cumprimento da norma que instituiu o direito de igual participação das partes, em simétrica paridade. (GONÇALVES, 2001, p. 125-126)

Portanto, “a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final.” (FAZZALARI, 2006, p. 124) No processo penal, os interessados no ato final são o acusado e o Estado, que atua através do Ministério Público, como parte. Entre eles se desenvolve o contraditório. O autor do ato final é também o Estado, que atua através do órgão jurisdicional. Porém, essa dupla atividade do Estado (como parte, através do Ministério Público e como poder, através da jurisdição) não prejudica o processo, se houver neste a garantia do contraditório. (GONÇALVES, 2001, p. 129-130)

Impõe-se a contraditoriedade “em toda instrução criminal, seja ela pré-processual, seja realizada em juízo, a fim de que o órgão jurisdicional competente, devidamente formado o seu convencimento, possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça.” (TUCCI, 2004, p. 191) Assim, “o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.” (GONÇALVES, 2001, p. 120) Logo, o contraditório é pressuposto para a existência do processo.

Portanto, “existe, em resumo, o processo, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, 2006, p. 120) Ou seja, onde não existir a possibilidade do contraditório, não existirá processo. Eis aí a essência do processo: um procedimento em contraditório.

Assim, por ser a função do processo o acertamento do caso penal, “cometida a conduta imputada, a pena somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição significativa da



conduta imputada, acolhida por decisão fundamentada, a partir de uma visão de verdade processual decorrente de um processo em contraditório e acusatório.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2006, p. 68-69) Ou seja, deve-se respeitar o devido processo legal, aplicando-o de maneira real, concreta e efetiva, como quer a Constituição da República.

Por ser o contraditório uma garantia prevista e decorrente do devido processo legal, deve ser garantido em todo e qualquer processo. Logo, como bem assinala Suannes, “ou bem nossos juízes dão ao *due process of law* o alcance que ele deve ter, ou não faz qualquer sentido que o nome original seja aqui utilizado para expressar tal instituto, insultando o sangue derramado por aqueles que lutaram pela sua inserção no sistema jurídico dos povos civilizados.” (SUANNES, 1999, p. 154)

Cabe lembrar que, o que realmente importa é “reestabelecer um espaço democrático no processo penal brasileiro, superando a visão prevalente, onde o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual.” (ROSA, 2008, p. 227) Dessa forma, é preciso buscar a efetiva concretização do sistema acusatório acolhido pela Constituição, refutando qualquer conduta que tente macular ou relativizar esta estrutura.

Portanto, “as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal sem que se proceda, antes e necessariamente uma oxigenação constitucional.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 71-72)

4 CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, conclui-se que o processo penal, frente à nova ordem constitucional, é um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e ocupa um lugar democrático de fundamental importância. Desta forma, é necessário que o processo penal seja um espaço dialético, no qual é assegurado e oportunizado às partes igualdade de condições, bem como garantido o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Ademais, por ser o contraditório um elemento essencial do processo, para a realização da democracia processual, ele deve se dar de forma plena e efetiva, não podendo ser violado ou relativizado, em nenhuma hipótese.



5 REFERÊNCIAS

- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. [S.l.], a. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Respeito as cláusulas pétreas e as garantias constitucionais-judiciais no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, a. 97, p. 482-503, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.
- NORONHA, Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 219-234, out. 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: modificações da lei dos juizados especiais criminais. Curitiba: Juruá, 1998.
- SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.



AS DECISÕES SOBRE O USO DA ARBITRAGEM PELO ESTADO, PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, SOB A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL¹

THE DECISIONS OVER THE USE OF ARBITRATION BY THE STATE,
DELIVERED BY THE FEDERAL BUDGETARY COURT, UNDER
THE INSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Carolina Leite Amaral Fontoura²

Resumo

A arbitragem surge como uma solução para os problemas de morosidade do Judiciário atual, sendo de suma importância para os contratos de concessão, que pela natureza dos conflitos e diversidade de partes que envolvem, necessitam de soluções rápidas e específicas. No entanto, o Tribunal de Contas da União adota a orientação de vedar o uso de tal instituto pelo Estado, invocando falta de autorização legal e arbitrabilidade a certas matérias, escolhendo quais seriam arbitráveis ou não. É evidente que as decisões dessa Corte, e assim o é desde sua origem, possuem forte caráter político, deixando de lado a imparcialidade esperada e influenciando não só a atuação dos entes estatais, como as agências reguladoras, mas as concessões, instituto que se destina a atender os anseios sociais da devida prestação de serviços públicos. Pretende-se esclarecer que o Estado pode e deve usar da arbitragem nas concessões, bem como discutir o que seria arbitrável nas mesmas, trazendo à tona que as decisões da Corte são incorretas e anacrônicas, analisam escolhas estatais discricionárias, extrapolando flagrantemente seus limites de atuação definidos na Constituição Federal, e prejudicam o objeto primordial da atuação estatal, a coletividade. A análise de casos concretos será feita considerando as capacidades institucionais dos envolvidos, TCU e agência reguladora, assim como os efeitos sistêmicos de suas escolhas, visando definir os limites da função fiscalizatória exercida pelo primeiro e uma modelagem institucional melhor.

Palavras-chave: Arbitrabilidade Objetiva; Concessão; Agência Reguladora; Tribunal de Contas da União; Estado.

Abstract

Arbitration arises as a solution to the problems of slowness of the current judiciary, which is extremely important for the contracts of concession, which by the nature of conflict and diversity of parties that involves, require a quick and specific

¹ Artigo submetido em 13/01/2015, pareceres de aprovação em 24/01/2015 e 04/02/2015, aprovação comunicada em 10/02/2015.

² Mestranda em Direito pela UFRJ. Advogada. E-mail: <carolina.fontoura@gmail.com>.



solution. However, the Budgetary Court adopts the position to prohibit the use of such mechanisms by the State, citing lack of legal authorization and the possibility of arbitration of certain matters, choosing which would be arbitrable or not. It is clear that the decisions of this Court, and it is so since its origin, have strong a political character, leaving aside the expected impartiality and influencing not only the actions of state entities such as regulatory agencies, but also concessions, institute that it is destined to meet social expectations of proper delivery of public services. The purpose of this paper is to clarify that the state can and should use arbitration in concessions, as well to discuss what would be subject to arbitration in concessions, demonstrating that the Court's decisions are inaccurate and anachronistic, that they analyze discretionary State choices, flagrantly overstepping the competence and limits defined by the Federal Constitution and they damage the fundamental object of state action, the community. The analysis of specific cases will be undertaken considering the institutional competences of those involved, Budget Courts and regulatory agencies, as well as the systemic effects of their choices, in order to define the limits of the function performed by the first and better institutional modeling.

Keywords: Objective Arbitrability; Concession; Regulatory Agency; Court of Accounts; State.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que há, atualmente, um crescimento exponencial do uso de mecanismos alternativos de solução de conflitos no cenário jurídico, fenômeno complexo e que encontra diversas origens, jurídicas e sociais, que embora não sejam o foco deste trabalho, serão abordadas de forma reflexa. Na contramão desse movimento, observou-se, de início, um posicionamento anacrônico e de justificativas falhas do Tribunal de Contas da União, corte responsável pela fiscalização da atividade estatal, precisamente dos gastos públicos, no sentido de que a opção por tais mecanismos alternativos estaria vedada ao Estado, relegando seu uso apenas aos particulares.

A presente abordagem terá por base o método indutivo e a análise de casos, avaliando a problemática através do levantamento de julgados do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores, a partir do ano de 1993, por meio de pesquisa no sítio eletrônico do TCU, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal.

A análise decisional será empreendida da seguinte forma: será feita uma pesquisa jurisprudencial no marco temporal pré-definido, utilizando como termos de busca as expressões “arbitragem” e “interesse público”. A partir do resultado obtido



serão verificados em que casos as expressões são meras “palavras-chave” do acórdão e em que casos foram efetivamente abordadas. Desse ponto, serão selecionados apenas os acórdãos em que as referidas expressões figuram como razões de decidir.

Dessa forma, empreenderemos uma análise da argumentação desenvolvida pela Corte de Contas ao fiscalizar os casos de utilização estatal da arbitragem, verificando-se em que medida as noções aqui estabelecidas podem exemplificar o debate proposto e auxiliar no estabelecimento de parâmetros para a atividade de controle nesses casos.

