

REVISTA DA
AGU

volume 19 nº 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2020

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 19	nº 02	p. 1-224	abr./jun. 2020
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlória Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Daniilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Daniilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo em Exercício

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr:2005). Altera o título para: Revista da AGU :
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da
AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.
Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito.
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE-EDITORA

ADRIANA MAIA VENTURINI

Coordenadora-Geral de Ensino da Escola da Advocacia-Geral da União. Mestre em Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - DF.
Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

EDITORAS ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE
SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR/PR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ALLAN CARLOS MOREIRA

MAGALHÃES - AGU/UNINORTE - AM
Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário do Norte (UNINORTE). Advogado da União (AGU).

ANA CRISTINA GOMES - ESPANHA

Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Escuela de Doctorado “Gobernaza global y Esatdo de Derecho”. Mestre em Direito pela Unesp.

ANDRÉ FELIPE SOARES DE ARRUDA - PUC/SP

Doutor em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos e Coletivos) pela PUC/SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES/SANTOS Universidade Metropolitana de Santos. Especialista em Direito do Consumidor pela ESA-OAB/SP Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Jataí.

CARINA DE CASTRO QUIRINO - UFRJ

Doutora em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ).

DANIELA BUCCI - USP/SP

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora Observatório de Violação dos Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e Pesquisadora-Líder do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos da USCS (NEDH-USCS). Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo - NETI-USP

ELISA DE SOUSA RIBEIRO PINCHEMEL - UTF/PR

Doutora e Mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas (CEPPAC), da Universidade de Brasília. Advogada internacionalista. Líder do Grupo de Estudos do Mercosul do UniCEUB. Pesquisadora do Geo\$ mundo - Geografia Econômica Mundial da UTFPR. Membro da Comissão de Relações Internacionais e membro licenciada da Comissão de Assuntos Legislativos da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Distrito Federal.

LAURO ERICKSEN - UNIFACEX/RN

Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Professor Universitário/UNIFACEX. Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Primeira Região (TRT-21), lotado na Vara do Trabalho de Macau - RN.

FABIO RESENDE LEAL - UNIP/SP

Doutor e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado, atua na área empresarial e contenciosa. Professor Adjunto da UNIP (Campus de Bauru - graduação em direito) e da UNIP Interativa (pós-graduação em direito). Professor convidado do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP.

GERSON NEVES PINTO - UNISINOS/RS

Doutor em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne, Paris. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado)

HELENA KUGEL LAZZARIN/RS

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre

em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS. Advogada.

ICARO DEMARCHI ARAUJO LEITE

- USP

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Econômico, Direito Societário, Direito Comercial, Direito Internacional Público e Privado, Mercado de Capitais, Gestão de Recurso de Terceiros, Contencioso Cível e Direito Securitário.

JONATHAN CARDOSO RÉGIS -

UNIVALI/SC

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí -UNIVALI.

JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA

SILVA - UFCG/PB

Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional. Doutor em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPq, nível 2. Mestre em Sociologia. Especialista em Gestão das Organizações Públicas. Professor efetivo do Curso de Gestão Pública, na Unidade Acadêmica de Gestão Pública da Universidade Federal de Campina Grande.

RAFAEL LAMERA GIESTA CABRA -

UFERSA/RN

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Professor

Adjunto no Curso de Direito e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP) da UFERSA.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ -

UNIFIEO/SP

Doutor em Direito e em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, com Pós-doutoramentos no Ius Gentium Conimbrigae (Centro de Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba e na rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano (CINDE) - Universidad de Manizales - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Professor Permanente do PPGD (Mestrado Acadêmico em Direito) do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA -

UNOPAR/PR

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR).

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES -

ESPANHA

Doctor en Derecho pelo Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, Espanha. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional (Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN). Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid.

MARCIA ANDREA BÜHRING - RS

Pós-Doutoranda na FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. (2018-2019). Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS. Professora de Direito Constitucional e Ambiental na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

NATALIA GONÇALVES BARROCA

UNIFAVIP- PE

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especializada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Prática Forense Penal na Faculdade Metropolitana do Grande Recife - FMGR. Professora de cursos de atualização e de pós-graduação na Escola Superior de Advocacia de Pernambuco - ESA-OAB/PE. Professora de Direito Penal da Saúde, na pós graduação lato sensu em Direito Médico e da Saúde do Instituto dos Magistrados do Nordeste - IMN; em Direito Processual Penal na Estácio Recife. Professora universitária na UNIFAVIP WYDEN Caruaru, onde leciona Direito Penal - teoria geral da pena e Direito Penal, legislação penal extravagante. Palestrante e escritora. Orientadora de trabalhos de conclusão de cursos de graduação e especialização, na área de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito à saúde.

PEDRO RAFAEL MALVEIRA

DEOCLECIANO - UNICATÓLICA/CE

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenador do Curso de Direito da Umicatólica de Quixadá. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor e coordenador-adjunto do curso de direito do Centro Universitário Católica de Quixadá/CE.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA - PT

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR). Pós-graduado em Direito Municipal (especialização).

RUBENS BEÇAK - USP/SP

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

THAMI COVATTI PIAIA - URI/RS

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois - campus de Urbana-Champaign - EUA. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - URI - Santo Ângelo/RS.

AUTORES

ALEXANDER MARQUES SILVA - PUC/MG

Doutorando em Teoria do Direito - PUC/MG. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós graduando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor em Direito. Processual Penal e Direito Administrativo.

ÁLVARO OSÓRIO SIMEÃO - AGU/DF

Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub /DF. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF. Advogado da União - AGU

BIANCA P. F. BERALDO BORGES DE SANT'ANA TITO - PUC/MG

Mestranda em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogada

CÉSAR AUGUSTO SILVA SILVA - UFMS

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), em Campo Grande, e professor do Mestrado Interdisciplinar Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, em Dourados-MS.

DENIS SKORKOWSKI - TJ/SP

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assistente Jurídico de Desembargador no Tribunal de Justiça (SP).

FERNANDO ARMANDO RIBEIRO - PUC/MG

Pós-Doutor pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA). Doutor e em filosofia do direito pela UFMG. Professor dos cursos de Bacharelado, Mestrado

e Doutorado da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas. Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas .

ISABELLA MARIA MARTINS FERNANDES

Mestranda em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade (UnB). Advogada e Graduanda em Ciências Ambientais - UnB.

JOÃO FRANCISCO DE AZEVEDO BARRETTO - UF/MS

Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Paulo, da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, de Araçatuba-SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS, Câmpus Três Lagoas. Professor do Centro Universitário Católico Auxilium - UNISALESIANO, de Araçatuba-SP.

JOSÉ CARLOS FRANCISCO - MACKENZIE/SP

Pós-Doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP e Juiz Federal na 3ª Região.

JULIANA TOMIKO RIBEIRO AIZAWA - UNIGRAN/MS

Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho. Professora de prática processual civil no Centro Universitário da Grande Dourados

(UNIGRAN). Advogada especialista em Direito Previdenciário. Pesquisadora empírica que atua em causas humanitárias.

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA - UEL/PR

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição Damásio de Jesus. Pós Graduanda em Direito Constitucional pela Instituição LFG.

MARIA CLÁUDIA PINTO - FAPAM

Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. Advogada Ambiental. Professora na Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. Integrante do Grupo de Pesquisa Avaliação de Impacto e Licenciamento Ambiental.

MARIANA BARBOSA CIRNE - AGU/DF

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar - UNP, em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora de Direito Constitucional e Ambiental no Uniceub. Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União - AGU.

MÁRIO AUGUSTO QUINTEIRO CELEGATTO - UENP

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual, Bacharel em Direito pela PUC-MG. Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

MARLENE KEMPFER - UEL/PR

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba .

MATHEUS DRAWIN - PUC/MG

Mestrado em Teoria do Direito pela PUC-Minas.

PAULO HENRIQUE RESENDE MARQUES - TC/ES

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Advogado.

RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA - FDSM

Doutor e Mestre em Direito. Professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Coordenador e professor do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, campus Arcos.

SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR - TJ/ES

Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo.

TIAGO CAPPI JANINI - UENP

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

SUMÁRIO

Editorial..... 15

ARTIGOS

- Pontuações Basilares entre o Direito Econômico e o Meio Ambiente:
históricos, conceitos, correlações e antagonismos
*Basic Points Between Economic Law and the Environment: history,
concepts, correlations and antagonisms*
Alexander Marques Silva
Maria Cláudia Pinto 19
- Défice Democrático no Direito Transnacional: aparência ou fato?
Democratic deficit in transnational law: appearance or fact?
Álvaro Osório Simeão..... 41
- Os Limites para o Exercício do Direito à Liberdade de Expressão: uma
análise a partir do caso maria do rosário x danilo gentili
*The Limits of the Exercise of the Right to Freedom of Speech: an analysis
of the case maria do rosário vs. danilo gentili*
Bianca P. F. Beraldo Borges de Sant'Ana Tito
Rafael Alem Mello Ferreira 61
- Direito e Literatura em Gadamer: o exemplo de Dostoiévski como
elemento hermenêutico/filosófico da compreensão jurídica
*Law and Literature: Dostoiévski's example as a hermeneutic and
philosophical element of understanding*
Fernando Armando Ribeiro
Matheus Drawin 81
- Estado de Direito e Fronteiras de Excessos: *civil forfeiture* americana e
proposta de ação civil pública de extinção de domínio no brasil
*Rule of Law and Borders of Excesses: the civil forfeiture in usa and
proposal for its implementation in Brazil*
José Carlos Francisco
Denis Skorkowski 103
- O Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul e o Salário
Maternidade Rural: Brasil-Paraguai
*The Multilateral Social Security Agreement of Mercosur and the Salary
Rural Maternity: Brazil-Paraguay*
Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa
João Francisco de Azevedo Barretto
César Augusto Silva Silva 123

Arbitragem e a Atuação das Autarquias Especiais em Contratos Administrativos <i>Arbitration and the Operation of Special Authorities in Administrative Contracts</i> Lara Caxico Martins Miranda Marlene Kempfer	147
Usina Hidrelétrica Serra do Facão: uma análise do impacto das audiências públicas <i>Hydroelectric Power Plants Serra do Facão: an analysis of the impact of public hearings</i> Mariana Barbosa Cirne Isabella Maria Martins Fernandes	167
Uma Análise da Instrução Normativa nº 05, de 25 de Maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão com Base na Ponderação de Robert Alexy: busca da proposta mais vantajosa a versus princípio da economicidade <i>An Analysis of Normative Ruling nº. 05, of May 25, 2017, From the Ministry of Planning, Development and Management Based on the Ponderation of Robert Alexy: search for the most advantage proposal versus principle of economics</i> Paulo Henrique Resende Marques Samuel Meira Brasil Júnior	187
A Coercitividade das Decisões Judiciais que Determinam a Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Público <i>The Enforcement of Judicial Decisions that Determines the Effectiveness of Fundamental Social Rights By Public Authorities</i> Tiago Cappi Janini Mário Augusto Quinteiro Celegatto	207

EDITORIAL

Prezado leitor,

É com satisfação que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal apresenta uma nova edição da Revista da AGU, referente ao 2º trimestre do ano de 2020. Alinhado à vocação do periódico, o presente número contempla artigos científicos que abordam, com acuidade, temas atuais e de alta relevância para as áreas de Direito Público e da Advocacia Pública. Os trabalhos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e avaliados por pareceristas de reconhecida expertise do Corpo Editorial da Revista, que, observando o sistema de “avaliação cega por pares”, selecionaram um conjunto de artigos produzidos por juristas de destaque, vinculados a diferentes instituições de ensino e com experiências profissionais também diversificadas.

A série de artigos é iniciada por Alexander Marques Silva e Maria Cláudia Pinto que dedicam-se a analisar, no campo do Direito Econômico, a argumentação utilizada pelo discurso desenvolvimentista para respaldar o consumo desenfreado de recursos naturais observado sob os paradigmas do sistema capitalista e do neoliberalismo.

Na sequência, por investigação de Álvaro Osório Simeão a respeito da legitimidade do direito transnacional, em que o pesquisador põe em xeque a capacidade do modelo liberal de democracia para justificar o processo de formulação normativa no âmbito das instituições internacionais e apresenta modelos alternativos nos quais esse déficit de legitimidade inexistiria.

Bianca Tito e Rafael Ferreira examinam os limites do direito à liberdade de expressão em estudo de caso de ampla repercussão na imprensa brasileira. O artigo se debruça sobre as particularidades do caso em análise, que envolveu a emissão de crítica por um comediante a determinada autoridade pública, e articula o conceito de liberdade de expressão com o texto constitucional e com a obra de Ronald Dworkin.

Explorando a nebulosa zona fronteira entre Direito e Literatura, Fernando Armando Ribeiro e Matheus Drawin defendem a possibilidade de atribuição de uma compreensão renovada ao Direito, notadamente a partir de abertura literária em direção a uma compreensão mais empática

de questões jurídicas. A proposta, que envolve a noção gadameriana de idealidade da linguagem e a busca por uma compreensão autêntica sobre o justo, ganha concreção com apoio na narrativa literária apresentada por Dostoiévski na obra “Crime e Castigo”.

Por sua vez, José Carlos Francisco e Denis Skorkowski analisam proposição legislativa de criação da Ação Civil Pública de Extinção de Domínio, instituto destinado a aperfeiçoar o combate à criminalidade no Brasil por meio da expropriação de bens, direitos e valores envolvidos com ilícitos. A investigação dos autores inclui estudo comparativo entre o instituto mencionado e a experiência americana relacionada à Civil Forfeiture, bem como avaliação sobre a compatibilidade da proposta com o sistema jurídico brasileiro.

Questões afetas ao direito comparado, previdenciário e internacional são habilidosamente articuladas na investigação exploratória de Juliana Aizawa, João Barretto e César Silva, que, enfocando um caso específico ocorrido na zona de fronteira entre Brasil e Paraguai, suscita a dificuldade enfrentada na efetivação de direitos sociais em prol das trabalhadoras rurais transfronteiriças, não obstante a vigência do Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL.

Já Lara Miranda e Marlene Kempfer oferecem valiosas contribuições sobre a utilização da arbitragem como instrumento de solução de conflitos no âmbito da administração pública. Sem desconsiderar os desafios envolvidos na definição de um regime específico para disciplinar sua aplicação na esfera pública, as autoras defendem a possibilidade do uso do procedimento arbitral como meio de resolução de conflitos ocorridos entre poder concedente e concessionária ou entre consumidor e concessionária de serviços públicos, inclusive com a participação, na condição de *amicus curiae*, da autarquia especial responsável pela regulação do setor.

Mariana Cirne e Isabella Fernandes expõem os resultados de estudo de caso empírico que tem por objeto a participação social nas audiências públicas realizadas pelo Ibama no licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Serra do Facão. Embora não tenham constatado impactos relevantes das audiências públicas sobre o licenciamento especificamente investigado, as autoras ressaltam a importância desse instrumento para a garantia do direito à informação.

Utilizando como referencial a fórmula do peso proposta por Robert Alexy, Paulo Henrique Marques e Samuel Brasil Júnior avaliam a validade de instrução normativa editada pelo extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que estabeleceu hipóteses de dispensa de realização de pesquisa de mercado para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva.

Por fim, Tiago Janini e Mário Celegatto apresentam estudo sobre a coercitividade das decisões judiciais que determinam a concretização de direitos sociais pelo Poder Público. Lançando mão do método indutivo e a partir de pesquisa bibliográfica, os autores argumentam que, caso deixe de cumprir semelhantes ordens judiciais, o Poder Público pode ser submetido à incidência de medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, tais como multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos excelentes artigos ora publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e
Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União

RECEBIDO EM: 23/03/2018

APROVADO EM: 02/07/2018

PONTUAÇÕES BASILARES ENTRE O DIREITO ECONÔMICO E O MEIO AMBIENTE: HISTÓRICOS, CONCEITOS, CORRELAÇÕES E ANTAGONISMOS

***BASIC POINTS BETWEEN ECONOMIC LAW AND THE
ENVIRONMENT: HISTORY, CONCEPTS, CORRELATIONS
AND ANTAGONISMS***

Alexander Marques Silva

Doutorando em Teoria do Direito - PUCMINAS.

Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC.

Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

Pós graduando em Direito Processual pela PUCMINAS. Professor em Direito.

Processual Penal e Direito Administrativo.

Maria Cláudia Pinto

Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC.

Advogada Ambiental. Professora na Faculdade de Pará de Minas – FAPAM.

Integrante do Grupo de Pesquisa Avaliação de Impacto e Licenciamento Ambiental.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 1.1 Paradigma e evolução; 1.2 Pós-modernismo ou do status quo ao pós-modernismo; 2 Conceito de Neoliberalismo; 3 Capitalismo e Neoliberalismo; 3.1 Variantes da possibilidade política econômica; 3.2 Aplicação de conceitos neoliberais ao meio ambiente; 3.2.1 A privatização da natureza; 3.2.2 Regulação, desregulação e rerregulação; 3.2.3 Comercialização da natureza e corporatização da gestão pública; 3.2.4 Mercantilização (comodificação); 4 Ambientalismo de mercado e modernização ecológica; 4.1 O surgimento do ambientalismo de mercado; 5 Desenvolvimento Sustentável e os sustentáculos da teoria; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O estado contemporâneo utiliza de mecanismos e subterfúgios para o crescimento econômico fundado em um discurso de proteção ao meio ambiente, mas que ocorre sem a devida sustentabilidade. Este problema ocorre, hipoteticamente, devido à mobilidade argumentativa para justificação da derrocada ambiental e que, inevitavelmente, refletirá a médio prazo no próprio crescimento econômico, já que se tornarão escassos diversos fatores necessários à produção que, simultaneamente, não serão resolvidos pelo desenvolvimento tecnológico em tempo hábil. Como metodologia na presente produção é caracterizada a dialética, utiliza por bases, estudos e conceituações científicas, legais e doutrinárias, além de realizar um breve estudo historicista comparativo. O Objetivo geral visa demonstrar a teoria argumentativa utilizada pelo discurso desenvolvimentista, com a justificativa para o consumo desenfreado dos recursos naturais, sem observar com parcimônia a finitude desses recursos, o que pode gerar uma estagnação inclusive nos campos socioeconômicos. Este estudo tem como objetivos específicos aprimorar os conhecimentos quanto à evolução das políticas econômicas, com ênfase no neoliberalismo capitalista e da sua correlação com o meio ambiente; demonstrar pontuações singulares sobre o meio ambiente e sobre algumas conceituações correlatas no estado contemporâneo; e, busca-se fazer uma correlação entre Meio Ambiente e o Neoliberalismo capitalista, procurando expor de uma forma imparcial, afastando-se dos discursos maniqueístas. Como referenciais teóricos-metodológicos, além de leis e normas vigentes no Brasil e a própria Constituição da República Federativa de 1988, adota-se alguns autores da geografia crítica, da economia clássica e da economia ecológica, e do Direito Ambiental, além das correlações constitucionais em busca dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo. Meio Ambiente. Capitalismo. Direito Econômico. Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT: The contemporary state uses mechanisms and subterfuges for economic growth based on a speech protection to the environment, but occurring without proper sustainability. This problem occurs hypothetically due to argumentative mobility for reasons of environmental collapse and inevitably reflect the medium-term economic growth itself, as it will become scarce number of factors necessary for production that simultaneously will not be solved by technological development in timely. The methodology of this production is characterized dialectics, uses for bases, studies and scientific, legal and doctrinal concepts, and perform a brief comparative study historicist. The overall objective aims to demonstrate the argumentative theory used by the development discourse, with the justification for the rampant consumption of natural resources, without observing sparingly the finitude of these resources, which can lead to stagnation even in socio-economic fields. This study has the following objectives improve knowledge about the evolution of economic policies, with emphasis on capitalist neoliberalism and its correlation with the environment; demonstrate individual scores on the environment and on some related concepts in the contemporary state; and seeks to make a correlation between Environment and capitalist neoliberalism, trying to expose in an unbiased manner, away from the Manichean discourse. As theoretical and methodological references, as well as laws and regulations in force in Brazil and the Constitution of the Federal Republic 1988 is adopted some authors of critical geography, of classical economics and ecological economics, and Environmental Law, in addition to correlations constitutional in search of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Neoliberalism. Environment. Capitalism. Economics Law. Development Environmental.

INTRODUÇÃO

A análise do Direito Econômico e dos poderes dele decorrentes, sejam públicos, como a intervenção na dominialidade ou a própria atuação do ente estatal, sejam privados, como o caso do monopólio, duopólio, oligopólio ou suas dialéticas, quais sejam o monopsônio, duopsônio ou o oligopsônio, enseja uma reflexão anterior das questões historicistas que culminaram na forma política-econômica-jurídica presentes no estado hodierno.

As diversas teorias que abordam a temática do Direito Econômico, abordam também as divergências e as congruências existentes entre o Direito e a Economia. Assim, para expor e coadunar tais ciências, já que

o Direito existe para minimizar as os efeitos negativos dos conflitos, e o homem é, naturalmente, um ser conflituoso e inquieto, sobrelevado quando diz respeito aos aspectos econômicos em um ponto finalístico, tais ciências passam a interdependerem-se a fim de regular e regulamentar a vida em sociedade.

O estado contemporâneo utiliza de mecanismos e subterfúgios para o crescimento econômico fundado em um discurso de proteção ao meio ambiente, mas que ocorre sem a devida sustentabilidade. Este problema ocorre, hipoteticamente, devido à mobilidade argumentativa para justificação da derrocada ambiental e que, inevitavelmente, refletirá a médio prazo no próprio crescimento econômico, já que se tornarão escassos diversos fatores necessários à produção que, simultaneamente, não serão resolvidos pelo desenvolvimento tecnológico em tempo hábil.

Como metodologia na presente produção é caracterizada a dialética, utiliza por bases, estudos e conceituações científicas, legais e doutrinárias, além de realizar um breve estudo historicista comparativo. O Objetivo geral visa demonstrar a teoria argumentativa utilizada pelo discurso desenvolvimentista, com o fito de justificar o consumo desenfreado dos recursos naturais, sem observar com parcimônia a finitude desses recursos, o que pode gerar uma estagnação inclusive nos campos socioeconômicos.

Este estudo tem como um dos objetivos específicos aprimorar os conhecimentos quanto à evolução das políticas econômicas, com ênfase no neoliberalismo capitalista e da sua correlação com o meio ambiente. Tem como outro objetivo específico, demonstrar pontuações singulares sobre o meio ambiente e sobre algumas conceituações correlatas no estado contemporâneo. Por fim, como derradeiro objetivo específico, busca-se fazer uma correlação entre Meio Ambiente e o Neoliberalismo capitalista, procurando expor de uma forma imparcial, afastando-se dos discursos maniqueístas.

Vislumbra-se inicialmente a questão paradigmática econômica e ambiental. Em seguida, aborda-se a temática dos sistemas econômicos e das políticas econômicas. Também é realizado um contraponto da política econômica neoliberalista e o desenvolvimento ambiental, com base, sobretudo na geografia crítica, com aplicações práticas e de conceitos da política econômica específica.

Em momento seguinte, analisa-se a questão do Desenvolvimento Sustentável com suas respectivas e principais bases citadas majoritariamente, ou seja, a econômica, a social e a ambiental. Embate-se por fim, algumas

teorias críticas e divergentes quanto à criação, existência e perseverança na crença do discurso sustentável com base em questões puramente ambientais.

Enfatiza-se a conceituação e a distinção vislumbrada pela aposição atual de meio ambiente sustentável, posto em regra e sem um questionamento satisfatório, e de sua visão sistêmica, separando-o em fatores e explicitando as várias formas interpretativas existentes para o surgimento e o crescimento desse conceito.

Como referenciais teórico-metodológicos, além de leis e normas vigentes no Brasil e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adota-se alguns autores da geografia crítica como é o caso de Leandro Dias de Oliveira, autores da economia clássica e da economia ecológica, com destaque para Aliomar Baleeiro, Adam Smith e Ademar Ribeiro Romeiro e do Direito Ambiental, como Édis Milaré e Celso Fiorillo, além das correlações constitucionais em busca dos direitos e garantias fundamentais demonstradas por José Adércio Leite Sampaio e Amartya Sen.

1 HISTÓRICO

A história da Economia atual adquiriu novos contornos no período pós-revoluções francesa e, sobretudo, industrial. Como será visto a diante, há uma distinção entre a economia, o direito, o sistema econômico, a política econômica e a correlação com o meio ambiente.

Definiu-se como escopo teórico o momento posterior à Revolução Francesa e a Revolução Inglesa, por se tratarem dos marcos históricos utilizados em Direito Econômico por sua imensa maioria doutrinária. Evidenciada pela influência inegável das consequências gerais na evolução do mundo contemporâneo.

As ciências ou fatores apresentados guardam íntimas relações mútuas, as quais têm reflexos substanciais nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo considerado em sua singularidade, mas principalmente em coletividade ou, em um extremo, na forma difusa.

A seguir serão tratados, de forma inicial, conceitos basilares necessários à compreensão da teoria apresentada e aplicada. Tratam-se de elementos jurídicos econômicos, formadores do Direito Ambiental, e com componentes que se comunicam com o Direito Constitucional e Administrativo. Porém, todos possuem eficácia multidisciplinar, como será esposado.

1.1 PARADIGMA E EVOLUÇÃO

A formação da economia moderna remonta ao período grego do pré-cristianismo, no qual surgem autores, filósofos e matemáticos com contribuições fundamentais para toda a evolução da economia mundial. Dentre esses se destacam Aristóteles, Sócrates, Platão, Pitágoras, Protágoras, entre outros.

A intervenção nesses campos da ciência propiciou um resultado satisfatório, ao gerar um produto da somatória entre os campos da política e economia, ou mesmo como será visto a seguir, entre o direito e a economia. De fato, tais reflexos apresentaram-se em diversos outros sistemas políticos posteriores, como, ainda que de forma incipiente, durante o império romano, o período pós-idade média ou mesmo durante e após as revoluções industrial e francesa, resultado direto da derrocada do sistema feudal.

Ainda, é sabido da existência de outros sistemas econômicos no mundo, como o oriental, o egípcio, o fenício, o persa, o mongol, o pré-colombiano, entre outros, mas, sob aspecto generalista das questões postas, as proposições aristotélicas e socráticas, assim como da escola clássica possuem a contribuição talvez mais importante para a formação da ciência econômica como um todo. Entretanto, devido a questões múltiplas serão abordados os temas propostos a partir do ponto incontroverso para a evolução da economia, ou seja, no período pós século XVII.

Com o fim do período medieval e, conseqüentemente o início da idade moderna ressurgem os filósofos político-econômicos com pensamentos predominantes que baseiam as evoluções posteriores e que impactam nas políticas econômicas e nos sistemas atualmente existentes.

Em destaque inicial, (BALEEIRO, 2010) ocorre juntamente com a criação dos grandes estados absolutistas o nascimento do Mercantilismo, por volta do século XVI. Tem como principais expoentes na Inglaterra William Petty, David Hume e James Denham Stewart, na França destacam-se Jean Bodin, Vauban, Forbonnais, entre outros.

O Mercantilismo é tido como precursor da política econômica, visava à riqueza com base no ouro e no dinheiro, pois neles residia a felicidade. Propõe um estado nacionalista e intervencionista, estimula instrumentos radicalistas como a proteção exacerbada das barreiras alfandegárias e a vedação da saída de recursos nacionais.

Outra medida protecionista é a alta gravação fiscal dos bens, produtos e serviços de origem estrangeira com vistas à incorporação à economia local. Tendente à expansão da máquina burocrática e, conseqüentemente, das despesas públicas.

Semelhante e contemporâneo ao estado mercantilista é o movimento alemão denominado Cameralismo, que difere, sobretudo, por somar a técnica economista à administração, que posteriormente denominar-se-ia administração pública. O Cameralismo inegavelmente torna-se o precursor da catedrática em universidades da cadeira relacionada ao Direito Econômico e às finanças públicas, talvez com alguma variação de nomenclatura de acordo com o período ou a localidade de cessão do conhecimento.

Com o fim do período absolutista e a renascença surgem também novos ideais que assim como toda mudança radical, se opõe na mesma proporção a tudo que remete ao regime antecessor. Nesse caso, há o descortinamento do ideal liberalista, inicialmente defendido por David Hume, mas que teve seu amigo Adam Smith como principal autor e difusor da nova política econômica.

Ainda segundo Baleeiro (2010), o liberalismo possui pelo menos duas vertentes históricas as quais se creditam o início da era moderna e da era contemporânea das políticas econômicas. A primeira vertente surgida na França é denominada Fisiocracia, possui como principal defensor à época Dr Quesnay, mas com outros nomes importantes ao seu lado como Mirabeau, Turgot e Dupont de Nemours.

A Fisiocracia como vertente da principal ideia liberalista de não intervenção do estado em qualquer que seja o domínio econômico ou nas relações comerciais ou mesmo no cotidiano do povo que guarde relação com algum envolvimento econômico, entende que a principal e única forma arrecadatória do estado deverá ocorrer por meio de tributação única que possua como sujeito ativo da tributação o proprietário da terra e que a base de cálculo seja relativa ao recebimento do dividendo da produção líquida devida pelo arrendatário ao dono da base cultivada.

Interessante ressaltar, que mesmo com a decadência do *ancien régime*, os fisiocratas ora são omissos, ora defendem a permanência da monarquia. Os franceses ainda entendem que os fisiocratas guardam prioridade sobre Adam Smith quanto à criação do liberalismo.

A segunda vertente do Liberalismo diz respeito ao chamado liberalismo clássico. Formulado na Inglaterra, foi proposto inicialmente por David Hume, mas que teve sua real evolução e propagação realizada por Adam Smith, sobretudo após a publicação da obra *A riqueza das nações – A inquire into the nature and causes of wealth of nations* – em 1776.

O liberalismo clássico teve sua evolução proposta por David Ricardo e outros autores. Na mesma época, na Itália, Pietro de Verri compactua com a política econômica liberal, mais tendente à fisiocracia, mas divergindo quanto à repercussão arrecadatária do estado que não deveria possuir como sujeito passivo do tributo o proprietário da terra, mas o consumidor final, ideia esta que, mesmo com modificações e partilhamentos, é adotada até os dias atuais.

Para os liberais, o Estado, produto de um contrato de seus indivíduos, visa apenas garantir a coexistência pacífica de seus membros. Não intervém nem interfere nos projetos individuais de felicidade ou em relação as concepções do bem. A concepção de estado varia de comunitarista para comunitarista. Pode ser intervencionista e propulsor da ética comunitária e da igualdade (comunitarismo de estado) ou só promotor dos valores compartilhados, imerso numa sociedade política militante (republicanismo). (SAMPAIO, 2013, p.175).

Entretanto o liberalismo demonstrou-se como autofágico, já que pela ideia central, o próprio mercado se autorregularia por meio da lei de oferta-procura, com a crescente população consumerista ocorreria também o aumento da produção, o que justificaria o equilíbrio da situação econômica.

Ora, a derrocada dessa proposição se justifica no estado real por pelo menos dois vieses. O primeiro ocorre já que para que essa autorregulação funcione de forma perfeita a taxa de produção e de consumo devem ser proporcionais e equivalentes entre si, com alguma possível variação sempre de forma equitativa em ambos os fatores.

Pois caso assim não ocorra, o que escapando ao inatismo proposto é de fácil acontecimento, haverá uma saturação de produtos no mercado e uma redução na procura e, conseqüentemente, nos preços e na produção, resultando em crises. Ou com o aumento da demanda e não acompanhamento da produção, ocorreria o inverso mas com a mesma resultante de crise.

O segundo viés percebe-se mais propriamente no estado capitalista pós revolução industrial, uma vez que pela ausência de um ente regulador,

no caso a não intervenção do estado, poderia proporcionar aberrações como o monopólio, duopólio, oligopólio, os trustes, os conglomerados, os monopsônios, duopsônios e oligopsonios, reduzindo assim a efetividade dos princípios constitucionais econômicos por exemplo, como da livre iniciativa ou do pleno emprego. Pois, o micro, pequeno e o médio empresário jamais conseguiriam se estabelecer em um estado assim proposto.

Enfim, demonstra-se autofágico, pois com a defesa e o exercício da liberdade plena a própria liberdade é tolhida, sucumbindo assim qualquer perspectiva de sobrevida econômica.

Conforme dito anteriormente, a ruptura com o regime anterior, *vg*, gera um contexto em mesmo sentido e direção oposta. Nesse caso, abriu-se a possibilidade do retorno de um estado total, com alta intervenção, mas de forma diferenciada daquela ocorrida com o Mercantilismo ou com o Cameralismo, já que a evolução ocorrida não permitia mais excesso como em outrora.

Nesse sentido, surge o Estado Social ou a social-democracia, ou ainda, a política econômica social catadrática, cujo principal defensor clássico seria Keynes, mas com bases em Malthus, Ricardo, J. B. Say e outros nomes. A implementação desse sistema coincide para a doutrina em geral co'a constituição de Weimar (1919).

Nessa forma política, o social supera o indivíduo em sua singularidade, o Estado retorna à burocracia, à expansão das despesas públicas, apesar de visar sempre à coletividade. O estado se torna empreendedor, busca a forma-mercadoria e se comporta de forma a direcionar os caminhos dos reduzidos entes privados que persistem na existência, ainda que esse não seja o objetivo precípuo.

Enfim, com o crescimento do capitalismo e a busca pela ascensão social e pelo acúmulo de capital pelos indivíduos, essa política social perdura por algumas décadas, mas derrota-se em geral em meados da década de 70/80, isso devido a alguns fatores como o término da guerra-fria, a quebra de paradigmas ambientais, sociais, sexuais, raciais.

Enfim, procura-se o meio termo entre a tese e a antítese, entre o não intervencionismo e o estado empreendedor, entre o mero expectador e a rolo compressor pesado, caro e expansionista. Chega-se à conclusão da liberdade do exercício econômico com limitações.

Limitações essas impostas pelo próprio gestor da vida em sociedade, o Estado. O qual se digna a regular, regulamentar e gerir, *vg*, minimamente as relações econômicas entre indivíduos particulares, entre estes e o estado ou entre relações não personificadas, entre outros.

O neoliberalismo não veta a participação do estado empreendedor, mas sugere que isso ocorra de forma mínima, incumbindo-se apenas da regulação, da “mão-invisível” que se torna visível. Mais adiante será abordada a questão dos sistemas econômicos relacionados à política econômica.

1.2 PÓS-MODERNISMO OU DO STATUS QUO AO PÓS-MODERNISMO

Com a evolução da política econômica ora exposta somada ao transcurso temporal natural com a conseqüente mudança dos hábitos dos indivíduos e da sociedade, o produto gerado dessa equação é previsto, mas não era previsível.

Com isso, a própria concepção de direito transforma-se de um mero coadjuvante, de uma área apenas de exposição epistemológica para uma efetiva aplicação no mundo prático, conforme demonstra Rosemiro Pereira Leal:

A partir dessas mutações, em que o direito econômico se distingue como depositário de normas de defesa da melhor qualidade de vida, da sobrevivência digna, da existência útil e pensante, é que o Estado passa a ser na modernidade o lugar (espaço) instrumental do Direito, recinto surgido da construção constituinte, e não mais o autor retórico do ordenamento jurídico, cego instituidor ou fiscalizador, mas instrumentalidade teórica dessa nova ordem jurídica. Não mais é de se guardar a “mão invisível” dos *smithianos*, mas o direito pela inteligência concreta do povo ativo (...) (LEAL, 2005, p.115)

De fato, o próprio Estado, para seu extinto de sobrevivência, necessita de ser parte envolvida nessa questão jurídica, como por exemplo, nas questões de exação fiscal, no qual, além do próprio estado cobrar o tributo, legisla sobre as regras a serem obedecidas. Interessante a exposição de Hugo de Brito Machado ao comentar uma exposição feita pelo ex-ministro Ives Gandra,

Tem razão Ives Gandra. O estado, levado pelo governante que o *presenta*, nem sempre atua no interesse da sociedade. Por isso é que o direito se faz indispensável como instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado. (MACHADO, 2011, p.7)

A busca incessante de acúmulo de capitais sem a política de governança plena no momento ideal direciona a humanidade ao autoextermínio. A questão suprema como será visto em tópico posposto, é a capacidade do sistema econômico capitalista de se auto adaptar ao meio para perpetuar-se no espaço-tempo enquanto assim for possível.