A proposta é usar como paradigma o Acórdão nº 2.573/2012 proferido pelo TCU, no qual vedou o uso da arbitragem para solução de conflitos no bojo de um contrato de concessão, celebrado por agência reguladora dotada de expertise técnica, analisando a evolução do posicionamento acerca da temática por parte dessa instituição de controle, demonstrando a incorreção de suas decisões, e propondo uma modelagem melhor a pautar sua atuação, para que exerça devidamente a função constitucional que lhe foi imbuída.

2 DA ARBITRAGEM

2.1 Origem, Evolução Legal e Aceitação no Brasil

Inicialmente, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca do instituto arbitral e sua utilização pelo Estado para situar melhor a problemática em questão. A arbitragem é muitas vezes apresentada e interpretada como a solução contemporânea para os problemas de morosidade do Judiciário, que adquire especial importância para os contratos estatais de concessão, que devido à natureza dos conflitos, longa vigência e a diversidade de partes que envolvem, necessitam de soluções rápidas e específicas.

No entanto, tal visão é equivocada, pois a utilização da arbitragem remonta aos tempos primórdios da Roma antiga, quando havia o pretor que preparava a ação para que um *arbiter*, particulares idôneos incumbidos da função jurisdicional, a julga-



se. Com a posterior instauração da ditadura, o novo Estado romano estatizou a jurisdição passando o pretor a deter a autoridade de julgador, e nesse contexto surgiu a figura do juiz como órgão estatal e a ideia de poder-dever de dizer o direito. A arbitragem passou de obrigatória para facultativa, demonstrando que a existência desta modalidade de solução de controvérsia antecede a própria noção que conhecemos hoje de Estado de Direito.

À guisa de exemplo dessa antiguidade da prática, podemos citar contratos administrativos da época imperial que fizeram uso da mesma, como na resolução do litígio entre concessionário e Administração na concessão da estrada de ferro Santos-Jundiaí, quando foi proferido parecer que dizia “A administração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário”. (LEMES, 2007, p. 65)

Com relação à evolução legal do instituto no Brasil, afirma-se que também não é recente já que está presente em nossa prática jurídica desde os tempos da colonização, pois já havia disciplina do tema nas Ordenações Filipinas de 1603. Com relação à abordagem do tema nas Constituições Brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, havia previsão expressa do instituto em todas. Para exemplificar, temos a previsão de execução da sentença arbitral sem possibilidade recursal na Constituição de 1824, o que denota um avanço significativo para época; o uso da arbitragem como forma pacífica de solução dos conflitos internacionais mesmo em tempos de repressão estatal na Constituição 1967, tendo sido mantido pelo AI nº 5 de 1968, entre outras.

Especificamente sobre a Constituição atual, de 1988, é importante citar que seu preâmbulo faz menção à solução de conflitos por meio de arbitragem, quando prega a forma pacífica de solução de divergências na ordem interna e externa, sendo tal disposição princípio fundamental. Ademais, no âmbito de disposições constitucionais, a arbitragem contribui para diminuir o grau de discórdia com seu semelhante, bem como possibilita a duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).



Embora haja essa inegável existência pretérita dos procedimentos arbitrais, uma constatação relevante e não óbvia pode ser feita: a institucionalização e afirmação atual dos métodos alternativos de solução relacionam-se com facetas dos sistemas jurídicos modernos, para além do constitucionalismo e dos direitos fundamentais limitadores da aplicação do Direito e da atuação do Estado. Tais facetas consubstanciam-se em dois fenômenos: o pluralismo jurídico e a saída do Direito Estatal do lugar central, a passagem do Estado Interventor para o Regulador.

Em relação ao primeiro, ocasiona uma tendência a apagar os limites entre o Direito formal e outros procedimentos - jurídicos ou parajurídicos - de resolver os conflitos. A fronteira rígida antes existente entre o Direito posto e um Direito mais “informal” tende a se apagar, com a elevação da conciliação, mediação e negociação a mecanismos que atendam ao fim do Direito de pacificar conflitos. Esse fenômeno pressupõe também um aumento do elemento argumentativo e “retórico” do Direito inerente às soluções negociadas entre as partes, frente ao elemento burocrático e coativo. (ATIENZA, 2013, p. 60)

Já o segundo elemento, é o surgimento e consolidação do Estado Regulador com a conseqüente criação das agências reguladoras, que dotadas de conhecimento técnico, recebem delegação para fiscalizar o setor que lhes incumbe. O aparato estatal tende a reduzir-se ao mínimo necessário, e assim deve sê-lo, de forma que o Direito não pode ser reduzido apenas ao que é posto pela autoridade competente usando da força e coação, como preconiza as lições positivistas de Kelsen. Há leis que garantem certa flexibilidade de atuação, aos particulares ou ao Estado, assim o são as leis que validam a escolha de arbitrar questões acordadas previamente pelas partes, imiscuindo-se da obrigatoriedade de levá-las ao aparato judicial estatal.

Vale a apropriação das lições de Boaventura dos Santos (p. 89), com a ressalva de que não podem ser transpostas integralmente para os fins presentes, mas que adequam-se ao que se fala, definindo o Direito como “um corpo de procedimentos e *standards* normativos regulados, que se considera exigível ante um juiz ou terceiro que reparte justiça e que contribui para a criação e prevenção de disputas, assim como para sua solução mediante um discurso argumentativo acompanhado da ameaça da sua força.”



O fato é que, desde seu surgimento quando não possuía um procedimento regulado, passando pelas alterações contemporâneas, o instituto da arbitragem vem percorrendo um longo caminho no sistema jurídico brasileiro em busca de aceitação legal e maturação. Com o advento da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) tivemos a primeira grande transformação no panorama brasileiro, passando pelas diversas leis posteriores³ que fizeram menção ao seu uso, chegando até o atual Projeto de Lei do Senado nº 406 de 201, em trâmite, que visa garantir expressamente sua validade como meio de solução dos conflitos no âmbito da Administração Pública.

2.2 O Posicionamento da Corte de Contas

A despeito de tudo exposto, o Tribunal de Contas da União tem adotado a orientação de não permitir tal uso em contratos estatais, invocando falta de autorização legal e arbitrabilidade a certas matérias, elencando quais seriam arbitráveis ou não. Fica evidente que as decisões dessa corte, composta em sua maioria por ministros indicados pelo Legislativo, possuem forte caráter político, deixando de lado a imparcialidade esperada e influenciando não só a atuação do Executivo e das agências reguladoras, como reflexamente as concessões, instituto que se destina a atender os anseios sociais da devida prestação de serviços públicos⁴.

³ Iniciada com a Lei de Arbitragem em 1996, a evolução para aceitação da arbitragem, inclusive aos contratos em que figure a Administração em um dos pólos, passa pela Lei de Concessão (Lei 8.987/1995). Essa tem dispositivo que prevê como cláusula essencial dos contratos a relativa ao modo amigável de solução das divergências, o qual deve ser interpretado como menção à arbitragem porque se pode a Administração resolver litígios por mecanismos de negociação que dirá submeter os mesmos a uma decisão jurisdicional de um árbitro. Seguindo a orientação da Lei de Concessão, surgiram a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997) que dispõe em seu art.93, XV sobre o modo extrajudicial de controvérsias contratuais, a Lei da ANP a qual prescreve em seu art.43, X a aplicabilidade da arbitragem aos contratos de concessão pela ANP celebrados e a Lei da ANTAQ (Lei 10.233/01) em seu art.35, XVI estabelecendo que haverá cláusula arbitral nos contratos de concessão de transporte aquaviário. Há também a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2007) que pontua a arbitragem como mecanismo privado de resolução de disputas aplicável a esse tipo de contrato administrativo de parceria.

⁴ (...) Cortes tornaram-se cada vez mais lugares onde política substancial é feita. Em terceiro lugar, os juízes têm ficado cada vez mais dispostos a regular a conduta da atividade política em si — se praticado em ou ao redor de legislaturas, agências ou o eleitorado — construindo e fazendo cumprir padrões de comportamento aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e pessoas públicas nomeadas e eleitas. (FEREJOHN, 2015, p. 42). Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>>. (tradução nossa)



Pretende-se esclarecer que o Estado, aqui no sentido lato incluindo as agências especializadas, pode e deve usar da arbitragem, não cabendo à corte de fiscalização discutir e escolher o que seria arbitrável, pois não possui expertise para fazê-lo. Ademais, quando o faz, extrapola os limites de sua atuação definidos na Constituição de 1988.