2 CONCEITO DE NEOLIBERALISMO

O precursor do neoliberalismo é o liberalismo, que pode ser político, econômico ou social. No caso do liberalismo, prevalecia os direitos de primeira geração, chamados de Direitos Individuais. Após um certo fracasso foi estabelecido o neoliberalismo

O neoliberalismo conforme explanado supra e como resultante da somatória da teoria de Baleeiro (2010), Leal (2005), Machado (2011) e as teorias clássicas previamente conhecidas, trata-se de uma política econômica adequada à liberdade social co'a intervenção mínima do ente estatal nas relações econômicas internas ou externas quando se tratar nesse último caso de pessoas físicas, jurídicas ou não personificadas de direito privado.

Para alguns autores, o neoliberalismo coexiste ao capitalismo trazendo inicialmente uma ideologia ou uma teoria para a prática capitalista. Para a corrente minoritária, distinguem-se. O exemplo mais evidente é a China, a qual não é neoliberal, mas é capitalista.

Com o transcurso temporal, o Neoliberalismo adquire nova *persona*, ou seja, uma nova faceta, a qual transmuta-se em uma prática além da questão ideológica. Prática essa que continua a subsidiar o capitalismo, porém com uma existência não dependente desse sistema.

Neoliberalismo é a resposta à crise do capitalismo decorrente da expansão da intervenção do Estado, antagônica à forma mercadoria, ainda que necessária para sustentá-la. Após alguns anos de diagnóstico e de tateações (Crozier *et alii*, 1975), o *n*~ toma forma no final da década de 1970 como 'Reaganismo' e 'Thatcherismo', e consiste essencialmente em uma tentativa de recompor a primazia, e recuperar o âmbito, da produção de mercadorias. Renegando as formas social-democratas que acompanham o estágio intensivo, nega a crise estrutural e histórica do capitalismo e se volta às origens desse, do tempo do liberalismo daí o nome de neo-liberalismo. (grifo no original, USP, 2015).

Portanto, como será visto adiante, a junção do capitalismo ao neoliberalismo possui pelo menos três fases existenciais até o presente momento.

3 CAPITALISMO E O NEOLIBERALISMO

O capitalismo surge principalmente no período final da idade feudal, a maior representação desse período são os cercamentos e a própria revolução industrial. Como a própria nomenclatura remete, o capitalismo conceitua-se, a grosso modo, como sendo uma forma de acúmulo de capital. Mas, sabe-se que a evolução e as resultantes dessa forma econômica superaram a simplória definição apresentada.

O capitalismo possui como forma de autolegitimação o neoliberalismo, política econômica voltada a explicar e abranger o sistema econômico predominante. Entretanto, o surgimento com a ideia primitiva e incipiente de ambos gera reflexos no mundo real, que por sua vez impacta como fator externo à evolução da política e do sistema econômico ora esposados.

A evolução histórica dos fatos mundiais e a interferência desses na causa política econômica gera a segunda fase do capitalismo. O chamado fator-material intrínseco. Nesse período o capitalismo afasta-se um pouco do liberalismo e aproxima-se da democracia-social. Interessante ressaltar que em ambos os períodos, ou seja, tanto no fator-material extrínseco quanto no intrínseco, às questões do meio ambiente sequer eram discutidas.

Em um terceiro instante, foi criado o chamado neoliberalismo, aproximando o início do capitalismo ao contexto atual, com uma intervenção moderada do ente estatal na economia, além da proteção ecológica, também de um discurso em torno da preservação do meio ambiente.

3.1 VARIANTES DA POSSIBILIDADE POLÍTICA ECONÔMICA

Ao refletir as questões inerentes ao novo contexto da política econômica do neoliberalismo e da sistemática do capitalismo surgem algumas indagações. Dentre essas indagações, algumas tornam-se retóricas por ausência do laboratório experimental.

Aqui, traz-se uma análise em torno da questão da possibilidade de mesclar outros sistemas econômicos com o neoliberalismo ou mesmo de outras políticas econômicas com o capitalismo. E ainda, se alguma dessas variantes seria mais benéfica à real preservação dos diversos meio ambientes em um só.

Por fim, questiona-se se a observância das variações no meio ambiente, sobretudo ecológico, refletiriam na verdade a estagnação ou o avanço no crescimento econômico, sempre de forma inversamente proporcional ao ato preservacionista.

Alguns pontos serão abordados a seguir, não com o objetivo de encontrar a resposta taxativa, mas como forma de induzir ao pensamento crítico e de criar uma interdisciplinaridade com, no mínimo, a economia e a geografia crítica.

3.2 APLICAÇÃO DE CONCEITOS NEOLIBERAIS AO MEIO AMBIENTE

Nesse parâmetro de capitalismo neoliberal, que se adequa sempre para se justificar em relação ao crescimento econômico, sem, contudo, aplicar de fato as questões desenvolvimentistas sustentáveis, o meio ambiente se apresenta como fator demonstrativo do limite ao crescimento e questionamento do modelo econômico hegemônico.

Essa afirmação decorre do fato que tudo o que é produzido atualmente possui origem natural, seja animal, vegetal ou mineral, mas todos de caráter finito ou de difícil e demorada recomposição.

Para se auto proteger e ao mesmo tempo pela busca natural para a preservação da permanência da aplicabilidade, o neoliberalismo e o capitalismo se hibridizam ao meio ambiente para trazer a solução e a justificativa da aplicabilidade da forma de consumo atual, o desenvolvimento sustentável, capitalismo sustentável.

Nos processos de desenvolvimento sustentável e capitalismo sustentável é que vem se apresentar o neoliberalismo do meio ambiente, conforme visto nos argumentos seguintes.

3.2.1 A PRIVATIZAÇÃO DA NATUREZA

É por meio da privatização que se materializa o neoliberalismo ambiental e pode ser entendido como o processo pelo qual se limita o acesso aos recursos (*enclosure*), se lhes atribui propriedade e possibilidade de serem controlados e transferidos.

Privatização ambiental é a “atribuição de direitos claros de propriedade sobre fenômenos ambientais ou sociais que previamente eram controlados pelo Estado ou pela comunidade, ou simplesmente,

não eram controlados por ninguém.” (CASTREE, N., 2008). Possui três tendências:

1. Acumulação primitiva (MARX, 1975): privatização da água, das terras, dos minerais, etc.,
2. Acumulação por espoliação (HARVEY, 2003): materiais genéticos, processos e componentes bioquímicos e biológicos.
3. Ambientalismo de Mercado: privatização da gestão ambiental com a mobilização de mecanismos financeiros para combater os níveis de poluição.

O mercado de carbono estaria nessa categoria e nos apresenta uma espécie de *keynesianismo climático* (NEWELL e PATERSON, 2010), no qual a lógica foi que a mobilização de influência de poderosas frações do capital e no uso do poder de Estado para dirigir investimentos, assegurando que os preços de carbono sejam estáveis e criem incentivos aos produtores, consumidores e investidores.

Mais adiante será distinguida a privatização da natureza frente a Corporatização. Sendo que de acordo com o entendimento doutrinário, podem se tratar de instrumentos distintos ou da corporatização ser elemento constitutivo prévio à privatização da natureza.

3.2.2 REGULAÇÃO, DESREGULAÇÃO E RERREGULAÇÃO

A intervenção do estado no âmbito econômico é cada vez mais repudiada. Devido a esse fato, as diversas formas de intervenção mínima têm ganhado espaço. Agências Reguladoras e a intervenção estatal, *vg.*, por meio do poder de polícia simplesmente, têm proporcionado o aumento da auto executoriedade do mercado, ou seja, o crescimento do pragmatismo da teoria da “mão-invisível” proposto por Adam Smith.

Para que as Agências Reguladoras e o Poder de Polícia sejam exercidos efetivamente pelo ente estatal, são necessários o prévio cumprimento de certos requisitos constitucionais ou infraconstitucionais, como a legalidade formal e material da regulação, o cumprimento de requisitos temporais, como o da anterioridade e da nova noventena, por exemplo.

A desregulação para eliminação de barreiras é o eixo central do capitalismo contemporâneo. A desregulação

visa promover investimentos econômicos para elevação do capital ou desenvolvimento econômico. Nesse contexto a desregulação poderia ser enfrentada como uma espécie de extrafiscalidade com vistas a incentivar ou desincentivar determinado comportamento para desenvolvimento do tripé ambiental.

A exemplo, seria o mercado de carbono, livre de barreiras alfandegarias, ou a compensação ambiental em outro microclima. A forma utilitarista, nesse último exemplo, traria a verdadeira benesse finalística. Porém, a parcimônia é necessária, tendo em vista que no meio ambiente, nem sempre a preservação nesses moldes, resultaria em uma preservação efetiva.

A demonstração mais evidente de que a mitigação das barreiras nem sempre traria um resultado preservacionista efetivo é a compensação ambiental em outro microclima, diferente daquele que é objetivo da exploração ou consumo.

Sabe-se que na questão ambiental, diversos fatores, hão de ser considerados. No caso da compensação ora demonstrada, evidencia que as espécies dependentes daquela região explorada, estariam fadadas ao extermínio ou, no mínimo, à migração, o que interferiria no ciclo de vida no ambiente cedente, assim como no receptor.

Conforme mencionado, a desregulação é um importante instrumento que contribuiria no desenvolvimento sustentável em seus diversos sentidos, principalmente, a fim de garantir a perpetuação das matrizes ambientais, sociais e econômicas.

Outro instrumento disponível em destaque, muito possivelmente emprestado das esferas administrativa e constitucional, é a chamada *rerregulação*.

A *rerregulação* seria uma forma de intervenção do estado para facilitar os processos de privatização e a criação de mercados que controlem aspectos amplos da vida social e ambiental e reescreve as relações e os direitos das pessoas e do meio ambiente o que demonstra que mesmo num mercado livre, a intervenção do estado se faz necessária.

Adiante-se que não se trata de uma intervenção estatal de forma a aplicar os direitos de segunda geração tão e exclusivamente, mas apenas mais uma das formas do Estado controlar e estabelecer limites, ainda que dilatados, aos contratantes ou aos terceiros interessados.

3.2.3 COMERCIALIZAÇÃO DA NATUREZA E CORPORATIZAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA

A Corporatização da Gestão Pública pode ser entendido como a reconfiguração das instituições de gestão e de tomada de decisão. Tal aspecto visa atrelar às ações do ente público a determinadas atitudes que comumente são tomadas por pessoas jurídicas do direito privado, visando gerir de forma mais eficaz e a *res publicae*.

A comercialização reescreve o recurso ambiental como um bem público e redefine os cidadãos como usuários (clientes, consumidores). Neste contexto, os incentivos monetários têm papel central para influenciar o comportamento individual de forma positiva ou no caráter mandamental de *não-fazer*.

A privatização se distingue da corporatização, vez que a última pretende imprimir à gestão pública um caráter de eficiência, com a adoção de práticas do setor privado, ainda que seja a eficiência uma das sete características constitucionais da Administração Pública. Entretanto, a utilização de formas de catalisar algum dos princípios se auto define como forma eficiente de busca do melhor custo-benefício.

Muitos autores distinguem esses dois processos, como demonstrado anteriormente. Já uma corrente minoritária de autores coloca a corporatização como uma etapa prévia à privatização (recomendação do Banco Mundial).

Nesses processos, o estado não desaparece completamente (*roll-out Neoliberalism*), mas, adota valores e mecanismos do setor privado, ou *market proxies* (CASTREE, 2008). “[...] o projeto neoliberal não significa a morte do estado, senão a reinvenção de seu papel e de suas funções a favor das lógicas de acumulação de capital.” (PECK, 2004).

3.2.4 MERCANTILIZAÇÃO (COMODIFICAÇÃO)

Momento central da neoliberalização da natureza, a mercantilização é tida como um meio para regular a ação humana. Parte da tendência crescente de “mercantilização universal” como forma de criar e fazer circular novas mercadorias. O meio ambiente estaria inserido em um tipo de mercantilização fictícia, já que embora se encontra no mercado, estão fortemente sujeitas a regulação do estado (como o trabalho e o dinheiro). (POLANYI, 2001., RADIN, 1996.).

São entendidos como processos chave da mercantilização do meio ambiente:

- Alienação: capacidade da mercadoria deve estar física e moralmente separada de seus vendedores;
- Individualização: condição de separar o bem de seu contexto seja por barreiras materiais ou legais;
- Abstração: processo de “homogeneização” (pelo autor);
- Valoração: possibilidade de precificar o bem;
- *Displacement*: desconsideração das relações socioecológicas;
- Privatização: conforme já visto.

A mercantilização, grosso modo, pode ser entendida como a forma de gerar o capital “*precificador*” da coisa natural, em outras palavras, é gerar o dividendo por meio da objetificação do meio natural, o que torna o meio ambiente mero produto de compra e venda.

Conforme mencionado, a mercantilização da natureza pode ser concebida como um meio para regular a ação humana, tendo em vista que a *coisificação* do produto acaba por submetê-lo às variações de mercado e, consequentemente, estabelecendo determinados limites indiretos à ação humana.

A seguir, serão demonstrados alguns dos lados positivos dessa evolução da conscientização atual da necessidade de modificação dos paradigmas ambientais frente ao meio ambiente e, extremamente necessários, para o prolongamento ou a perpetuação das espécies no planeta, visando manter uma estrutura de conforto próxima à atual.

4 AMBIENTALISMO DE MERCADO E MODERNIZAÇÃO ECOLÓGICA

A modernização ecológica defende a compatibilidade entre as bases sociais, econômicas e ambientais, por meio da tecnologia e do mercado. Esse movimento surgiu na Alemanha, na década de 70, como crítica a gestão extremamente burocrática e à ineficácia do estado.

A inovação no papel do estado nesse contexto reside em implementar novos mercados de desenvolvimento tecnológico e regular a atividade econômica para que seja mais sustentável, como visto no item 3.2.2.

Atualmente, o paradigma criado defende que os problemas ambientais se resolvem com novos mercados e novas demandas. Acomodação política da crítica radical da década de 1970.

Essa evolução acompanha a evolução das gerações de Direitos, que após a era dos Direitos Individuais, dos Direitos Sociais, dos Direitos Liberais e dos Direitos Difusos, é necessária a compatibilização das formas de intervenção do Estado na vida privada e na autonomia de vontade, o que evidencia, no caso do controle mercadológico e das relações entre pessoas, sobretudo as jurídicas, a regulação por meio de agências ou simplesmente na fiscalização ou arbitramento nas lides que envolvam violações ao *pacta sunt servanda*.

4.1 O SURGIMENTO DO AMBIENTALISMO DE MERCADO

Os mecanismos de mercado têm ganhado peso na gestão ambiental por vários motivos. Aliados ao discurso sobre a modernização ecológica, aparecem como causa do surgimento do ambientalismo de mercado o suposto fracasso do estado de governança ambiental e os custos crescentes da regulação.

O crescimento desordenado das cidades brasileiras compele boa parte da população urbana para áreas marginais onde se constituem assentamentos informais, boa parte deles em áreas de especial tutela ambiental, como áreas verdes e áreas de mananciais. A situação criada pela omissão do Estado cria verdadeiros problemas do ponto de vista social e jurídico, posto que famílias às quais nunca se propiciou o direito fundamental à moradia acabam por ocupar áreas protegidas, com fundamento no direito coletivo ao ambiente equilibrado e de acesso aos recursos naturais. (REIS, 2013, p.292)

O ambientalismo de mercado aparece como uma união entre proteção ambiental, crescimento econômico e eficiência. As principais características dessa vertente são o estabelecimento de direitos de propriedade, mecanismos de alocação, colaboração público privada e internalização das externalidades pelo preço.

Nesse mecanismo, os indivíduos assumem a responsabilidade de responder pelas informações e incentivos existentes e caberia ao estado ajudá-los a facilitar esse processo.

É inegável que, com a crescente conscientização da população em geral sobre as questões ambientais necessárias à perpetuação das diversas formas de vida no planeta, o ambientalismo de mercado acaba por ser também uma estratégia de *merchandising* extremamente eficiente e de custo baixo, gerando um custo-benefício excelente ao empreendedor.

5 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS SUSTENTÁCULOS DA TEORIA

Inicialmente, demonstrou-se que o Desenvolvimento adota pelo menos três vieses, o econômico, o ambiental e o social. O tripé desenvolvimentista exposto convive harmonicamente e auto influencia-se em maior ou menor proporção, à medida que se aumentam os índices de mensuração propostos.

Como exemplo da sinergia do Desenvolvimento Sustentável originariamente proposto, há um determinado empreendimento que propiciaria o desenvolvimento econômico e, da mesma forma, o desenvolvimento ambiental, com reflexos positivos no desenvolvimento social, inclusive por beneficiar difusamente a população sob o enfoque sustentável e coletivamente pelo acesso à área preservada.

A “capacidade de carga” do planeta terra não poderá ser ultrapassada se não ocorrerem grandes catástrofes ambientais. Entretanto, como não se conhece qual é esta capacidade de carga, e que será muito difícil conhecê-la com precisão, é necessário adotar uma postura precavida que implica agir sem esperar para ter certeza. Nesse sentido, é preciso criar o quanto antes as condições socioeconômicas, institucionais e culturais que estimulem não apenas um rápido progresso tecnológico poupador de recursos naturais, como também uma mudança em direção a padrões de consumo que não impliquem o crescimento contínuo e ilimitado do uso de recursos naturais per capita. (ROMEIRO, 2001, p.6)

Entretanto, apesar desse desenvolvimento compartilhado, existe também o desenvolvimento predatório, no qual um dos vieses do tripé impede ou reduz a possibilidade de crescimento ou sobreposição do outro. Observa-se que isso pode ocorrer entre quaisquer dos três aspectos, mas ocorre de sobremaneira do desenvolvimento econômico para os demais. Essas nuances serão discutidas logo a seguir.

Para institucionalizar o meio ambiente nos processos de produção e consumo e, assim, redirecionar as práticas econômicas num sentido mais ecológico, a ecologia deve ser “emancipada” da dimensão econômica da modernidade. A emancipação de uma “racionalidade ecológica” e de uma “esfera ecológica”, ambas procedendo relativamente independentes da sua contraparte econômica, é a *conditio sine qua non* para uma subsequente “integração complexa” dos dois domínios, agora sim valorizados igualmente, por meio da “ecologização da economia” e da “economização da ecologia”. É por meio desses dois mecanismos

simultâneos que os processos de reencaixe se efetivam em condições de modernidade reflexiva. (OLIVERI, 2012, p. 41)

Um crescimento econômico que não afete o meio ambiente gera uma contradição com o desenvolvimento econômico hoje em prática. Essa contradição baseia-se na concepção histórica e capitalista de desenvolvimento, entendido como crescimento econômico baseado no Produto Interno Bruto (PIB), que é calculado a partir da soma monetária do valor de todos os bens e serviços que o país produz na agropecuária, na indústria e nos serviços.

O PIB é impulsionado pela industrialização, que gera duplo dano ambiental pela utilização em larga escala de recursos naturais e na alta produção de resíduos. Por isso, alguns autores e estudiosos da área acreditam que o desenvolvimento, nos moldes relatados, não é sustentável e tão pouco pode ser atrelado à sustentabilidade.

Possivelmente a modificação dos índices estatísticos potencializariam o Desenvolvimento Sustentável Ambiental e Social, e de forma mediata, o Desenvolvimento Econômico. A aplicabilidade de índices que mensurassem a qualidade de vida ou a preservação ambiental, mas não de forma utilitarista, mas real, poderiam surtir os efeitos desejados de preservação e prolongamento da vida na terra se, contudo, diminuir a qualidade de vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento sustentável gira em torno do tripé social, econômico e ambiental, sustentáculos interligados e interdependentes entre si. Porém, o fator econômico adquire mais força sobre os demais, a medida que o transcurso temporal evolui, de sobremaneira, na decorrência histórica a partir da decadência do estado feudal e aproximação do estado contemporâneo.

Há que se ressaltar, conforme visto, que o crescimento econômico necessita, até sobre um aspecto de dependência, do meio ambiente, com destaque ao ecológico. Outrossim, o crescimento econômico desenfreado corrompe a proteção ambiental, mas com um discurso protecionista de forma a demonstrar uma pseudo-justificativa ao consumerismo dos bens oriundos das fontes naturais.

O sistema econômico capitalista e o modelo econômico neoliberalista, predominantes no mundo hodierno ocidental, instrumentalizam e potencializam o declínio do meio ambiente. Conforme dito, as bases de

sustentação do desenvolvimento sustentável são interligadas entre si, e o viés social, possivelmente seja o último a sentir os efeitos de tais impactos, mas as consequências são tão drásticas e irreversíveis quanto os impactos sentidos pelas outras bases.

Dessarte, o viés social dicotomicamente terá um progresso na qualidade de vida trazido pelo desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo terá uma redução da mesma qualidade de vida, devido à corrosão do sustentáculo ambiental. O primeiro fator é midiático, haja vista a sucumbência do fator matéria-prima. O segundo permanente ou de recuperação a longuíssimo prazo, muitas vezes ultrapassando gerações.

A forma de resolução desse problema trespassa por meios ético-morais, pela mudança dos paradigmas do sistema econômico capitalista e das políticas econômicas do neoliberalismo. Não se propõe a volta de um estado social que, conforme visto, é ambientalmente impactante da mesma forma.

Tão sequer propõe-se o fim do Estado Capitalista, já que se sabe tratar de uma utopia inexecutável. Não há como retroceder ou extinguir o conforto adquirido pela sociedade contemporânea. Entretanto, deve-se buscar um consumo e uma produção industrial que não extingam a vida no planeta.

Possivelmente, a solução seria uma alteração dos modelos econômicos atuais, o qual mesclasse o desenvolvimento ambiental, social e econômico voltados para a preservação efetiva e não apenas discursiva, com o fito à busca do *bonno vivere* proposto por Aristóteles. Nesse modelo, ainda haveria o crescimento econômico, mas de forma mais racional para que os recursos finitos ou com finitude direcionada não se esgotassem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ECHEVARRÍA, Juan Claudio Morel. *Ambiente y cultura como objetos del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2008, p.35-64.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARVEY, David. *The New Imperialism*. Oxford:Oxford University Press, 2003.

JONAS, Hans. *O princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico: Soberania e Mercado Mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEWELL, Peter; PATERSON, Matthew. *Climate Capitalism: Global Warming and the Transformation of the Global Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

OLIVEIRA, Leandro Dias de. A geopolítica do desenvolvimento sustentável: reflexões sobre o encontro entre economia e ecologia. In: *Carta Internacional*, v.7, n.1, p.118-139, jan./jul. 2012.

OLIVERI, Alejandro Gabriel. A teoria da modernização ecológica e a mudança climática. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, ano 3, n. 07, p. 33-54, 2012.

REIS, João Emílio de Assis. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. *Veredas do direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: v.10, n.20, p.289-314, jul./dez. 2013.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade? In: *Texto para discussão. IE UNICAMP*, Campinas SP, n.102, p.1-28, set. 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. *Tutela das Diversidades Culturais à Luz do Sistema Jurídico-ambiental*. Porto Alegre: SAFE, 2005. Cap. 2.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

USP. *Conceito de Neoliberalismo*. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deprojeto/c_deak/CD/4verb/neolib/index.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

RECEBIDO EM: 26/12/2017

APROVADO EM: 12/01/2018

DÉFICE DEMOCRÁTICO NO DIREITO TRANSNACIONAL: APARÊNCIA OU FATO?

*DEMOCRATIC DEFICIT IN TRANSNATIONAL LAW:
APPEARANCE OR FACT?*

Álvaro Osório Simeão

*Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito
Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF.*

Advogado da União - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 A democracia contratual; 2 A internacionalização do direito; 3 A democracia para além do liberalismo em Weber, Luhmann e Teubner; 4 A legitimidade do Direito Transnacional em Lars Vellechner: o mito da territorialidade dos Direitos Fundamentais; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Na democracia liberal a obediência ao direito positivo se prende ao fato de que as normas são produzidas por poderes constitucionalmente estabelecidos, de modo que o ordenamento jurídico é visto como expressão de soberania. Esse postulado tangencia o conceito de Direito Transnacional, daí se falar em déficit democrático. A justificação dessas normas passa por construções doutrinárias pós-liberais. O artigo analisa quatro dessas construções legitimadoras do Direito Transnacional, propostas por quatro pensadores alemães: Karl Emil Maximilian Weber, Niklas Luhmann, Günther Teubner e Lars Viellechner. A hipótese contestável é no sentido de que há pontos em comum, a serem identificados, nessas quatro correntes de pensamento sobre legitimidade normativa

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Legitimidade. Direito. Transnacional. Alternativas.

ABSTRACT: In liberal democracy obedience to positive law is linked to the fact that norms are produced by constitutionally established powers, so that the legal system is seen as an expression of sovereignty. This postulate touches on the concept of Transnational Law, hence the term democratic deficit. The justification of these norms passes through post-liberal doctrinal constructions. The article analyzes four of these legitimating constructions of Transnational Law, proposed by four German thinkers: Karl Emil Maximilian Weber, Niklas Luhmann, Günther Teubner and Lars Viellechner. The contestable hypothesis is that there are points in common, to be identified, in these four currents of thinking about normative legitimacy

KEYWORDS: Democracy. Legitimacy. Law. Transnational. Alternatives.

INTRODUÇÃO

O modelo liberal de democracia tem se mostrado insuficiente para justificar o processo de formulação normativa, no âmbito das instituições internacionais, sobretudo na pendência de impasse entre os Estados integrantes desses organismos ou quando ocorra restrição à participação desses Estados na instância deliberativa.¹ Para além disso, a partir da globalização e transnacionalização das relações surgem atores privados em estruturas globais altamente especializadas que criam uma identidade mundial normativa que também não se adequa ao paradigma contratualista do Estado-nação². O presente artigo pretende analisar quatro conceitos de democracia que, suplantando esse ideário liberal calcado no consenso do governado, através de eleições regulares e livres, possa servir de base razoável para o processo de produção normativa transnacional e tomada de decisão por instituições internacionais.

O objetivo está em identificar e analisar teorias de justificação que possam suprir o que alguns autores chamam de *défice de legitimidade* que permeia a governança supranacional, lembrando que este tipo de autoridade não se alicerça, historicamente, em sufrágio.

Cresce a cada dia em importância esse tema quando temos em vista, primeiramente, que a globalização, como verve fática da mundialização do direito, coloca em pauta o debate sobre a legitimação das normas, que não mais pode ser entendida como atividade única e exclusiva do Estado nacional. Modelos alternativos, relacionados às fontes do direito, surgem a cada dia e possibilitam um pensamento concreto sobre a reformulação do conceito liberal de democracia.³

Ademais, o *défice democrático* no processo decisório dos organismos internacionais vem sendo utilizado, por alguns países, como justificativa para a não assinatura de tratados, protocolos e convenções, sob a falsa alegação de ferimento a sua soberania. Assim, a pesquisa visa também explicitar argumentos que deitem por terra esse tipo de alegação que,

1 Vide, por exemplo, o artigo 25 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual as decisões do Conselho de Segurança são vinculantes para todos os Estados que integram a organização, mas onde somente cinco membros participam, de forma permanente, do processo de tomada de decisão.

2 BARBOSA, Luiza Nogueira, MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *O direito transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrismo*. REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. v. 13, n.3, p.146-159. Brasília, 2016.

3 Podemos citar, entre outros, o modelo reflexivo de Teubner, o modelo autopoiético de Luhmann e o modelo garantista horizontal de Viellechner.

no mais das vezes, prende-se verdadeiramente a questões políticas de interesse próprio.⁴

A mundialização tem estado cercada por uma discussão que remonta ao utilitarismo e ao contratualismo que fundamentam, por assim dizer, as teorias clássicas sobre o Estado. Tal fenômeno põe em pauta uma discussão que remete à legitimidade do Direito Internacional frente a necessidade de preservação da liberdade, igualdade, soberania popular e limitação do poder. Esses princípios, como sabemos, são os esteios maiores do que se convencionou chamar, no liberalismo político, de democracia.

A Constituição Brasileira consagra, junto com a maioria dos ordenamentos ocidentais, que todo poder emana do povo, devendo ser exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos (artigo 1º parágrafo único). Resta explicitado em quase todo mundo civilizado, também constitucionalmente, que o poder estatal deve ser dividido, não podendo ser exercido com exclusividade, sob pena de retorno ao absolutismo (artigo 2º da Constituição Brasileira de 1988).

A pergunta, no que se relaciona à Mundialização do Direito, tem a ver com a identificação das fontes deste fenômeno. É preciso verificar se os conceitos clássicos de povo e democracia se aplicam à mundialização. Em caso negativo, de que forma se pode justificar, sob o prisma da legitimidade política, este processo?

Não há dúvida de que na formação do Direito Internacional há, mas sob a ótica puramente liberal, um claro déficit democrático que se relaciona com as dificuldades em se construir uma vontade política legítima devido à inexistência de uma base social comum. A produção normativa internacional não obedece a uma congruência em relação aos seus destinatários, no sentido de somente vincular aqueles que tiveram efetiva participação na feitura dos tratados e acordos. Isso leva à indagação sobre quais são os limites do poder normativo internacional. Para responder a esta pergunta é preciso, antes de tudo, verificar se há, de fato, um entendimento consolidado, dentro de um espectro liberal, sobre o que é democracia e, em caso positivo, qual seria essa noção.

4 O argumento de que a soberania americana não poderia render-se a uma autoridade internacional não eleita foi usado pelos Estados Unidos da América para não ratificação do Protocolo de Quioto sobre o Clima, em 1997.

1 A DEMOCRACIA CONTRATUAL

A democracia é, na verdade, o móvel maior da própria modernidade. A filosofia política do constitucionalismo liberal é uma só: a filosofia democrática, que se baseia na ideia de “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Durante todo o tempo posterior às revoluções liberais, a ciência política pretendeu viabilizar a democracia. Esse foi e, para uma boa parte do mundo ainda é, o desafio maior a ser perseguido pelo Estado⁵. Tanto as doutrinas sociais, como as econômico-liberais, procuraram preservar o regime democrático a partir da manutenção da liberdade e da igualdade. É bem verdade que o socialismo muito mais preocupado com a igualdade que com a liberdade, enquanto o liberalismo sempre se fiou numa igualdade automática, utópica e ingênua (*invisible hands*). A terceira via, presente num suposto socialismo democrático, não saiu dos alfarrábios.

Os valores democráticos cultivados no berço do Estado-nação constitucional possuem fonte no pensamento de Rousseau, que defendia a implicação mútua da igualdade com a liberdade. Uma vez que os homens não fossem desiguais, todos poderiam tudo que não violasse a alteridade, sendo essa condicionante final justamente a razão maior de ser do Direito (restringir a liberdade própria em favor da liberdade do outro).

Rousseau via no pacto social a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, ao Estado. Desta forma, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, pois “*a condição é igual para todos e cada um ganha o equivalente daquilo que perde e mais força para conservar aquilo que tem*”⁶.

É constante, entre os contratualistas que fomentaram doutrinariamente as chamadas revoluções liberais, primeiramente na Inglaterra, e depois nos Estados Unidos da América e França, a ideia de que a base de um regime democrático está no respeito à vontade coordenada de um conjunto de indivíduos que se identificam por vínculos culturais, geográficos, genealógicos e naturais. Essa vontade, denominada de soberania popular, redundava num pacto social que transforma a multidão em povo e faz nascer o Estado-nação, ou Estado dos nacionais⁷.

5 Afinal, como assevera Mireille Delmas Marty (2003), menos de metade dos 185 países que integram a ONU fazem eleições livres, com sufrágio universal.

6 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Forense, 2002. p. 162

7 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: L&PM Pocket, 2007.

De qualquer maneira, não há democracia, em seu contexto liberal, sem a integração entre liberdade e igualdade. Essa é uma outra noção consolidada, além do princípio garantidor da simbiose entre vontade geral do povo e normas jurídicas a serem obedecidas por esse povo⁸.

Ora, pelo menos sob ótica teleológica temos que a Mundialização do Direito é um processo que objetiva o mesmo que a democracia dos modernos, ou seja, promover igualdade e liberdade. A diferença está unicamente centrada nos limites territoriais em que essa missão deve ser desempenhada. Enquanto um direito mundial procura universalizar esses valores entre nações, para todo o planeta, as Constituições ainda estão atreladas à preservação de uma democracia restrita ao conceito de povo, desconsiderando a noção de humano. É preciso, desta forma, reformular-se a noção de democracia, aproximando-a de uma axiologia que privilegie a pessoa, e não as peculiaridades culturais deste ou daquele país. Este é o caminho que viabiliza, com legitimidade, um direito comum entre nações.

O conceito moderno de democracia somente se harmoniza num contexto onde o elemento humano se situa física e culturalmente em um dado território, ou seja, é preciso haver uma base social comum, com fatores de aproximação que vão do nacionalismo até os interesses pessoais e hábitos cotidianos. Ninguém há de negar, por exemplo, que o pensamento norte-americano sobre honra individual é bem distinto do japonês, e que o senso ético brasileiro parece algo diferente do dinamarquês.

A concepção clássica de povo é, contudo, sectária. Nos manuais de Direito Constitucional e Ciência Política ainda se vê, mesmo que sob crítica, a definição segundo a qual o povo seria um “conjunto de pessoas vinculadas por sua origem étnica ou pela cultura comum”⁹.

O conceito de povo deve ser pluralista e direcionado para o estabelecimento de igualdade e liberdade universais. Isso somente é possível quando se relegam as diferenças e são sopesadas as características comuns, que identificam o ser humano independentemente do local, cultura ou raça a que pertença.

Numa visão que contempla a atuação política extraterritorial, além de aspectos ligados a cultura e etnia, é melhor se entender o povo como

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 188

“um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal”¹⁰.

A concepção contratualista de “povo” difere da concepção de população. Povo é o conjunto dos nacionais com expressão política, de maneira que, seguindo essa fórmula, a democracia somente pode ocorrer no âmbito interno dos Estados, excluindo os estrangeiros. Para os pensadores do final do século XVI e XVII era imponderável uma “democracia global” ou que pelo menos suplantasse as fronteiras estatais.

Na modernidade a ideia de Estado-nação é básica, pois se parte do paradigma particularista segundo o qual deve haver uma congruência fundamental entre um grupo social integrado por fortes laços econômicos, culturais e históricos e as opções político-normativas adotadas para a consecução do bem comum. O Estado, com poder absoluto de auto-determinação, é fonte de todo o direito, fundador e mantenedor de toda política¹¹.

O contratualismo, base teórica do Estado-nação, liga-se ao conceito tradicional de soberania: poder absoluto e perpétuo que permeia toda coisa pública¹². A soberania funda e caracteriza o Estado por meio de uma Constituição que nada mais é do que a própria realização do princípio democrático, sobre o qual passa a se legitimar todo o poder político, obrigado a respeitar, por força de um documento escrito, o valor liberdade.

Ir contra a Constituição é atentar contra a democracia, pois aquela cria um campo de força ao redor do indivíduo, protegendo-o do arbítrio estatal¹³. A democracia, nesse contexto, é um modelo que não deixa de se basear na desconfiança em relação ao poder, tanto assim que é preciso que ele permaneça dividido, em funções, para evitar a volta ao absolutismo, que hoje seria melhor denominado de ditadura¹⁴.

10 BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado del derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2002.

11 BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigm of international law*. Institute of international law and justice of New York university school of law, Working Paper 2008/3, finalized at 07/02/2008.

12 BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955.

13 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?). Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Vê-se, dessa forma, que o contratualismo serviu de base ao constitucionalismo nacionalista de Sieyès, que fundou uma ordem baseada no caráter ilimitado do poder constituinte. A principal consequência que decorre do exercício do poder está na sua própria limitação por uma lei comum da sociedade: a Constituição, instituição normativa que nunca poderia ser contrastada pelo direito internacional.

Decorre daí que, no liberalismo, a competência constitucional é produto da soberania de um povo, habitante de um território específico, não podendo ser de qualquer forma atribuída a organismos internacionais, sob pena de ferimento ao princípio democrático. Conforme Sieyès: “*la nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même*”.¹⁵

Era útil e razoável que fosse assim, pois é pela capacidade normativa, alicerçada na razão humana, que o poder político se mostra apto para refrear e controlar, numa visão *hobbessiana*, os ímpetos da força bruta; por essa aptidão, ele se caracteriza, sob a Constituição, como criador de direito, isto é, como potência reguladora. Ora, no Estado moderno o conceito de soberania conota essa vocação fundamental do Poder. A soberania constituiu-se, assim, em requisito para a independência e onipotência do Estado constitucional moderno¹⁶.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Como já assinalado, na passagem da idade média para a modernidade estruturam-se, a partir premissas ligadas à filosofia contratualista, a ideia de democracia como regime de governo em que a soberania interna, ou popular, é fonte e fundamento de todo o poder político, ou na definição clássica de Lincoln: *a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*.

Entretanto, a atribuição progressiva de competências e de capacidades às organizações supranacionais, com a consequente multiplicação dos temas tratados pelo direito internacional, assuntos que antes eram afetos, com exclusividade, à disciplina interna das nações, induz à revisão conceitual do que seja democracia, pois na definição liberal esse fenômeno se mostra inapto a justificar a autoridade deliberativa e normativa das instituições internacionais.

15 “A nação existe antes de tudo. Ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei”. E.Sieyès. *Qu’est-ce que le tiers état?* (1789), reedição PUF, 1982. p.67.

16 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Essa revisão cresce em importância quando se verifica que é cada vez maior a produção de normas por essas instituições que, como vimos, não se adequam ao modelo democrático liberal. Fazamos um pequeno cotejo histórico para demonstrar o crescente papel legiferante desses organismos.

No entre guerras surgem organizações com pretensões mundiais. A Organização Internacional do Trabalho, de 1919, e a Liga das Nações, representaram marcos iniciais de uma internacionalização de competências que ainda perdura e cada vez mais se aprofunda. Por meio dessa crescente participação em organismos internacionais os Estados passam, por exemplo, a aceitar práticas comerciais em comum, a adotar medidas de proteção para o meio ambiente, e a comprometer-se com os direitos humanos. Tais mudanças refletem metamorfoses políticas e econômicas, e culminam com a transformação do sistema internacional em uma sociedade internacional – ou seja, na aceitação, por parte dos Estados soberanos, de normas compartilhadas e reconhecidas mutuamente¹⁷.

Após a segunda guerra mundial intensificou-se, por urgência humanitária, a atribuição de capacidade normativa pelos Estados aos organismos internacionais. O surgimento da Carta das Nações Unidas – ONU, em 1945, pontua o início de uma capacidade normativa que tem por esteio político não o poder soberano de um Estado, mas a conjugação de vontades nacionais voluntárias na tentativa de coordenar ações mínimas para garantir a paz e a segurança, passando a obrigar, inclusive com sanções por descumprimento, as nações ratificadoras do pacto.¹⁸

Esse movimento de internacionalização da capacidade normativa propagou-se com a publicação de vários outros diplomas internacionais, entre os quais podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de dezembro de 1966, e o Protocolo de Quioto, em vigor desde fevereiro de 2005.

No plano que se restringe a um continente cite-se, em relação à reformulação do conceito de soberania, a demandar uma nova visão do

17 LYONS, Gene M; MASTADUNO, Michael. *Beyond Westphalia? state sovereignty and international intervention*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

18 A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945, pelos países em guerra contra o Eixo, reunidos em San Francisco, nos Estados Unidos, com o objetivo de garantir a paz e a segurança mundiais e instituir, entre as nações, uma efetiva cooperação econômica, social e cultural. No mesmo momento entrou em vigor o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Ambos os documentos passaram a vigor em 24 de outubro de 1945.

princípio democrático, a cooperação e integração entre os Estados da Europa. Trata-se de internacionalização normativa calcada inicialmente na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada pelo Tratado de Paris (1951) e que significou a partida para a formação da Comunidade Econômica Europeia com a assinatura do Tratado de Roma, em 1957.

Nesses últimos cinquenta anos, o que era uma associação entre países com vistas à formação de um mercado comum, alargou-se e aprofundou-se, para além de fenômenos defectivos, como o BREXIT. Alguns autores chegam a afirmar que a Comunidade Europeia é o primeiro caso de renúncia formal de soberania, situação em que os Estados atribuem às organizações internacionais o direito de estabelecer normas sobre alguns assuntos, sem conservar para eles mesmos esse direito. Nesse caso não se fala em simples atribuição, mas em uma transferência de competência e capacidade¹⁹.

Os tratados comunitários europeus – Roma, Maastricht, Amsterdã, Nice e Lisboa – são diplomas contundentes em relação à extinção do conceito clássico de soberania sob ótica política.

O que se constata, a partir desse breve apanhado que ilustra a evolução do direito internacional frente à função normativa doméstica dos Estados, é que o processo de governança é cada vez mais centrípeto, ou seja, “de fora para dentro”²⁰. O próprio fenômeno constitucional, calcado na centralidade normativa do positivismo, que considerava a atuação estatal como única legitimadora da atividade legislativa, já sofre casos de heterodoxia completa, sendo a constituição elaborada e posta a vigor por forças externas²¹.

Existem exemplos relacionados a essa heterodoxia constitucional que desafiam completamente a ideia de democracia liberal. O primeiro encontra-se na Constituição Japonesa imposta pelos aliados após a segunda guerra, sem a oitiva do povo japonês. Outro caso mais recente é aquele protagonizado pelos Acordos Internacionais de Dayton, onde o anexo IV passou a ser a Constituição da recém-criada Bósnia-Herzegovina, em 1995. O texto, neste caso, foi elaborado e aprovado pela Organização das

19 VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 42, nº 167, jul./set. 2005, separata.

20 TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDJ, 2000.

21 CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

Nações Unidas - ONU, sem a participação da população que seria regida por aquele diploma.

Nesse último caso de heterodoxia constitucional o organismo internacional apenas ratificou, formalmente, a soberania do país, surgido a partir do conflito nos Bálcãs²². Frise-se que, principalmente nesse último caso não há como negar que a imposição do texto era o mais justo e necessário, com base na força normativa dos fatos.

Em outras palavras, a arquitetura hierárquica escalonada por Kelsen e conhecida de todos os operadores do direito, não resiste à pressão fática calcada em valores cada vez mais universais e que crescem diante da experiência histórica. A história é objetiva e lógica ou, como expressou Gadamer “*é uma fonte de verdade muito distinta da razão teórica*”²³.

Para além dessa internacionalização do direito público impende salientar o fato relevante de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estados, visto que 53 empresas têm faturamento maior do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo²⁴. Essas grandes empresas exercem um evidente papel de produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que as atividades que as mesmas empreendem possuem um grande poder de produção normativa, sobretudo por força do arbitramento de relações comerciais internacionais²⁵.

Na ausência de uma autoridade central legitimada a exercer o poder jurídico de conformação normativa, juízes e árbitros privados transformam o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais em face de novas referências normativas providas do ambiente internacional. Essas normas, denominadas transnacionais, assumem duas características novas: a ausência de um vínculo territorial estável e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência. A fonte do direito se modifica e se reestrutura, assumindo relevo a transformação advinda do contencioso entre empresas

22 MAZIAU, Nicolas. *L'internationalisation du pouvoir constituant. essai de typologie: le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. Paris: Revue Générale de Droit International, p. 549-579, 2002-3.

23 GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*, 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

24 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*. Milano: Bruno Mondadori, 2010.

25 OLIVIEIRO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 22, n.3, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/index>>. Acesso em: 15 dez 2017.

privadas multinacionais e por meio da análise das decisões dos principais tribunais ligados aos organismos supranacionais

De toda maneira, diante do que até aqui expusemos, o que fica é a percepção de que o crescente processo de governança internacional carece de uma justificação democrática razoável, assim entendida como a qualidade que possa levar o destinatário da norma ou da decisão executiva a aceitar a autoridade desse ato independentemente de coerção, interesse próprio ou persuasão racional²⁶. Trata-se da necessidade de um esteio à adoção de sistemas de governo estabelecidos por organismos internacionais ou com a presença maciça dos mesmos, a interferir nos rumos dos Estados.

3 A DEMOCRACIA PARA ALÉM DO LIBERALISMO EM WEBER, LUHMANN E TEUBNER

Enquanto o sistema liberal consolidou, historicamente, uma racionalidade jurídica importante, centrada no pensamento constitucional e democrático de base contratual, a internacionalidade ainda carece de um modelo deliberativo capaz de justificar-se por meio de um poder legítimo. O déficit democrático, não resta dúvida, é o desafio central do processo de mundialização e alguns estudiosos se perguntam “*se a mundialização é eticamente desejável, na medida em que o respeito aos valores democráticos não é de forma alguma garantido pelo presente funcionamento das instituições internacionais*”²⁷.

Uma primeira alternativa ao modelo liberal nos é apresentada por Max Weber. O núcleo desse modelo está no argumento de que as normas não devem prevalecer unicamente porque a maioria a desejou, e sim porque a mesma significa a melhor forma de distribuição do justo. A legitimação quanto ao exercício do poder não se dá pela força quantitativa dos que a apoiam, mas a partir do momento em que a coletividade assume a norma como premissa de comportamento, o que ocorre por razões teleológicas²⁸.

Até por uma questão de cronologia histórica, a discussão sobre legitimidade em Weber não foi estruturada para justificar qualquer Direito Global, mas para entender a existência de governantes e governados. Contudo, o pensamento weberiano vai além do liberalismo político

26 BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law. *The American journal of international law*, v. 93, n. 03, jul. 1999, 596-624.

27 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

28 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004.

contratualista. Dessa forma, mostra-se aplicável essa teoria da justificação do poder ao processo de decisão que gera normas transnacionais, assim entendidas aquelas cuja fonte não está no Estado.

A sociologia weberiana sobre processos de legitimação dá pistas sobre as possibilidades estruturais para melhor fundamentar o processo decisório internacional. Basta ver que Weber apoia a legitimidade em três fatores possíveis: a) razão – a ação voltada a fins; b) tradição – obediência em função de costumes; c) carisma – qualidades individuais identificadas no governante. A conjugação desses três fatores poderia, segundo Weber, legitimar um processo decisório para além do fato de que o governante foi eleito pelo destinatário da norma.

A autoridade não se justifica tão-somente a partir da fonte do seu poder, mas também pelos fins da sua ação, pela prática temporal reiterada e pelas características pessoais. A autoridade pode se calcar nos resultados proporcionalmente visados por quem tem o poder de decidir, sendo certo que esse tipo de legitimação, conhecida como substantiva, amolda-se de maneira bem melhor ao processo de governança supranacional.

Niklas Luhmann, também crítico do contratualismo de consenso, complementa a sociologia weberiana e defende um enfoque contrário à legalidade positivista, pois segundo ele há muito mais dissenso do que consenso na sociedade, já que cada indivíduo tem expectativas próprias e a sociedade, portanto, é uma relação permanentemente em conflito: um conflito potencial sem limites que não se supera pela mera vontade coordenada da maioria²⁹.

A legitimidade, na concepção luhmanniana, revela uma disposição genérica para aceitar normas de previsão, ou seja, decisões abstratas, com conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância, de modo que é diferente aceitar as premissas da decisão e a própria decisão. Muito mais importante é o reconhecimento da justiça da fundamentação decisória como premissas que o próprio destinatário adotaria e estruturaria para a sua existência.

Assim, a justificação da autoridade de legislar não se prende somente à escolha pela maioria ou aos fins, como presente na concepção weberiana, mas principalmente no procedimento, entendido como sistemas de ação através dos quais os destinatários das normas aprendem e aceitam

29 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

previamente a mesma, sem contestá-la, ainda que lhe seja desfavorável. Procedimento, em Luhmann, não é uma ritualística de decisão.

Há três espécies de procedimento relevante na sociedade complexa: o da eleição política, conforme já identificado pelos liberais, o parlamentar, ligado à verdade dos fundamentos da decisão, e o judicial, que se liga a um critério de verdade ínsito ao que é legalmente válido. Esse último sistema de ação é principalmente relevante no processo de normatização internacional, seja no campo do público ou na seara privada das empresas multinacionais. O julgador ou árbitro das partes tem autoridade para fixar as premissas de decidir e a decisão, que se alastrará abstratamente para o futuro.

Dessa forma, a concepção de Niklas Luhmann, sendo uma reflexão alternativa à busca da verdade pelo positivismo liberal com base numa noção teórico-sistêmica de procedimento, pode ser aplicada ao processo de decisão travado no âmbito interno dos organismos internacionais e no âmbito do arbitramento internacional.

Gunther Teubner, assim como Luhmann, utiliza a premissa sistêmica e aposta num processo de delegação de competências decisórias do Estado para organizações privadas, atestando ainda que chegou ao fim a era da busca pelo consenso e do critério majoritário (vontade da maioria), daí porque entidades privadas e pequenos grupos, inclusive internacionais, teriam melhores condições de refletir sobre uma sociedade de alta complexidade e diferenciação³⁰.

O Estado globalizado estimula e patrocina, por exemplo, instâncias privadas para administração da justiça, onde se possam produzir acordos com força de lei entre as partes, liberando o Estado de uma função que antes lhe era exclusiva. O contributo de Teubner é principalmente e justamente o de aplicabilidade da teoria dos sistemas ao estudo empírico dos fenômenos jurídicos, entre os quais se elenca a formulação de tratados, convenções internacionais e a decisão judicial ou arbitral internacional.

Para Teubner é possível uma reconstrução do modelo liberal sobre o qual se estruturam, ainda hoje, as normas jurídicas e as decisões jurídicas em geral. A premissa da decisão jurídica é mais importante do que a autoridade da pessoa que a produz, e serve de pano de fundo cognitivo,

30 TEUBNER, Günther. *Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory*. In Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School.

uma espécie de pré-compreensão do problema em uma clara aproximação à verdade de Heidegger.

Os modelos normativos e de decisão são construções especificamente jurídicas que se distanciam das formulações do senso comum porque devem trazer convencimento pela justiça e verdade dos seus fundamentos. Essa diferença reflete a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos internos e internacionais, considerando a realidade complexa da sociedade global.

Teubner, com base em Eugen Ehrlich, analisa com profundidade uma das premissas existenciais do direito transnacional, que é a teoria do pluralismo jurídico. Para ele o direito transnacional, ao contrário do que poderíamos chamar de direito internacional clássico, não se atem à codificação da política celebrada entre os países e nem reflete fatores de poder como grupos ou comunidades. Mais importante, na justificação do processo de internacionalização, é o discurso e as redes de comunicação. Nas palavras do autor:

A fonte social do direito global não é o mundo da vida das redes pessoais globalizadas, mas o proto-direito de redes especializadas, organizativas e funcionais que estão formando uma identidade global, ainda que fortemente limitadas. O novo direito vivo do mundo é alimentado a partir da auto-reprodução contínua e altamente técnica e especializada, muitas vezes formalmente organizadas e bastante restritas, redes globais de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica³¹

O que justifica o direito transnacional é a mudança no discurso e nas formas de comunicação dos atores novos que originam redes especializadas, que passam a criar leis esportivas, comerciais e mais recentemente leis criptográficas, por força do ciberespaço. Isso faz com que os Estados percam, paulatinamente, a sua soberania, pois os atores privados transnacionais deslocam a resolução de eventuais conflitos para fora das fronteiras do Estado-nação. A decisão jurídica desses conflitos é a principal fonte do direito transnacional.

Veja-se, portanto, que o déficit democrático que se constata na produção normativa internacional é mera aparência, e não fato, uma vez que tal falta de legitimidade só se justifica quando refletida à luz do dogma da

31 TEUBNER, Günther. *Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Direito e Globalização 14, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistapdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2017.

modernidade liberal, e não quando confrontado sob aspectos da sociologia histórica, autopoietica e reflexiva da doutrina alemã.

4 A LEGITIMIDADE DO DIREITO TRANSNACIONAL EM LARS VIELLECHNER: O MITO DA TERRITORIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito transnacional, ao contrário do direito internacional, é principalmente uma regulação nascida em ordem privada, que se relaciona com contratos e com decisões judiciais ou arbitrais relacionadas com a sua execução ou inexecução. Os atores-fonte do direito transnacional são pessoas, sobretudo jurídicas, fortes ao ponto de suas atividades afetarem interesses estatais, ainda que o debate concreto esteja centrado em questões transfronteiriças não globais³².

A esse direito, derivado da globalização e da privatização normativa, não é aplicável o modelo de legitimidade e limites fixados por uma Constituição territorial, da mesma forma que a justificação calcada no consenso contratual tende ao fracasso, pois a presunção de igualdade individual não se projeta ao campo transnacional, em que vige o princípio da assimetria de poder. Não há como aplicar o princípio *one head, one vote* no ambiente da legislação transnacional.

Para Viellechner, a justificação possível para o direito transnacional passa por uma nova visão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, despida do mito da territorialidade, de modo que essa eficácia se imponha como limite da legislação produzida por atores transnacionais (*Horizontalwirkung von Grundrechten als Grund und Grenze transnationaler Rechtssetzung*)³³.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, projetando uma relação indivíduo-indivíduo, ambos privados, transcende a noção de territorialidade para se projetar a uma noção de ética global, para além de qualquer ordem estatal ou dependência de reconhecimento por um país. A legitimidade e os limites da governança transnacional estariam, assim, definidos por tal ética e sua eficácia horizontal.

32 VIELLECHNER, Lars. Transnationalisierung des Rechts. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 37, Issue 1, p. 206–209, ISSN (Online) 2366-0392, ISSN (Print) 0174-0202, DOI: <<https://doi.org/10.1515/zfrs-2017-0009>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

33 THORNHILL, C. Lars Viellechner: *Transnationalisierung des Rechts*, Weilerswist, Velbrück, 2013. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 37(1), p. 206-209. Retrieved 19 Dec. 2017, from doi:10.1515/zfrs-2017-0009.

A operacionalidade do direito transnacional não dependeria da sua coerência sistêmica, mas da parametrização das operações entre os atores privados à eficácia horizontal de uma certa gama de direitos fundamentais que transcendam o multiculturalismo.

Um exemplo desses direitos fundamentais extraterritoriais, desse novo paradigma, a estear essa nova democracia, está na dignidade da pessoa humana, que deve se projetar para além de valores locais, como já defendia Miguel Reale no século passado. Para o filósofo brasileiro, “a pessoa é o “valor-fonte” dos demais valores, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-estatal e supraconstitucional”³⁴.

As concepções transpersonalistas, típicas do liberalismo, não conseguem detectar a pessoa como valor-fonte da experiência ética. A pessoa passa a ser vista unicamente como uma peça de um gigantesco mecanismo que, para além das denominações, esconde sempre o mesmo “monstro frio”, seja ele a nação, a raça ou a classe.

O próprio dogma da inexistência de princípio político absoluto é posto em xeque em face da sua inutilidade perante a dignidade humana³⁵. Está mencionado, na inicialmente rechaçada, mas ainda possível Constituição Europeia - artigo I, 2º -, que o primeiro “valor” em que se estrutura o político é a dignidade humana, seguido da liberdade, da democracia, da igualdade e do respeito aos direitos individuais, inclusive em relação a pessoas pertencentes a minorias.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um exemplo de valor eficaz a justificar e limitar o direito transnacional. A eficácia horizontal desse tipo de direito fundamental, a transcender a imposição de atitude negativa por parte de terceiros para preservação de direitos particulares de outros, indo à proatividade de sua proteção, legitima uma ordem jurídica global.

A legitimidade política, no plano transnacional, passa pela universalização da eficácia horizontal de direitos fundamentais mínimos como um conjunto axiológico a ser garantido para o bem do homem pela simples condição de humano.

34 REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

35 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

4 CONCLUSÃO

O déficit democrático no direito transnacional só existe quando focamos a atividade legislativa e jurisdicional sob o paradigma liberal burguês de democracia, em que a produção normativa é validada e se justifica no exercício ativo de direitos políticos atrelados à condição de nacional.

Mas o conceito de democracia difundido a partir das revoluções liberais, apesar de ser o mais defendido e praticado, não é hoje o único, existindo outras teorias de justificação que se mostram mais aplicáveis ao direito global descentralizado, ou seja, não produzido por instituições constitucionais do Estado-nação ou de instituições internacionais.

Não existe déficit democrático na produção normativa transnacional quando essa atividade é justificada na legitimidade distributiva de Weber, na legitimidade procedimental e sistêmica de Luhmann e na Legitimidade pela especialização das relações, como defendido por Teubner.

Num estágio mais pragmático e próximo da noção de mundialização, como faz Viellechner, o direito transnacional se justifica validamente na necessidade de otimização extraterritorial da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que significa colocar a proteção das relações interindividuais em uma nova ordem de prioridade, acima das soberanias estatais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado del derecho y la democracia*. Madri: Trota, 2002.

BODANSKY, Daniel. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law. *The American journal of international law*, v. 93, n. 03, jul. 1999, 596-624.

BODIN, Jean. *The six books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955.

BOGDANDY, Armin Von; DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and particularism as paradigm of international law*. Institute of international law and

justice of New York university school of law, Working Paper 2008/3, finalized at 07/02/2008.

CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *The imaginative forces of law*. Beijing: Chinese Journal of International Law, 2003.

_____. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *O Poder Constituinte do estado-membro*. São Paulo: RT, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LYONS, Gene M; MASTADUNO, Michael. *Beyond Westphalia? state sovereignty and international intervention*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MAZIAU, Nicolas. *L'internationalisation du pouvoir constituant. essay de typologie: le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. Paris: Revue Générale de Droit International, p. 549-579, 2002-3.

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

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Forense, 2002.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo. Saraiva, 1963.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: L&PM Pocket, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa* (Qu'est-ce que le tiers état?). Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

TEUBNER, Gunther. *Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory*. in Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School.

TOURAINE, Alain. Can we live together: equal and different?. In: *European Journal of Social Theory*, 1988, p. 165-178

TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDJ, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. Brasília, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 42, n. 167, jul./set. 2005, separata.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa oficial, 2004

_____. *Direitos humanos e cidadania: à luz do direito internacional*. São Paulo: Minelli, 2007.

RECEBIDO EM: 11/07/2019

APROVADO EM: 29/08/2019

OS LIMITES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO MARIA DO ROSÁRIO X DANILO GENTILI

***THE LIMITS OF THE EXERCISE OF THE RIGHT TO
FREEDOM OF SPEECH: AN ANALYSIS OF THE CASE
MARIA DO ROSÁRIO VS. DANILO GENTILI***

Bianca P. F. Beraldo Borges de Sant'Ana Tito
Mestranda em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogada

Rafael Alem Mello Ferreira
Doutor e Mestre em Direito. Professor da graduação e da pós-graduação da
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Coordenador e professor do curso
de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, campus Arcos.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso Danilo Gentili e a decisão em condená-lo por injúria; 2 O direito de falar livremente: a liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito; 3 A liberdade de expressão na visão de Ronald Dworkin; 4 O exercício do direito à liberdade de expressão no Brasil: perspectivas do caso Maria do Rosário X Danilo Gentili; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A condenação a pena de seis meses e vinte e oito dias de detenção, a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto, do humorista Danilo Gentili por injuriar a deputada federal Maria do Rosário Nunes (PT-RS), oferece a oportunidade de discussão acerca da liberdade de expressão. No que tange este caso em particular, busca-se analisar os limites existentes para o exercício do direito de se expressar de forma livre, previsto constitucionalmente e em outros dispositivos, tendo em vista a previsão do artigo 140 do Código Penal, que estabelece como crime o ato de injuriar alguém, ofendendo a sua dignidade ou decoro. Diante disto, a pesquisa aborda os fatos que deram origem a queixa-crime ajuizada pela deputada federal em face do humorista, bem como os argumentos que levaram a juíza a decidir pela condenação do réu. Em seguida é analisado o conceito de liberdade de expressão, tanto de sua previsão constitucional quanto em demais dispositivos, realizando ainda uma abordagem deste direito a partir da ótica do autor norte-americano Ronald Dworkin. Sendo, por fim, observado se as atitudes do humorista estão abrangidas pela liberdade de expressão ou ultrapassam o seu limite de proteção. Com isto, nas considerações finais entende-se que não houve excesso por parte de Gentili do uso deste direito, posto que estava a realizar uma crítica, ainda que através de atos polêmicos e reprováveis do ponto de vista de alguns, não devendo, desta forma, ser censurado por utilizar-se do seu direito de fala.

PALAVRAS-CHAVES: Liberdade de Expressão. Injúria. Danilo Gentili. Maria do Rosário. Ronald Dworkin.

ABSTRACT: The conviction to six months and twenty-eight days of detention, to be met initially in the semi-open regime, of the humorist Danilo Gentili for insulting the representative Maria do Rosário Nunes (WP-RS), offers the opportunity to discuss freedom of expression. Regarding this particular case, it is sought to analyze the existing limits for the exercise of the right to freely express oneself, constitutionally foreseen and in other provisions, in view of the provisions of article 140 of the Brazilian Penal Code, which establishes as a crime the act of injuring someone, offending their dignity or decorum. In view of this, the research approaches the facts that gave rise to the criminal complaint filed by the representative in the face of the comedian, as well as the arguments that led the judge to decide on the conviction of the defendant. Then the concept of freedom of expression is analyzed, both from its constitutional prediction and in other devices, also taking an approach of this right from the perspective of the north american author Ronald Dworkin. Finally, it is observed whether the comedian's attitudes are

covered by freedom of expression or exceed its limit of protection. With this, in the final considerations it is understood that there was no excessive usage of this right by Gentili, since it was to carry out a criticism, although through controversial and reprehensible acts to some, and in this way, he should not be censored for using his freedom of speech.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Injury. Danilo Gentili. Maria do Rosário. Ronald Dworkin.

INTRODUÇÃO

No dia dez de abril de 2019 o humorista Danilo Gentili foi condenado pelo crime de injúria cometido contra a deputada federal Maria do Rosário Nunes (PT-RS), tal condenação possibilita uma discussão acerca do direito à liberdade de expressão, previsto constitucionalmente, e quais os limites existentes para o seu exercício.

Isto considerando que o debate dentro do processo se desenvolveu em torno da acusação imputar ao comediante a prática de injúria contra a deputada federal, ferindo a sua dignidade, agredindo-a como mulher e agindo de forma a exorbitar de seu direito à liberdade de expressão. Ao passo que a defesa argumenta ter o réu agido em tom de humor, se utilizando de sua liberdade de expressão para realizar uma peça humorística através do vídeo que foi gravado para a deputada federal e postado na internet. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

As alegações apresentadas pela defesa não foram acolhidas, entendendo a Juíza Federal Titular, Maria Isabel do Prado, da 5ª Vara Criminal de São Paulo, pela condenação de Danilo Gentili em seis meses e vinte e oito dias de detenção, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto e facultado ao réu recorrer em liberdade. Para a juíza os limites da ética e da liberdade de expressão não foram respeitados pelo humorista e por isso incorreu no crime de injúria. Tendo afastado na sentença os argumentos da defesa em que, por se tratar de peça humorística, esta alega que não houve dolo em ofender a honra ou dignidade da deputada. Pois de acordo com entendimento da juíza se não houvesse tal intenção Gentili poderia ter procurado outra forma de se manifestar. (REDAÇÃO DA CONJUR, 2019).

É diante destes fatos que o presente artigo discorre a respeito da relação entre o caso envolvendo Danilo Gentili e Maria do Rosário e o direito à liberdade de expressão, analisando se houve ou não abuso na utilização

deste direito por parte do humorista. Bem como, por consequência, se a condenação em razão disso é uma penalidade razoável a ser aplicada no atual Estado Democrático de Direito.

Para tanto está desenvolvido de maneira a analisar, a partir desta situação específica, os limites para o exercício do direito à liberdade de expressão. Na primeira parte são relatados os fatos que levaram a deputada a ajuizar queixa-crime em face de Danilo Gentili, e os argumentos utilizados por ambas as partes favoráveis e contrários a condenação ocorrida em 10 de abril de 2019. Explicando com base em quais motivos a juíza entendeu pelo excesso no exercício da liberdade de expressão para fundamentar sua decisão e condenar o réu por injúria.

Na sequência é feita uma abordagem acerca deste direito, expondo seu conceito no contexto do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, versando a seu respeito segundo a previsão que se tem em dispositivos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, que em seu artigo 19¹ dispõe ter todo ser humano direito à liberdade de opinião e expressão.

A terceira parte do artigo realiza uma abordagem do direito à liberdade de expressão a partir da visão do autor norte-americano Ronald Dworkin, utilizando para tanto a sua obra “O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana”, em que este versa sobre a liberdade de expressão, entre outros assuntos, a partir de um viés jurídico-filosófico, amparado por uma leitura moral e defendendo uma concepção liberal centrista.

Passa então, na quarta parte, a ser realizada uma análise conjunta do que foi anteriormente exposto, desempenhando desta forma um comparativo entre o caso narrado e o exercício do direito à liberdade de expressão. Isto para analisar em qual medida esta liberdade foi utilizada pelo humorista Danilo Gentili: se dentro dos padrões que lhe são legalmente garantidos ou de modo exagerado, com excesso, a ferir a honra da deputada federal e ofender a sua dignidade.

1 Art. 19 da DUDH – Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

(DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Por fim são apresentadas as considerações finais, levantadas diante de tudo que foi analisado, exibindo os resultados obtidos com a pesquisa e concluindo que não houve excesso no uso do direito à liberdade de expressão por Danilo Gentili. Essa conclusão se deu tendo em vista o fato do comediante ter se utilizado deste direito junto a sua profissão de humorista para realizar uma crítica que julgou necessária naquele momento, ainda que tenha feito isso a partir de atitudes que geraram repúdio, com o uso de palavras e atos considerados grosseiros. O que a pesquisa compreende é que a defesa da liberdade de fala deve superar o desprezo por certas formas de expressão, vez que esta constitui um meio de realização da democracia, a qual não existe se as pessoas são censuradas de falar o que pensam.

1 O CASO DANILO GENTILI E A DECISÃO EM CONDENÁ-LO POR INJÚRIA

Em 2016, utilizando-se de sua conta oficial no Twitter, o comediante Danilo Gentili escreveu uma sequência de mensagens (tweets) direcionadas a deputada federal Maria do Rosário. Entre estas ele a chamou de falsa, cínica e nojenta “pra caraleo” [sic]. (GENTILI, Danilo. “Ai ela chama o cara de estuprador toma empurrao e dá chilikie. Falsa e cínica para caraleo.” 24/04/2016, 08:49. Tweet). Chegando até mesmo em uma dessas postagens a dizer que ela aprovaria a violência (GENTILI, Danilo. “Qdo alguém cuspir em vc devolva com um soco q @_mariadorosario aprova. Cuspir nela qdo ela o chamar de estuprador tb.” 24/04/2016, 07:26. Tweet), que é defensora de estuprador, e que, para justificar uma situação, diria inclusive que cuspir na cara de uma mulher no Nordeste é sinal de respeito (GENTILI, Danilo. “Já já a @_mariadorosario aparece no rádio falando que cuspir na cara de uma mulher no nordeste é sinal de respeito. Nojenta para caraleo.” 24/04/2016, 08:51. Tweet).

De acordo com os autos do processo, tais mensagens foram interpretadas por Maria do Rosário como ofensivas a sua honra, imagem e reputação, levando-a no dia 18 de maio de 2016 a notificar oficialmente o humorista através da Procuradoria Parlamentar da Câmara dos Deputados. Nesta notificação extrajudicial foi solicitada a remoção do Twitter de Danilo Gentili de todo o conteúdo que causava ofensa a deputada, com a finalidade de mitigar os danos que foram impostos à sua imagem, pelos quais se sentiu lesada e, por isso, desejava que fossem apagados. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

Passado um ano destes fatos o comediante gravou vídeo no qual abria a notificação e, em tom de deboche, rasgava os papéis, dizendo que agora não seria mais possível lê-los, mas nem por isso deixará Maria do

Rosário sem resposta. Ele aponta para a palavra “deputada” em uma das folhas, escondendo com os dedos as sílabas “de” e “da”, indicando chamá-la de puta, além de colocar os papéis cortados dentro de sua calça, nas partes íntimas, e depois voltá-los no mesmo envelope, mandando-os para a deputada. (REDAÇÃO DA CONJUR, 2019).

Ao final do vídeo termina deixando um recado para Maria do Rosário e outros deputados, dizendo ser ele quem paga os seus salários e, portanto, quem decide se estes calam ou não a boca. E, para seus telespectadores, que jamais deixem um político decidir se pode ou não falar alguma coisa, vez que estes são funcionários das pessoas e, por isso, cabe a essas decidirem se eles falam algo ou não. Concluindo seu vídeo ele diz para a deputada que quando esta receber a sua carta é para sentir o cheiro de suas partes íntimas e, em seguida, introduzir os papéis na parte íntima dela. (REDAÇÃO DA FOLHA, 2017).

Diante de tais atitudes, e do vídeo ter sido divulgado e compartilhado na internet, Maria do Rosário Nunes se viu no direito de buscar a responsabilização criminal do comediante perante o sistema judicial, ajuizando queixa-crime em face deste. Tendo, no decorrer do processo criminal, sido apresentados por ambas as partes os argumentos contrários e favoráveis a condenação.