Vale consignar que o procedimento arbitral, em oposição à sobrecarga do Poder Judiciário e sua morosidade extrema para solução das demandas, é célere, conta com o alto nível de especialização e conhecimento dos árbitros julgadores, características mais adequadas diante das complexas questões debatidas no bojo de um contrato de concessão ou firmado por uma agência reguladora.

A partir da análise das decisões escolhidas, almeja-se comprovar que a conduta da corte de contas é anacrônica e incorreta em diversos aspectos e que o papel do TCU na função de fiscalização das escolhas estatais discricionárias, precisa ser definido, sob pena de prejudicar o objeto primordial da atuação estatal, a coletividade.

Inicialmente, em 1993, o TCU adotava entendimento radical de que em nenhum caso seria possível o uso da arbitragem pelo Estado, o que não pode ser de todo criticado, considerando que a Lei de Arbitragem não havia sido promulgada ainda – fato que se deu em 1996- e que o desenvolvimento do tema era embrionário e ainda gerava insegurança, vigorando a máxima de que todo interesse concernente ao Estado era primário, portanto não transacionável. No Acórdão nº 286/1993⁵, fruto de uma consulta feita pelo Ministro de Estado de Minas e Energia à época, a corte posicionou-se no sentido de que “(...) o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público (...)).”

É inegável que o tribunal, inspirado pelos ditames constitucionais que impõem uma maior fundamentação e motivação das decisões de órgãos públicos, apresenta diversas razões a sustentar suas decisões, fato notório em casos

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 286/93 - Plenário - Ata 29/93. Processo nº TC 008.217/93-9. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energia. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. Relator: Ministro Homero Santos.



envolvendo arbitragem e entes estatais, como será possível observar no exposto aqui. E é a partir dessa motivação que é possível ver considerações absurdas e sem comprovação, como a defesa do monopólio do Poder Judiciário “com mais forte razão” no caso de envolvimento de entes estatais.

Ainda na decisão supracitada, o TCU cita que “é órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos”, mas parece olvidar de seu papel, pois não lhe foi outorgado poder para fiscalizar se dada questão será submetida ao Judiciário ou a um árbitro com maior expertise. Baseia-se em argumentos como os expostos no Acórdão supracitado de que “a experiência, em nosso país, em tema de arbitragem internacional, fruto de demandas de natureza contratual, nos casos anteriormente tolerados pela legislação brasileira, não tem sido animadora”.

O fato que espanta mais, para além dessas justificativas vazias expostas na década de 90, é terem sido reproduzidas sucessivamente, com pequenas modificações, em diversas ocasiões posteriores, como nos Acórdãos nº 906/2003, 584/2003, 1.271/2005, 1.099/2006, 2.094/2009 e 2.145/2013.

Precisamos levar em consideração algumas questões sistêmicas e institucionais, que serão aprofundadas mais a frente: estamos falando de uma corte de contas, que como tal exerce forte influência na atuação de agentes públicos, pois mesmo quando apenas ordena a regularização de certa matéria, na fase de controle posterior das contas poderá ainda aplicar sanções aos responsáveis (SUNDFELD; CÂMARA, 2003, p. 1.115-1.133). Justamente por tal razão, quando esta instituição posiciona-se de forma negativa ao uso da arbitragem, sem nenhum amparo de correção ressalte-se, essa enorme influência na atuação das entidades estatais promove verdadeiro processo de **ossificação** (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 35. (tradução nossa)), que em nada contribui para o interesse público. Ainda mais, se as vantagens advindas desse mecanismo banido, privilegiam justamente esse interesse público perseguido.

Na decisão paradigma escolhida, temos a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a tomada de contas referente a um contrato de concessão da rodovia BR 101/ES/BA, na qual o TCU posicionou-se pela retirada da cláusula



arbitral para dirimir questões de reequilíbrio econômico-financeiro, matéria considerada arbitrável nas concessões.

A decisão foi exposta nos seguintes termos: “Relativamente à proposta de inclusão, no contrato, de cláusula, prevendo a inaplicabilidade da arbitragem, para questões econômico-financeiras, importante deixar assente que esse tipo de arbitragem - que a partir de agora deve ser excluída dos termos de contrato – está prevista nos ajustes anteriores da ANTT, sem que se tenha notícias de prejuízo à administração. Some-se a isso a existência de lei que não permite interpretação diversa da esposada pela instrução.”

Inicialmente, cumpre ressaltar que a própria corte atesta a proibição, ainda que não haja prejuízo à administração, o que já evidencia num primeiro momento a inadequação decisória. Ao passarmos à análise da cláusula em si⁶, observa-se que foi elaborada com amparo no Art. 35, inciso XVI da Lei 10.233/2001⁷, normativo que trata do setor de transportes e da agência em si e que estabelece como cláusula essencial a relativa à arbitragem, derrubando a alegação de ausência de autorização legal para tal uso.

2.3 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva

Em relação à possibilidade da Administração submeter-se à arbitragem, ao que chamamos de arbitrabilidade subjetiva, não há motivo para muitos questionamentos, tendo em vista as diversas legislações que a colocam como cláusula essencial, como as já mencionadas. Muito embora a doutrina e os tribunais superiores⁸ sejam uníssonos no sentido de que não assiste razão a essa afirmação,

⁶ “V.11 - Resolução de Controvérsias

O art. 35, inciso XVI, da Lei 10.233/2001 estabelece que o contrato de concessão tenha como cláusulas essenciais as relativas a regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem. Nesse sentido, a Minuta do Contrato, em seu item 35, prevê a arbitragem como instrumento para resolução de controvérsias, nos seguintes termos”

⁷ “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;”

⁸ “Por conseguinte, e com o máximo respeito ao entendimento adotado pelo TCU, a previsão do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que não contém nenhuma exclusão de entes da Administração ou de



ainda é possível ver a menção à falta de autorização legislativa e violação ao princípio constitucional da legalidade administrativa (Art. 37, *caput*, CRFB/88) em decisões do TCU.

Ao decidir dessa forma, a corte de contas na realidade interpreta de forma equivocada tal princípio, afirmando que a atuação estatal só ocorre na medida em que a lei expressamente a obriga ou permite. Tal interpretação errônea empregada de forma geral e absoluta, gera como consequência um engessamento das instituições estatais, que não se coaduna com outros princípios administrativos como o da eficiência, razoabilidade e economicidade. Princípios esses que são justamente alcançados com a arbitragem em concessões, por exemplo, porque proporciona uma decisão rápida e eficaz para os serviços específicos que envolvem esses contratos de natureza complexa.

Sabe-se que o Direito Público vem sofrendo um processo contínuo de modernização, há o abandono da concepção estatal autoritária de verticalização em relação à população para a horizontalização, reforça-se o Estado que age em prol dos interesses dos particulares, despindo-se de certas formalidades dentro da razoabilidade e proporcionalidade, para assim atender sua função social de atingir o bem comum. Quando, dentro dos limites legais, dispõe de direitos patrimoniais para alcançar a melhor solução para um conflito com particular/concessionário que presta serviço à população, não está de forma alguma atentando contra a lei.

Em decisões mais recentes, como no Acórdão nº 2.094/2009⁹, o TCU flexibilizou, sem ainda acertar totalmente, sua ideia de que o Estado não poderia ser parte de uma negociação arbitral, para aceitar que a Petrobrás, sociedade de economia mista, possa fazê-lo justamente por estar submetida ao regime das empresas privadas. Confira-se:

contratos regidos pelo Direito Público, deve obrigatoriamente ser tida como autorização legislativa suficiente para a submissão de entes da Administração direta ou indireta ao juízo arbitral. Esse é o entendimento subjacente aos precedentes do STJ referidos acima e reflete a posição predominante do pensamento doutrinário atual” (PEREIRA, César Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ.). Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=731&l=pt.>>

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.094/2009 - Plenário. Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro José Jorge. Natureza: Relatório de Levantamentos.



(...) Defende que os contratos celebrados com a PETROBRAS, independentemente de o objeto estar relacionado com a atividade-fim (por exemplo, comércio e transporte de petróleo) ou com a atividade-meio (construção de plataformas), estão sob o abrigo do regime jurídico privado. Disso deriva o seu entendimento de que, diferentemente dos contratos administrativos, não há controvérsia quanto à possibilidade de a PETROBRAS, enquanto sociedade de economia mista, firmar cláusula elegendo a arbitragem, conforme REsp n.º 606.345-RS STJ.