A deputada alegou nunca ter se dirigido pessoalmente ao apresentador e comediante Danilo Gentili, mas mesmo assim este se sentiu livre para atacá-la em razão de seus pronunciamentos, os quais havia feito em seu perfil oficial do Twitter, em conta utilizada como deputada federal. Foi por esta razão que ela fez uso de notificação extrajudicial através da Procuradoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, e só após a resposta em forma de vídeo gravada pelo humorista realizou o ajuizamento da queixa-crime, buscando a condenação do réu pelo crime de injúria. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

Neste sentido, afirmou que a sua liberdade foi atingida, causando-lhe grande prejuízo, posto que recebeu diversas ameaças. É também que o poder de comunicação a disposição de Danilo é muito maior do que o dela (à época ele possuía 12 milhões de seguidores no Twitter, e hoje ultrapassa de 17 milhões). Ela se sentiu ofendida e envergonhada, e enquanto defensora do direito à liberdade de expressão não entende como este pode ter sido utilizado pelo humorista para lhe causar agressão, já que para defender a sua opinião ele não precisava ofendê-la e incitar o ódio contra sua pessoa. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

De outra parte, durante seu interrogatório, na audiência de instrução e julgamento, o apresentador destacou que o vídeo não foi gravado como vingança, mas sim como uma reação, pois se sentiu constrangido ao ser notificado, ainda que extrajudicialmente. Entendendo a notificação como uma restrição ao seu direito de falar livremente, um desejo de impor controle sob suas brincadeiras, através das quais buscava apontar o que enxerga como atitudes incoerentes da deputada, sátiras que se sente livre para fazer com qualquer pessoa, sendo figura pública como a deputada ou não. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

Foi enfatizado que na qualidade de comediante utilizou-se do vídeo de maneira jocosa, tratando-se de um vídeo de humor (peça humorística), e que, inclusive, tais atitudes foram realizadas no exercício da profissão de humorista. Privá-lo disso, apontou, é cerceá-lo de fala, é dizer que não se pode fazer humor com pessoas públicas. Ainda salientou não ter nada contra a deputada e que não a ofendeu pessoalmente, mas que tem a sua atuação pública, assim como a deputada possui a dela, em momento algum existindo intenção de ofensa. Acreditando ser muito desproporcional a reação gerada pelo vídeo, sentindo-se como cidadão pressionado pelo Estado a calar sua boca.

A partir da análise de todas as provas que foram produzidas a juíza Maria Isabel do Prado entendeu pela condenação de Danilo Gentili pela prática do crime de injúria, previsto no caput do artigo 140 do Código Penal, de acordo com o qual incorre neste crime aquele que injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro, isto na forma majorada pelas hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 141², pelo fato de tratar-se de funcionária pública e ter o comediante se utilizado da internet como meio facilitador de propagação da sua mensagem.

Isso considerando que embora o direito à liberdade de expressão seja um dos pilares do Estado de Direito, garantido constitucionalmente, este não pode ser utilizado para violar a honra de outra pessoa, havendo no entendimento da juíza a necessidade de responsabilização pelo excesso em sua utilização. Ademais, em sua decisão aponta ter o comediante ultrapassado a linha ética, por isso cabendo a tutela do Estado contra o uso abusivo da liberdade de expressão. Ficando sujeito às restrições estabelecidas pelo Código Penal em seu Capítulo V, que trata dos crimes contra a honra. (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2019).

² Art. 141 do CPB – As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: (...) II - contra funcionário público, em razão de suas funções; III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. (BRASIL, 1940).

Após a sentença o humorista manifestou em rede social considerar-se alvo de censura, enquanto que para a deputada a decisão precisa ser entendida pela sociedade como uma convocação de retorno ao respeito e bom senso no debate público, nas redes sociais e na vida. (CISCATI, 2019). Ainda, através da assessoria da Justiça Federal foi informado que a magistrada não concederá entrevistas sobre o caso, pois esta já se pronunciou através dos autos e, assim sendo, prefere não comentar acerca de uma decisão passível de revisão. (TAVARES, 2019).

Tal condenação provocou repercussão e colocou em destaque a discussão acerca de qual é o limite jurídico aceitável para a utilização da liberdade de expressão, questionando se a forma através da qual o comediante escolheu se manifestar não acabou por extrapolar o uso deste direito. Portanto, diante da apresentação dos fatos que geraram a condenação de Danilo Gentili é possível perceber como estes permitem que seja realizada uma análise acerca da liberdade de expressão no Brasil hoje, onde ainda buscamos compreender qual a sua abrangência e os limites que devem ser observados para o seu exercício.

2 DIREITO DE FALAR LIVREMENTE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A liberdade de expressão é um direito que está presente na trajetória constitucional do Brasil desde a Carta Imperial de 1824, com períodos em que teve maior ou menor restrição, como por exemplo durante o chamado Estado Novo, instaurado por Getúlio Vargas, em que a Constituição de 1937 colocava limitações ao exercício deste direito, o que também ocorreu durante o período da Ditadura Militar, entre 1964 a 1985. (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2017).

Na atual Constituição Federal Brasileira o artigo 5º, inciso IV, estabelece que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988), guardando relação direta com outros dispositivos desta mesma Carta, os quais, em conjunto, formam a estrutura jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão em suas formas de manifestação.

No entanto, por ser uma democracia ainda jovem, não há no Brasil até agora uma compreensão adequada do que seja a liberdade de expressão. A discussão a seu respeito continua a ser embrionária, em especial quando comparada “à literatura jurídica existente em língua inglesa”. (MEDRADO, 2018, p. 11). Isso porque, quanto as

liberdades, a jurisprudência da Suprema Corte, nos Estados Unidos, pode ser considerada a mais avançada no mundo, enquanto que outras democracias, como o Brasil, são marcadas por limitações quando diante de distintas exigências. A Suprema Corte trata as liberdades como direitos prioritários, mesmo em casos envolvendo a segurança do governo ou opiniões que podem ser tidas como extravagantes e perigosas. (MEDRADO, 2018).

Ainda, com a Constituição Federal de 1988, tal liberdade não foi adotada como gênero que abarca as diversas manifestações específicas, como, por exemplo, a liberdade de consciência e crença, a livre expressão artística, intelectual e científica. No entanto, é possível considerar que o direito a livre manifestação do pensamento assume esta condição, posto que este pode ocorrer no exercício da atividade intelectual ou artística, e até mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas. (SARLET; WEINGARTNER NETO, 2017, p. 638).

Quanto a isto, também, a atual Constituição não considerou as liberdades de expressão e imprensa como sendo direitos absolutos, até porque nenhuma Constituição do mundo fez isso. Não obstante, a Carta Magna “lançou às liberdades a verdadeira posição de preferência” (MEDRADO, 2018, p. 75), posto existirem poucas hipóteses em que seja legítima a limitação destas. Assim, em termos constitucionais, foi trazida a livre manifestação do pensamento junto da livre manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, acompanhada de outros direitos, o que representou um grande avanço para a garantia e efetivação das liberdades democráticas anteriormente suspensas durante o regime militar. E possibilitando perceber que ao mesmo tempo em que se deu proteção a liberdade de expressão foram também assegurados os direitos da personalidade. (MEDRADO, 2018).

Faz-se importante destacar a proteção dada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, de 1948, vez que esta faz parte do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, o qual inclui também o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado no Brasil em 1992. A DUDH estabelece em seu artigo 19 ter todo ser humano direito à liberdade de opinião e expressão, o qual inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e, independentemente de fronteiras e quaisquer meios, poder procurar, receber e transmitir informações e ideias. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Por seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e entrando em vigor em 1976 ao atingir a adesão de 35 países, passou a fazer parte do ordenamento interno brasileiro a partir de 1992. Dispõe seu artigo 19 que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”, tendo todos direito à liberdade de expressão, o que inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, seja de forma verbal ou escrita, impressa ou artística, e qualquer outro meio de sua escolha, independentemente de fronteiras. Ficou ainda estabelecido que o exercício deste implica em deveres e responsabilidades especiais, podendo estar sujeito a restrições expressamente previstas em lei que sejam necessárias para assegurar o respeito dos direitos de demais pessoas e proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. (BRASIL, 1992).

Quanto ao Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos, está incluso o Sistema Europeu, o qual compreende a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que em seu artigo 10 prevê ter qualquer pessoa direito à liberdade de expressão, incluindo as liberdades de opinião e de receber ou transmitir informações ou ideias sem ingerência de quaisquer autoridades públicas ou considerações de fronteiras. (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950).

No entanto, ficou também estabelecido que tal direito não impede os Estados de submeterem as empresas de radiodifusão, cinematografia e televisão a autorização prévia. Vez que o seu exercício implica deveres e responsabilidades, podem ser submetidas a certas condições, restrições ou sanções previstas em lei e que constituam, em uma sociedade democrática, as providências necessárias para a segurança nacional, integridade territorial, segurança pública, defesa da ordem, prevenção do crime e proteção da honra, bem como com vistas a impedir a divulgação de informações confidenciais e garantir a imparcialidade e autoridade do poder judicial. (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950).

Inclui ainda o Sistema Interamericano, no qual a liberdade de pensamento e de expressão está prevista no artigo 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1992. De acordo com a qual toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e expressão, não podendo estar o seu exercício sujeito à censura prévia, mas sim a

responsabilidades ulteriores, as quais deverão ser expressamente previstas em lei e necessárias para assegurar, entre outros direitos, o respeito à reputação das pessoas e a proteção da segurança nacional, ordem, saúde ou moral pública. (BRASIL, 1992).

Diante de tais disposições é possível notar a constante preocupação do legislador com a proteção do direito à liberdade de expressão, estando este previsto em todos os Sistemas de Proteção, quer Regional ou Global. O que serve para corroborar o entendimento acerca de sua importância para a realização da democracia.

Entra juntamente para a discussão a questão da necessidade de ter tolerância, o que requer que aceitemos as pessoas e suas práticas mesmo quando as desaprovamos fortemente. Isto envolve uma atitude intermediária entre a absoluta aceitação e a oposição imoderada, o que faz com a que a tolerância seja uma atitude complexa. (SCANLON, 2009, p. 31). Existem certas coisas que não podem ser toleradas, como por exemplo um assassinato ou o racismo, onde é ultrapassado o limite do tolerável e se encara a prática de um crime, portanto punível pelo Estado, mas existem outras situações onde o exercício da tolerância se faz necessário.

Na análise do caso envolvendo o comediante Danilo Gentili e a deputada Maria do Rosário a discussão se deu em torno desta questão, do discurso que ele realizou poder ou não ser tolerado, ou seja, se este ultrapassou a esfera do aceitável e as suas atitudes configuram no crime de injúria pelo qual foi condenado. No entanto, conforme o presente artigo procura apontar, e esta é uma visão que será melhor abordada a partir da análise que se faz da obra do autor Ronald Dworkin, é o desejo de evitar que os que discordamos influenciem a evolução da sociedade que tem se transformado em um dos principais motivos para as restrições de expressão. (SCANLON, 2009).

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DE RONALD DWORKIN

O autor norte-americano Ronald Dworkin defende uma posição liberal centrada quanto ao direito à liberdade de expressão e também em relação a liberdade de imprensa, pois acredita que as garantias destas duas formas de liberdade constituem em si mesmas um elemento constitutivo da justiça democrática. Para ele a Primeira Emenda da Constituição norte-americana, que garante essas liberdades, deve ser entendida como um princípio moral e abstrato. E, neste sentido, questiona qual o objetivo da existência destes direitos, se para melhorarem o processo democrático

ou para garantir a todos a oportunidade de influenciar nos processos de tomadas de decisões, em que participam até mesmo aqueles com opiniões minoritárias, de mau gosto ou preconceituosas. (DWORKIN, 2006).

Isso para o autor é importante porque, de acordo com o seu entendimento, o motivo da Primeira Emenda dar ampla proteção às liberdades de expressão e imprensa está no fato de que a compreensão que o juiz possui acerca do objetivo desta que irá orientá-lo em suas tomadas de decisões em casos difíceis e controversos. Como os casos em que a expressão não-política estiver envolvida e até qual ponto a liberdade de expressão se aplica a essa, e do mesmo modo a arte, propagandas, a pornografia e demais formas de expressão. (DWORKIN, 2006).

Diversas justificativas diferentes foram propostas para o dispositivo da liberdade de imprensa e expressão, no entanto a maioria destas se enquadra em uma de duas grandes categorias estabelecidas por Dworkin, quais sejam: a liberdade de expressão tem importância instrumental (justificação instrumental), e a outra justificação se relaciona ao respeito à dignidade dos cidadãos (justificação constitutiva).

Na primeira, essa liberdade promoverá benefícios para a sociedade como um todo, por exemplo, tornando mais fácil descobrir a verdade e a falsidade na política e optar por bons cursos de ação pública, ainda, porque essa auxiliará na proteção do poder de autogoverno do povo ou, também, outra razão apontada seria fazer com que o governo se torne menos corrupto por não possuir o poder de punir quem o critica. Já na segunda categoria, aparece como um traço essencial de uma sociedade política justa a presunção de que a liberdade de expressão é importante porque o Estado tem o dever de tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis. Por este motivo o Estado estaria ofendendo os seus cidadãos e lhes negando a sua responsabilidade moral quando decreta que não possuem qualidade moral suficiente para ouvirem opiniões que possam persuadi-los. (DWORKIN, 2006).

No entanto, uma importante contribuição trazida por Dworkin para a análise do presente caso diz respeito a necessidade de entender como o conceito de liberdade de expressão se altera de acordo com o tempo e espaço, dependendo também da cultura na qual é aplicado. Por isso o entendimento que se tem acerca deste direito, e dos seus limites em especial, pode ser diferente no Brasil, Estados Unidos e Alemanha, ainda que todos esses países o tenham garantido por suas respectivas constituições.

Sendo possível afirmar que a compreensão que se tem do conteúdo e alcance deste direito, seja no Brasil, Estados Unidos ou Alemanha (seja onde for), resulta de um complexo e sempre dinâmico processo de regulação estatal e construção doutrinária e jurisprudencial, mais do que de teor literal do direito constitucional positivo. (SARLET e WEINGARTNER NETO, 2017). Desta forma, destaca-se através da reflexão trazida pelo autor a diferença que o contexto histórico pode causar na postura adotada por um país sobre um mesmo direito, no modo como ele é interpretado em seu plano interno. E, tendo isto em vista, se existe um motivo válido para a censura, algo que justifique a sua aplicação.

Considerando isto Dworkin aborda o caso envolvendo Guenter Deckert, na Alemanha, líder do Partido Nacional Democrata, de extrema direita, que passou por três julgamentos por ter organizado um encontro no país, no qual tinha como convidado um pesquisador norte-americano que apresentou as suas pesquisas, em que se propunha a provar que nenhum judeu havia sido morto nas câmaras de gás de Auschwitz. (DWORKIN, 2006).

Ainda que os argumentos do convidado de Deckert já fossem consideravelmente conhecidos no mundo todo, por ser este especialista em projetar câmaras de gás para cadeias dos Estados Unidos, ele foi processado, tendo em cada um dos processos sido discutida a questão da incitação ao ódio racial, ofensa à memória dos mortos e se a liberdade de expressão abrangia ou não uma fala neste sentido. (DWORKIN, 2006).

Dworkin faz a abordagem destes fatos para estabelecer que mesmo neste caso, de um contexto histórico de um país como a Alemanha, que vivenciou os horrores do holocausto, e que a negação de sua existência representa uma ofensa monstruosa para todos aqueles que morreram nos campos de concentração, temos de defender a liberdade de expressão, não dando margem para exceções que possibilitem a existência de censuras. (DWORKIN, 2006).

É com base nisto que o autor afirma que nestas situações se corre o risco de cair na censura, quando aceitamos que uma opinião pode ser proibida porque aqueles que estão no poder tem certeza de que ela é falsa e algum grupo será atingido se essa for publicada. Ainda alerta que precisamos tomar cuidado quando só confiamos em um princípio se ele for aplicado por aqueles que pensam igual a mim. (DWORKIN, 2006).

Por isso, por mais tentador que seja dizer que a situação da Alemanha é especial, estando o holocausto fora dos padrões normais que se costuma

invocar para discutir a liberdade de expressão, e por este motivo pode ser utilizado como exceção de todo tipo, até mesmo do direito de se expressar livremente, é preciso lembrar que muitos outros grupos se sentem da mesma forma, acreditando ser a sua situação também é especial. (DWORKIN, 2006). Para corroborar esta afirmação Dworkin afirma que mesmo aparentando existirem bons motivos para a aplicação da censura na Alemanha é preciso sempre defender a liberdade.

Sei que as pessoas decentes se impacientam quando bandos de arruaceiros, portando o emblema da suástica, afirmam que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, na realidade foi inventado por suas vítimas. Os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso. As pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos, como Deckert e seus odiosos colegas, mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar. (DWORKIN, 2006, p. 362).

Assim pode-se observar que embora no Brasil nunca tenha existido nada semelhante ao holocausto, aqui também se encontram grupos que acreditam que a liberdade de expressão não deve ser aplicada de maneira muito ampla, mas sim com a sua abrangência restrita por determinados limites que consideram mais importantes, como os direitos da personalidade, por exemplo. É neste cenário onde aparece também o crime de injúria, previsto no Código Penal, para os casos em que a pessoa tiver a sua dignidade ou decoro ofendidos.

Com base nesta análise realizada pelo autor norte-americano acerca do direito à liberdade de expressão que o presente artigo entende estar o vídeo feito por Danilo Gentili para a deputada Maria do Rosário abrangido por sua proteção, não tendo, portanto, ultrapassado do limite. Vez que realizou isso em sua profissão de humorista, como uma crítica que julgou necessária. Embora tenha escolhido um meio através do qual muitas pessoas tiveram acesso ao seu posicionamento, não se pode deixar de considerar estarem envolvidas duas pessoas públicas, constantemente sujeitas a despertarem essas reações.

Importante também ressaltar que a escolha por parte do comediante de se utilizar de palavras e gestos inadequados, apesar de gerarem desconforto para muitos, e serem considerados impróprios, não são justificativas para a determinação de sua condenação, conforme ocorrido.

Devido a liberdade de expressão ser sempre mais importante do que o desejo de ver os discursos daqueles que discordamos sendo censurados.

Portanto, diante disto, compreende-se a liberdade de expressão como sendo fundamental para a democracia, possibilitando aos cidadãos que estes se informem de forma adequada para as suas tomadas de decisões, decidindo refletidamente e escolhendo de forma adequada os seus governantes. Isto tomando como base o entendimento de Ronald Dworkin de acordo com o qual é a liberdade de expressão que garante a democracia e não esta que garante a liberdade de expressão. (MEDRADO, 2018).

4 O EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: PERSPECTIVAS DO CASO MARIA DO ROSÁRIO X DANILO GENTILI

Conforme já exposto, não há até agora no Brasil uma definição precisa e adequada do que seja o direito à liberdade de expressão. Ainda estamos buscando compreender o que realmente significa esse direito, quais as formas de expressão que abarca, estando protegidas das tentativas de serem censuradas, e quais são os discursos que estão excluídos de sua proteção, vez que ultrapassam o limite do aceitável, não sendo consideradas formas de expressão legitimamente protegidas por tal direito.

No entanto, ainda assim nota-se ser este um direito garantido tanto pela Constituição Federal, nas Cartas anteriores e na atual, marcando toda a trajetória constitucional brasileira, como em outros dispositivos aqui já apresentados, em nível internacional, com os quais o Brasil se comprometeu a dar cumprimento. O que demonstra a existência de uma constante preocupação do legislador com a sua garantia, buscando que o direito à liberdade de expressão estivesse sempre à disposição dos cidadãos.

Neste sentido é possível entender que tal direito existe para que as pessoas não se sintam censuradas, mas sim livres para se manifestarem e dizer o que pensam. Esse é o objetivo da liberdade de expressão, não podendo ser restringido quando quem o usa é aquele com o qual não concordamos, ou julgamos inconveniente, alguém que faz uso de formas de expressão que consideramos inadequadas. Isso não pode ser o critério sob o qual definimos o que seja ou não a liberdade de expressão.

É considerando isto que podemos falar sobre o exercício do direito à liberdade de expressão no Brasil utilizando o caso aqui em análise, o qual envolve a deputada federal Maria do Rosário e o comediante Danilo Gentili, posto que a condenação deste último pelo crime de injúria levantou uma

discussão acerca dos limites desse direito, questionando se este abrange ou não as formas pelas quais o comediante se expressou.

Conforme nosso entendimento, as atitudes exercidas pelo humorista estão protegidas pelo direito à liberdade de expressão, sendo a sua condenação uma consequência equivocada diante dos fatos ocorridos, não considerados como configuradores do crime de injúria. Este entendimento parte de uma observação de acordo com a qual os ideais modernos consolidaram a opinião de não compartilharmos mais de apenas uma única definição do que seja o “bem”, como também do fato de não mais existir um único modelo de vida boa a ser seguido. Sendo “cada indivíduo capaz de dar sentido a sua existência mediante suas próprias escolhas”. (MEDRADO, 2018, p. 42).

É por este motivo essencial que o espaço público possibilita a todos a oportunidade de expressarem as suas visões particulares daquilo que lhes parece certo ou errado, bom ou ruim. E então, apenas por meio dessa característica deliberativa, que a democracia poderá cumprir com a sua finalidade agregativa, onde todos, até mesmo os intolerantes, terão a oportunidade de se manifestar e viver conforme suas próprias convicções. (MEDRADO, 2018).

Nesta lógica há também o posicionamento defendido pelo autor norte-americano Ronald Dworkin, para o qual a liberdade deve ser sempre defendida, ainda que muitas vezes isso signifique um doloroso sacrifício. (DWORKIN, 2006). Isto porque a liberdade de expressão é um pressuposto para a existência da democracia, e não o contrário, e assim sendo, deve ser protegida daqueles que tentarem censurá-la.

Ainda quanto a este autor, embora escreva para uma realidade diversa da brasileira, voltado para o contexto da sociedade norte-americana, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos decide de forma diversa da justiça brasileira em casos relativos à liberdade de expressão, mesmo assim é necessário considerar tratar-se de um direito de especial importância, estando amparado pelos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos Global e Regional.

Ou seja, mesmo assim podemos adotar a visão de Ronald Dworkin para defender a liberdade de expressão como um direito de importância especial, ainda que aqui no Brasil. Isso porque aqui também se nota um comprometimento da legislação em garantir esse direito, e independentemente das diferenças de realidade social onde esse seja aplicado o que se defende realmente é o direito à liberdade

de expressão, garantidor de que as pessoas possam se expressar livremente e manifestar seus pensamentos sem sofrerem censuras, por maior que seja o número de cidadãos que discordem de uma visão em particular.

Cabe considerar que qualquer sistema democrático que seja comprometido com os ideais de liberdade e autonomia tem como base a liberdade de expressão. Motivo pelo qual não se pode falar em capacidade deliberativa dos cidadãos se antes não houver a garantia do direito de falar o que pensa. (MEDRADO, 2018).

5 CONCLUSÃO

Nesta perspectiva, é possível compreender que a liberdade de expressão possibilita a existência da democracia, sendo, portanto, fundamental a sua garantia e defesa diante de todas as tentativas de restrição (censura) que possa vir a sofrer. Não se admitindo que seja cerceada sob pretextos injustificáveis, em especial quando aqueles que tem o poder para tanto querem fazê-lo por não concordarem com os que falam.

Considerando isto e mediante tudo o que foi exposto no presente artigo conclui-se que não houve excesso por parte de Danilo Gentili na utilização deste direito, pois este estava apenas a realizar uma crítica que julgou ser necessária naquele momento, tendo inclusive a realizado utilizando-se de sua profissão de humorista.

Suas atitudes, ações escolhidas para se expressar, podem ser consideradas reprováveis sob diversos pontos de vista, no entanto não justificam a condenação ocorrida, o que não pode ser considerado como uma penalidade razoável a ser aplicada em nosso Estado Democrático de Direito.

Ainda, é a própria defesa da liberdade de expressão que faz com que precisemos tolerar os discursos com os quais não concordamos, caso contrário não mais estaremos falando em liberdade. Entendimento este compartilhado pelo autor norte-americano Ronald Dworkin.

É desta forma que concluímos estarem sim abrangidas pelo direito à liberdade de expressão as atitudes realizadas pelo comediante Danilo Gentili e, assim sendo, não deveria ter sido condenado pelo crime de injúria, conforme ocorrido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*. Brasília, 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 06 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969*. Brasília, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). *Sentença em processo criminal. Autos nº 0008725-44.2017.403.6181*. 5ª Vara criminal federal. Juíza federal titular: Maria Isabel do Prado, São Paulo, 10 abr. 2019.

CISCATI, Rafael. Justiça condena Danilo Gentili a seis meses de prisão por ofensa a deputada do PT. *O Globo*, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/justica-condena-danilo-gentili-seis-meses-de-prisao-por-ofensa-deputada-do-pt-23592197>>. Acesso em: 02 maio 2019.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Membros signatários do Conselho da Europa. Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 06 maio 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GENTILI, Danilo. *Conta oficial*. Twitter. Disponível em: <<https://twitter.com/danilogentili>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GENTILI, Danilo. *Status*. Twitter, 24 abr. de 2016. Disponível em: <<https://twitter.com/DaniloGentili/status/724263891858001920>> Acesso em: 22 abr. 2019.

GENTILI, Danilo. *Status*. Twitter, 24 abr. de 2016. Disponível em: <<https://twitter.com/DaniloGentili/status/724243197489238016>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GENTILI, Danilo. *Status*. Twitter, 24 abr. de 2016. Disponível em: <<https://twitter.com/DaniloGentili/status/724264538758086656>> Acesso em: 22 abr. 2019.

MEDRADO, Vitor Amaral. *A liberdade de expressão e a justiça brasileira: tolerância, discurso de ódio e democracia*. Rio Branco: Nepan, 2018.

REDAÇÃO DA CONJUR. Danilo Gentili é condenado à prisão por injúria contra deputada Maria do Rosário. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*. São Paulo, 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/danilo-gentili-condenado-prisao-injuria-maria-rosario>>. Acesso em: 02 maio 2019.

REDAÇÃO DA FOLHA. Em vídeo, Danilo Gentili ironiza deputada e rasga notificação. *F5- o site de entretenimento da Folha*. São Paulo, 29 maio 2017. Disponível em: <<https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2017/05/danilo-gentili-tem-reacao-polemica-ao-receber-notificacao-de-deputada.shtml>>. Acesso em: 02 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017.

SCANLON, Thomas M.. A dificuldade da tolerância. *Novos Estud.* – *CEBRAP*, São Paulo, n. 84, p. 31-45, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000200003&lng=pt>. Acesso em: 05 maio 2019.

TAVARES, Joelmir. Caso Danilo Gentili mobiliza humoristas e gera debate sobre liberdade de expressão. Colegas de profissão saíram em defesa do apresentador, condenado por injúria contra deputada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/caso-danilo-gentili-mobiliza-humoristas-e-gera-debate-sobre-liberdade-de-expressao.shtml>>. Acesso em: 02 maio 2019.

RECEBIDO EM: 29/06/2019

APROVADO EM: 29/07/2019

DIREITO E LITERATURA EM GADAMER: O EXEMPLO DE DOSTOIÉVSKI COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO/FILOSÓFICO DA COMPREENSÃO JURÍDICA

***LAW AND LITERATURE: DOSTOIÉSVKI'S EXAMPLE AS
A HERMENEUTIC AND PHILOSOPHICAL ELEMENT OF
UNDERSTANDING***

Fernando Armando Ribeiro

*Pós-Doutor pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA). Doutor e em
filosofia do direito pela UFMG.*

*Professor dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado da Faculdade Mineira
de Direito da PUC-Minas. Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais
Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas .*

Matheus Drawin

Mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas

SUMÁRIO: Introdução; 1 A textura da Hermenêutica
Filosófica como fundamento teórico; 2 A textura
literária como um caso de entendimento; 3 Conclusão;
Referências.

RESUMO: O presente artigo se desenvolve em uma região de fronteira do conhecimento jurídico que é, por isso mesmo, capaz de demonstrar uma grande integração do Direito com a realidade humana. Essa fronteira é a área do “Direito e Literatura” que tem sido cada vez mais desenvolvida, visto sua relevância. Para assegurar a qualidade argumentativa o artigo se constrói dentro do âmbito da área de conhecimento conhecida por “Hermenêutica Filosófica”, inaugurada por Hans-Georg Gadamer. Tal campo de pesquisa conta com constatada influência acerca de diversas reflexões jurídicas. As ferramentas presentes para o desenvolvimento do raciocínio estão na própria teoria de Gadamer, encontrada na primeira parte deste escrito, e que oferece o substrato necessário para a reflexão sobre a questão criminal do homicídio, iniciado na segunda parte e apresentado pela ferramenta literária oferecida por Fiódor Dostoiévski com sua obra “Crime e Castigo”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Literatura. Filosofia. Hermenêutica. Interpretação.

ABSTRACT: The following article develops its arguments at the frontier of the knowledge of Law, and that way of thinking makes it possible to close the gap between legal rules and actual human reality. This frontier is known as “Law and Literature” and has been achieving great relevance in juridical discussions. To ensure the argumentative quality of the article we construct the discussion with reference to Hans-Georg Gadamer’s theories on his “Philosophical Hermeneutics”. A theory that already influence a series of important interpretations in the Theory of Law and Legal Philosophy. The tools we offer for the development of this kind of thinking are, in part I, within Gadamer’s theory itself, and in part II, in the example of a homicide presented in the book “Crime and Punishment” written by Fiódor Dostoiévski.

KEYWORDS: Law. Literature. Philosophy. Hermeneutic. Interpretation.

INTRODUÇÃO

A proposta do artigo se encontra no uso do conhecimento da Hermenêutica e da Literatura voltados para o Direito com o objetivo de refinar a aplicação das normas a partir de sua visão de sociedade promovendo um entendimento diverso sobre a lei escrita, mas não se limitando a ela. O questionamento enfrentado pergunta: qual deve ser o papel da manifestação humana chamada de “Direito”? Sendo uma leitura que integra uma espécie de ‘Filosofia Legal’, é preciso separar a proposta em duas partes.

Com a primeira parte, vem à tona a relevância teórica da literatura dentro da possibilidade de uma interpretação mais abrangente das leituras de mundo que são, a todo tempo, impostas. A interpretação abrangente sugerida insere-se no contexto da Hermenêutica, entendida como arte da interpretação e que, não levemente, segue o rigor teórico característico de autores como Martin Heidegger, particularmente em sua segunda fase, e Hans-Georg Gadamer. O mais relevante na proposta será a ‘hermenêutica filosófica’ de Gadamer, que traz uma riqueza semântica e uma inovação conceitual libertadoras da maneira de se olhar para um texto. Para isso, o destaque hermenêutico e filosófico da literatura propõe lançar um olhar especial e autêntico, um compreender renovado, nesse ponto, capaz de uma efetivação da aplicação e criação da norma. Movimento que pode trazer possibilidades, para o Direito, de resolução e mesmo de posicionamentos diante da sociedade. Que seriam inalcançáveis para um purismo legalista em absoluto.

A segunda parte expressa uma intenção mais direta em termos de integração do valor literário para o Direito, passando de um alcance hermenêutico abstrato a um exemplo concreto e mais profundo de interpretação a partir da literatura. Para tanto, o exemplo relevante trazido é o do livro “Crime e Castigo”, de Fiódor Dostoiévski, narrativa literária de um crime de homicídio, que, apesar de imaginário, pode-se considerar “mais real que a própria realidade”, para fazer valer da expressão usada por Hemingway ao se referir à literatura.

O homicídio é um crime tipificado em incontáveis sistemas jurídicos, o que o torna um exemplo assimilável para além de fronteiras nacionais em termos de relevância legislativa. O vigor da narrativa de Dostoiévski é incomparável na medida em que acompanhamos os pensamentos de Raskólnikov que, apesar de emotivos e pouco racionais, buscam se agarrar em uma lógica válida, além de serem muito compreensíveis no contexto da

psicologia humana pessoal em que se encontra. E, por mais estranhamento que se cause, percebem-se aí como os desvios de uma pessoa que aparenta completa normalidade podem ser extraordinários, mas que, no entanto, como quem mata por acidente mostra um caráter de grande anormalidade.

Por fim, o homicídio intencional cometido pelo personagem Raskólnikov, trazido para o contexto hermenêutico, é uma demonstração relevante de como a literatura é capaz de proporcionar uma compreensão pungente de questões jurídicas aptas a implementação de avanços sociais efetivos. Avanços que podem representar uma evolução sensível da ordem social, e assim, necessariamente, do Direito.

1 A TEXTURA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO FUNDAMENTO TEÓRICO

A filosofia costuma caminhar por perguntas que sempre se reorganizam e demandam respostas mais complexas, o reconhecimento de problemas mais relevantes e a associação de conhecimentos mais improváveis. É nesse viés que surgem perspectivas inusitadas, na intersecção de áreas do saber tais como “Direito e Literatura” ou “Direito e Moral”. A demanda filosófica vem de uma necessidade de interpretação contínua de um mundo temporal que se mostra cada vez mais cheio de possibilidades. Diante do reconhecimento da grande complexidade da sociedade e da história, dentro de uma perspectiva jurídica, a indagação filosófica faz dessa necessidade de compreensão uma necessidade, portanto, hermenêutica. Tal investigação impele e estimula a consideração de algumas perguntas sobre o direito tais como: a visão da hermenêutica jurídica pode interpretar o mundo de forma mais verdadeira? A literatura pode ser uma expansão do horizonte histórico e simbólico do direito e dos próprios juristas? Será que a presença da obra de arte é um fenômeno que ajuda a entender o mundo? Como ampliar nossa compreensão?

Estas perguntas, apesar de cativantes, talvez estejam nos limites (ou mesmo além), do conhecimento jurídico, não requerendo, assim, nenhuma pretensão definitiva de resposta. O esclarecimento que se persegue ao longo do texto não está na produção de uma resposta definitiva, mas no aumento do ‘compreender’ enquanto meta conceitual de um contexto mais amplo. Para isso, os argumentos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, bem como alguns pensamentos da filosofia de seu professor, o pensador Martin Heidegger, são de essencial importância. Alguns conceitos destes autores como ‘compreensão’, ‘horizonte histórico’, ‘fenômeno’, ‘historicidade’, ‘obra de arte’ e outros serão cruciais para propiciar o

avanço de uma hermenêutica jurídica mais condizente com a realidade, ainda que a realidade não seja inteiramente conhecida. Cabe destacar, inclusive, que o objetivo não é o de esclarecer em que consistem todos estes e outros conceitos, pois na medida de seu uso é possível que eles próprios se façam entender. Como reforço argumentativo, será utilizada a abordagem exemplificativa de uma obra de arte literária, “Crime e Castigo”, de Fiódor Dostoiévski.

Com um início repentino também importa que o leitor tenha em perspectiva uma fluidez natural, não superficial, mas pode se dizer ‘leve’ quanto ao pano de fundo teórico que compõe a conversa a ser construída com os autores estudados. Este pano de fundo é a hermenêutica filosófica e jurídica, já mencionada, além de noções de uma historicidade viva, da filosofia da linguagem, bem como da arte e da literatura em si. Destacando-se essa ‘leveza’, ela é de suma importância, já que a extensão e complexidade de tantas áreas não poderiam ser expressadas em totalidade sem que o texto se perca por completo em meta e significado.

Por isso, introduzindo a conversa, é importante que os textos filosóficos sejam vistos como um grande diálogo intelectual. Libertando-se de certa maneira dos moldes metodológicos das ciências da natureza. Não se quer com isso dizer que devam ser desconsiderados, mas que não se deixe limitar por eles. Essa lição, aliás, Heidegger (1959) ensina em “Caminhos para a linguagem”, para quem a compreensão pode se dar ao longo de uma trajetória, significando que “(...)a experiência do caminho para a linguagem a partir do que acontece com o caminho quando nele caminhamos” (Apud SCHMIDT, 2014, p.129).

A experiência mostra uma forma de leitura despreziosa na medida em que uma elaboração intelectual muitas vezes se dá quando as ‘fichas vão caindo’ dentro de uma abertura da compreensão do texto que mostra que o ineditismo puro não é possível, por mais relevante que seja uma nova elaboração conceitual. A proposta é que o texto seja lido com uma sensação de alerta para a historicidade do próprio texto. Tanto do ponto de vista do contexto sociocultural em que é escrito, quanto também pela noção de temporalidade simples que vai acontecendo na própria leitura do texto. Um estado de alerta que faz o leitor perceber que após iniciada a leitura, aqui mesmo, já foi lida mais de uma página. Esse estado de consciência, em que é possível realizar-se no momento, mental e físico, de onde estamos na leitura deste texto, é um fragmento exemplificativo e um pouco desbotado do que Gadamer, em sua conversa com Heidegger, chama de “tomada de consciência”, a tomada de uma “consciência histórica”.

Para o problema do historicismo, isso significa o questionamento crítico de seu pano de fundo, porquanto não são mais agora o sujeito, o objeto, a consciência e a autoconsciência que ganham a posição central, mas a temporalidade da compreensão, o compreender-se-em-vista-de-algo enquanto compreender-se-enquanto-algo. Em verdade, isto significou que a fenomenologia se tornou mais fenomenológica, na medida em que não tem mais o seu ponto de partida junto à “dação” do “objeto” da percepção supostamente “pura”, mas no engajamento da experiência prática de vida que é sempre uma experiência histórico-temporal. (GADAMER, 2010, p.94).

Portanto, a construção desse texto será mais efetiva em compreensão pela tentativa de manter um estado de alerta, que, ao propor ser em si uma forma de vivência simples pode ser também uma pequena experiência associativa de grandes conceitos filosóficos.

A consciência histórica ensinada por Gadamer vem de um conceito desenvolvido por ele que se passa *através da história*. Diz-se que, ao elaborar o conceito de “preconceito”, “pré-juízo”, “pré-compreensão”¹ Gadamer foi brilhante em sua percepção. Com isso, destaca-se outra vez que a filosofia, aqui, nos termos da hermenêutica filosófica, apresentando-se como um grande diálogo que não se refuta na temporalidade existencial humana, mas se completa, reestrutura e (re)significa em um vigor de atualidade altamente relevante, ainda em um texto que, às vezes, tem séculos de existência².

É claro, a sugestão está dentro de uma visão em que um momento do tempo não supera o outro, não literalmente em um sentido demasiadamente científico, mas pode sim evoluir sem uma sucessão eliminatória no sentido

1 “Gadamer emprega a palavra ‘preconceitos’ (*Vorurteile*) para designar coletivamente as estruturas prévias de compreensão de Heidegger. Em alemão, ‘vor-’ significa ‘pré-’ e ‘Urteil’ significa ‘juízo’, portanto, em referência às estruturas prévias de Heidegger ‘Vorurteil’ significaria pré-juízos. Entretanto, no uso corrente do alemão, ‘Vorurteil’ significa preconceito. A escolha deste termo por Gadamer é provocativa, porque ele afirma que a conotação negativa atual de preconceito só aparece no Iluminismo. Como o Iluminismo valorizava o uso de nossa própria razão contra a aceitação de uma autoridade, a autoridade era um preconceito negativo. [...] Nenhum deles compreendeu o significado original de preconceito, assim como um pré-juízo, não é positivo nem negativo até termos o juízo definitivo. Como ‘preconceito’ tem um papel central na hermenêutica filosófica, é preciso que o leitor tenha em mente sua conotação neutra intencionada.” (SCHMIDT, 2014, p.146-147).

2 Curiosamente a palavra ‘existência’ que usamos aqui é melhor lida com um sentido duplo, ou múltiplo, querendo dizer existência datal (certo texto existe a 200 anos por exemplo) e também como existência simbólica e histórica, como o texto “clássico” do pensamento de Gadamer.

das *‘Geisteswissenschaften’*³. O próprio desenvolver da reflexão hermenêutica no pensamento dos seus grandes autores pode ser um bom exemplo disso, por isso, é possível dizer que Gadamer, para desenvolver suas ideias foi influenciado por Heidegger, que da mesma forma leu Dilthey, que leu Schleiermacher, que tinha contato com o cristianismo, que foi influenciado por Aristóteles. Ao mesmo tempo, é sabido que Gadamer e Heidegger também leram Aristóteles diretamente, e também leram Dilthey. Constatase que o acontecimento de percepção, captação e elaboração do conhecimento se dá de forma dinâmica. É uma linearidade que é simultaneamente um inter cruzamento, não um recusando o outro, mas ambos acontecendo ao mesmo tempo. Por exemplo, já em “Verdade e Método”, de Hans-Georg Gadamer, são perceptíveis as mais diversas influências. Através desse raciocínio, é exposto o que Gadamer também apontou do ensinamento de Dilthey. A condição de existência de estar “conscientemente condicionado”.

Ernst Troeltsch resumiu perfeitamente o trabalho de toda a vida de Dilthey na formulação “da relatividade à totalidade”. A fórmula que Dilthey emprega para isso diz o seguinte: “Ser conscientemente condicionado” – uma fórmula que se dirige abertamente contra a pretensão filosófica da reflexão, pretensão de deixar para trás todas as barreiras da finitude, ascendendo para o absoluto e para o infinito do espírito, para a consumação e a verdade da autoconsciência. (GADAMER, 2015, p.319).

Essa dialética histórica do pensamento talvez seja impossível de ser explicada, no entanto, como que em um acontecimento epifânico, ela é simplesmente compreendida, além de que, explicar é muito diferente de compreender⁴. E é como em uma epifania que é possível atingir alguns níveis de compreensão mais refinados dentro das contingências humanas, fora de uma lógica estritamente matematizada e/ou empirista.

Dessa maneira, é abordada uma forma de interpretação do texto que o reconhece para além de uma função comunicativa básica e cotidiana. É claro que, para o leitor ser capaz de discernir as palavras de qualquer texto, as estruturas linguísticas de coerência devem estar presentes. Só que essa

3 Do alemão pode significar, “Ciências do Espírito”, ou “Ciências da Cultura” e por fim “Ciências Humanas”. Escolhemos manter a expressão original devido a maior profundidade conceitual trazidas por Wilhelm Dilthey e Hans-Georg Gadamer sobre o tema.

4 Sobre a diferença um pouco mais técnica, mas dando um sobrevoos geral entre o explicar e o compreender, Dilthey vai associar a explicação às técnicas das Ciências da Natureza e a compreensão às da Ciências Humanas. Para uma leitura mais sucinta do tema sugerimos o texto do livro “Hermenêutica”, de Lawrence K. Schmidt, páginas 55 a 60.

constatação básica não adianta muito para a contribuição que mais importa da literatura para o direito, para a história e até para o próprio entendimento. É preciso perceber a existência de um ‘algo a mais’ no texto, ou melhor, na obra de arte, que cria um ‘algo a mais’ em nós mesmos e no mundo, sendo um processo de tomada de consciência que significa um autoconhecimento possibilitador da epifania dita da compreensão. Esse processo todo pode ser entendido como o reconhecimento de um acontecimento espontâneo que se dá ao perscrutar uma obra de arte verdadeira. É uma vivência histórica sentida como um acontecimento, mas não como um momento pontual superável, e sim como o mencionado “cair da ficha” sobre uma temporalidade inteligível em um fluxo contínuo de conversação histórica entre conceitos filosóficos dos mais variados. E todos, ou qualquer um capacitado para pensar, integra essa conversação e a constrói, ao mesmo tempo em que vai sendo construído por ela. Por isso que é possível ser simultaneamente um pensador original, e, ao mesmo tempo, dever muito a antecessores. Somos existencialmente autênticos na medida da nossa integração a uma tradição histórica, e na medida em que manifestamos a Razão como um fenômeno que pertence à escala humana de capacidade.

A diferença de um simples comunicado, na forma, por exemplo, de uma mensagem descartável para uma obra de arte já foi percebida por ambos, Gadamer e Heidegger. A arte e a literatura podem ser decisivas na compreensão porque não são superadas pela próxima obra de arte, mas se tornam clássicas tendo sua existência em si mais relevante na medida em que vai se resignificando. Essa existencialidade é também introjetada na próxima obra de maneira viva. Por exemplo, de alguma forma o retratismo clássico das pinturas feitas antes da era da fotografia estão vivamente presentes nos retratos fotográficos mais modernos. É bem provável que um pintor seja um fotógrafo com um ‘algo a mais’. No entanto, mais do que isso, a potência do clássico só está presente nas obras de arte verdadeiras, por isso, se eu reconheço com a minha existência que certa obra é verdadeira não será possível que eu seja apático diante dela uma vez que tal obra “acontece” em mim nesse momento como uma convergência da minha temporalidade pessoal e da historicidade maior da qual faço parte. É nesse momento também que a obra pode ser percebida como fenômeno. É nesse momento que ela existe, não dependente de nós, mas, em nós, e estando além de nós. Como algo que se estrutura no mundo.

Ninguém poderá dizer de um bom poema: “Eu já conheço isso!” e virar as costas. Aí as coisas se passam de maneira inversa. Quanto melhor o conheço, quanto mais o compreendo – e isso significa: quanto mais o interpreto exegeticamente e quanto mais o componho uma vez mais – e

isso até mesmo quando o conheço por dentro e de cor, tanto mais digo para mim mesmo que se trata realmente de um bom poema. Ele não fica mais pobre, mas cada vez mais rico. [...] *O encontro com uma grande obra de arte é sempre, eu diria, como um diálogo frutífero, um perguntar e responder ou um ser indagado e precisar responder – um verdadeiro diálogo junto ao qual algo veio à tona e “permanece”.* (GADAMER, 2010, p. 100-101, grifo meu).

O sentido hermenêutico da obra de arte é trabalhado por Heidegger em muitas ocasiões, por exemplo, ao analisar poemas de Stefan George (SCHMIDT, 2014, p.135) ou as pinturas de Van Gogh (FRAGOZO, 2014, p. 73). Heidegger vai falar de um “preenchimento espontâneo” proporcionado pelas obras de arte, percebido também por Edmund Husserl (1859-1938), sugerindo que “[...] uma cor nunca é tanto uma cor como quando ela aparece no quadro de um grande pintor” (GADAMER, 2010, p.84) como que ensinando que existe uma questão de ontologia histórica que faz das obras de arte dado único do compreender. A palavra poética e, diversamente incluída, a palavra filosófica encaram desafios ontológicos da interpretação, por isso, acreditamos ser imperativa a necessidade de pensar a poesia como uma possibilidade de indagação e resposta filosófica que contribui ao nosso entendimento. Talvez a cor no quadro do pintor seja a mais real como ‘algo em si mesma’ assim como é a palavra do poeta na poesia. A palavra pode ser corriqueira ou pode ser poesia, mas talvez somente na poesia ela revele seu significado ontológico.

Na trajetória do pensamento de Heidegger para Gadamer foi estabelecido que um significado ontológico trás rigores que não são os rigores de uma metodologia de comprovação e, ainda assim, podem ser bastante exigentes. Um desses caminhos que gostaríamos de destacar fala sobre uma disposição prévia de entendimento. Talvez seja um abrir-se para a verdade do texto, um esforço de reflexão interpretativa de entendimento do que aquele texto quer nos transmitir. A nosso ver, só através dessa abertura prévia poderemos perceber aspectos antes ocultos e ‘desvelar’ a verdade do texto. O ‘desvelamento’ é a expressão utilizada por ambos os mestres, e a defesa dessa expressão está no fato que seu uso seja adequado na medida em que tal ‘desvelar’ só se dará com essa postura prévia.

Ao colocar a noção de postura prévia como uma disposição ao compreender de uma obra de arte é possível que esta seja uma postura difícil de ser cumprida sendo, portanto, um dos rigores mais exigentes da hermenêutica filosófica. É difícil porque essa disposição depende muito de uma postura de humildade do intérprete, afinal, se em contato, por exemplo,

com uma obra literária, o intérprete, no lugar de se abrir, se feche, sua leitura estará como que “viciada”. Não será capaz de explorar a verdade do texto porque não haverá disposição de percebê-la, o texto não modificará em nada o seu caminho, o intérprete estará apegado apenas a uma verdade relativa que levou consigo de maneira subjetiva. Sem a humildade é impossível que o intérprete seja tocado pelo texto que estará bloqueado por seu “preconceito ilegítimo”⁵, sombra de seu próprio egocentrismo, consciente ou inconsciente. Possivelmente, com a pretensão que de alguma maneira possa se desvencilhar do pertencimento à tradição, falharia fatalmente, afinal, no reconhecimento do acontecimento fenomenológico de uma obra de arte diante de si, pois isso exige a admissão do um pertencimento à tradição, a uma cultura e a uma condição humana. Só assim poderá haver algum encantamento pela obra. A compreensão de um horizonte mais amplo exige um apequenar do egocentrismo e uma relativização de nós mesmos diante da dialética do entendimento humano. Conversar preconiza uma escuta.

A experiência de Heidegger com o quadro de Van Gogh tem muito a nos dizer dessa questão, no sentido que “[...] a essência da arte como por-se-em-obra da verdade do ente” (FRAGOZO, 2014, p. 77) só se dará pela postura prévia a que damos importância, como sendo um passo determinante para se compreender algo de forma refinada. “O objeto, por si só, não garante o advento dessa abertura: uma postura prévia é também concomitantemente necessária” (FRAGOZO, 2014, p. 76). É nesse sentido que deve ocorrer a leitura de um texto e o reconhecer de uma obra de arte.

Ora, tal não é certamente o caso do quadro de Van Gogh: o quadro não mantém em “estada reinante” um mundo, não instaura e mantém aberto, de per si, nem o mundo do próprio quadro (o mundo de Van Gogh), nem o mundo no quadro (o mundo da camponesa). Na verdade, o que o quadro abre é, por meio da referência ao mundo da camponesa, a essencialidade do utensílio e a mundanidade do mundo, *enquanto tais*. (FRAGOZO, 2014, p. 78).

5 O uso deste termo não é aleatório, assim como vários outros termos que são perceptíveis ao leitor atento e conhecedor do assunto. Porém, aqui devo fazer um comentário para fortalecer o argumento, assim, “*como os preconceitos podem ser ou legítimos, baseados nas coisas em si, ou ilegítimos, baseados em ideais ao acaso e concepções populares, Gadamer pode agora ‘formular a pergunta epistemológica fundamental para uma hermenêutica verdadeiramente histórica do seguinte modo: qual é a base para a legitimidade de preconceitos? O que diferencia preconceitos legítimos daqueles vários outros cuja superação é a tarefa indubitável da razão crítica?’ A partir daquilo que Heidegger disse e Gadamer citou, sabemos que os preconceitos serão legitimados quando forem baseados nas coisas em si. O resto de ‘Verdade e Método’ demonstrará como este processo de legitimação e a tarefa crítica de rejeitar preconceitos ilegítimos ocorre na compreensão.*” (SCHMIDT, 2014, p.148).

Claro, a vivência de Heidegger diante do quadro não é a mesma que seria a vivência de qualquer outra pessoa, e isso significa que a experiência da mesma obra de arte pode acontecer de forma totalmente diversa. Uma mesma obra pode causar resultados diversos em intérpretes diferentes, ao nos colocarmos frente a uma obra de arte, poderíamos chorar onde outra pessoa ri. Somos diversidade dentro de uma mesma historicidade, assim, a diversidade particular, ou até de grupos e culturas, faz com que o efeito da obra difira entre as pessoas, entretanto, ao integrar uma mesma historicidade a obra de arte verdadeira vai acontecer em todos. Alguma essência indizível será compreendida.

A experiência vivida pode não ser a mesma que a de Heidegger, mas o texto de Heidegger, e extensivamente o de Gadamer para esse mérito, irá falar alguma coisa a nós sobre certa experiência ao nos colocarmos diante da tela de Van Gogh, não apenas a tela, mas o próprio Heidegger falará conosco (FRAGOZO, 2014, p. 75). E se o compreender se dá pela essência em alguma medida temos acesso a ela pela transcendentalidade da mente humana. É possível ter empatia verdadeira pelo que se está sendo compreendido através dessa transcendentalidade. Não existe experiência concreta, no caso do quadro, se, eu nunca o tiver visto, mas a experiência da leitura nos transporta e transforma. Daí a experiência humana transcrita em forma escrita ser também uma experiência totalmente legítima chamada 'literatura'. O ler e o ouvir literários são uma maneira de indagar sobre a existência em um novo patamar. A literatura é uma forma possível de manifestação do Ser no ente, porque o fazer literário pode ser uma forma da pergunta ontológica. A presença da literatura na vida humana, por assim dizer, não é banal, mas é uma demonstração de que somos, como diria Wilhelm Dilthey, "um ente entre outros entes".

É assim que se busca esclarecer a importância da literatura e da linguagem poética no direito e na filosofia. No direito, como forma de lidar com uma realidade mais extensa que seria ininteligível pela ótica exclusiva da legalidade. A hermenêutica jurídica pretende com isso a resolução de questões que envolvem direitos, deveres e até controvérsias democráticas. Esse caminho pode ser percorrido pela palavra poética na filosofia que busca encontrar uma linguagem da compreensão que supera o uso banal e simplesmente comunicativo da língua. Não no já existente vernáculo jurídico, mas em *uma linguagem que, presente na filosofia seja capaz de ajudar o desvelamento ontológico do direito*. Essa talvez seja uma das dificuldades mais relevantes do intérprete jurista, saber como funcionaria uma linguagem em direção de tal desvelamento. Talvez uma das questões de Gadamer contribua ao desafio:

Como é que a linguagem está presente na filosofia? Agora, todos nós sabemos que aquilo de que os filósofos falam é, em certo sentido um nada: a totalidade do ser, “o ser” e sua articulação em uma conceptualidade categorial – nada disso é “dado” em lugar algum. É nisso que se funda desde sempre a penúria linguística do filósofo, no fato de a linguagem na qual os homens falam estar primariamente determinada para a orientação no mundo e não para continuar nos auxiliando nos transcurso da reflexão de nosso próprio questionamento sobre tudo aquilo que é “dado”. O fato de a linguagem da filosofia se encontrar disposta em uma tensão peculiar entre o uso cotidiano da linguagem e as suas possibilidades especulativas de enunciação se tornou consciente para os pensadores do idealismo alemão; e isto do mesmo modo que vemos desde o romantismo alemão - acolhendo as ideias de Vico e Herder – a poesia como linguagem originária da humanidade. Por fim, é algo assim como a poesia originária da linguagem que está em obra tanto na força criadora do pensamento quanto nas configurações poéticas. (GADAMER, 2010, p.108).

Com o objetivo do desvelamento jurídico que se dá na consideração da obra de arte verdadeira como digna de uma real consideração que é proposto agora o exemplo literário de Dostoiévski através da obra “Crime e Castigo”. E sendo esta uma reflexão filosófica de desvelamento, importa lembrar ao leitor o pedido inicial, a tentativa de estar ciente de sua própria temporalidade. No que está pensando agora sobre hermenêutica filosófica? E sobre literatura? O que Dostoiévski nos diz sobre a interpretação de um crime?

A seguir, é sugerida uma abertura literária para tentar atingir uma compreensão mais empática de questões de direito, sobretudo criminal, que podem contribuir em uma interpretação mais autêntica de uma realidade que os juristas e filósofos tem sempre de lidar.

2 A TEXTURA LITERÁRIA COMO UM CASO DE ENTENDIMENTO

O romance “Crime e Castigo” do escritor russo Fiódor Dostoiévski foi um dos mais célebres de sua trajetória, ao lado de “Os irmãos Karamázov”, “Os Demônios” e “O Idiota”. Sua leitura é fluida e instigante, repleta de passagens longas de caráter altamente psicologizado. Os protagonistas mantêm uma personalidade de grande riqueza literária. Mantendo uma conversação com as personagens da estória, bem como com suas próprias indagações mentais e, por elas, com o leitor.

“Crime e Castigo” é marcado pelo mesmo fluxo narrativo, o protagonista é Ródion Románovich Raskólnikov, ou simplesmente

Raskólnikov é autor do crime de homicídio, ele é um homem comum que acaba assassinando sua senhoria, uma velha usurária antipática a quem devia dinheiro. Matou sem intenção de matar (ou com intenção?) e não soube lidar com o acontecido, inclusive, não teve nem mesmo a força psíquica necessária para se aproveitar dos bens que roubou da velha. E é sobre as contradições psicológicas de Raskólnikov na reflexão sobre o que vem a ser um crime e se este pode ser aceitável que o contexto da obra se faz. Entre a culpa e a justificação de como o protagonista elabora o cometimento do crime.

O livro é uma obra muito extensa e na versão utilizada aqui, traduzida direto do russo para o português, significa uma leitura de 560 páginas aproximadamente, portanto, faz-se um recorte restrito de apenas uma passagem do texto. Alerta-se assim, que se o leitor quiser ter uma perspectiva mais completa é recomendada a leitura integral do livro. O recorte se dará com um diálogo que ocorre nos aposentos de Porfiri Pietróvich, o juiz de instrução da narrativa que faz parte da investigação do crime e acaba desenvolvendo uma relação de tensão e interesse intelectual com Raskólnikov, quase como uma amizade entre inimigos. Para contextualizar e já trazer o leitor para dentro da mente de Raskólnikov citamos, da orelha do livro, o relato de Pietróvich:

Aqui vemos sonhos tirados de livros, aqui vemos um coração exasperado por teorias; aqui vemos a decisão de dar o primeiro passo, mas uma decisão de uma espécie particular – ele tomou a decisão, mas foi como se tivesse caído de uma montanha ou despencado de um campanário, e chegou ao crime como se não houvesse caminhado com as próprias pernas. Esqueceu-se de fechar a porta após entrar, e matou, matou duas pessoas, apoiado na teoria. Matou, mas não conseguiu se apoderar do dinheiro, e o que agarrou meteu debaixo de uma pedra. Achou pouca a aflição que suportou sentado atrás da porta enquanto tentavam arrebatá-la e puxavam o cordão da sineta –, não, depois foi ao apartamento, já vazio, meio delirando, lembrar aquela sineta, sentiu a necessidade de voltar a experimentar o frio na espinha... Bem, mas isso, suponhamos, aconteceu durante a doença, no entanto veja mais uma coisa: matou, mas se considera um homem honrado, despreza as pessoas, anda por aí como um anjo pálido. – Porfiri Pietróvitch, juiz de instrução, a Raskólnikov. (DOSTOIÉVSKI, 2010, orelhas da capa).

Dostoiévski, ao mesmo tempo em que narra a estória, como constatado neste trecho, está perfeitamente ciente de suas indagações filosóficas e o recorte proposto é justamente a exposição da teoria que

Raskólnikov utilizou para justificar seu crime. Uma reflexão que justificaria o cometimento de diversos crimes desse tipo e de outros ao longo da história e que realmente apresenta uma essencialidade legítima em termos de “pré-compreensão”, mas que por um erro de interpretação fora apropriada na forma de uma teoria de uso pessoal tornando-se um “preconceito ilegítimo”.

A cena escolhida menciona, curiosamente, um artigo acadêmico escrito por Raskólnikov e lido por Pietróvitch sobre a natureza psicológica do indivíduo no momento do cometimento de um crime (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.267). Claro, tal artigo foi escrito antes que o autor cometesse seu crime e isso indica uma complexidade contextual relevante. A questão é que haveria indivíduos de existência grandiosa que estariam ‘autorizados’ a cometer crimes. Escolhamos, como método interpretativo, chamar a racionalização geral sobre o caráter desses indivíduos de “princípio de Napoleão”. Inicialmente a ideia é a separação da sociedade em dois grupos organizados por meio de um valor aristocrático entre os melhores e os piores. Sobre o artigo de Raskólnikov, Porfiri vai definir sucintamente:

Toda questão consiste em que, no artigo dele, todos os indivíduos se dividiriam em “ordinários” e “extraordinários”. Os ordinários devem viver na obediência e não tem o direito de infringir a lei porque eles, vejam só, são ordinários. Já os extraordinários tem o direito de cometer toda sorte de crimes e infringir a lei de todas as maneiras precisamente porque são extraordinários. (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.268).

Claro que com o continuar da narração os fundamentos de tal ideia são melhor explorados de vez que não foi exatamente assim que Raskólnikov colocou, inclusive, não é uma divisão pela metade, na verdade, os indivíduos extraordinários nascem em um número muito pequeno se comparados com os ordinários (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.269). Além disso são apenas eles, os extraordinários, que trazem uma *palavra nova* ao mundo. A obediência do restante não é necessariamente uma opressão, mas apenas uma forma alienada de se viver. Como que seguindo a massa na perpetuação da espécie. A questão do crime vem, portanto, não como mero perdão aos considerados superiores, mas apenas se tornam aceitáveis quando representam empecilhos a uma causa dita maior. Causa que só poderia ser realizada por grandes personalidades (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.269-270).

O argumento defensor dos indivíduos extraordinários vem da observação de que já existiram pessoas assim no passado e muitos deles foram execrados e condenados, e, após suas mortes passaram a ser

glorificados pela sociedade (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.269-270). Observemos que há aí um argumento histórico e sua contradição está justamente em uma má leitura da história, como se ser lembrado pela história fosse a mesma coisa que ser perdoado por ela. O “preconceito ilegítimo” de Raskólnikov aparece também na ideia de que todas as grandes personalidades históricas, principalmente autores de atrocidades, tenham sido perdoados. A falácia está nessa sutil diferença entre ‘ser lembrado’ e ‘ser perdoado’. O ‘princípio de Napoleão’ pode ser um importante dado de análise interpretativa da tradição em que estamos inseridos, para a identificação do que a humanidade considera como valor e por isso apresenta uma essencialidade importante de ser considerada. Mas não poderia, como tal, ser entendido como um princípio de orientação de condutas a ser aplicado irrestritamente.

Dostoiévski menciona explicitamente grandes homens como Maomé e o próprio Napoleão, o que influencia chamar essa racionalização de ‘princípio de Napoleão’. Mas além da falácia que o perdão histórico vem para todos os que são lembrados, o que não acontece, o texto trás outra falácia ainda mais relevante e perigosa. O erro de interpretação histórica pode ser mais fatal caso o ‘princípio de Napoleão’ seja trazido como orientação de conduta no presente, afinal, sempre pode acontecer de todos os ordinários, guiados pelo egocentrismo mencionado anteriormente na primeira parte, se considerarem todos extraordinários. Todos “napoleões” que se achando grandiosos permitam a si mesmos o cometimento de crimes.

O brilhantismo de Dostoiévski também se mostra nessa segunda falácia, e na figura de Porfiri Pietróvitch podemos ver explicitamente esse contra-argumento que faz parte da trama psicológica sobre o status do criminoso. Pietróvitch, também questiona Raskólnikov sobre os que se consideram autorizados a “eliminar os obstáculos” de seus objetivos, ao que é respondido quase que com um argumento de equilíbrio de mercado, o já mencionado número limitado de seres superiores presentes na sociedade (e que só aparecendo a cada milhares de anos) não representam ameaça, enquanto os que confundem sua natureza são equilibrados mutuamente pelas atitudes tirânicas uns dos outros (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.273-274).

A dificuldade desse contexto é que o advento de um preconceito ilegítimo surge como um erro apenas. Isso quer dizer que, a partir do erro, desconsiderar o poder e legitimidade dos argumentos de historicidade e de psicologia seria sem perceber estar construindo a teoria de meu próprio preconceito ilegítimo. Relevante lembrar que a compreensão não é uma questão de refutação, típica das ciências exatas, mas de amplitude interpretativa e conceitual. Por isso que a existência de erros de leitura, na

verdade, possibilitam evidenciar os valores da tradição que, quando pouco, são as margens que delimitam os preconceitos legítimos. A realização de um erro pode significar o ganho de uma experiência que contribui com a compreensão.

O primordial a ser considerado nessa altura, é que a vivência da situação que Raskólnikov sugere pode ser uma experiência ontológica para nós. Como já argumentado na primeira parte: é óbvio que não somos a personagem confusa e na situação tensa em que Ródion se encontra, tampouco somos o juiz de instrução Porfiri e ainda menos o próprio Dostoiévski. Mas podemos, pela transcendentalidade da mente humana, ter uma vivência real e empática acerca de um entendimento novo, no caso, o status do homicídio. Entendimento em direção à expansão dos horizontes anteriores, expansão proporcionada pela experiência de se colocar diante da obra de arte “Crime e Castigo”. Com isso surge outro alerta ao leitor, de que a compreensão pela obra referida só surge com sua leitura, instigando em nós o contexto cultural, situacional, histórico, psíquico e linguístico do texto que é inexprimível no presente escrito. Tem de ser entendido por uma vivência, a vivência da obra de arte.

O “estar conscientemente condicionado” exige a reflexão sobre a possível incapacidade que um texto acadêmico, como este que vos fala, tem de exprimir a ‘compreensão’ fenomenológica da obra de arte, uma vez que a compreensão está relacionada com sua vivência propriamente dita.

Ao se deparar com as questões que perturbam a existência de Raskólnikov, encontra-se uma discussão muito comum no âmbito da prática cotidiana do Direito Penal Brasileiro. Perceberam? A tentativa de definir o dolo, a culpa, o dolo direto e indireto, o dolo eventual, o conceito de mandante e mandatário e mesmo construções teóricas como a do crime *preterdoloso* é uma discussão que na linguagem do direito batizamos de *liame subjetivo* do caso⁶. A discussão efetivamente cria institutos jurídicos de individualização da pena que afetam diretamente a vida das pessoas. Como seria a individualização da pena de Raskólnikov? Qual é o tipo penal

6 O crime de homicídio está previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, incluindo suas formas qualificadas e atenuadas. Nos artigos 122 até o 128, classifica-se o aborto como tipificado no mesmo instituto, mas claro, de natureza diversa. Além da menção explícita entre dolo e culpa no próprio CP, Cezar Roberto Bittencourt, no volume 2 de seu “Tratado de Direito Penal” discorre sobre dolo e culpa (p.63-64) e, de forma geral e abrangente, as diversas formas de homicídio do direito brasileiro, para o qual dedica o capítulo II. Muitas dessas variantes do tipo penal existem e se aplicam por conta do estado psicológico do autor e da vítima, ou seja, apesar de positivado, é no fundo uma *questão de consciência*, o chamado ‘liame subjetivo’ aludindo a discussão exposta em “Crime e Castigo” diretamente.

aplicável? Qual peça processual é adequada a ele? Essas são perguntas comumente feitas por operadores do direito. No entanto, ao filósofo do direito cabem perguntas mais ontológicas; será que sem Dostoiévski a lei penal teria sido construída assim? Será que os filósofos, leitores de Dostoiévski, foram lidos por legisladores originais? Será que Dostoiévski foi lido por tais legisladores? Se o direito faz uso de uma linguagem, a obra de arte, a essencialidade da linguagem não importa diante de sua formalidade? A literatura não altera questões jurídicas? Afinal, a vida imita a arte?⁷

Sem esperar surpreender o leitor, Raskólnikov e Pietróvitch não estão sozinhos, quem for um leitor curioso já sabe que Razumíkhin e Zamiótov também estão no recinto, a dinâmica da literatura é rica, e Razumíkhin denuncia: “...Porque essa permissão do derramamento de sangue *por uma questão de consciência* é...é, a meu ver, mais terrível que a permissão oficial de derramar sangue, a permissão legal...” (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.272).

A literatura, a poesia, a pintura, o texto, entendendo-se como obra de arte são o fazer da pergunta ontológica, é isso que o texto trás através da palavra poética. E “[...] isto é um poema: linguagem que não significa apenas algo, mas que é aquilo que significa” (GADAMER, 2010, p.100). A poesia é a epifania de uma compreensão.

É possível dizer que ocorre um compreender do que geralmente aparece dividido e a linguagem comunicativa do direito torna sua transmissão difícil ou impossível ao leigo que normalmente não faz ideia de como sua vida está sendo decidida. De outro lado, o jurista, tendo domínio técnico do aparato legal, aliena-se na forma processual da vida, modo como passa a ver o mundo, sem perceber a linguagem comunicativa do povo. É aí que no reconhecimento de serem *seres históricos* seria benéfico haver a percepção de humildade necessária para a compreensão, a percepção de que somos apenas um fio que compõe a grande malha da história, a percepção que nosso entrelaçamento contínuo nessa malha é o fluir histórico que integramos. Apenas com a humildade de fio, que poderemos vislumbrar, ainda que pouco, o horizonte da imagem que está na tapeçaria da vida. O ponto culminante da linguagem não comunicativa, mas ontológica está então na ‘textura’ do texto onde há o acontecimento da essencialidade da compreensão. Para utilizar o exemplo dado, mesmo sob o risco de empobrecer um pouco a ideia: o entendimento mais amplo acerca do homicídio entre o leigo e o jurista não está exclusivamente nas ruas ou no

7 Referencia a Oscar Wilde, que faz a mesma pergunta.

código penal, mas, por exemplo, em “Crime e Castigo”. Para esclarecer essa textura, Hans-Georg Gadamer ensina que:

Nós utilizamos uma palavra muito eloquente para essa estrutura da construção poética quando denominamos ‘texto’. O texto significa ‘textura’, ele designa um tecido que se constitui a partir de fios singulares tão intrinsecamente entrelaçados, que o todo se torna dotado de uma textura própria. Pode-se dizer que isto é de certa maneira válido para toda unidade de um enunciado e não se restringe à obra de arte literária. Na obra de arte poética, contudo, o tecido do texto alcança nova aptidão. É isso que é efetivamente um poema – um texto que se mantém coeso em si mesmo por meio de sentido e som e se fecha na unidade de um todo indissolúvel (GADAMER, 2010, p.106).

É importante assim, que para a resolução mais adequada de muitos problemas da sociedade humana, seja valorizada uma visão hermenêutica mais ampla. Uma visão histórica no sentido que, na percepção da historicidade, os preconceitos ilegítimos, gadamerianamente falando, se farão mais claros e mais perceptíveis. Após a admissão de estarmos ‘condicionados’ por nossas próprias contingências históricas poderemos dar o passo de uma substancial redução do risco de erro das conclusões que esta reflexão fornece. Não é a questão de ser um escravo do destino, prostrado e rendido frente às dificuldades. A historicidade que importa é de integração, é de ampliação, é do não se deixar levar pela ideia de que somos menores porque tivemos nosso egocentrismo, nossos individualismos castrados pela compreensão. É justamente o contrário, a compreensão ontológica dá uma existência mais madura e plena, com mais aptidões para melhorar o mundo. A admissão da finitude humana ante o mundo faz visível sua mundaneidade. Não existem apenas vítimas necessárias do destino. A capacidade de compreender as contingências humanas da “pré-compreensão” em que todos estão inseridos é ferramenta única para lidar com as mesmas, tal a importância da condição humana como “seres históricos”.

- N-nada mais se admite! – interrompeu entusiasmado Razumíkhin – E não estou mentindo!...Eu te mostro um livro deles: eles defendem tudo isso porque para eles “o indivíduo é vítima do seu meio” e nada mais! É a frase preferida! Daí se deduz diretamente que, caso se construa a sociedade de maneira correta, todos os crimes desaparecerão de um só golpe, uma vez que não haverá contra o que protestar e em um instante todos os homens se tornarão justos. Não se leva a natureza em conta, suprime-se a natureza, não se percebe a natureza! Para eles não é humanidade – que se desenvolveu pela via histórica e *viva*

até o fim – que vai finalmente converter-se numa sociedade normal, mas, ao contrário, é o sistema social que, saindo de alguma cabeça de matemático, vai imediatamente organizar toda a sociedade e num abrir e fechar de olhos a tornará justa e pura antes de qualquer processo vivo, sem qualquer via histórica e viva! É só por isso que eles detestam tão instintivamente a história: nela veem “só deformidades e tolices”, e tudo se explica exclusivamente pela tolice! É por isso que detestam o processo *vivo* da vida: a *alma viva* é dispensável! A alma viva exige vida, a alma viva não obedece à mecânica, a alma viva é desconfiada, a alma viva é retrógrada! E mesmo que cheire carniça, pode ser feita de borracha, mas aí não é viva, aí não tem vontade, aí é escrava, incapaz de rebelar-se! E daí resulta que no falanstério reduziram tudo a uma simples alvenaria de tijolos e à disposição de corredores e quartos! O falanstério está pronto, mas a natureza dos senhores ainda não está pronta para o falanstério, ela quer vida, ainda não concluiu o processo vital, é cedo para ir para o cemitério! Só com a lógica é impossível pular por cima da natureza! A lógica adivinha três casos, mas há milhões deles! Cortar um milhão inteiro e reduzir tudo apenas à questão do conforto! A solução mais fácil da questão! É de uma clareza sedutora, e nem se precisa pensar! O principal – não se precisa pensar! Todo o mistério da vida cabe em dois cadernos! (DOSTOIÉVSKI, 2010, p.265-266).