A Lei de Arbitragem em seu Art. 1º preceitua que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Não há como sustentar que o Estado é ente incapaz para celebrar contratos, de forma que se a legislação permite, não cabe à corte de contas restringir a autonomia contratual estatal, atuando fora de suas atribuições, estabelecendo interpretação restritiva (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 9)¹⁰ onde a lei não o fez, pois seria permitir uma interpretação legal Kelseniana¹¹, fora da moldura e equivocada. É ainda atentar contra a especificidade dos contratos de concessão e a demanda por celeridade, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles pode se finalizar dizendo que “autorização legal, portanto existe. Facultativa é a sua utilização”. (MEIRELLES, 2003, p. 246)

Ademais, a análise da capacidade estatal de contratação e arbitramento consequentemente, deve cingir-se à capacidade na acepção civil do instituto. Pode,

¹⁰ Sobre o tema da discricionariedade judicial e a interpretação legal flexível, vale trazer à tona as lições de Vermeule e Sustain, pontuando que o PL nº 406/2013 vem justamente para dirimir a possibilidade de interpretação restritiva ao uso da arbitragem pelo Estado, pois estabelece taxativamente esta possibilidade: “Porque será que Bentham negligenciou, em sua crítica, a crítica institucional da interpretação flexível? Pode haver uma pista no tratamento que dá para a relação entre interpretação e discricionariedade judicial, uma curta discussão em sua obra *Of Laws in General*. Nessa, ele argumenta que erros legislativos, como a promulgação de leis que são *overinclusive* ou *underinclusive* em relação a seus fins — por inadvertência, falta de previdência, ou alteração circunstancial — exigem que os juízes possuam o poder de moldar as leis na forma adequada. No entanto, este poder criou a possibilidade de que déficits de informação ou más intenções por parte dos juízes possam prejudicar o produto legislativo e aumentar a incerteza jurídica: “*How difficult to distinguish what the legislator would have adopted had he adverted to it, from what he actually did advert to and reject. How easy to establish the one under pretence of looking for the other... And thus sprang up by degrees another branch of customary law, which striking its roots into the substance of the statute law, infected it with its own characteristic obscurity, uncertainty, and confusion*” (tradução nossa)

¹¹ “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 1998, p. 394)



portanto, submeter-se à arbitragem a pessoa que esteja no pleno gozo de seus direitos e obrigações, seja pessoa de direito público (por ex. autarquias) ou privado (por ex. empresa pública, sociedade de economia mista), o ente a possui. Acepções como as do TCU narradas, colocam o Estado numa posição de incapacidade e são conservadoras¹² e desconectadas dos rumos atuais do Direito. Agrava-se a situação ainda mais quando a vedação à arbitragem ignora a distinção entre a atuação estatal com poder de gestão, equiparando-se às pessoas jurídicas privadas, como no caso das concessões, da com poder de império.

Passada a análise da capacidade estatal, a grande celeuma encontra-se na matéria arbitrável, no que pode ser considerado direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva). Isso porque o Estado só não pode transacionar interesses indisponíveis¹³, públicos primários, e tal assertiva é pacífica na doutrina, nos dizeres de Grau (*apud* LEMES, 2007, p. 123) “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.

É preciso averiguar então qual é o interesse envolvido em certo contrato administrativo, se atinente à coletividade ou a uma feição negocial e empresarial da Administração, quando será transacionável. Porém, há uma seara de indefinição nos contratos administrativos, onde dizer o que é disponível ou não impõe dificuldades, sendo uma boa solução indagar se o objeto do conflito tem repercussão econômica e financeira¹⁴. Se sim, seria possível arbitrar a questão no que tange ao aspecto econômico gerador de prejuízo e não em relação aos direitos indisponíveis.

¹² “Uma extremidade conservadora que afirma ser o estado ente desprovido de vontade, discernimento ou mecanismo de defesa, o qual, à semelhança da pessoa civilmente incapaz, se encontraria impedido de agir livremente na esfera patrimonial.” (GREBLER, 2004, p. 62)

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.145/2003 – Plenário – Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A – MME. Relator: Min. Benjamin Zymler: “23. Consoante o predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há que se confundir a indisponibilidade do interesse público com o interesse da administração. O primeiro é indisponível, o segundo não. Nesses termos, a precisa lição do Ministro Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal (proferido quando da relatoria do RE 248869-1 – Tribunal Pleno – 07/08/1993): “8. A indisponibilidade de determinados direitos **não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes**, mas da importância que elas têm para a sociedade. **O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito.**” (grifos nossos)

¹⁴ “Nem todos os atos praticados pelas agências reguladoras, na qualidade de entes públicos encarregados do exercício da regulação de determinado setor, são indisponíveis. Há



Vale consignar que a arbitragem usada por entes estatais, principalmente em contratos de concessão que envolvem prestação de serviços públicos, não faz outra coisa senão privilegiar o interesse público, beneficiando a administração, o parceiro privado/concessionário e a coletividade, usuária do serviço. Isso se deve a suas inúmeras vantagens, muitas das quais implicam considerações sistêmicas relevantes, desconsideradas pela corte de contas de forma flagrante em suas decisões.

2.4 Os Benefícios da Escolha Estatal pela Arbitragem e sua Desconsideração pelo TCU

Iniciaremos a exposição de tais benefícios com a questão da celeridade, direito fundamental elencado no Art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB/88¹⁵, e desrespeitado considerando a morosidade atual da Justiça. Optar pela arbitragem implica evitar o arrastamento da demanda por longos anos no poder judiciário, e ainda a espera posterior pelo cumprimento da decisão através do moroso sistema de precatórios e sua fila para pagamento¹⁶.

Acrescenta-se ainda a questão recursal, já que a Lei de Arbitragem em seu Art. 30¹⁷ prevê apenas um recurso, em comparação à via ordinária, que oferece oito

determinadas situações, como o reconhecimento da existência de desequilíbrio econômico-financeiro em determinado contrato de concessão, com a conseqüente necessidade de sua recomposição, que não envolvem propriamente direitos indisponíveis (muito embora se refiram mediatamente à busca do interesse público). Portanto, nessas hipóteses, a própria agência pode e (deve) reconhecer – sem a necessidade de intervenção do Judiciário – a existência de rompimento do equilíbrio contratual e o melhor modo de sua recomposição. Evidentemente, nessas situações, também é possível a submissão de eventual conflito surgido à decisão arbitral. Caberá ao árbitro (ou ao tribunal arbitral, conforme o caso) definir a existência do desequilíbrio e a forma de sua recomposição.” (CARDOSO, 2010, p. 27)

¹⁵ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁶ Tal fato pode ser comprovado pela simples análise da lista de pagamento disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em 02 de julho de 2014, o primeiro precatório de natureza comum (não alimentícia) da lista de pagamentos é o de nº 1998.03434-5, da Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, datando de 17/04/1998.

¹⁷ “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.”



espécies recursais conforme o Art. 496 do CPC/73¹⁸. Ademais, preconiza o Art. 29, PÚ¹⁹ da referida lei que o recurso interposto em face da decisão arbitral será analisado com a consequente prolação da decisão no prazo dez dias, prazo que a via processual comum não oferece para nenhum recurso.

Além da questão temporal, há outra de igual importância, é a especialidade em seus diferentes enfoques, o primeiro relacionado ao fato das partes poderem escolher as normas e os árbitros que julgarão sua demanda, nos termos do Art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem²⁰. Viabiliza-se assim o alcance de um grau de justiça mais adequado e próximo ao caso concreto, ressaltando-se a observância dos princípios e normas inafastáveis que pautam a atuação estatal, em sendo parte do procedimento.

Já o segundo ponto, diz respeito aos conhecimentos multidisciplinares dos árbitros, que vão além da questão jurídica, envolvendo outras áreas como a economia por exemplo. Isso se deve ao fato de, na maior parte dos casos, a questão envolver conflitos complexos, como a apuração de subsídio e reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de alto vulto. Evidencia-se que as vias judiciais comuns não são adequadas, seja pela morosidade ou pela falta de capacidade específica para resolver acertadamente uma lide envolvendo concessão sem causar prejuízo à prestação do serviço.

Há ainda a remanescente questão da economicidade, que possui diversas facetas, a saber: o Estado, se perdedor em demanda judicial deve reembolsar as despesas do vencedor, sendo isento apenas de custas judiciais conforme o Art. 4º, Parágrafo Único da Lei 9.289/96²¹. É possível haver um acordo acerca do valor

¹⁸ “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII- recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.”

¹⁹ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.”

²⁰ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

²¹ “Art. 4º São isentos de pagamento de custas: I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações; Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime



dessas despesas, estabelecendo a divisão entre as partes ou o desconto do valor no subsídio a ser pago ao concessionário a título de contraprestação, em caso de concessão na modalidade patrocinada²².