Nessa intuição brilhante, Dostoiévski fala em historicidade viva, e esclarece que, nos termos da hermenêutica filosófica, a história é viva também como vivência, uma experiência histórica que se realiza na obra de arte e pode significar uma mudança efetiva em nossos sistemas de compreensão e de ordem social.

Agora, cientes de nossa temporalidade, questiona-se outra vez onde o leitor está durante a leitura do texto e em que medida se tornou um pouco um jurista, um Raskólnikov ou um Gadamer. É provável que a leitura leve as pessoas a uma realidade paralela de ‘um outro’ entendimento humano conjunto. E por isso fazem-se estas perguntas; ao lermos um texto, o mundo “lá fora” continua a passar. Porém o leitor sai na frente já que talvez essa realidade paralela seja o desvelamento de Heidegger acontecendo através da literatura, talvez a leitura seja um modo de texturizar o mundo.

3 CONCLUSÃO

O encontro em que se dará o conhecimento humano, na perspectiva de uma fenomenologia ontológica, ocorre, portanto, não no que pensamos

ou no que você pensa sobre a leitura de “Crime e Castigo”, mas ocorre na obra em si. A percepção de outra pessoa geralmente é diferente da nossa, mas ambas acontecem na obra de arte, que revela a verdade do Ser de forma diluída resultante da indissolubilidade da obra.

A verdade do Ser ocorre como o fenômeno que se realiza na obra de arte. A historicidade vai se dinamizando até emergir, de maneira culminante, em algum ente. Essa emergência é o fenômeno culminante da consciência histórica que é a manifestação do Ser no ente a qual denominamos ‘obra de arte’.

A obra de arte, assim, é o dito que não pode ser comunicado, o reconhecer que não pode ser explicado, é a compreensão vivida que não pode ser demonstrada. Do mesmo modo Gadamer afirma sobre sua ideia de obra de arte literária:

A minha tese é, então, a de que a obra de arte literária tem em uma medida maior ou menor sua existência voltada para o ouvido interior. O ouvido interior apreende a construção linguística ideal – algo que ninguém nunca pode ouvir. Pois a construção linguística ideal exige da voz humana algo inatingível – e justamente este é o modo de ser de um texto literário. Esta idealidade também se torna naturalmente vigente quando nós mesmos tentamos ler algo em voz alta e declama-lo. Com a nossa própria voz e com o grau em que sua modulação e acento acontecem, nós somos igualmente contingentes para nós mesmos (GADAMER, 2010, p.98-99).

A idealidade que Gadamer menciona em relação à compreensão dada pelo acontecimento da obra de arte deve significar também uma idealidade para a filosofia e para o direito. Não como idealismos infantis, mas como uma seriedade mais madura de se encarar o mundo. O ideal artístico não tem medo de enfrentar as partes mais viscerais da humanidade, algumas vezes até escancarando-as. Esta é uma função primordial da hermenêutica: o treinamento do “ouvido interior” que nos faz olhar o mundo a partir da nossa própria finitude, e, na grandiosidade do olhar modesto talvez seja possível para todos um vislumbre mais amplo do compreender.

Talvez essa ousadia seja a verdadeira missão do jus-filósofo. Retratar sem temor em nossas telas o mais íntimo entendimento do justo, pois a caneta do jurista nunca é mais autêntica do que quando tece os dizeres da justiça!

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. revisada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2012.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2001.

FRAGOZO, Fernando; MAC DOWELL SJ, João (Org.). *Heidegger: A questão da verdade do ser e sua incidência no conjunto de sua obra*. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014. Coleção filosofia primeira.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica da Obra de Arte*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. Série Pensamento Moderno.

RECEBIDO EM: 23/07/2019

APROVADO EM: 11/11/2019

ESTADO DE DIREITO E FRONTEIRAS DE EXCESSOS: *CIVIL FORFEITURE* AMERICANA E PROPOSTA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO NO BRASIL

***RULE OF LAW AND BORDERS OF EXCESSES: THE
CIVIL FORFEITURE IN USA AND PROPOSAL FOR ITS
IMPLEMENTATION IN BRAZIL***

José Carlos Francisco

*Pós-Doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Doutor e Mestre em
Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Faculdade
de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP e Juiz Federal na 3ª Região*

Denis Skorkowski

*Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana
Mackenzie. Assistente Jurídico de Desembargador no Tribunal de Justiça (SP).
Pesquisador dos seguintes Grupos de Pesquisa - CNPq "Políticas Públicas como
Instrumento de Efetivação da Cidadania"; "Cidadania, Constituição e Estado
Democrático de Direito".*

SUMÁRIO: Introdução: Estado de Direito, Segurança Jurídica e resultados de ilícitos; 2. *Forfeiture Process* dos Estados Unidos: natureza civil como forma de vencer obstáculos penais; 2.1. Críticas ao punitivismo penal com roupagem civil; 3. Projeto de Lei do Senado

Federal nº 257/2015 e ação civil de extinção de domínio: fundamento no caso brasileiro e questões circundantes ao uso do instituto; 3.1. A função social da propriedade; 3.2. Estrutura jurídico-normativa; 4. Precisamos de mais uma medida sancionatória?; 5. A proposta de ação civil de extinção de domínio é compatível com o ordenamento constitucional brasileiro?; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Partindo do problema relativo à busca de meios para combater a criminalidade expropriando bens, direitos e valores envolvidos com ilícitos, este estudo tem como hipótese a compatibilidade do Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 com o sistema jurídico brasileiro, desde que não incida em vícios incorridos pela *Civil Forfeiture* americana, pretendendo aplicar sanção civil como subterfúgio para evitar garantias penais. Como pressuposto para aplicação do confisco previsto na ação civil pública de extinção de domínio, é necessário comprovar o abuso ao exercício do direito à propriedade (ou descumprimento de sua função social) mediante nexos de causalidade do bem, direito ou valor com atividade criminosa, não bastando mera suspeita ou dúvida, desde que respeitadas as garantias do Estado de Direito (notadamente o devido processo legal, a certificação da culpabilidade de pessoas envolvidas em ilícitos, a individualização da pena e a proteção de lesados e de terceiros de boa-fé). Adotamos o método dedutivo, alternando dissertação e argumentação para expor conceitos e ideias, com levantamento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil de Extinção de Domínio. Estado de Direito. Segurança Jurídica. Adequação Constitucional. Ônus Probatório. Ação *in Rem*.

ABSTRACT: Starting from the problem of the search for tools in order to fight against crime by expropriating property, rights and values involved with illicit, this study has as hypothesis the compatibility of Senate Bill No. 257/2015 with the Brazilian legal system, as long as it do not reproduce the same defects of the Civil Forfeiture of the USA, which applies a civil penalty as a subterfuge to avoid criminal guarantees. As a prerequisite for the application of the forfeiture in the Brazilian system it is necessary to prove the abuse of the right to property (or noncompliance with its social function) through a causal link of good, right or value with the criminal activity, and it is not enough a simple doubt; it is important to have secured the legal guarantees of the rule of law (such as the due process of law, certification of the guilt of persons involved in illicit acts, individualization of punishment and protection of

injured parties and of bona fide third parties). We adopted the deductive method, alternating dissertation and argumentation to expose concepts and ideas, with bibliographical survey.

KEYWORDS: Civil Forfeiture. Rule of Law. Legal Certainty. Constitutional Adequacy. Burden of Proof. Action *in Rem*.

INTRODUÇÃO: ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E RESULTADOS DE ILÍCITOS

Em sentido adjetivo, estrito, forte ou substancial, Estado de Direito consiste na qualidade do Estado Nacional que se orienta por padrões normativos (elaborados por procedimentos legítimos e aplicados segundo parâmetros democráticos), subordinando a todos (inclusive àqueles que positivam e aplicam os preceitos) com o propósito de identificar e efetivar direitos, garantias e deveres fundamentais.¹ Como vetor fundamental de regimes democráticos, do Estado de Direito deriva a segurança jurídica pelo cumprimento desses padrões. As garantias fundamentais à segurança jurídica e ao Estado de Direito dependem da regularidade formal e material do que ocorre em sociedades com preocupações civilizatórias modernas.²

Nos níveis alarmantes que organizações criminosas atingem atualmente no Brasil (com delitos que vão de simples a muito sofisticados, com fluxos internacionais de recursos, lavagem de dinheiro e intersecção com entes estatais), há viva discussão legislativa sobre a adoção da Ação Civil Pública de Extinção de Domínio, permitindo apropriação (pelo Estado) daquilo que foi obtido por atividade ilícita. Tendo como pressuposto o nexo causal entre “crime” e “coisa expropriada”, essa ação tem como fim enfraquecer organizações criminosas atacando a capacidade financeira e patrimonial (essencial para suas operações ilícitas).

1 Não há um sentido único e estático de Estado de Direito, embora desde o início da modernidade há alguns movimentos claros (Estado Liberal de Direito opondo-se ao *Ancien Régime*, e Estado Social de Direito combatendo o individualismo e Estado Abstencionista) levando à aproximação do Estado Cooperativo de Direito (convergência de muitos países em organismos internacionais intergovernamentais). Sobre Estado de Direito, por todos, REIS NOVAIS, Jorge. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, e VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

2 Em uma formulação simples, não existe direito adquirido por ato ou fato ilícito, do mesmo modo que o ato jurídico será imperfeito se violar parâmetros normativos, e a coisa julgada será desconstituída se manifestamente contrariar norma jurídica. Do mesmo modo, o direito à propriedade privada será garantido se cumprido o dever fundamental de utilizá-la de modo lícito e orientado por sua função social.

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 é o mais recente a tratar da matéria, e, dentre as controvérsias que gera, está a aplicação de sanção na esfera civil em razão de ilícitos penais (com possíveis impactos no grau de certeza acerca do cometimento da ilicitude).

Assim, partindo do problema relativo à busca de meios para combater a criminalidade expropriando bens, direitos e valores envolvidos com ilícitos, este estudo tem como hipótese a compatibilidade do Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 com o sistema jurídico brasileiro, desde que não incida em vícios incorridos pela *Civil Forfeiture* americana, pretendendo aplicar sanção civil como subterfúgio para evitar garantias penais. O objetivo deste estudo é demonstrar que a aplicação do confisco previsto na ação civil pública de extinção de domínio deve ter como pressuposto a comprovação do abuso ao exercício do direito à propriedade (ou descumprimento de sua função social) mediante nexos de causalidade do bem, direito ou valor com atividade criminosa (não bastando mera suspeita ou dúvida), bem como o respeito às garantias do Estado de Direito (notadamente o devido processo legal, a certificação da culpabilidade de pessoas envolvidas em ilícitos, a individualização da pena e a proteção de lesados e de terceiros de boa-fé). As perguntas que pautam a pesquisa são: a ação civil de extinção de domínio é, de fato, necessária? E, em caso positivo, como conformá-la aos preceitos constitucionais dos sistema jurídico brasileiro?

Neste estudo, adotamos como metodologia de pesquisa a dedução, tomamos como paradigma a experiência da *Civil Forfeiture* utilizada nos Estados Unidos dada a influência do direito americano nessa matéria, embora existam medidas equivalentes na Itália (“*confisca di prevenzione*”), na Inglaterra (“*civil recovery*” e “*cash forfeiture*”), na Colômbia e no México (“*extinción de dominio*”).³

Se de um lado é incorreto copiar ou importar modelos estrangeiros sem reflexões sobre a nossa realidade normativa, socioeconômica e institucional (sobretudo quando se trata de mecanismos ou medidas originárias de países que adotam o *common law*), por outro lado é relevante observar, avaliar, sugerir e implementar medidas testadas por experiências estrangeiras, notadamente de países que exercem influência multifacetária no Brasil. Por isso, tomamos cuidados essenciais para aferir a compatibilidade desse “transplante jurídico” ao usar os Estados Unidos como paradigma.

3 A respeito dessas experiências estrangeiras, UNIÃO EUROPEIA, 2013 e MARQUES, 2014.

Assentado o levantamento bibliográfico como método de procedimento, apresentaremos, em linhas conclusivas, a possibilidade de utilizarmos mais esta forma de combate à criminalidade, desde que haja respeito aos preceitos de ordem interna, evitando-se que a busca incondicionada por resultados jurídicos transfigure-se em algo tão prejudicial quanto não alcança-los.

2 CIVIL FORFEITURE PROCESS DOS ESTADOS UNIDOS: NATUREZA CIVIL COMO FORMA DE VENCER OBSTÁCULOS PENAIIS

A *Civil Forfeiture* é ferramenta processual utilizada pelo Governo Federal americano (e também por Estados-Membros, conforme seus estatutos) no combate a criminalidade que envolve fluxo de riqueza (p. ex., tráfico de droga), com importantes alterações, feitas em 2000, pelo *Civil Asset Forfeiture Reform Act* para adequar o procedimento às garantias individuais (em especial, de terceiros inocentes).⁴

Trata-se de processo judicial de confisco ajuizado pelo poder público contra propriedade determinada (o bem é tratado como culpado por ficção ou premissa, motivo pelo qual não é relevante estabelecer a culpa do atual proprietário da coisa); aliás, também não importa se o proprietário é o próprio infrator ou terceiro.⁵ O foro competente para processar e julgar o processo é do local onde o bem se localiza, de modo que a *Civil Forfeiture* compreende, basicamente, propósitos governamentais de apropriação (pela via judicial) de determinada propriedade privada supostamente relacionada à atividade criminosa (BRIDY, 2014, p. 688).

Por ter natureza civil, esta medida permite confiscar bens com menor ônus probatório comparado às medidas criminais equivalentes, bastando que o governo federal demonstre “*by a preponderance of the evidence*”. Trata-se de baixa exigência probatória (mesmo após o *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000), não sendo necessário nível mais exigente (“*the clear and convencing evidence*”).⁶

4 Sobre o assunto, WILLIAMS; HOLCOMB; KOVANDZIC; BULLOCK, 2010.

5 Nos EUA, o bem figura no polo passivo da demanda, p. ex., “United States v. Approximately 600 Sacks of Green Coffee Beans”. Disponível em: <<https://casetext.com/case/us-v-approx-600-sacks>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

6 Nos estados Unidos, o grau máximo de exigência probatória é chamado “*beyond a reasonable doubt*”, usualmente associado a condenações por acusações criminais (WILLIAMS; HOLCOMB; KOVANDZIC; BULLOCK; 2010, p. 20). Ainda sobre a matéria, SIMÕES e TRINDADE (2009, p. 35)

O núcleo jurídico que define a *Civil Forfeiture Process* possui três elementos estruturais: o instrumental (ação); a pretensão em si (a coisa); e a justificativa (origem criminosa); daí, falar-se em ação *in rem*, com enfoque especial a esses dois últimos elementos.

Conforme CASSELLA (2016, p. 11), “[...] *civil forfeiture is available whether the property belongs to the wrongdoer or to a third party: the focus is on the nexus between the property and the criminal offense [...]*”. Ou seja, é preciso demonstrar o nexó de causalidade compreendido pela “[...] *conexão suficiente entre a conduta proibida (na seara criminal) e a coisa cuja expropriação o Estado pleiteia [...]*” (MARQUES, 2014, p. 12).

Resumidamente, a adoção da *Civil Forfeiture* se justifica a partir de duas premissas: a primeira é que a coisa carrega a culpa, daí porque é dispensável a perquirição prévia de quem seria penalmente o culpado, bem como não importam os limites de tal culpabilidade (daí é extraída a caracterização de ação *in rem*), motivo pelo qual, reafirmamos, quem figura no polo passivo da demanda é a própria coisa e não uma pessoa (infrator ou terceiro), embora qualquer um possa questionar a titularidade do bem;⁷ a segunda premissa é a legitimidade estatal para aplicar sanção de caráter civil, retirando do embate certas proteções individuais (notadamente probatórias) que existiriam se a responsabilização fosse discutida pela via criminal. Com a combinação dessas duas premissas, viabiliza-se o confisco civil, tornando ágeis as ações estatais com a diminuição de proteções constitucionais e legais dos proprietários; o poder público fica autorizado a expropriar (com natureza de sanção civil) propriedade supostamente contaminada por atos criminosos, bastando dúvida razoável a respeito do delito (ou “*by a preponderance of the evidence*”). Sobre essas premissas (ou ficções jurídicas), BRIDY (2014, p. 688) explica:

[...] The *in rem* fiction and the civil sanction fiction are two powerful legal fictions that combine in civil forfeiture actions to ease burdens on the government and to diminish constitutional protections for property owners. The *in rem* fiction permits the government to act through property on property owners who would otherwise be beyond its reach. The civil sanction fiction entitles the government to take property allegedly tainted by a crime without actually having to prove commission of the crime beyond a reasonable doubt. [...]

7 Sobre o ponto, MARQUES (2014, p. 11) observa que, nos Estados Unidos “[...] *o sujeito de direito público, na condição de parte autora, aciona a coisa (bem material, móvel ou imóvel ou recursos financeiros), com o fim de lhe obter a expropriação, após a análise do caso concreto pela autoridade judiciária, com base nos elementos de prova coligidos ab initio ou ulteriormente produzidos, durante a instrução probatória [...]*” (grifos nossos).

CASSELLA (2016, p. 01) cita o caso *Kaley x United States* no qual foram listadas por uma juíza as razões porque o “*asset forfeiture*” é visto como uma parte importante para a aplicação da lei penal:

[...] Forfeiture, she wrote, serves to punish the wrong-doer, to deter future illegality, to lessen the economic power of criminal enterprises, to compensate victims, to improve conditions in crime damaged communities, and to support law enforcement activities such as police training [...]

Porém, as premissas e as práticas desse confisco civil sofreram e ainda sofrem duras críticas por parte de segmentos americanos.

2.1 CRÍTICAS AO PUNITIVISMO PENAL COM ROUPAGEM CIVIL

Diante da expressiva utilização da *Civil Forfeiture* nos Estados Unidos a partir de 1970, surgiram debates a respeito de sua compatibilidade com o sistema jurídico norte-americano, especialmente porque essa medida não passaria de um subterfúgio estatal para atender a punitivismo penal sob as vestes de procedimento civil.⁸ LEACH e MALCOM apontam esse problema de uso disfarçado de medida civil com propósitos vinculados a aspectos criminais, mesmo sem claros elementos de condenação (1994, p. 254):

[...] critics contend that the “civil” label cannot obscure clear punitive intent in enacting such legislation. These critics charge that the government can and does use the civil forfeiture process to exact a economic sanction against individuals who are either beyond the reach of the criminal justice system or against whom there is simply insufficient evidence to convict them of a crime. [...]

Em decorrência de críticas dessa ordem, a *Civil Forfeiture* foi alterada com o *Civil Asset Forfeiture Reform Act* de 2000, a partir do qual houve a expansão de garantias do proprietário do bem confiscável (p. ex., dentre as inovações estão exigências de notificação de apreensão e de maiores elementos probatórios para o governo realizar a expropriação). Em Nota crítica à constitucionalidade do confisco civil como ferramenta de aplicação da lei penal, a Revista da Faculdade de Direito de Harvard apontou algumas dessas alterações:

⁸ Em 1970 há a promulgação do *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* e do *Continuing Criminal Enterprise*. Mas, a partir de 1984, com a promulgação do *Comprehensive Crime Control Act*, é que a utilização do instituto ganha força nos Estados Unidos (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 59).

[...] For example, it imposes deadlines for forfeiture filings, adds seizure notice requirements, shifts the burden of proof to the government, adopts an innocent owner defense, and provides for attorneys' fees and interest for successful claimants. It also applies the Eighth Amendment's excessive fines framework to civil forfeitures and expands Fourth Amendment protections [...] (HARVARD LAW REVIEW, 2018, p. 2390)

Sobre a densidade das provas necessárias ao confisco civil, MARQUES (2014, p. 11-12) observa que o processo é inspirado no chamado *princípio da tutela provisória da aparência*; ou seja, é preciso que haja um grau de demonstração relativamente maior do que aquele circundante à prova civil. Já REZENDE (2018, p. 23) afirma que a *civil forfeiture* exige comprovação com base no *standard* de prova civil *preponderance of the evidence* (também conhecido como *the balance of probabilities*), o qual exige grau de comprovação maior que o *probable cause* (exigido antes do *Civil Asset Forfeiture Reform Act*). Apesar das reformas, conforme descrição de SIMÕES e TRINDADE (2009, p. 35), não se chegou à profundidade probatória circundante às questões de cunho criminal:

[...] Nos EUA transformou-se a *civil forfeiture* numa das mais potentes armas do governo federal contra o tráfico de droga e outras actividades ilegais. Regista-se, contudo, a preocupação de introduzir, através do 'Civil Asset Forfeiture Reform Act', de 2000, reformas no sistema americano, com o fim de garantir 'um procedimento mais justo e uniforme', com maior respeito pelos direitos do interessado e de terceiros inocentes.

O processo de confisco *in rem* é autónomo e dirigido contra a 'propriedade determinada' enquanto tal, perante o tribunal do local onde o bem se localiza. Não é relevante a culpa de quem for o actual proprietário da coisa e, pelo contrário, recorre-se a uma espécie de *fictio juris*, com base na qual é 'culpado' o bem e, portanto, é irrelevante a culpa do proprietário.

A principal razão da preferência pelo procedimento civil em vez do penal é o seu menor ónus probatório: a acusação/requerente deve provar, 'by a preponderance of the evidence', a confiscabilidade dos bens, não sendo necessária 'causa provada'. Segundo certa doutrina, a civil forfeiture requer um tão baixo nível de prova (mesmo depois do 'Civil Asset Forfeiture Reform Act' de 2000) que alguns membros do Congresso do EUA requereram a

fixação de um nível de prova mais exigente: 'the clear and convencing evidence' [...] (grifos nossos).

Outras mudanças também marcaram o processo de aperfeiçoamento do instituto nos Estados Unidos, tal como a proteção denominada “proprietário inocente”, permitindo demonstração de sua boa-fé quanto ao desconhecimento da origem criminosa. Nesse sentido:

[...] This Act brought about 2 principal changes to the civil forfeiture regime. First, it raised the burden on the government requiring it to prove its case on the standard civil burden, the balance of probabilities. Second, it established an “innocent owner” defence – an owner had to establish that he/she had no knowledge that the property had been used in a crime or in a proceeds case, that he/she had acquired the property in good faith at full value without notice of its criminal origin. [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 59)

Como é comum a todos os países no ambiente de risco contemporâneo, a sociedade americana tem notórias virtudes e vícios, e vem sendo marcada por ameaças e conflitos antes mesmo dos atentados terroristas de 11/09/2001, razão pela qual fatores meta-jurídicos têm grande peso na análise de limites às garantias fundamentais dos cidadãos.⁹ As virtudes e vícios da realidade brasileira são parcialmente diversos da americana, dificultando a simples transposição da *Civil Forfeiture Process*.

3 PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 257/2015 E AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO: FUNDAMENTO NO CASO BRASILEIRO E QUESTÕES CIRCUNDANTES AO USO DO INSTITUTO

Em 2005, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) incluiu a apresentação de projeto de lei para o confisco (ou perdimento) de bens envolvidos em atividades ilícitas.¹⁰ Essa intenção foi retomada em 2010 e em 2011, a partir de quando o tema ganhou força, em especial pela criação de grupos de trabalho no Ministério Público para estudar o assunto e fornecer subsídios ao

9 Há diversas espécies de risco, que afetam todos os países de maneiras variadas. Sobre o tema, por todos, BECK (2001) e (2008).

10 O trabalho da ENCCLA é concretizado pelas chamadas ações, elaboradas e pactuadas anualmente pelos seus membros, a partir do que são criados grupos de trabalho que realizam estudos sobre o tema. A Ação 14/2005 foi formulada nos seguintes termos: “Elaborar anteprojeto de lei instituindo ação civil de perdimento de bens de origem ilícita.”

Ministério da Justiça.¹¹ Apresentado o PL nº 5.681/2013 à Câmara dos Deputados tratando do confisco civil de bens envolvidos em ilícitos, o mesmo foi rejeitado (317 votos a 97), mas a discussão foi retomada pelo Senado Federal no Projeto de Lei nº 257/2015, que cuida da ação civil pública de extinção de domínio.¹²

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Na exposição de motivos do PL nº 5.681/2013 rejeitado pela Câmara dos Deputados, os fundamentos constitucionais da ação civil de perdimento de bens, direitos ou valores foram o art. 5º, XXII (que assegura o direito de propriedade), bem como o inciso XXIII (que prescreve que a propriedade deverá atender à sua função social), e o inciso LIV (que garante que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal); nas justificativas desse projeto de lei ainda constou que a proteção constitucional do direito de propriedade tinha por objetivo tutelar o seu uso adequado e não abusivo, de modo a evitar que outros direitos fossem violados, o que se traduzia exatamente nas hipóteses de uso para o cometimento de atividade ilícita ou como resultado dessa atividade ilícita, pois, nesses casos, o direito de propriedade foi exercido de forma contrária ao bem estar social, no sentido do resguardo da segurança, da liberdade e da dignidade humana.

As mesmas justificativas do projeto rejeitado na Câmara sustentam o Projeto de Lei nº 257/2015 em tramitação no Senado Federal, porque seu art. 3º vincula expressamente a ilicitude da atividade ao desrespeito à função social da propriedade, bem como o alinhamento do nosso sistema jurídico ao que tem sido feito em outros países e também ao ordenamento internacional.¹³

11 A Ação 03/2010 pretendia “Elaborar Anteprojeto de Lei de Extinção de Domínio”, e a Ação 16/2011 “Retomar a análise do anteprojeto de Extinção de Domínio”. A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo criou grupo de trabalho pelo Ato 08/2011, e o Ministério Público Federal formulou as “10 medidas contra a corrupção”. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

12 O Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 está disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120990>>. Acesso em: jul. 2019.

13 A *Civil Forfeiture* americana é o paradigma que adotamos neste estudo. Exemplificando, na ordem internacional, o art. 12, 1, da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada pelo Decreto nº 5.015/2004, prevê que os Estados Partes adotarão, em seu ordenamento jurídico interno, medidas necessárias para permitir o confisco do produto e dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados à prática de crimes organizados transnacionais; já o art. 31, item 8, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Convenção de Mérida, aprovada pelo Decreto nº 5.687/2006, prevê que os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir de um delinqüente a demonstração da origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco.

Com propósitos de eficiência e eficácia para perdimento de bens, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 encaminha a expropriação sob o fundamento de uso abusivo da propriedade. Logo, a proposta legislativa não visa a penalizar determinada pessoa por eventual ato criminoso, mas sim coibir a violação de dever fundamental relacionado à função social da propriedade (art. 3º do Projeto de Lei), após apuração da origem ilícita por autoridades competentes.

3.2 ESTRUTURA JURÍDICO-NORMATIVA DO PROJETO DE LEI Nº 257/2015

O art. 1º do Projeto de Lei nº 257/2015 prevê que a ação civil pública de extinção de domínio deve ser usada para a perda civil de bens, direitos ou valores privados de qualquer natureza, sem indenização. Essa perda civil se dá mediante extinção do direito de posse e de propriedade, bem como de todos os demais direitos reais ou pessoais, sobre bens (mesmo se transferidos a sucessores) ou valores que sejam instrumento, produto ou proveito (direto ou indireto) de atividade ilícita; o que for confiscado será transferido em favor da União Federal, dos Estados-Membros, do Distrito Federal ou Municípios.

Conforme o art. 2º e o art. 3º desse Projeto de Lei nº 257/2015, a atividade que justifica a extinção do domínio é composta de duas premissas concomitantes: (i) o bem que se pretende expropriar deve ter relação de causalidade com ilicitudes;¹⁴ (ii) essas ilicitudes precisam estar relacionadas (direta ou indiretamente) com condutas criminais em tipos penais listados em lei.¹⁵ Ou seja, o nexó causal entre a coisa e a atividade criminal é imprescindível para a aplicação da perda de domínio, revelando o propósito criminal reflexo da medida desenhada no Projeto de Lei nº 257/2015.

14 Segundo o art. 2º do Projeto, a perda civil pressupõe um - ou mais - dos seguintes nexos: (i) coisa originada, direta ou indireta, de atividade ilícita; (ii) utilização da coisa como meio ou instrumento para realização de atividade ilícita; (iii) coisa destinadas à prática de atividade ilícita; (iv) coisa utilizada para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita; (v) coisa proveniente de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por qualquer das hipóteses previstas anteriormente.

15 Segundo o art. 3º desse projeto de lei, a expropriação depende de o bem estar envolvido (direta ou indiretamente) com os seguintes crimes: I - extorsão mediante sequestro (art. 159 e §§, do Código Penal); II - peculato (art. 312 do Código Penal); III - concussão (art. 316 do Código Penal); IV - corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333 do Código Penal); V - tráfico de influência (art. 332 do Código Penal); VI - tráfico de drogas (arts. 33 a 39 da Lei nº 11.343, de 2006); VII - lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998); e VIII - contrabando (art. 334-A do Código Penal).

Tal como se dá com a proteção do “proprietário inocente” da *Civil Forfeiture*, serão preservados os bens de lesados e ou terceiros interessados que, agindo de boa fé, pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio, não tinham condições de conhecer a procedência, a utilização ou a destinação ilícita dos bens, direitos e valores.

Nos termos do art. 7º do Projeto de Lei nº 257/2015, a ação civil pública de extinção de domínio não depende de outros processos (ou seja, é uma ação autônoma, com pressupostos, condições e mérito próprios), salvo da sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato, ou não ter sido o agente (quando proprietário do bem) o autor do delito criminal. Nas demais hipóteses legais de sentença penal absolutória (p. ex., insuficiência de provas), essa ação de confisco civil deverá ser processada, mas seu desfecho final depende da conclusão do feito criminal correspondente (como prejudicial ou condição de procedibilidade), embora seja possível o confisco civil e alienação antecipada (desde que por decisão judicial reversível, ainda que em forma de valores). Essa ação de confisco civil poderá (a bem da verdade, deverá) ser ajuizada mesmo que a punibilidade esteja extinta, aplicando-se, no que couber, o art. 935 do Código Civil.

O Projeto de Lei nº 257/2015 se preocupou em exigir elementos probatórios da origem ilícita dos bens, direitos e valores como requisito para a propositura da ação de confisco civil, cuja apuração cabe à Polícia, ao Ministério Público, ou a outro órgão público no exercício de suas atribuições.

O *Parquet* e o órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público podem instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento da ação civil pública de extinção de domínio, além do que podem requisitar de qualquer órgão ou entidade pública certidões, informações, exames ou perícias, ou informações de particular, que julgarem necessárias para a instrução dos procedimentos.¹⁶ Essa apuração prévia do delito é apenas para dar dados mínimos acerca de elementos materiais e pessoais para a propositura da ação civil pública de extinção de domínio, porque caberá plena instrução no curso da ação judicial, em obediência à ampla defesa e ao contraditório garantidos pelo art. 5º, LV, da Constituição de 1988.

Como dever de cidadania, todos que obtiverem indícios de que bens, direitos e valores se encontrem nas hipóteses de perda civil, deverão

16 Essas requisições trazem o tormentoso problema do sigilo bancário e fiscal, que tratamos em FRANCISCO (2017, p. 125-167).

comunicar o fato à Polícia ou ao Ministério Público, cabendo ainda o compartilhamento de informações com pessoa jurídica de direito público interessada.¹⁷

O ônus da prova seguirá os regramentos da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/1985 (com aplicação subsidiária, conforme art. 26 do PL nº 257/2015) e do Código de Processo Civil. Não é aplicável o *in dubio pro reo* por não se tratar da seara criminal, ao mesmo tempo em que a matéria *sub judice* estará sob a regência das premissas de direito público (p. ex., da presunção relativa de veracidade e de validade de atos administrativos), mas isso não desonera o poder público de apontar razões fundadas sobre o envolvimento do patrimônio com os tipos penais que justificam o confisco civil.

A evolução do significado de Estado de Direito construiu garantias que não admitem condenações (civis ou criminais) com base em suspeita ou dúvida (ainda que razoável), de modo que a solução do problema se dará pelo peso das provas colhidas acerca do envolvimento da propriedade com atos ilícitos.

A competência para processar e julgar essa ação cível será do Juízo de primeiro grau Federal (havendo interesse federal), Estadual (envolvendo Estados-Membros e Municípios) ou Distrital (em seus assuntos), devendo ser proposta por membros do Ministério Público (nas respectivas correspondências aos interesses estatais nacionais e subnacionais) no foro do local do fato ou dano (não sendo estes conhecidos, no foro da situação dos bens, direitos e valores, ou do domicílio do réu).

Havendo lesão ao seu patrimônio público, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios também estão concorrentemente legitimados à propositura da ação, e o Ministério Público intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei e poderá aditar a petição inicial. Diferentemente da *Civil Forfeiture* ajuizada em face da propriedade, o art. 11 do Projeto de Lei nº 257/2015 indica que a ação será proposta contra o titular dos bens, direitos ou valores; no caso de não ser identificado, a ação deve ser judicializada em face dos respectivos possuidores, detentores ou administradores e, em último caso, poderá ser ajuizada em face de réu incerto (citado por edital, do qual constará a descrição dos bens).¹⁸

17 O Art. 25 do Projeto de Lei nº 257/2015 prevê gratificação de até 5% do produto obtido com a liquidação dos bens confiscados para terceiro que, não sendo réu na ação penal correlata, espontaneamente prestar informações úteis para a obtenção de provas para a ação, ou que contribua para a localização dos bens.

18 Não seria insuperável o ajuizamento de ação tendo propriedade no polo passivo, porque há tendência ao reconhecimento de objetos ou universalidades como sujeito de direito, tal como consta no art. 71 da Constituição do Equador, sobre o meio ambiente ou Pachamma.

Inerente ao poder geral de cautela atribuído ao Poder Judiciário pelo art. 5º, XXXV da Constituição, o art. 18 do Projeto de Lei nº 257/2015 prevê que, a qualquer tempo, caberão medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final (ainda que não haja sido identificado o titular dos bens, direitos e valores). Uma vez feita a apreensão do bem, o juiz competente poderá nomear administrador ou determinar a alienação antecipada (salvo se União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município indicarem para serem colocados sob uso e custódia dos órgãos de segurança pública, preferencialmente, daqueles que atuem na prevenção e combate aos crimes que justificam o confisco civil).

Como requisito para a alienação, é necessária avaliação por laudo devidamente submetido ao contraditório e à ampla defesa; após homologação judicial do valor atribuído, os bens serão alienados em leilão ou pregão por valor não inferior a 75% da montante definido.

Conforme previsto no art. 21 do Projeto de Lei nº 257/2015, julgado procedente o pedido, o juiz determinará as medidas necessárias à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores (mesmo aqueles arrecadados em leilão ou hasta pública);¹⁹ se o pedido de confisco civil for improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento, desde que instruída com nova prova; na improcedência por outro motivo (p. ex., preservação interesses de lesados e de adquirentes de boa-fé), o que foi confiscado deverá ser restituído integralmente.²⁰

Conforme art. 24 desse projeto de lei, os bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada serão destinados à área de segurança pública, preferencialmente, ao reequipamento, qualificação e treinamento dos agentes que atuem na prevenção e combate aos crimes previstos que justificaram o confisco civil.

4 PRECISAMOS DE MAIS UMA MEDIDA SANCIONATÓRIA?

A legislação interna brasileira já contempla diversas medidas que permitem confiscar o patrimônio envolvido com ilícitos (civis ou criminais), inclusive com medidas cautelares para indisponibilizá-los. A título de exemplo, citamos: (i) no Código de Processo Penal: o art. 6º, II, bem como o art. 240,

19 O patrimônio oriundo de tráfico ilícito de entorpecentes permanece submetido à lei específica.

20 O Projeto de Lei nº 257/2015 toma posição em uma antiga mas ainda controvertida questão processual, concernente em saber se, no caso de insuficiência de provas, o feito deve ser extinto com ou sem julgamento de mérito.

§1º, mediante ordem judicial ou prisão em flagrante, autoriza a apreensão de bens, valores e instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, com o fim de ressarcir o dano ou prejuízo sofrido pela vítima ou à prova da infração penal ou da defesa do réu; o art. 118 dispõe que, até o trânsito em julgado da sentença penal, bens e coisas apreendidas não podem ser restituídos enquanto interessarem ao processo; (ii) em caso de dano ao erário, os arts. 23 e 24 do Decreto-Lei n.º 1.455/1976 autorizam a aplicação de pena de perdimento em mercadorias que não tenham sido localizadas ou consumidas; (iii) o art. 1º e vários outros da Lei Federal n.º 7.347/1985, no âmbito da ação civil pública, cuidam de decisões cautelares e do ressarcimento de danos patrimoniais e morais causados a abrangente campo tutelado; (iv) o art. 12 da Lei n.º 8.429/1992 prevê a perda de bens e o ressarcimento de danos em casos de improbidade administrativa, incluindo providências cautelares; (v) o art. 63 da Lei n.º 9.532/1997 permite a indisponibilidade de bens a via administrativa como modo de garantir preventivamente interesses fazendários federais, mesmo propósito da Lei n.º 8.397/1992 que cuida da ação cautelar no âmbito de execuções fiscais; (vi) os arts. 40 a 42 da Lei 9.430/1996 asseguram diversas medidas de combate à omissão de receitas, inclusive tributação por arbitramento em casos de depósitos bancários não justificados por documentação hábil e idônea; (vii) o art. 25 da Lei n.º 9.605/1998 estabelece hipóteses de apreensão e perda de bens em temas criminais envolvendo matéria ambiental; (viii) os arts. 4º a 5º da Lei n.º 9.613/1998, autorizam a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado relativos a crimes de lavagem de dinheiro; (iv) o art. 884 do Código Civil combate o enriquecimento sem causa, obrigando a restituição do indevidamente auferido.

Diante dessa pluralidade de meios que permitem confiscar o patrimônio envolvido com ilícitos (civis ou criminais), ao nosso ver a virtude do Projeto de Lei n.º 257/2015 não é propriamente a inovação normativa relevante na matéria (ainda que a ação civil de extinção de domínio possa aperfeiçoar e reforçar o combate à criminalidade), mas o alinhamento do Brasil a medidas utilizadas em outros países, facilitando a cooperação internacional.

O Brasil ratificou tratados internacionais de combate à criminalidade (Convenção de Palermo contra o Crime Organizado, em 2000, e de Mérida contra a Corrupção, em 2003) e, diante da globalização, é importante estar alinhado também com países relevantes do cenário mundial. Porém, diante da multiplicidade de meios sancionatórios, não é correto afirmar que o sistema brasileiro está desguarnecido de providências que permitam atacar, estrategicamente, o patrimônio envolvido com atividades ilícitas.

Caso adotada no Brasil, a ação civil pública de extinção de domínio representará ferramenta comum a países empenhados no combate à criminalidade, aspecto que é notoriamente facilitador da cooperação internacional, motivo suficiente para legitimar a aprovação do Projeto de Lei nº 257/2015.

5 A PROPOSTA DE AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO É COMPATÍVEL COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

Segundo MARQUES (2014, p. 25-26), o direito de propriedade é relativo porque sua aquisição deve ser compatível com a legalidade e com a boa fé, ao mesmo tempo em que o uso deve ser lícito (inclusive, o art. 243 da Constituição brasileira prevê a possibilidade de confisco para bens relacionados com o tráfico ilícito de entorpecentes), além do que a relatividade deriva do art. 5º, *caput*, e LIV, da ordem de 1988 e do enriquecimento sem causa tratado no art. 884 do Código Civil.

Porém, padrões civilizatórios construídos ao longo da história de combate ao arbítrio recomendam respeito ao Estado de Direito e à segurança jurídica no combate à criminalidade, por mais odiosa e hedionda que seja. É natural e imprescindível combater a ilícitos estrategicamente com a diminuição do poder econômico de organizações criminosas, mas se de um lado o confisco ágil de bens potencialmente envolvidos com a marginalidade causa uma inicial sensação de satisfação em sociedades exaustas por conviverem com impunidade, essa sensação é efêmera e resultante de avaliação superficial, que rapidamente se desfaz após reflexões críticas e aprofundadas.²¹

Como já antecipado, a ação civil pública de extinção de domínio será juridicamente válida e útil se a eventual lei resultante do Projeto nº 257/2015 for interpretada conforme a constituição, notadamente com o devido processo legal (e suas garantias plenas ao contraditório e à ampla defesa), com a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), com a individualização das sanções e com a boa-fé de lesados e terceiros interessados.

A natureza civil do confisco não pode servir como atalho para que a sanção de extinção do domínio seja feita com base em suspeitas ou dúvidas, fundamentos inadmissíveis e insuficientes para condenação tanto na esfera civil quanto no âmbito criminal (material e processual). Não basta a dúvida

21 Sobre a “banalização do mal”, ARENDT (1999).

razoável a respeito do delito (ou “*by a preponderance of the evidence*”) utilizada na *Civil Forfeiture Process* americana, mesmo em se tratando de ação civil, porque o ônus da prova dessa ação de confisco civil (conforme o Projeto nº 257/2015, a Lei nº 7.347/1985 e do Código de Processo Civil) será distribuído de acordo com o que for produzido, e a conclusão será decorrência do peso das provas colhidas quanto ao envolvimento da propriedade com atos ilícitos, respeitado a boa-fé de adquirentes e de terceiros.²²

É verdade que, em tema civil, não é aplicável o *in dubio pro reo* e, também, que o interesse público induz o uso da presunção relativa de veracidade e de validade de atos administrativos, mas isso não desonera o ente estatal e seus representantes do dever de demonstrar, por razões fundadas e convincentes, o envolvimento do patrimônio com tipos penais que justificam o confisco civil. Ao proprietário ou possuidor cabe justificar a origem lícita do bem, direito ou valor, de modo hábil e idôneo (mesmo porque movimentações de patrimônio deixam o “rastro” do dinheiro).

O texto da lei eventualmente resultante do Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 não pode ser compreendido como meio de evitar as garantias do âmbito penal, mesmo porque há prejudicialidade da ação civil com o feito criminal; mesmo sendo possível aplicar sanção civil em caso de sentença absolutória penal (salvo se constatada inexistência do fato ou que o proprietário do bem não é o autor do delito criminal), a sanção civil não pode ser utilizada para punitivismos ou práticas justiceiras, pois exige consistente demonstração de nexos de causalidade entre a propriedade e a atividade ilícita (daí, o uso abusivo do bem e o descumprimento da função social da propriedade).

6 CONCLUSÃO

A expropriação sumária de bens de pessoas tidas como inimigas vem se repetindo ao longo da história, da antiguidade (quando conquistadores tomaram para si o patrimônio de conquistados) até a idade moderna (confisco de propriedades de judeus pelo nazismo). Refletindo avanços e retrocessos na afirmação do Estado de Direito, ao positivar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o art. 5º (LIV e LVII) da Constituição reconhece

²² O PL nº 257/2015 não foi tão longe quanto o antecessor PL nº 5.681/2013, que previa de forma a inversão do ônus da prova: Art. 7º: “*havendo fundadas razões para supor a origem ilícita de bens, direitos, valores, patrimônios e incrementos, caberá ao proprietário ou possuidor o ônus da prova da licitude.*”

evolução de garantias inestimáveis ao constitucionalismo, impondo limites invioláveis para pretensões de entes estatais.

A ação civil de extinção de domínio (Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015) é útil para o sistema jurídico brasileiro (embora já provido de meios semelhantes) por aperfeiçoar o combate à criminalidade mas, sobretudo, por promover o alinhamento do Brasil com medidas semelhantes adotadas em outros países (aspecto facilitador da cooperação internacional).

Contudo, à luz das garantias do ordenamento constitucional brasileiro, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015 não pode ser distorcido para viabilizar sanção penal (ainda que eficiente e eficaz no combate de suposta criminalidade), usando a sanção civil por descumprimento da função social da propriedade como subterfúgio argumentativo. Como pressuposto para aplicação de sanções, é preciso comprovar a existência de ilícitos e imputá-los na extensão da culpabilidade (em vista da individualização da pena garantida pelo art. 5º, XLVI, da Constituição), já que nem todo o patrimônio de pessoas envolvidas com a criminalidade pode ter origem (direta ou indireta) em ilícitos.

A voracidade no combate a atos ilícitos pode levar a práticas justiceiras igualmente ilícitas. Comprovado o abuso ao exercício do direito à propriedade (ou descumprimento da função social, art. 5º, XXIII, da Constituição) mediante nexo de causalidade do bem, direito ou valor com atividade criminosa, não bastando mera suspeita ou dúvida, é válida e estrategicamente útil a ação civil pública de extinção de domínio tratada no Projeto de Lei do Senado Federal nº 257/2015, desde que a lei resultante seja interpretada em conformidade com garantias e deveres do Estado de Direito, notadamente o devido processo legal, o ônus da prova, a certificação da culpabilidade de pessoas envolvidas em ilícitos, a individualização da pena e a proteção de lesados e de terceiros de boa-fé.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BECHARA, Fabio Ramazzini. Resenha: anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/32/20>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Descapitalização de grupos criminosos: ação de extinção de domínio. *Jota*, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-penal-globalizado/descapitalizacao-de-grupos-criminosos-22112016>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BECK, Ulrich. *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001.

_____. *La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2008

BRIDY, Annemarie. CARPE OMNIA: Civil Forfeiture in the War on Drugs and the War on Piracy. *Arizona State Law Journal*, v. 46, p. 683-727, 2014.

CASSELLA, Sefan. *ASSET FORFEITURE LAW IN THE UNITED STATES*. Disponível em: <http://assetforfeiturelaw.us/wp-content/uploads/2016/10/Chapter-for-Colin-King.pdf>. Acesso em: 15.10.2018.

COMPLOIER, Mylene. *Gestão e destinação dos bens apreendidos no processo penal*. São Paulo. Universidade Presbiteriana Mackenzie, Dissertação (mestrado), 2015, p. 171.

ENCCLA. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/>>. Acesso em: 28 set. 2018.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Cooperação Internacional, Transparência e Sigilo Bancário no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos; RUIZ, María Amparo Grau; AZAÑA, María Yolanda Sánchez-Urán; NEVES JÚNIOR, Paulo Cezar. (Org.). *Cooperação Internacional e Garantia dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, v. 1, p. 125-167.

HARVARD LAW REVIEW. *How Crime Pays: The Unconstitutionality of Modern Civil Asset Forfeiture as a Tool of Criminal Law Enforcement*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2018/06/how-crime-pays-the-unconstitutionality-of-modern-civil-asset-forfeiture-as-a-tool-of-criminal-law-enforcement/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

JOHNSON, Barclay Thomas. Restoring Civility – The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Baby Steps Towards a More Civilized Civil Forfeiture System. *Indiana Law Review*, v. 38, 2002.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 01-65, 2004.

LEACH, Arthur W.; MALCOM, John G. Criminal Forfeiture: An Appropriate Solution to the Civil forfeiture Debate. *Georgia State University Law Review*, v. 10, p. 246-249, 1994.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema Civil de Recuperação de Ativos Como Instrumento de Efetividade da Realização do Direito (e sua Conformidade com os Princípio Inspiradores do Processo Civil e com os Primados Constitucionais). *Revista JULGAR on line*, 2014. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-sistema-civil-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-como-instrumento-de-efetividade-da-realiza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Karla-Padilha-Rebelo-Marques.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2019.

REZENDE, João Marco Gomes de. *A ação civil de extinção de domínio no ordenamento jurídico brasileiro*. Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Monografia, 2018.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: da perda ampliada à action in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Revista JULGAR on line*, 2009. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3o-deactivosdaperdaampliada%C3%A0actioninrem.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. *Impact Study on Civil Forfeiture*. Belgrado: Council of Europe, 2013.

WILLIAMS, Marian R.; HOLCOMB, Jefferson E.; KOVANDZIC, Tomislav V.; BULLOCK, Scott. Policig for profit – the abuse of civil asset forfeiture. *Virgínia*: Institute for Justice, 2010. Disponível em: <https://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.

RECEBIDO EM: 25/11/2018

APROVADO EM: 01/03/2019

O ACORDO MULTILATERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DO MERCOSUL E O SALÁRIO MATERNIDADE RURAL: BRASIL-PARAGUAI

THE MULTILARETHAL SOCIAL SECURITY AGREEMENT OF MERCOSUR AND THE SALARY RURAL MATERNITY: BRAZIL-PARAGUAY

Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa

Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho. Professora de prática processual civil no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Advogada especialista em Direito Previdenciário. Pesquisadora empírica que atua em causas humanitárias.

João Francisco de Azevedo Barretto

Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Paulo, da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, de Araçatuba-SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS, Câmpus Três Lagoas. Professor do Centro Universitário Católico Auxilium - UNISALESIANO, de Araçatuba-SP.

César Augusto Silva Silva

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor adjunto da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), em Campo Grande, e professor do Mestrado Interdisciplinar Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, em Dourados-MS.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Movimentos de Integração que Antecederam o Mercosul; 1.1 O Mercosul, Os Subgrupos de Trabalho e a Seguridade Social; 2 O Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul ; 3 Fronteira Brasil-Paraguai e os Impactos da Legislação Previdenciária; 3.1 Análise de Caso – Veronica Vaz de Lima; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A zona de fronteira entre Brasil e Paraguai materializa uma série de discrepâncias principalmente no que concerne a assegurar os direitos sociais das trabalhadoras transfronteiriças. No Brasil, a Lei Orgânica da Previdência Social criada em 1991, incluiu a trabalhadora rural como contribuinte facultativa, realidade diferente das trabalhadoras rurais paraguaias. O presente trabalho visa analisar a legislação previdenciária dos dois países, a funcionalidade do acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL e os seus impactos na fronteira Brasil-Paraguai no período entre o início da década de 1997 e o primeiro semestre de 2018, a partir de um enfoque do Direito e das Relações Internacionais. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, pautada em análise bibliográfica e documental, com foco em um caso específico julgado pelo Tribunal Regional da 3ª Região em 2008, de uma trabalhadora rural migrante na fronteira entre Ponta Porã e Pedro Juan Caballero.

PALAVRAS-CHAVE: Salário Maternidade. Zona de Fronteira Brasil-Paraguai; Trabalhadora Rural; Previdência Social.

ABSTRACT: The border zone between Brazil and Paraguay materializes a series of discrepancies, principally in concerns to ensure the social rights of cross-border labors. In Brazil, the Organic Law of Social Security created in 1991 included rural labors as optional contributors, a reality different from Paraguayan rural labors. This paper analyzes the social security legislation of the two countries, the functionality of the Multilateral Agreement on Social Security of MERCOSUR and it is impacts on the Brazil-Paraguay border between the beginning of the decade of 1997 and the first half of 2018, from an approach in Law and International Relations. This is a qualitative research, based on a bibliographical analysis, with an empirical analysis of a specific case judged by TRF3 in 2008 of a migrant rural labor on the Ponta Porã-Pedro Juan Cabalero border.

KEYWORDS: Maternity Salary. Brazil-Paraguay Border. Rural Labor. Social Security.

INTRODUÇÃO

O trabalho, a princípio, busca analisar a proposta original do bloco econômico do Cone Sul, bem como os movimentos de integração que antecederam a formação do MERCOSUL, quais sejam, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), de 1960, e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), de 1980.

O MERCOSUL foi gerado pela retórica da criação de um mercado regional que fortaleceria a modernização econômica e a inserção competitiva dos países componentes do bloco na economia mundial (ERNST, CALDAS, 2003, p. 156). É com o intuito de aproximar e integrar economias vizinhas e gerar oportunidades que surge o Tratado de Assunção, assinado em 1991 pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A priori objetivava-se a formação futura de um Mercado Comum, entretanto não foi possível chegar a esse patamar de integração, pois os Estados-Partes não comungavam com a circulação da mão de obra qualificada entre os países que compõe o bloco, sendo reconhecida, portanto, posteriormente, como união aduaneira.

Embora o processo de integração seja imperfeito, foram previstos, na formação estrutural do MERCOSUL, subgrupos de trabalho para assegurar direitos sociais trabalhistas e previdenciários ao longo do desenvolvimento da integração regional. Estabelecendo-se políticas relacionadas ao trabalhador em geral e ao atendimento securitário.

Ressalta-se que o direito previdenciário foi introduzido ao direito de integração no MERCOSUL em 1997 por meio do Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul. De início os pactuantes deste tratado foram Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; a Venezuela em 2006 comprometeu-se em integrar o Acordo, mas, por questões adversas, assinou outro tratado securitário multilateral.

O Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL dispõe sobre os diversos mecanismos de ligação com os quais os Estados signatários possam trocar informações, benefícios e prestações pecuniárias securitárias. Para tanto, analisaremos a aplicabilidade desse acordo pelos tribunais brasileiros, em especial, a situação de uma trabalhadora rural no município de Ponta Porã (cidade gêmea¹ da paraguaia Pedro Juan Caballero) que teve período laboral rural no Paraguai.

¹ Cidade gêmea é uma conturbação localizada no limite internacional entre dois ou mais países, onde a mancha urbana ultrapassa a fronteira ou existe um grande número de fluxos de pessoas, mercadorias e serviços diários e constantes entre os diferentes países (PEREIRA CARNEIRO, 2016).

Observa-se que o presente trabalho visa analisar os impactos referentes à LOPS (Lei Orgânica de Previdência Social), na zona de fronteira Brasil -Paraguai, através das perspectivas do Direito e das Relações Internacionais, o que confere certo grau de originalidade ao trabalho e visa suprir uma lacuna identificada sobre o tema. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, básica, de cunho exploratório, pautada em análise bibliográfica, com enfoque na fronteira entre Brasil e Paraguai. Ademais, o presente artigo tem como recorte temporal o período entre 1997 e 2018.

1 MOVIMENTOS DE INTEGRAÇÃO QUE ANTECEDERAM O MERCOSUL

Os movimentos integracionistas que antecederam o MERCOSUL foram a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), criada pelo Tratado de Montevidéu de 1960, e a Associação de Desenvolvimento e Integração (ALADI), em 1980, pelo mesmo tratado. O objetivo inicial da primeira era implantar um mercado comum regional a partir da adaptação de uma zona de livre comércio em um prazo que não poderia exceder doze anos, por meio do princípio da reciprocidade e na concessão da cláusula da nação mais favorecida (SEITENFUS, 2012, p. 283). Os países que incorporaram este sistema inicialmente foram a Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Chile, México e Peru.

A década de setenta constituiu um período difícil não somente para os países da ALALC. A crise do petróleo, que atingiu a economia mundial, gerou uma profunda recessão nos países latino-americanos, acrescido a isso o ultranacionalismo dos regimes ditatoriais que proliferaram na América Latina. Foi assim que os Estados-partes, diante do insucesso dessa Associação, resolveram reestruturá-la, criando a ALADI – Associação Latino-Americana de Integração (ACCIOLY, 1999, p.71).

A Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) foi estabelecida também pelo Tratado de Montevidéu, em 1980, recolhendo os ensinamentos da anterior, mas com uma pauta bem mais modesta e objetiva. Esta buscava dar continuidade às propostas apresentadas pela ALALC, porém, através de uma associação entre Estados soberanos, e não mais por meio de uma área que pretendia ser uma zona de livre comércio, ainda que, a longo prazo, os signatários pretendessem o estabelecimento de forma gradual e progressiva de um mercado comum latino-americano (SEITENFUS, 2012, p. 284).

No entanto, nos anos 80, com o fim das ditaduras militares e com a crise da hegemonia estadunidense na América Latina, novas iniciativas

regionais buscavam marcos de desenvolvimento social, econômico e político. Originam-se, então, as negociações bilaterais entre Argentina e Brasil.

Estatuto das Empresas Bi-Nacionais Brasil-Argentina – firmado em 06 de julho de 1990, reproduziu a máxima. Com o respeito merecido aos demais países da América do Sul, Brasil e Argentina são os sustentáculos econômicos, sociais e culturais, funcionando a exceção do Chile, como força motriz de todos os processos de reformas e de redirecionamento estratégico comercial. No tocante ao MERCOSUL, a história se repetiu, sendo certo que a eleição de governos democráticos nos dois países, facilitou a retomada das negociações visando o estabelecimento de um mercado comum (PEREIRA, 1998, p.91).

Em 1985, com a visita de Tancredo Neves a Raúl Alfonsín a Buenos Aires, tem-se a ideia de uma aproximação política entre as duas economias vizinhas. Com a morte de Tancredo, José Sarney assumiu as negociações e em 30 de novembro do corrente ano, na inauguração da Ponte Presidente Tancredo Neves, em Foz do Iguaçu, que dividia Argentina e Brasil, foi firmada a Declaração do Iguaçu (LESSA, DE OLIVEIRA, 2006, p. 70).

Neste momento, surge o bloco do Cone Sul, regido por uma Comissão Mista de elevado nível e presidida por Ministros das Relações Exteriores dos dois países. “Portanto, a origem do MERCOSUL é essencialmente bilateral; deu-se a partir do relacionamento positivo entre Brasil e a Argentina” (ACCIOLY, 1999, p. 85).

Em julho de 1986, criou-se o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE) através da Ata para a integração Brasil-Argentina. No ano de 1988, ocorre a assinatura entre Brasil e Argentina do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (TICD).

O ápice deste processo foi atingido com a assinatura da Ata de Buenos Aires “a partir de uma proposta de julho de 1990 pelos presidentes das três principais economias do bloco (Menem na Argentina, Collor no Brasil e Lacalle no Uruguai)” (MARTINS; SÁ; BRUCKMANN, 2005, p. 130). O Uruguai aderiu à criação do bloco regional mediante a preocupação com um possível isolamento econômico. Posteriormente, o Paraguai se vinculou à proposta devido à intensidade de vínculos comerciais dos países vizinhos.

Assim, o MERCOSUL foi instituído pelo Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e

Uruguai; entrando em vigor em 26 de novembro de 1991, com o depósito das ratificações necessárias.

A finalidade deste Tratado era estabelecer uma integração entre os países do Cone Sul. “O Tratado de Assunção, sob tal prisma, é considerado misto, pois a adesão de novos membros encontra-se vinculada à manifestação favorável dos Estados-partes” (FIGUEIRAS, 1996, p. 22).

O Tratado tem por escopo a redução de tarifas comerciais entre os Estados membros, liberdade de serviços, coordenação de políticas macroeconômicas, circulação de mão de obra e circulação de capitais. “Entre os objetivos podemos mencionar a ampliação dos mercados através da integração como condição fundamental para se acelerar o desenvolvimento econômico com justiça social” (FIGUEIRAS, 1996, p. 22).

Em 25 de julho de 1996, Chile e Bolívia desejaram participar do processo integracionista na equiparação de sócios, porém, o estágio de integração se dava no primeiro nível, qual seja, uma zona de livre comércio.

1.1 O MERCOSUL, OS SUBGRUPOS DE TRABALHO E A SEGURIDADE SOCIAL

A estrutura orgânica do MERCOSUL é regida pelos seguintes órgãos: Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum, Secretaria Executiva do Grupo Mercado Comum, Subgrupos de Trabalho e Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL. Em período posterior, o Protocolo de Ouro Preto acrescentou a Comissão de Comércio do MERCOSUL – CCM e o Foro Consultivo Econômico-Social – FCES.

Como se trata de um processo de integração imperfeito, o Mercosul apresenta a livre circulação de bens e a eliminação de barreiras tarifárias, entretanto resistem as barreiras para a permissão de circulação de pessoas. Nesta última situação, há certa resistência em reconhecer a mão de obra qualificada de trabalhadores que transitam entre os Estados-Partes.

No entanto, a circulação de trabalhadores entre as fronteiras de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, existe. E tal fator foi previsto na divisão estrutural da formação do bloco econômico, prevendo, assim, Subgrupos de Trabalho, sobre os quais o tratado dispõe:

ARTIGO 13: O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercado Comum e será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores.

[...]

- fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum (BRASIL, 1994).

Este dispositivo foi criado apreciando as recomendações do Ministro do Trabalho e Previdência Social dos Estados-Parte, que se reuniu em Montevideú, nos dias 8 e 9 de maio de 1991, para que fossem criados subgrupos de trabalho.

Cada subgrupo e comissão possui um coordenador nacional, designado por cada Estado-parte, funcionário do Estado ou entidade pública autárquica ou descentralizada e cada Estado designará os funcionários governamentais que o representarão nas reuniões dos subgrupos (FIGUEIRAS, 1996, p. 36).

Os aspectos abrangidos pelos subgrupos correspondem à adequação de tratados, de modo a assegurar o trabalhador, no processo de integração econômica, nos países da sub-região em que prestara serviço. Apreciando esta situação criou-se o Subgrupo de Trabalho nº 11, o qual fixou no art. 1º regras correspondentes a relações trabalhistas, emprego e seguridade social.

Tal subgrupo fora inicialmente criado pela Resolução do Mercosul/GMC/REC. Nº 11/1991, com a denominação “Assuntos Trabalhistas” e posteriormente recebeu a atual denominação, através da Resolução do Mercosul/GMC/RES. Nº 11/1992. A ele compete o estabelecimento das políticas relacionadas ao trabalhador em geral, tais como salário mínimo, qualificação profissional, normas gerais de emprego, atendimento prestado aos trabalhadores pela Seguridade Social (FIGUEIRAS, 1996, p. 39).

O Direito Previdenciário foi introduzido ao Direito de Integração em Montevideú, no dia 15 de dezembro de 1997, com a celebração do Acordo Multilateral de Previdência Social do Mercado Comum do Sul/CMC/ Dec. Nº 19/97.

A importância de aportar direitos previdenciários em tratados internacionais dentro de um bloco econômico consiste em assegurar trabalhadores transitórios contra eventuais fortuitos e ampará-los na velhice. Para tanto, o acordo multilateral de seguridade social somente foi possível porque cada Estado-Parte mantém sua soberania para legislar acerca da matéria.

Conforme se observa no artigo 2 do Acordo Multilateral do MERCOSUL, a legislação aplicável será a do país em que o trabalhador exerceu atividade laboral, exceto nos casos em que o trabalhador exerceu atividades definidas por uma Comissão Multilateral Permanente, ou a serviço da bandeira no caso dos tripulantes do navio de um dos Estados-Partes (BRASIL, 2006).

Contudo, analisaremos com maior especificidade os termos e dispositivos do Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, sua executoriedade, benefícios e limitações dos Estados-Partes acerca da matéria ancorada pelo tratado.

2 O ACORDO MULTILATERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DO MERCADO COMUM DO SUL

As autoridades governamentais da República da Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, considerando o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, e o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, celebraram o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul.

Este Acordo e seu regulamento administrativo foram pactuados em Montevideu, em 15 de dezembro de 1997; entrou em vigor no plano internacional em 1º de junho de 2005, sendo aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 451/2001 e promulgado pelo Decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006.

Os termos e expressões utilizadas nas Disposições Gerais do tratado têm efeito no sentido de que os “Estados-Partes” se referem aos países signatários do acordo, quais sejam – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Este estabeleceu, ainda, que outros Estados, os quais vierem a integrar o MERCOSUL, poderão a ele aderir mediante negociação. Ou seja, duas condições básicas foram estabelecidas: a adesão ao Tratado de Assunção e a adesão ao Tratado Multilateral de Seguridade Social.

A Venezuela, ao se associar no MERCOSUL em 2006, comprometeu-se a harmonizar a sua legislação com a dos Estados-Partes, durante a reunião da Comissão Multilateral Permanente dos Estados do bloco (PAZ, 2013, p. 35). Porém, associou-se à Convenção Multilateral Ibero-Americana de Seguridade Social – celebrada em Santiago, no Chile, em 10 de novembro de 2007. Mesmo após o seu ingresso formal no MERCOSUL, em 2012, não foi vinculada ao tratado objeto deste trabalho.

O tratado multilateral propõe harmoniosamente uma adequação à situação do trabalhador, alcançando seus familiares e assemelhados que tenham prestado serviços em quaisquer dos seus Estados-Partes:

Art. 2º:

1. Os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados-Partes, sendo-lhes reconhecidos, assim como a seus familiares e assemelhados, os mesmos direitos e estando sujeitos às mesmas obrigações que os nacionais de tais Estados-Partes com respeito aos especificamente mencionados no presente Acordo.
2. O presente Acordo também será aplicado aos trabalhadores de qualquer outra nacionalidade residentes no território de um dos Estados-Partes, desde que prestem ou tenham prestado serviços em tais Estados-Partes (BRASIL, 2001).

Ademais, a legislação aplicável será a do país em que o trabalhador exerceu a atividade laboral (artigo 4, *caput*), com as exceções do artigo 5º e suas alíneas, como nos casos em que o trabalhador exerceu atividades definidas por uma Comissão Multilateral Permanente, ou a serviço da bandeira, no caso dos tripulantes do navio de um dos Estados signatários.

Com vista a garantir as contribuições previdenciárias, estabeleceu que os regimes internos dos países signatários deste acordo se manterão, devendo o trabalhador se adequar a eles e verter as suas contribuições em seu novo local de labor. Assim dispõe o tratado:

Artigo 3:

1. O presente Acordo será aplicado em conformidade com a legislação de seguridade social referente às prestações contributivas pecuniárias e de saúde existentes nos Estados-Partes, na forma, condições e extensão aqui estabelecidas.
2. Cada Estado-Parte concederá as prestações pecuniárias e de saúde de acordo com sua própria legislação (BRASIL, 2001).

A “legislação” corresponde a leis, regulamentos e disposições, ou seja, ao conjunto normativo que cada Estado-Parte aplica em seu território sobre o tema elencado: seguridade social.

Além disso, o Acordo traz a relação das autoridades envolvidas no seu cumprimento, estabelecendo no Regulamento Administrativo normas para a aplicação do Tratado, relacionando as “Autoridades Competentes” e designando os órgãos governamentais cujos titulares têm autoridade executiva sobre os regimes de seguridade social, em nível ministerial, de cada um dos Estados-Partes.

As “Entidades Gestoras” são aquelas competentes para outorgar as prestações amparadas pelos regimes em seus respectivos Estados; e os “Organismos de Ligação” objetivam facilitar a aplicação do tratado.

Destaca-se que os “Organismos de Ligação” dos Estados-Partes são: (i) na Argentina, a Administração Nacional da Seguridade Social (ANSES) e a Administração Nacional do Seguro de Saúde (ANSSAL); (ii) no Brasil, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); (iii) no Paraguai, o Instituto de Previdência Social (IPS); (iv) no Uruguai, o Banco de Previdência Social (BPS).

Tabela 1: Organismos de Ligação

Países	Autoridades Competentes	Entidades Gestoras	Organismos de Ligação
ARGENTINA	- Ministério de Trabalho e Seguridade Social - Ministério da Saúde e Ação Social	- ANSES - Caixas ou Institutos Municipais e Provinciais de Previdência - Superintendência de Administradores de Fundo de Aposentadorias e Pensões - Administradoras de Fundos de Aposentadorias e Pensões - ANSSAL ^[1]	-ANSES -ANSSAL

BRASIL	- Ministério da Previdência e Assistência Social - Ministério da Saúde.	Instituto Nacional de Seguro Social - INSS	- INSS - Ministério da Saúde
PARAGUAI	-Ministério da Justiça e do Trabalho -Ministério da Saúde Pública e Bem-Estar Social.	Instituto de Previdência Social - IPS	- IPS
URUGUAI	-Ministério do Trabalho e da Seguridade Social	Banco de Previdência Social - BPS	- BPS

Elaboração: AIZAWA, 2018.

O sistema que permite essa troca de informações entre os países do MERCOSUL no Brasil é o Siaci (Sistema Informatizado de Acordos Internacionais), desenvolvido pela Dataprev (Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social), que permite a troca de informações sobre tempo de serviço, contribuição e a concessão de benefícios para trabalhadores migrantes nos países do MERCOSUL.

O termo “Entidades Gestoras” refere-se àquelas instituições que outorgam as prestações amparadas pelo Acordo. O “trabalhador” é toda pessoa que dispense ou realiza atividade e está ou esteve sujeito à legislação de um ou mais Estados-Partes.

O “Período de seguro ou contribuição” é todo o tempo em que o trabalhador esteve sob determinada legislação que seja equivalente a um período de seguro ou contribuição. A “Prestação pecuniária” é o subsídio, renda, prestação em espécie ou indenização prevista na legislação que fora mencionada no Acordo e inclua qualquer complemento, suplemento ou revalorização.

Ao designar o termo “prestação de saúde”, busca-se conservar, prevenir, restabelecer a saúde ou reabilitar profissionalmente o

trabalhador nos termos dispostos pelas respectivas legislações nacionais. Por fim, os “Familiars e assemelhados” são as pessoas designadas do núcleo familiar do segurado, admitidas pela legislação de cada Estado-Parte.

Para melhor aclarar o compilado no tratado, somente será considerado o tempo de contribuição para aposentadorias, pensões, benefícios por invalidez e idade avançada se forem atendidos os quesitos do Regulamento administrativo. Além disso, o período de seguro ou contribuição realizado antes da vigência deste acordo será considerado caso o trabalhador continue a contribuir após a assinatura do tratado.

Outro ponto a se observar é se a mesma contribuição não foi utilizada para concessão de prestação pecuniária no outro Estado-Parte. Observa-se pelo teor do tratado que as prestações pecuniárias serão pagas em moeda própria de cada Estado-Parte, ficando a cargo das Entidades Gestoras estabelecerem mecanismos de transferência de fundos para pagamento das prestações pecuniárias dos familiares ou do próprio trabalhador que resida em território de outro Estado.

Importante entender que os documentos necessários para a concessão de benefícios não necessitam de tradução oficial, desde que tenham tramitado com a intervenção das Entidades Gestoras ou do Organismos de Ligação. Isto porque, as correspondências entre Autoridades Correspondentes, Organismos de Ligação e Entidades Gestoras dos Estados-Partes serão redigidas no idioma oficial do Estado emissor.

Se algum dos benefícios fora concedido e o trabalhador, ou seus familiares, passem a residir em outro Estado-Parte, as prestações pecuniárias mensais recebidas não poderão ser reduzidas, suspensas ou extintas, por esse motivo.