Tal entendimento foi endossado no Recurso Extraordinário nº 253.885-0²³, no qual o STF afirmou que a arbitragem pode representar uma economia ao Estado pelas razões citadas e que significa a aplicação do princípio da autotutela estatal, já que é possível anular ato ilegal sem formalismo exacerbado ou interferência do Poder Judiciário, concluindo pela legalidade do juízo arbitral.

A arbitragem estabelece relação de fidúcia entre as partes, e quanto menor o risco, menor será o valor apresentado na proposta do concessionário durante a licitação, critério de julgamento previsto na Lei de Licitações²⁴. Quanto mais credibilidade tiver o Estado oriunda da assunção do compromisso de honrar suas obrigações com agilidade, menor o risco para o particular, a outra parte, ficando mais equilibrada a equação econômico-financeira entre o que se gasta e se recebe dentro de uma concessão, por exemplo²⁵. Refutam-se assim, eventuais alegações de que a arbitragem é necessariamente custosa e nesse fato estaria a desvantagem para a Administração.

as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.”

²² “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

²³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885-0, Primeira Turma do STF, Brasília, DF, 4 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

²⁴ “Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;”

²⁵ “Não há, obviamente, projeto de longo prazo viável em que, ao mesmo tempo, haja tamanha dependência de verbas de uma das partes, e impotência da outra em se necessário executá-las com alguma agilidade” (ARAGÃO, 2005, p. 24). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.



Diante de todas as vantagens expostas, impressiona a postura do TCU de desconsiderá-las exposta no Acórdão nº 2.145/2013, o qual tratava de pedido de reexame de decisão que proibiu a utilização arbitral pela empresa estatal Petrobrás. Afirmou a Corte que:

(...) Veja-se que o custo das contratações não pode ser considerado baixo se há descumprimento do ordenamento jurídico, na verdade o custo real é o dito 'elevado' e não o minorado em face de desvios legais 29. Dessa forma, como os argumentos ora trazidos aos autos não são suficientes para modificar o encaminhamento anterior proferido, a decisão recorrida deve ser mantida em seus exatos termos.

Um ente estatal, em prol da melhor efetivação do interesse público, diante de autorização legal e matéria arbitrável, não incorre em desvio legal algum, de forma que a postura em questão é nada além de anacrônica.

Desconsiderando tudo exposto, e justamente pela escolha do que pode ser submetido ao árbitro ser discricionária, pois envolve opções peculiares a cada caso por parte da Administração, o TCU vem exercendo forte interferência nesse aspecto, decidindo por seus próprios critérios o que acredita ser arbitrável e posicionando-se como instância revisora de todas as decisões administrativas.

Vejamos o Acórdão escolhido como paradigma. A cláusula arbitral questionada possuía a seguinte redação: “35.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as Partes oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.”

Como se vê, não especificava previamente o que seria arbitrável em concreto, no entanto, o TCU decidiu analisar “se a resolução de controvérsias é passível de delegação a colegiados autônomos, como ora esboçado na Minuta do Contrato, em seu item 35.1.5 e 35.1.8”, culminando na decisão de que todas as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser arbitradas, apresentando como se veria justificativas particulares para uma decisão generalista.

Existe uma gama de possibilidades de discussão acerca do equilíbrio econômico de um contrato de concessão, que pode ser definido como “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a



retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”. (VITAL, 2011, p. 8) Apesar disso, a corte de contas elencou o ato de fixação de tarifas de serviços públicos como o exemplo de que todas as questões financeiras estavam fora do âmbito arbitral, embasando sua decisão em um único entendimento doutrinário²⁶, sem amparo de julgados das Cortes Superiores ou maiores considerações.

3 CONSIDERAÇÕES INSTITUCIONAIS E SISTÊMICAS SOBRE O “OLHAR DURO” DA CORTE DE CONTAS EM FACE DA ESCOLHA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ARBITRAGEM

Da leitura da decisão supracitada, é possível vislumbrar o chamado **olhar duro**²⁷, fruto da suposta susceptibilidade administrativa aos poderosos grupos privados, impondo aos tribunais que tenham um olhar “duro” na ação da Agência, a fim de reduzir influências faccionais e promover melhor a formulação de políticas. É exemplo nítido disso o trecho em que o TCU afirma que a cláusula questionada deve ser retirada, já que “é deveras extenso o rol das possibilidades que poderão ensejar a arbitragem, inclusive as questões econômico-financeiras.”

Os efeitos dessa postura, em termos sistêmicos e institucionais, são mais extensos do que se pensa, temos a possibilidade de uma verdadeira alteração de larga escala no comportamento administrativo, produzido pelo simples fato do **olhar duro** revisional. Nos dizeres de Vermeule e Sustain (2002, p. 35), grande parte do trabalho atual mais impressionante em direito administrativo tenta incorporar a

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.573/2012 – Plenário – Processo nº TC 003.499/2011-1. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Ministério dos Transportes (MT). Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) Relator: Min. Raimundo Carreiro: “Como da prestação do serviço público decorre a cobrança de tarifas públicas, Joana Paula Batista entende que, “em face da irrenunciabilidade do poder tarifário, a fixação de tarifas não poderá se submeter à arbitragem, forma alternativa de solução de disputas positivada pela Lei n. 9.307/1996”.

²⁷ “Agora é bem documentado que tal revisão tem contribuído para a “ossificação” de *notice-and-comment rulemaking*, que agora leva anos, em parte como resultado do esforço para se afastar de desafios judiciais. Tendo em conta o risco de invalidação, muitas agências afastaram-se do *notice-and-comment rulemaking* por completo — como o NHTSA, por exemplo, atentando contra a promoção de segurança do automóvel, por exemplo, através de *ex post recalls*, que é entendido como uma forma sem sentido de prosseguir.” (tradução nossa) (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 35)



falibilidade judicial e os feitos dinâmicos, numa proposta de avaliar se ação da agência conta como “arbitrária” ou não. A decisão tomada por uma Agência Reguladora de usar arbitragem engloba justamente questões institucionais, há o aspecto específico de uma equação econômico- financeiro, por exemplo, a falta de celeridade e expertise dos juízes para decidir demandas dessa natureza, etc.

Procurando justificar sua decisão, a corte usa conceitos genéricos de direitos disponíveis e indisponíveis expostos em decisão do Superior Tribunal de Justiça (MS 11.308/DF)²⁸, porém, há a margem de indefinição no caso concreto do que seria um direito patrimonial passível de arbitragem, por exemplo. Margem essa que deve ser preenchida pelo administrador público, que pratica os atos administrativos e firma contratos.

Interessante notar que tais conceitos, amplos e genéricos, estão inseridos no contexto de forma equivocada, apenas a justificar a conclusão da corte de “que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos.”

O paradigma que contém tais lições data de 2005, e foi replicado em decisões mais recentes, como a objeto da presente análise que data de 2012, no entanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento diverso, no sentido de que questões econômicas são sim passíveis de arbitragem. Veja o teor do REsp nº 904813 PR:

(...) 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária,

²⁸ Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF quanto à “aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado”. Ratifica, assim, o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, conquanto afirma: “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”.



portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos. Esse, contudo, não é o caso dos autos, cujo objeto da arbitragem limita-se à discussão acerca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, ou seja, não envolve direitos indisponíveis. Com efeito, a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral (...)²⁹

Além de incorreta, tal averiguação não cabe ao TCU, que incumbido de função fiscalizatória pelo Art. 71 da CRFB/1988, deve aferir a economicidade e legalidade do uso de dinheiro público. No entanto, o que se vê são usurpações e arbitrariedades por parte dessa instituição à competência de seus fiscalizados³⁰, ao deliberar e proibir escolhas meritórias desses, impactando não só na operacionalização da concessão, com a devida prestação dos serviços, como na viabilidade inicial da mesma.

A corte de contas posiciona-se, dessa forma, como instância revisora de todas as decisões da Administração. Pelo teor da decisão ora analisada, fica, mais uma vez, nítida a incorreção da atuação daquela, pois ressalta que “não se vincula nem ao juízo arbitral nem ao Poder Judiciário, devendo decidir de forma independente, conforme determina a Constituição Federal. Nessa linha, as lides decididas no âmbito do juízo arbitral poderão ser discutidas neste TCU”. A sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes, produzindo os mesmos efeitos da proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, se condenatória, constitui título executivo (Art. 31 da Lei de Arbitragem)³¹.

Assim sendo, não há que se falar em recurso da sentença arbitral para o Judiciário, ressalvada a possibilidade de pleitear a decretação de sua nulidade

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 90.4813 PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>>

³⁰ “Não é possível, no entanto, que o Judiciário venha a definir a forma de atuação concreta da Administração. Em outras palavras, admite-se que o Judiciário reconheça e declare a invalidade de atuação da Administração. Todavia, não se admite que o Judiciário se substitua à Administração.” (CARDOSO, 2010, p. 30)

³¹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”



apenas dentro das hipóteses legais, após o recebimento da notificação de sua prolação, conforme Artigos 32 e 33 da Lei supracitada³². Se a Lei estabeleceu que não cabe ao Judiciário ser instância revisora das decisões arbitrais, muito menos poderia o TCU, sem atribuição legal, posicionar-se assim, revisando questões decididas no procedimento arbitral e sob o efeito da coisa julgada³³. Além de incorreta, tal decisão evidencia a cegueira dessa corte às consequências sistêmicas oriundas de se revisar algo já decidido que produzia efeitos entre o Estado e a outra parte.

A postura impositiva de um órgão de controle em área não afeta a sua fiscalização, que não sofre, via de regra, fiscalização de nenhum outro, que é autônomo e independente, e assim deve ser para que possa fiscalizar os demais, impõe também a necessidade de analisar seus limites de atuação. Pelo teor de sua manifestação de vontade vemos o tamanho da sua influência, pois proíbe, sanciona, ordena a retirada de cláusulas, e julga as contas dos gestores públicos.

Não se pode olvidar que do outro lado de tais imposições está uma agência reguladora, dotada de alto nível de especialização, que possui sua atuação limitada por esta instituição, que tem papel relevante no regime democrático, mas que o exerce em excesso e de forma incorreta. O conteúdo das ordens exaradas na decisão avaliada (Acórdão nº 2.573/2012), elucida claramente o efeito sistêmico de que se fala:

No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003-2ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos.

³² “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

³³ “No caso da arbitragem, a decisão adotada na sentença arbitral é definitiva, podendo ser revisada apenas no tocante a aspectos muitos reduzidos, estabelecidos expressamente pela Lei 9.037/96. Porém, em nenhuma hipótese é viável a revisão da substância, do “mérito” da decisão adotada pelos árbitros.” (CARDOSO, 2010, p. 41)



Portanto, é indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros.

Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão somente, aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido **determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.**

Em relação às agências reguladoras, são entidades de direito público, autarquias precisamente, que se inserem na estrutura estatal para desempenhar atividades estatais específicas. Surgiram a partir da metade da década de 90 no Brasil para exercerem a atividade de regulação de dado setor,³⁴ e são fruto da passagem, já citada, do Estado Interventor, Social, para o Regulador. A autonomia e inúmeras competências específicas atribuídas por suas leis instituidoras em relação ao Poder Central são as características marcantes³⁵.

Justamente em função de tais características, diferentemente do que se pensa em relação aos tribunais, incluindo aqui o TCU, em relação a seguir o sentido usual do texto, é razoável sugerir que agências administrativas não devam fazê-lo, em parte porque são especialistas em vez de generalistas. Comparadas aos tribunais, as agências são susceptíveis de ter bom senso de analisar se um afastamento do formalismo vai danificar seriamente um regime regulatório; Portanto, é apropriado permitir que as agências tenham um grau maior de flexibilidade interpretativa. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 4)

A despeito das peculiaridades dos sistemas jurídicos americano e brasileiro, a teoria institucional americana é mais robusta e consistente em contraposição à brasileira, razão pela qual usaremos de um exemplo da primeira, para fins de

³⁴ Sobre o conceito de regulação e sua complexidade. Conforme Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 37): “a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

³⁵ “Autonomia esta que se reflete, principalmente, na estabilidade de seus dirigentes, que exercem mandatos fixos, não sendo possível a sua exoneração *ad nutum*; e na ausência de possibilidade de revisão das decisões adotadas pelas agências pelos Ministérios da área correspondente (as agências não se submetem ao poder de tutela ministerial).” (CARDOSO, 2010, p. 21)



analogia com a situação presente. O caso é o *Chevron v. NRDC*, que envolveu uma disputa entre a *Environmental Protection Agency (EPA)* (agência administrativa) e o NRDC (grupo de proteção ambiental), quando a primeira exercia seu poder regulamentar sobre a questão das fontes de poluição do ar. O cerne da questão foi o padrão de revisão que deveria ser aplicado, pelas cortes, na análise da interpretação legal feita por agências governamentais, a deferência ou não às disposições estabelecidas por essas durante o exercício da função regulatória setorial. Vale citar que *Chevron* serviu de precedente para casos posteriores (*United States v. Mead Corp.*, 121 S Ct 2164 9 (2001); *American Water Works v. EPA*, 40 F.3d 1266, 1271 (DC Cir 1994)).

A questão da deferência implica analisar se as cortes devem decidir questões legais por conta própria, ou dar algum peso às opiniões da agência reguladora? Embora no direito americano, a partir do precedente *Chevron*, a questão tenha encontrado uma resposta, no Brasil, temos um caminho a percorrer em termos institucionais, como se vê.

O caso *Chevron* estabeleceu uma inquirição de duas fases: Se o Congresso abordou, na produção legislativa, diretamente a pergunta em questão, ou se proibiu inequivocamente o que a agência propôs. Após, é preciso que as cortes avaliem se a interpretação legal dada pela agência é razoável. O resultado obtido em *Chevron* foi de que a decisão da agência deve ser acolhida se razoável e não contradisser instruções legislativas claras. “A Corte não está autorizada a rejeitar a interpretação da agência meramente por causa de discordância.” (Ibid; p. 31 (tradução nossa))

A dificuldade reside nos casos em que a lei é indeterminada, aberta a interpretações diversas, assim como o é a Lei de Arbitragem no quesito matéria arbitrável disponível, quando a discricionariedade será exercida por quem de direito. Diante das atribuições especializadas de uma agência que exerce poder regulamentar delegado por lei, é plausível afirmar que o significado legal é o que ela diz que é, que estão em melhor posição para tomar decisões nesse cenário do que as cortes³⁶.

³⁶ “Mas na reflexão dos autores, a lei estatutária é geralmente indeterminada na questão crucial. Para ter certeza, é dito às cortes para decidir questões relevantes da lei; mas dentro de estatutos nos quais estão exercendo autoridade delegada, talvez o significado da lei relevante seja o que



Nesse contexto, cabe citar que a despeito do grau superior de competência técnica que possuem e de suas decisões discricionárias, as agências, assim como a Administração de forma geral, estão sujeitas a um grau de controle democrático. Esse controle passa pelo exercido pelas cortes de contas, porém se uma instituição deve revisar os atos de outra e caso afirmativo, a intensidade com a qual deve ocorrer relaciona-se com questões institucionais, e não apenas com lições tradicionais acerca da separação de poderes e competências constitucionais.

Esta questão surge, por exemplo, no contexto da revisão por tribunais das decisões de direito, fato e política das agências, como a presente. É preciso dar a devida atenção às variáveis institucionais e os efeitos dinâmicos, pois os custos do erro e da decisão são cruciais. Ao indagar se a revisão de uma instituição por outra deve ser intensa ou deferencial, ou possível, não há espaço para posições que desmereçam o contexto.

Trazendo tais ilações para o paradigma analisado, observa-se que a negativa ao uso arbitral afeta uma concessão de serviço público (rodovia BR 101/ES/BA), modalidade de desestatização³⁷, fruto do movimento de descentralização dos serviços e do Estado Gestor. Essa modalidade de contratação é fruto da impossibilidade estatal de suportar só o ônus custoso dos investimentos necessários, bem como em atender a todas as necessidades sociais com eficiência. Dessa forma, auferem vantagens dessa parceria Estado, ente privado e coletividade.

A posição da corte impacta não só a operacionalização da concessão, com a devida prestação dos serviços, como na sua viabilidade inicial. Isso se dá em função dos benefícios e segurança ofertados pela arbitragem ao contratante privado, que sem essa garantia muitas vezes perde o interesse em investir vultosas somas nos projetos, ou seja, todos saem perdendo, principalmente a sociedade, ou seja, vão muito além dos limites da decisão em si.

agências dizem que é. Pelo menos, esta é uma leitura plausível dos estatutos que delegam o poder de regulamentação e adjudicam autoridade às agências. Plausível, mas não é necessário.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 31) (tradução nossa)

³⁷ Art. 2º, inciso III da Lei 9.491/ 97, normativo regulador do Programa Nacional de Desestatização: “Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização”.



4 O TCU E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE

Diante de tais questões, torna-se imperioso analisar mais detidamente o Tribunal de Contas da União, suas funções e peculiaridades. Cabe pontuar que no regime militar a instituição se viu enfraquecida, vivendo nas palavras de Charles Pessanha “um desmonte institucional” (PESSANHA, p. 124), e com a Constituinte de 1988 seu papel mudou, passou a ser fundamental no controle dos gastos de dinheiro público, da atuação financeira do Estado como um todo. Tal ampliação de competência advém do viés democratizador da Constituição de 1988 e do receio de vivenciar novamente a sobreposição do Executivo aos demais poderes. Ocorre que, apesar de ter seu âmbito de atuação delimitado pelas normas constitucionais e por sua Lei Orgânica de nº 8.443/1992, o tribunal tem desmerecido tais limites na sua atuação prática, especialmente na fiscalização dos contratos administrativos, grande fonte de aplicação de dinheiro público.

Vale pontuar a importância e a força dessa instituição, sem deixar de ressaltar que não é por ser órgão auxiliar do Legislativo que não possui competências autônomas, residindo na delimitação dessas a grande dificuldade prática. Desde já é possível afirmar, decisões de mérito dos entes fiscalizados escapam da competência da Corte. Parte-se, inicialmente, de três noções para delimitar a atuação dessa instituição: objeto, conjunto de atos passíveis de fiscalização; parâmetro, referência adotada para análise do objeto e produto, conjunto de atos produzidos em decorrência dessa atividade. (SUNDFELD; CÂMARA, 2003, p. 1.115-1.133)

No último, já há forte limitação legal, pois não pode sustar contratos, por exemplo, estando adstrito a certo tipo de ordem, quando constatar ilegalidades em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial³⁸. Fica claro, então, que não cabe a avaliação e revisão de toda e qualquer decisão administrativa, principalmente em se tratando de contratos, que possuem cada qual sua peculiaridade. Atentando sempre para a questão da grande extensão da influência dessa corte em todos os atos que exara, incluindo o controle *a posteriori* das contas.

³⁸ Art. 71, CRFB/88: “§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.”



5 CONCLUSÃO

A partir do devido enquadramento da questão, considerando o aspecto institucional e as consequências sistêmicas das decisões envolvendo a opção estatal pelo uso da arbitragem, é possível ver questões interpretativas em seu devido enquadramento e talvez adotar respostas novas e mais adequadas às peculiaridades de questões tão complexas. Tal opção privilegia a eficiência e economicidade, princípios guias da atuação dos administradores públicos, atrela necessidades sociais, celeridade, bons resultados e baixo custo, evitando a má prestação de serviços públicos, cenário possível se pensarmos em obras essenciais paradas à espera da resolução de uma lide ou por decisão do TCU que considera o contrato irregular por conter cláusula arbitral.

A importância e o papel da instituição ora analisada, motivadores de uma inquirição nos moldes propostos, não são de hoje, eminentes juristas como Pontes de Miranda e Rui Barbosa já ressaltavam sua posição *sui generis*.³⁹ Nos dizeres do primeiro, ao abordar a Constituição de 1931, já se via a singularidade da corte de controle e seu posicionamento diferenciado em relação aos três poderes: “era órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, dessoava das linhas rígidas da tripartição”.

Cabe consignar que o ideal é que os contratos antevejam na medida do possível o que seria passível de arbitrar, para evitar problemas de definição no caso concreto e discussões entre as partes, mas não por receio do “olhar duro” da corte de fiscalização. A arbitragem é opção que privilegia o interesse público, de forma que não deve ser retirada a possibilidade de fazê-la por esta instituição que usurpa competências de seus fiscalizados, exercendo suas atribuições de forma incorreta e ultrapassada.

³⁹ “Pontes de Miranda, mantendo a coerência da doutrina que sufragava, situava o TCU no arcabouço constitucional, referindo-se à Constituição de 1931, nos seguintes termos: “era órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, dessoava das linhas rígidas da tripartição.” Rui Barbosa também se manifesta no mesmo sentido: “Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*. E explica: “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional”. (FERNANDES, 2003, p. 133)



REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio/jun./jul., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Portugal: Escolar Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.079/2004 de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.037 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.472 de 16 de Julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.233 de 5 de Junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.289, de 4 de julho de 1996**. Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau e dá outras providências. Acesso em: 28 jun. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 286/1993 - Plenário - Ata 29/93. Processo nº TC 008.217/93-9. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energia. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. Relator: Ministro Homero Santos.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.094/2009 - Plenário. Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro José Jorge. Natureza: Relatório de Levantamentos.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.145/2003 – Plenário – Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A – MME. Relator: Min. Benjamin Zymler.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.573/2012 – Plenário – Processo nº TC 003.499/2011-1. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres



(ANTT); Ministério dos Transportes (MT). Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) Relator: Min. Raimundo Carreiro)

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 90.4813 PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>>.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 253.885-0, Primeira Turma do STF, Brasília, DF, 4 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

CARDOSO, André Guskow. As Agências Reguladoras e a Arbitragem. In: PEREIRA, César Augusto G.; TALAMANI, Eduardo. (Org.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GREBLER, Eduardo. A Solução de controvérsia em contratos de parceria público-privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 60-72, mai/ago. 2004.

FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. p. 42. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt>> Acesso em: 01 jul. 2014.

PESSANHA, Charles. O congresso externo sob o controle das contas do tribunal de contas. **Revista Insight Inteligência**, nº 21, p. 124. Disponível em: <<http://www.insightinteligencia.com.br/21/>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 28, 2002.

SUNDFELD, Ari Carlos; CÂMARA, Arruda Jacintho. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites. **Revista dos Tribunais**, nº 928, v. 102, Rio de Janeiro, 2003, p. 1.115-1.133.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. O equilíbrio econômico financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011.



RESENHA

A INTERNET À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL¹

Fabiana Rikils²

Elói Martins Senhoras³

A *internet* tem produzido uma crescente transformação fática na sociedade global que repercute em diferentes áreas, inclusive no Direito, tornando-se alvo de regulação e cooperação internacional por parte dos Estados Nacionais, com o surgimento de marcos normativos, tanto, no Direito Público, quanto, no Direito Privado.

Veículo de transmissão e circulação de dados, a *internet* crescentemente faz parte do dia a dia dos cidadãos como uma rede que é meio instrumental de promoção da comunicação, de negócios ou mesmo de governo eletrônico e políticas públicas, razão pela qual o livro “Direito e *Internet*” adquire relevância por trazer um estudo de vanguarda no Brasil sobre o assunto.

A relevância do livro não acontece por acaso, mas devido ao seu conteúdo e sincronismo conjuntural a um momento ímpar no mundo jurídico e na sociedade brasileira com a aprovação da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como *Marco Civil da Internet*, responsável pela regulação da *internet* no país com base em diretrizes para a atuação do Estado, bem como em princípios, direitos e deveres para usuários e provedores de acesso à rede.

¹ Artigo submetido em 21/01/2015, pareceres de aprovação em 22/01/2015 e 05/02/2015, aprovação comunicada em 04/02/2015.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio Atual e pesquisadora na Universidade Federal de Roraima (UFRR) do grupo de pesquisa “Comunicação e Políticas Públicas”/CNPq. E-mail: <fabirikils@hotmail.com>.

³ Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR) de cursos de graduação e pós graduação *stricto sensu*. Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail: <eloisenhoras@gmail.com>.



Escrito pela Dra. Liliana Minardi Paesani, uma das principais especialistas na área, pesquisadora e professora do inovador Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), a obra é uma referência indispensável na construção doutrinária brasileira sobre a internet nas subáreas de Direito Civil e Direito Constitucional.

Redigido para um público leigo ou especializado, o livro apresenta um texto jurídico fluido e enxuto sobre as dimensões fática, normativa e axiológica existentes na Era do Conhecimento e da Informação, por meio de uma estrutura de seis capítulos, além das seções de introdução, conclusão e quatro anexos que discorrem sobre o Direito e a revolução trazida pela internet e as tecnologias de informação e comunicação.

No primeiro capítulo, “Liberdade de Informação e Princípios Constitucionais”, o objetivo do livro foi trazer uma leitura constitucionalista sobre o uso da *internet* a fim de discutir o papel do Estado e do Direito na sua regulação a fim de garantir liberdade de acesso e proteção do usuário.

O sistema de informação e comunicação da *internet* é discutido através de um resgate histórico que finda mostrar o seu papel na conformação de um paradigma de redes e de complexidade na sociedade internacional, com conseqüente reconhecimento constitucional na promoção da liberdade e da proteção aos usuários nas legislações dos mais importantes países do mundo, inclusive no Brasil.

Toda e qualquer liberdade no uso da *internet*, por mais ampla que seja, encontra limites constitucionais de regulação que servem para garantir, não apenas o desenvolvimento da sociedade e de seus direitos fundamentais, mas também o próprio desenvolvimento da *internet*, como novo meio de promoção da comunicação, de negócios, e, de governo eletrônico.

No segundo capítulo, “*Internet: A nova Tecnologia da Informação*”, a obra retrata o aspecto histórico, desde os primeiros passos com o projeto de defesa norte americano chamado *Arpanet* na década de 1960, quando este sistema embrionário de telecomunicações foi criado para garantir o funcionamento dos sistemas de defesa dos Estados Unidos da América no caso de um eventual ataque nuclear russo à época da Guerra Fria.



Ao focalizar a discussão na relação da internet com o Estado e o Direito, o texto apresenta uma visão constitucionalista do papel da defesa das liberdades individuais e de avanço das inovações tecnológicas *vis-à-vis* ao papel da regulação de várias funções da rede de internet a fim de diminuir as vulnerabilidades, bem como proteger os seus usuários.

Os aspectos constitucionais presentes no Direito da *Internet* vêm mostrar que a balança jurídica se equilibra nos princípios da liberdade de acesso e da privacidade das informações a fim de existir um padrão de regulação mínima, conforme o art. 220 da Constituição Federal, que venha proteger a cada um dos usuários em um contexto de garantia do direito da informação e manifestação do pensamento, sem deixar de lado o direito à privacidade das informações.

No terceiro capítulo, “Anomalia na *Internet*. Delitos e Responsabilidade na Rede”, o livro mostra dimensão fática de evolução da internet, demonstrando a sua característica anárquica, ao não pertencer ou ser financiada por alguém, por governos, ou empresas, mas antes, sendo construída voluntariamente pela programação e acesso de dados de cada um dos usuários.

Torna-se evidenciado que a rede de dados da *internet* apresenta vulnerabilidade na proteção de seu conteúdo, justamente porque existem diferentes atores com objetivos específicos, sendo que entre eles, se destacam os *hackers*, caracterizados, negativamente, em caso de ações descentralizadas de ataque e violação dos sistemas de computação, bem como, positivamente, quando atuam na proteção e correção de falhas de segurança.

O livro demonstra como o Direito Constitucional passa a ser erodido pelo uso transnacional da *internet*, o qual repercute em uma crescente porosidade das fronteiras e na quebra de princípios constitucionais, dado o crescente aumento de casos de uso da *internet* para promoção da pedofilia, do racismo, de golpes bancários e de ações que vulnerabilizam a segurança nacional diante da preservação do anonimato como pressuposto da liberdade de expressão.

No quarto capítulo, “*Internet* e Privacidade”, a obra discute a necessidade de regulação da internet, ao limitar o poder de anonimato, quando este atinge interesses coletivos, haja vista que embora o direito à privacidade seja resguardado



pela Constituição Federal no art. 5º, inciso X, a sua vulnerabilidade é oriunda da própria internet em razão da criação de identidades falsas no meio virtual.

Com o uso internacionalizado da *internet*, a responsabilidade de preservar a própria intimidade e privacidade fica a critério de cada indivíduo, em sua plena liberdade, cabendo ao Estado o papel constitucional de tutelar esses direitos por meio da regulação da internet a fim de garantir segurança a seus cidadãos.

A tutela da privacidade no direito comparado é trazida como discussão a fim de mostrar que as informações pessoais depositadas na *internet* não estão permeadas por segurança, já que os usuários podem acessar, alimentar e atacar a rede sem nenhuma censura, cabendo ao Estado complementar os mecanismos de defesa e controle que são privados.

No quinto capítulo, “*Internet* e o Direito de Autor”, a autora desloca a ótica constitucional para um enfoque mais ligado ao Direito Civil, visando conceituar o Direito Extrapatrimonial, relacionado à própria pessoa do autor, com base no Direito Internacional e pela aplicação no Brasil da Lei Federal 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais), que inclui ao seu corpo a proteção aos programas de computador.

De um lado, no Direito Regional, destaca-se o foco no caso da União Europeia que tem estabelecido um elevado grau normativo de proteção dos direitos na *internet*, com parâmetros do Direito de Autor, com o objetivo de dar uma maior atenção ao autor devido o avanço da tecnologia digital, tanto, como meio de divulgação, quanto, de violação de direitos.

De outro lado, no Direito Multilateral, embora a convenção de Berna, no ano de 1986, tenha sido uma destacada iniciativa de proteção das obras artísticas e literárias, posteriormente complementada na Organização Mundial de Comércio (OMC), pelos acordos GATT e TRIPS, o Direito Autoral tem crescentemente se tornado vulnerável à pirataria devido à multiplicidade de *sites* na *internet* que hospedam esses produtos.

No sexto capítulo, “A Responsabilidade Civil na Internet e no Mercado Informático”, o livro explicita que os atos ilícitos não são os únicos fatos geradores da responsabilidade civil na internet, mas também os riscos, posto que o Direito e o



Estado, ambos não podem permanecer alheios, mas antes, têm que acompanhar a evolução das transformações tecnológicas e sociais.

Sob a ótica do Direito Civil Comparado, o texto apresenta a responsabilidade civil na *internet* nos Sistemas Jurídicos de *Common Law* (Inglaterra e Estados Unidos da América) e de *Civil Law* (França, Alemanha e Itália) a fim de mostrar os principais fundamentos doutrinários sobre o assunto.

Sob a ótica do Direito Civil Brasileiro, o texto traz uma discussão sobre atos ilícitos e riscos no uso da internet por meio da apresentação dos temas de dano moral, acesso e interrupção de acesso à *internet*, uso irregular de *software* por empresa e empregado, bem como responsabilidade de usuários e provedores

Com base nestas discussões, observa-se que o livro preenche uma lacuna existente na doutrina das subáreas de Direito Constitucional e Civil sobre a relação existente entre o Direito e a Internet em uma Sociedade da Informação que crescentemente é afetada pelas redes virtuais, razão pela qual o texto é amplamente recomendado para atualização jurídica.

Conclui-se que a obra é uma leitura indispensável para o meio jurídico nacional, em especial para cursos de graduação e pós-graduação em Direito, dadas as significativas contribuições trazidas sobre a internet como um fenômeno crescentemente relevante no mundo e com ampla repercussão sobre o papel do Estado e do Direito Constitucional e Civil na sua regulação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**. São Paulo: Atlas, 2014, 130 p. ISBN: 978-852-249-361-6.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaio para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês e espanhol para a publicação do seu décimo primeiro e décimo segundo números (2014, jul. a dez. e 2015, jan. a jun.) até **20 de Janeiro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)



La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, disponible en: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés y español para la publicación de sus decimoprimeros y decimosegundos números (2014, jul. a dec. e 2015, enero a jun.) hasta **20 de Enero**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Asistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English and Spanish to be published in its eleventh and twelfth editions (2014, July-Dec. e 2015, Jan.-June) until **January 20th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial: o periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

Missão: A missão da ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** é incentivar



a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômico a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos: Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico: <trabalhosabdconst@googlegroups.com>.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (.doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados (disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/editais.php>>).



Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade: Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores: Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;



Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto: os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.



Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Conselho Editorial: Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC)

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra)

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR)



Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP)

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

Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marraffon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público)

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale)

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial: la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

Misión: La misión de ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta



los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos: Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercero parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional***, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección <trabalhosabdconst@googlegroups.com>, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.



Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad:

Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores: Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombro debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de encino, ciudad, estado y país) y dados para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizádose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;



Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto: los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;



Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Consejo Editorial: Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC



António José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP

Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS)

Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marraffon. Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcus Firmino Santiago es Profesor en lo Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*)

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

English - Editorial line: the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit



of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission: The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles: Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal.

Sending Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email <trabalhosabdconst@googlegroups.com>, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.



Transfer of copyright and declaration of responsibility: Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors: Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.



Editorial Rules for Text Structure: Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.
- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.



Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC)

Antônio José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law)

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR)

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP)

Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS)

Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF), Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University)

Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).

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