Para o cumprimento do Acordo, restou estabelecido no artigo 16º que as Autoridades Competentes instituirão uma Comissão Multilateral Permanente que se reunirá uma vez por ano, alternadamente em cada Estado-Parte, ou quando um deles o solicitar, para:

Art. 16:

2.

a) verificar a aplicação do Acordo, do Regulamento Administrativo e demais instrumentos complementares;

- b) assessorar as Autoridades Competentes;
- c) planejar as eventuais modificações, ampliações e normas complementares;
- d) manter negociações diretas, por um prazo de 6 meses, a fim de resolver as eventuais divergências sobre a aplicação do Acordo. Vencido o término anterior sem que tenham resolvido as diferenças, qualquer um dos Estados-Partes poderá recorrer ao sistema de solução de controvérsia vigente entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção (BRASIL, 2001).

O Brasil, em 6 de dezembro de 2011, sediou em Natal – Rio Grande do Norte, a 12ª Reunião da Comissão Multilateral Permanente do Acordo da Seguridade Social (Compass), que contou com a presença dos representantes dos órgãos de Seguridade Social da Argentina (ANSES), Paraguai (IPS) e Uruguai (BPS), demonstrando a continuidade da proposta incorporada ao respectivo Subgrupo de Trabalho do MERCOSUL.

Embora o Acordo tenha validade indefinida, todo Estado-Parte que pretende dele se desvincular poderá oferecer sua denúncia – que surtirá efeitos depois de seis meses da notificação – a qualquer momento pela via diplomática, notificando o país depositário, o qual fará a comunicação aos demais Estados-Partes.

No entanto, serão assegurados os direitos adquiridos pelos beneficiários durante a vigência do Acordo. Importante ressaltar que o tratado multilateral está aberto à adesão de Estado que vier, posteriormente à sua celebração, a aderir ao Tratado de Assunção.

Para melhor entender como funciona este instrumento internacional multilateral, analisaremos em especial a situação de uma trabalhadora rural que se ativava na fronteira seca entre Brasil e Paraguai.

3 FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI E OS IMPACTOS DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A zona de fronteira entre Brasil e Paraguai sofre limitações por parte de uma legislação que restringe a propriedade e o uso do solo. Do lado brasileiro, a faixa de fronteira estabelecida por lei (art.20, § 2º da CRFB/88 e Lei nº 6.634/79) é de 150 km de largura ao longo do

limite internacional, enquanto no Paraguai a faixa de fronteira possui uma largura de 50 km a partir do limite internacional.

A lei paraguaia referente à faixa de fronteira, no entanto, não é aplicada por conta dos interesses dos produtores de soja brasileiros que se encontram na zona de fronteira. Neste Sentido, Ricarte (2018) destaca que:

Hoje, mesmo após a edição da Lei 2.532/05, que proibiu a venda de terras a estrangeiros num raio de 50 km em linhas de fronteiras terrestre e fluvial, cerca de 14 % do total de propriedades rurais em solo Paraguaio estão em posse de Brasileiros; na zona de divisa este percentual chegaria a 60%. Além disto, estima-se que das propriedades privadas são controladas por brasiguaios (RICARTE, 2018, p.1).

Ressalta-se que uma das áreas urbanas mais importantes do MERCOSUL está situada na zona de fronteira. Entre as principais cidades destacam-se Foz do Iguaçu e Ciudad del Leste; Ponta Porã e Pedro Juan Caballero, as quais possuem fortes interações comerciais, sociais e econômicas. Tais interações impactam de maneira profunda as relações de trabalho na faixa limítrofe territorial.

Isto porque, em matéria de integração social, “na escala local/regional, o meio geográfico que melhor caracteriza a zona de fronteira é aquele formado pelas *ciudades-gêmeas*” (NACIONAL, 2005, p.152). As cidades-gêmeas são aquelas que estão estritamente ligadas por fatores de produção, trabalho, transição de pessoas e capital.

O fluxo de trabalhadores – diaristas ou sazonais, qualificados ou não, em sua maioria informais – são atraídos pela possibilidade de trabalho e possível assistência social; como é o caso do Brasil e do Paraguai (PENHA; DESIDERÁ NETO; MORAES, 2017).

E em razão da fronteira seca que permeia a região de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero, a mobilidade de trabalhadores (as) é permanente, principalmente em atividades operacionais/informais. Para diagnosticar tal assertiva, analisaremos o caso de uma trabalhadora rural na zona limítrofe: Brasil Paraguai.

3.1 ANÁLISE DE CASO – VERONICA VAZ DE LIMA

O julgado em análise demonstra a observância do Acordo Multilateral e o seu Regulamento Administrativo pelo Estado brasileiro. A decisão

analisada refere-se ao indeferimento do benefício de salário maternidade rural, em razão da trabalhadora não cumprir os quesitos pactuados no tratado que comprovem o tempo de contribuição no Paraguai.

PREVIDENCIÁRIO – SALÁRIO-MATERNIDADE – ART. 71 DA LEI Nº 8213/91 – ATIVIDADE RURAL EXERCIDA FORA DO PAÍS - APELAÇÃO PROVIDA.

1. A autora faz a demonstração do exercício da atividade laborativa, na condição de rurícola, residindo, inclusive, no Projeto de Assentamento Nova Conquista localizado no Município de Ponta Porã/MS.
2. No entanto, restou comprovado nos autos que por ocasião do nascimento de seu filho, ocorrido em 1º de outubro de 2000, a autora residia e exercia atividade rural no Paraguai havia alguns anos, estando, assim, vinculada ao regime previdenciário daquele País.
3. Não faz a autora jus ao benefício pleiteado, uma vez que a prova material produzida demonstra o exercício de atividade rural, em território brasileiro, tão-somente a partir do início de 2003, sendo incabível o seu enquadramento como segurada do Regime Geral de Previdência Social do Brasil (na forma prevista no art. 11 da Lei nº 8.213/91) durante o período em que residiu fora do território nacional.
4. Apelação do INSS provida (BRASIL, TRF3, 2008).

Consta no relatório da decisão da ementa em análise que a autora, na época do requerimento administrativo para concessão do benefício de salário maternidade, residia no assentamento Nova Conquista localizado no município de Ponta Porã, no estado de Mato Grosso do Sul.

Para comprovar o período como trabalhadora rural no Paraguai, juntou ao processo judicial os seguintes documentos: cópia da certidão de nascimento do filho, cópia da certidão de matrimônio expedida pela República da Paraguai e teve oitiva de testemunhas (BRASIL, 2008, p. 2).

No Brasil, para a concessão do salário maternidade, é necessário preencher os seguintes requisitos legais: qualidade de segurado e carência. “O regime previdenciário é contributivo, o que leva a crer que a manutenção da qualidade de segurado depende do pagamento das contribuições em dia” (VIANNA, 2014, pp. 450 e 451). Já a carência é definida como “número mínimo de contribuições previdenciárias em dia” (AMADO, 2015, p. 484).

O salário maternidade “é um benefício previdenciário devido a todas as seguradas do RGPS, sem exceção, que visa substituir a sua remuneração em razão do nascimento do seu filho ou adoção de uma criança” (AMADO, 2015, p. 730).

Para comprovar a qualidade de segurada no trabalho rural, a legislação brasileira assegura isonomia de tratamento entre trabalhadores urbanos e do campo, conforme estipula artigo 7º da Constituição Federal de 1988. De modo complementar, a Lei Orgânica da Previdência Social, lei nº 8.213/1991, considera o trabalhador rural, como segurado especial, em que as contribuições previdenciárias são de caráter facultativo, desde que trabalhe em regime de economia familiar.

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (BRASIL, 1991).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 149, regulamentou que para comprovar qualidade de segurada na atividade rural, em regime de economia familiar, é necessário início de prova material – exemplo: certidão de casamento que qualifica o(a) trabalhador(a) como lavrador(a). Pois, “a prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário” (BRASIL, 1995).

No tocante à carência, o artigo 39 B, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, dispõe que ao salário maternidade para a segurada especial (trabalhadora rural) é garantido um salário mínimo, “desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício” (BRASIL, 1991).

O artigo 71 da LOPS prevê que o salário maternidade poderá ser concedido entre vinte e oito dias antes do parto ou na ocorrência deste, com duração total de 120 (cento e vinte) dias.

Comparando com a legislação do Paraguai, a Carta Orgânica – Seguro Social do Instituto de Previdência Social (IPS) – dispõe no artigo 6º que os sujeitos segurados no regime previdenciário paraguaio são: os “trabalhadores independentes, definidos como as pessoas naturais que habitualmente realizam atividade lucrativas por conta própria, e que não tenha pessoal assalariado sob sua responsabilidade” (PARAGUAI, 1943).

A lei previdenciária paraguaia não faz distinção entre trabalhadores urbanos e rurais, como na legislação brasileira. Tendo, portanto, um caráter exclusivamente contributivo para a concessão dos benefícios aportados pelo sistema securitário. É necessário dispor que a previsão do salário maternidade está disposta no capítulo V da Carta Orgânica do IPS.

ARTIGO 37- BENEFÍCIOS AO SEGURADO. Artigo do Decreto-Lei nº 1.860 / 50, aprovado pela Lei nº 375/56, em vigor de acordo com o texto original. O segurado também receberá:

a) SUBSÍDIO POR ASSENTO POR MATERNIDADE. Um subsídio em dinheiro durante as três semanas anteriores e seis após a data provável da entrega; e

[...]

ARTIGO 38.- REQUISITOS DO SUBSÍDIO PARA A MATERNIDADE. Artigo do Decreto-Lei nº 1.860 / 50, aprovado

pela Lei nº 375/56, modificado pelo artigo 1º da Lei nº 427/73. Para o segurado obter o subsídio de maternidade, é necessário:

- a) Que estejam em dia com o pagamento de suas taxas e que tenham pelo menos quatro meses de contribuições anteriores e seis semanas de cotas correspondentes a obras efetivas no decorrer dos meses acima mencionados; e,
- b) Que não execute durante o período de descanso, trabalho remunerado ou proibido por ordem médica. A mulher segurada não poderá receber simultaneamente um subsídio de maternidade e outro devido a doença. No caso de ter direito a ambos os benefícios, o segurado poderá escolher o que melhor lhe convier (PARAGUAI, 1943).

Depreende-se, portanto, que a carência do salário maternidade consubstancia-se em quatro contribuições mensais anteriores ao início da gestação. E a qualidade de segurada será mantida com o pagamento das prestações previdenciárias mensais. O benefício poderá ser concedido em três semanas (vinte e um dias) antes do parto e mantido em seis semanas (quarenta e dois dias) após o parto, ou seja, o subsídio pago em dinheiro pela maternidade terá duração de nove semanas - 63 (sessenta e três) dias.

No caso em análise – Veronica Vaz de Lima, no relatório da Apelação Cível do processo 0001333-53.2004.4.03.6005 –, observa-se que a trabalhadora rural cumpriu os quesitos processuais brasileiros, quanto à comprovação do trabalho rural. No entanto, as provas produzidas no processo demonstraram que durante a gestação e o parto, a residência e o trabalho rural eram no Paraguai, portanto, Veronica estava submetida ao regime previdenciário orientado pelo IPS.

À vista dos documentos anexados aos autos, verifica-se que a autora faz a demonstração do exercício da atividade laborativa, na condição de rurícola, residindo, inclusive, no Projeto de Assentamento Nova Conquista localizado no Município de Ponta Porã/MS.

No entanto, conforme documentos juntados aos autos e os depoimentos testemunhais, restou comprovado que por ocasião do nascimento de seu filho, ocorrido em 1º de outubro de 2000, a autora residia e exercia atividade rural no Paraguai havia alguns anos, estando, assim, vinculada ao regime previdenciário daquele País.

Além disso, analisando-se as datas de expedição dos documentos pessoais da autora e a data do assento de nascimento de seu filho constante da respectiva certidão, conclui-se que a autora passou a residir no território nacional tão-somente a partir do início de 2003.

De fato, observa-se da certidão de fl. 09 que o nascimento de seu filho ocorreu no dia 1º de outubro de 2000, na Santa Casa Monsenhor Guilherme, no Município de Foz do Iguaçu-PR, sendo que o termo de registro foi lavrado em 10 de fevereiro de 2003 perante o 2º Tabelião e Registrador Civil do Município e Comarca de Ponta Porã-MS, ou seja, quase três anos após o parto (BRASIL, 2008, p. 5).

A decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi fundamentada no artigo 1º do Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, alínea *f*– que define “Trabalhador”; e a alínea *g* que delimita “Período de seguro ou contribuição”.

Artigo 1:

[...]

f) “Trabalhador”, toda a pessoa que, por realizar ou ter realizado uma atividade, está ou esteve sujeita à legislação de um ou mais Estados-Partes;

g) “Período de seguro ou contribuição”, todo período definido como tal pela legislação sob a qual o trabalhador esteja acolhido, assim como qualquer período considerado pela mesma como equivalente a um período de seguro ou contribuição;

[...]

Artigo 4

O trabalhador estará submetido à legislação do Estado-Parte em cujo território exerça a atividade laboral (BRASIL, 2008, p. 5).

Denota-se que o motivo da improcedência do pedido do salário maternidade rural no caso não se consubstancia nas provas produzidas que demonstraram a atividade rural, mas sim no tempo e no local em que o trabalho rural foi exercido. Isto porque, na época do parto, Veronica

Vaz de Lima estava submetida à legislação do território que a acolheu, qual seja, o Paraguai.

Observa-se que no Paraguai, para obter qualquer benefício ou declaração como segurada do sistema previdenciário (IPS), são necessárias contribuições mensais aos cofres securitários. Razão pela qual restou inexecutável para a jurisdição brasileira reconhecer o período como trabalhadora rural no território paraguaio.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou analisar os impactos da legislação previdenciária brasileira na zona de fronteira entre Brasil e Paraguai com enfoque na realidade dos trabalhadores rurais. Ainda que se fale em integração regional, esta é uma assertiva longe de se concretizar.

Observa-se que o Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL tinha por intuito integrar os Estados-membros do bloco econômico, por orientação do subgrupo de trabalho à época da formação do MERCOSUL. A exigência foi cumprida com a ratificação do tratado e de seu regulamento administrativo.

A princípio, o objetivo era assegurar os direitos previdenciários dos trabalhadores transfronteiriços. A soberania dos Estados-Partes para legislar acerca do tema foi mantida e estabeleceu-se um sistema para troca de informações entre as entidades gestoras da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Ao entrave da situação correspondem a independência de legislar e a harmonia das legislações previdenciárias dos países signatários. Tal afirmativa restou evidente no caso em análise – Veronica Vaz de Lima –, no qual o pedido foi negado por não ter cumprido os requisitos da legislação paraguaia.

A discrepância da legislação entre Brasil e Paraguai primeiramente se encontra no período de cobertura da proteção à maternidade, pois a legislação brasileira prevê o recebimento de proventos financeiros pelo período de 120 (cento e vinte dias), enquanto a legislação paraguaia prevê o período de cobertura do benefício de 63 (sessenta e três) dias.

Outras dissonâncias são a carência e a qualidade do segurado, visto que, no Brasil o(a) trabalhador(a) rural é considerado(a) segurado(a)

especial e precisa comprovar o exercício da atividade rural no período de 12 (doze) meses anterior ao parto. No Paraguai, os (as) segurados(as) precisam recolher as prestações mensais previdenciárias, independente da atividade (urbana ou rural) e a carência é de 4 (quatro) contribuições mensais anteriores à gravidez.

Ainda que se tenha avançado com a ratificação do Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, a legislação entre os países não é harmoniosa, o que dificulta a efetivação do tratado pactuado. Além disso, buscou-se analisar um caso específico da zona de fronteira entre Brasil e Paraguai, a fim de demonstrar a dificuldade de efetivar direitos trabalhistas/previdenciários e a transitoriedade na região, principalmente de trabalhadores rurais.

Contudo, em busca no endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) – órgão colegiado dos estados federados de Mato Grosso do Sul e São Paulo –, em razão da especificidade do estudo, foi encontrada apenas a decisão analisada neste artigo, julgada no ano de 2008.

REFERÊNCIAS

ACCIOLLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BASSO, Maristela. *Mercosul-Mercosur*. São Paulo: Atlas, 2007.

BÖLKE, Marcelo. *Integração regional & Autonomia do seu ordenamento jurídico*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Decreto nº 1.901, de 17 de dezembro de 1994. *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção Sobre a Estrutura Institucional do Mercosul*: Protocolo de Ouro Preto. Brasília, 09 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Decreto Legislativo nº 45, de 15 de novembro de 2001. *Acordo Multilateral de Seguridade Social*: COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.camara.leg.br/mercosul/Protocolos/decretolegis451_2001.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006. *Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul: e seu Regulamento*

Administrativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5722.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

____. INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Acordos Internacionais - Português: Organismos de Ligação no Brasil*. 2018. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/rede-de-atendimento/acordos-internacionais-portugues/>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

____. INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Certificado de Traslado Temporário. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081013-161948-731.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Lei Orgânica da Previdência Social*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

____. Súmula nº 149, de 07 de dezembro de 1995. *Início de Prova Material*. Brasília, DF, 18 dez. 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula149.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

____. *Tratado de Assunção* (1994). STF, MS, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf>. Acesso em: 02 jul. 2018.

____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3). Ementa nº 1065752. INSS. Veronica Vaz de Lima. Relator: Desembargadora LEIDE POLO. São Paulo, SP, 26 de maio de 2008. *Previdenciário - Salário-maternidade - Art. 71 da Lei Nº 8213/91 - Atividade Rural Exercida Fora do País - Apelação Provida*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

ERNST, Christoph. CALDAS, Ricardo. *Alca, Apec, Nafta e União Européia – cenários para o Mercosul no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. *MERCOSUL No Contexto Latino-Americano*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. *Conflito entre normas do Mercosul e do direito interno: Como resolver o problema? Caso Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 1997.

LESSA, Antônio Carlos; DE OLIVEIRA, Henrique Altemani. *Política Internacional Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Carlos Eduardo; SÁ, Fernando; BRUCKMANN, Mónica. *Globalização e Integração das Américas*. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2005.

MENEZES, Alfredo da Mota; FILHO, Pio Pena. *Integração regional: Blocos Econômicos nas Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

MERCOSUL. Decreto nº 19, de 15 de dezembro de 1997. *Acordo Multilateral de Previdência Social do Mercado Comum do Sul*. Montevideu. Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/uploads/DEC_019-1997_PT_AcuerdoSeguridadSocial.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

NACIONAL, Ministério da Integração. Iii – A Zona De Fronteira: Interações Com Os Países Vizinhos. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira*, Brasília, p.144-173, 2005.

PARAGUAI. INTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL. *MANUAL DE COMUNICACIÓN: Modelo Estándar de Control Interno para las Instituciones Públicas del Paraguay - MECIP*. 2015. Disponível em: <<https://portal.ips.gov.py/sistemas/ipsportal/archivos/archivos/1504549191.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Lei nº 18.071, de 18 de fevereiro de 1943. *Carta Orgánica: Seguro Social del I.P.S.* Assunção, Atualizada em 2013. Disponível em: <<https://portal.ips.gov.py/sistemas/ipsportal/archivos/materiales/1516976137.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Resolução nº 053-033, de 07 de agosto de 2008. *Por la que se regula el periodo de carencia lá atención médica en el riesgo maternidad*. Asunción, Disponível em: <<https://portal.ips.gov.py/sistemas/ipsportal/archivos/archivos/1507037184.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

PAZ, Domingos. Ruptura democrática no e do Mercosul: a “suspensão” do Paraguai e “adesão” da Venezuela. *Revista Política Externa*, v. 21, n.3, jan./fev./mar. 2013, p. 29-55.

PENHA, Bruna; DESIDERÁ NETO, Walter Antonio; MORAES, Rodrigo Fracalossi de (Org.). *O Mercosul e as regiões de fronteira*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: <http://novo.more.ufsc.br/livros/inserir_livros>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Direito Internacional e Comércio Exterior*. São Paulo: Rideel, 1998.

PEREIRA CARNEIRO, Camilo. *Fronteiras Irmãs: Transfonteirizações na Bacia da Prata*. Porto Alegre: Ideograf, 2016.

RICARTE, Olivia. Brasiguaios: a amizade muito além das extremidades da ponte entre as fronteiras. In: *Estado De Direito*. Porto Alegre, 06 mar. 2018. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/19818-2/>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RECEBIDO EM: 29/05/2018

APROVADO EM: 13/07/2018

ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

***ARBITRATION AND THE OPERATION OF SPECIAL
AUTHORITIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS***

Lara Caxico Martins Miranda

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

*Pós Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Instituição
Damásio de Jesus. Pós Graduanda em Direito Constitucional pela Instituição LFG.*

Marlene Kempfer

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba .

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem; 2 Arbitragem e a atuação das autarquias especiais em contratos administrativos; 2.1 Arbitragem na solução de conflito entre concedente e concessionária; 2.2 Arbitragem na solução de conflito entre usuário e concessionária; 3 Atuação da autarquia ANATEL em processo administrativo e a compatibilidade com perspectivas gerenciais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar a atuação das autarquias especiais, em procedimentos de arbitragem, nos contratos administrativos e na resolução extrajudicial de conflitos que estes órgãos já desenvolvem. Para esse estudo utilizar-se-á o método dedutivo crítico. Neste caso, tem-se por foco a regulação da atuação da ANATEL, para apontar que a natureza jurídica da resolução de conflitos atualmente desenvolvida por este órgão é de processo administrativo e não de arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: ANATEL. Arbitragem. Contrato Administrativo. Processo Administrativo. Resolução Extrajudicial de Conflitos.

ABSTRACT: The objective of the research is to analyze the performance of special authorities in arbitration procedures, administrative contracts and out-of-court settlement of conflicts that these bodies already carry out. For this study the critical deductive method will be used. In this case, the focus is on the regulation of ANATEL's performance, to point out that the legal nature of the dispute resolution currently developed by this body is an administrative process, not an arbitration.

KEYWORDS: ANATEL. Arbitration. Administrative Agreement. Administrative Process. Out-of-Court Resolution of Conflicts.

INTRODUÇÃO

Os desafios contemporâneos do Estado brasileiro para implementar uma gestão mais eficiente tem um importante marco que é a Emenda Constitucional n. 19/98. Esta emenda, entre outros objetivos, traz o princípio da eficiência como valor a conduzir a atuação dos governos.

Sob fundamento de administração pública gerencial, desde a época da emenda constitucional referida, muitas leis foram aprovadas, mas, em destaque, neste estudo, aquelas que possibilitam recorrer à arbitragem para solução extrajudicial de conflito no âmbito da administração pública.

O tema demanda muitas análises, uma vez que a passagem para uma gestão pública gerencial, com importação das diretrizes privadas para a administração pública, não será simples. São atuações que estão submetidas a diferentes regimes jurídicos, pois a atuação pública está sob o constante crivo da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

No entanto, é preciso enfrentar o novo. Ainda que a Lei da Arbitragem seja de 1996 (Lei n. 9.307), somente em 2015 (Lei n. 13.129), importantes regras foram trazidas para a administração pública direta e indireta no sentido de autorizar a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais públicos qualificados como disponíveis.

A utilização de soluções de conflitos por via extrajudicial na esfera privada ocorre com larga experiência. Na administração pública brasileira, entretanto, ainda se exige estudos para estabelecer um regime próprio e, assim, poder utilizar, com segurança, este caminho.

Em vistas do enfoque dado nesta pesquisa, abordar-se-á as principais inovações passíveis de serem implementadas na arbitragem utilizada para a solução de conflito existente entre o poder concedente e concessionária de serviços públicos e naquela utilizada para resolver o conflito entre usuário do serviço e concessionária.

Por fim, será discutida a compatibilidade do procedimento arbitral com a competências das autarquias especiais para solucionar demandas extrajudicialmente. A pesquisa apontará a natureza do procedimento, com enfoque na atuação da ANATEL e as possíveis exclusões ou não de outras esferas decisórias.

1 ARBITRAGEM

Arbitragem é, em essência, um mecanismo privado de solução extrajudicial de conflitos utilizado para dar fim a uma lide existente entre duas ou mais pessoas. Tem por característica precípua a escolha de um terceiro, por parte dos litigantes, para impor uma resposta à lide vivenciada, comprometendo-se, as partes, ao exato cumprimento da decisão exarada.

No Brasil, a arbitragem no âmbito privado, foi positivada no ordenamento jurídico já na Constituição Imperial de 1824, conforme a norma do artigo 160. Posteriormente, foi inserida pelo legislador no Código Comercial de 1850. Passou a ser amplamente utilizada quando o país aderiu ao Protocolo de Genebra, relativo à cláusula de arbitragem, firmado em 24 de setembro de 1923 e incorporado no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto n. 21.187 de 22 de março de 1932. O instituto legal reconheceu a validade da cláusula compromissória ou compromisso arbitral e impôs o uso do mecanismo para solucionar divergências internas e externas (GUILHERME, 2007, p. 34).

Na atualidade, as Leis n. 9.307/1996, n. 13.129/2015 e, subsidiariamente, a n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), dispõem sobre a possibilidade das pessoas, que possuem capacidade jurídica, de livre vontade, poderem recorrer à arbitragem e dirimir seus conflitos. Impõe uma condição fundamental: o objeto da arbitragem deve tratar de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, de valor econômico e transacionáveis.

A autorização legislativa do uso da arbitragem em contratos administrativos deve ser entendida no contexto da reforma do Estado, também denominada reforma administrativa gerencial, justamente em razão da mudança de perspectiva da atuação administrativa. Em meio às delegações de competências e serviços, privatizações e desconcentração da atividade administrativa para os municípios e para novas pessoas jurídicas de direito público, o uso de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos se coaduna com o novo modo de gerir o Estado. Por sua característica de aproximar as partes, de solucionar a demanda com agilidade e eficiência, a arbitragem passa a fazer parte do cenário público no sentido de uma nova estratégia de governança (SALLES, 2011, p. 61).

Vale destacar que o período de início da reforma gerencial, e os anos que se sucederam, foi o de maior produção legislativa em prol da possibilidade de se incluir a cláusula arbitral no contrato administrativo. Não se tratou de uma tentativa de privatizar a jurisdição estatal, mas sim

de estender as transformações ocorridas no âmbito do Estado para os demais procedimentos que o envolvessem.

É importante realçar que por mais que nesse íterim a previsão tenha sido apenas para contratos administrativos específicos, tal qual no caso da *Lei n. 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*, de certo abriu portas para que, posteriormente, em 2015, fosse publicada a *Lei n. 13.129/15, que previu uma autorização geral para o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta*.

Sob tais fundamentos, o uso da arbitragem em conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais deve ser analisado no contexto da reforma gerencial, que está em implementação desde a publicação da Emenda Constitucional n. 19/98, que busca a eficiência por meio da qualidade no atendimento ao cidadão e nas relações contratuais que o Estado se envolve.

Segue o estudo para tratar sobre as possibilidades de que as autarquias especiais participem do processo arbitral de modo a contribuir para a sua efetividade.

2 ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A escolha pela arbitragem revela uma opção célere, atende ao Princípio da Eficiência e, nos termos artigo 1º, § 1º da *Lei n. 13.129/2015*, pode ser utilizada tanto pela administração pública direta quanto administração indireta, com condição essencial de que o objeto seja patrimônio público disponível.

Entre os órgãos da administração indireta o foco do estudo é para as autarquias especiais, também denominadas de agências reguladoras. Estes órgãos devem ser criados por lei, integram a administração indireta e possuem um regime legal que se caracteriza por independência administrativa e financeira e ausência de subordinação hierárquica. Seus gestores, além de probos, devem ter conhecimento técnico sobre a área de atuação. Quanto a investidura, são indicados e nomeados pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação em sabatina perante o Senado Federal, possuindo mandato fixo, não coincidentes com o mandato do Executivo.

O regime especial as qualifica como autarquias especiais e como sendo órgãos do Estado voltados para a atuação na fiscalização e regulamentação

de setores de serviços públicos concedidos ou setores de relevante interesse público. Neste estudo o objetivo é analisar a possibilidade de que essas autarquias e o próprio Estado possam atuar no processo arbitral afim de colaborar para sua efetividade. Ademais, verificar-se-á situações em que a arbitragem pode ser utilizada em relações que envolvem os contratos administrativos de concessão, ou seja, na solução extrajudicial de conflito entre concedente e concessionária e entre usuário e concessionária.

2.1 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA

No tocante aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, esses possuem cláusulas regulamentares e financeiras. As primeiras relacionam-se ao próprio objeto do contrato, são denominadas de cláusulas exorbitantes, pois podem ser modificadas unilateralmente por parte da administração, sob fundamento do interesse público. É competência do Estado gerir e administrar a prestação de serviços públicos, justamente por ser esse o garantidor dos serviços. Por essa razão, as cláusulas regulamentares podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública e não ensejam manifestação por parte do particular (MEIRELLES, 2016, p. 242). Sob essas justificativas, tem-se a possibilidade de um conflito entre Estado e concessionária acerca de pontos constantes em cláusulas regulamentares. Neste caso não é possível que a lide seja submetida ao juízo arbitral, por decorrerem do poder regulador da Administração Pública.

Por outro lado, o contrato administrativo dispõe também de cláusulas financeiras, ou seja, normas relativas aos encargos do contratado e a retribuição do poder concedente, que garantem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É preciso que a equação encargo-remuneração seja mantida durante toda a manutenção do negócio jurídico. Logo, é possível que as partes convençam reajustes de preços e tarifas em razão de eventuais modificações na realidade contratual, como mudanças mercadológicas, desvalorização da moeda e aumento da inflação (MEIRELLES, 2016, p. 243-244). Tendo em vista que em se tratando de cláusulas financeiras é possível a modificação de disposições contratuais pela convenção das partes, o objeto é patrimônio público disponível, sendo plausível se admitir que os conflitos surgidos no contrato, relativos ao equilíbrio econômico-financeiro, possam ser levados ao juízo arbitral. Poderá o árbitro decidir sobre aumento de tarifas, mudanças de matéria prima utilizada na prestação do serviço, amplitude da prestação e qualquer aspecto passível de valoração econômica, que venha a influenciar no equilíbrio econômico-financeiro.

Defende-se que nas situações em que o contrato administrativo está sob a força regulatória e de fiscalização de determinada autarquia especial, ela não se faz imprescindível no procedimento arbitral, uma vez que não é parte do contrato administrativo. Ressalta-se, entretanto, que o contrato de prestação de serviços públicos é firmado entre poder concedente, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e concessionária e compete à autarquia especial fiscalizar, regular e normatizar a relação contratual depois de firmada. Neste sentido, observa-se que a autarquia especial, caso chamada a participar do procedimento arbitral, pode colaborar com importantes informações tendentes a pôr fim à demanda.

Em virtude da sua competência reguladora a autarquia possui dados acerca do contrato e da sua prestação. Caso participe do procedimento arbitral, pode levar ao árbitro o seu conhecimento acerca, por exemplo, das taxas que vêm sendo cobradas, formas como o serviço tem sido prestado, índices de satisfação do consumidor e outras informações que sejam relevantes elementos do objeto em litígio. À vista das informações obtidas pelo árbitro de maneira imparcial, esse pode decidir sobre a demanda com a melhor técnica e precisão.

2.2 ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE USUÁRIO E CONCESSIONÁRIA

Dentre aqueles que se inserem no ambiente sob controle regulatório e de fiscalização das autarquias especiais encontram-se o consumidor e a concessionária. O cidadão-consumidor passa a ser usuário direto do serviço público concedido e poderá ocorrer conflito com a concessionária, uma vez que há uma relação contratual. A natureza jurídica desta relação, defende-se, está sob dois regimes jurídicos: i) às normas de proteção do consumidor (Lei n. 8.078/90), que nos termos do Art. 22 estabelece o dever de prestar serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, sob pena reparação; ii) regime constitucional do artigo 37, § 6º, que determina o dever de reparar, em caráter subsidiário, por danos que os agentes ao atuar em nome da poder público, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Tais argumentos são confirmados nos termos da Lei n. 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, disciplinando a competência prevista no artigo 175 da Constituição Federal. De acordo com esta Lei, em seu artigo 7º, aplicam-se aos usuários de serviços públicos as regras da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor (Código de Defesa do Consumidor).

Com efeito, a concessionária, em sua atuação diária, posiciona-se como fornecedora de serviços à particulares, logo deve garantir a esses os direitos previstos na legislação consumerista. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em uma de suas decisões a respeito do regime jurídico da relação contratual entre concessionária e usuário de serviço público concedido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RODOVIA. *CONCESSIONÁRIA. RELAÇÃO COM USUÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. A empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com os usuários, devendo ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço. 2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Inteligência da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 342496 SP 2013/01470090-6, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/02/2014) (grifo nosso).*

Na hipótese de conflito no âmbito da prestação de serviços públicos concedidos, a pesquisa defende ser possível que consumidor e concessionária optem em incluir em contrato a arbitragem para a resolução. Tal premissa deve ser discutida, entretanto, a partir da análise de três itens: cumprimento da legislação aplicável, limites objetivos da demanda e limites subjetivos.

Com relação ao cumprimento da legislação aplicável, lembra-se que, conforme artigo 2º, §1º da Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), “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”. A regra geral é que consumidor e concessionária podem fixar as normas aplicáveis ao procedimento, entretanto, não será possível afastar a aplicação das normas consumeristas. Isso se dá pelo fato de que, em primeiro lugar, as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor se consubstanciam em normas de ordem pública, conforme previsão do artigo 1º da Lei n. 8.078/90, ou seja, não podem ser afastadas pela vontade das partes, em prejuízo do consumidor. Neste sentido o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor aduz que é vedado o uso da arbitragem em relações consumeristas quando essa for imposta compulsoriamente.

Com relação aos limites objetivos da demanda, é plausível que as partes submetam a lide ao procedimento arbitral, desde que o objeto envolva direitos patrimoniais disponíveis. No caso dos contratos de prestação de serviço público concedido o objeto é de natureza patrimonial disponível pois há remuneração por meio de tarifa à prestação, portanto, passível de valoração e de negociação.

Quanto aos limites subjetivos para o uso do instituto, afirma-se que tanto o consumidor quanto a empresa concessionária são capazes de constituir a cláusula arbitral, se atenderem ao requisito estabelecido no artigo 1º da Lei n. 9.307/96, ou seja, serem pessoas capazes de contratar. Não há qualquer impedimento legal para que o consumidor faça adesão à cláusula arbitral ou ao compromisso arbitral, desde que seja clara e sem mácula a expressão da sua vontade. Assim, do ponto de vista subjetivo, há a possibilidade da lide ser submetida à arbitragem (BINENBOJM, 2016, p. 211).

Cumpra-se destacar a importância da participação da autarquia especial afeta ao serviço público prestados e do Estado poder no procedimento arbitral mencionado. Com relação à autarquia os argumentos relacionam-se à especialidade da atuação do órgão para manifestar-se sobre a prestação de serviços, tarifas exigidas e inclusive eventuais pontos sobre a continuidade do serviço estabelecido no contrato administrativo firmado com o poder concedente. Salienta-se que essa participação não deve se dar na forma de árbitra, mas sim de terceiro interveniente, cujas informações podem contribuir para a melhor solução da lide.

A autarquia especial não pode ser considerada como litisconsorte necessária ou facultativa da concessionária porque não há previsão legal nesse sentido e porque essa não atende às características exigidas para o instituto. De acordo com o artigo 124 do Código de Processo Civil, “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a decisão influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. No caso em apreço, a autarquia especial não figura em um dos polos da relação jurídica de direito material entre concessionária e consumidor, logo a decisão arbitral proferida não influi na sua atuação (BINENBOJM, 2016, p. 221-222).

Com relação às autarquias especiais, enfatiza Binenbojm (2016, p. 221) que “não se exige que a agência reguladora seja parte nas ações em que contendam as concessionárias do serviço público [...] e seus usuários” e prossegue afirmando que “mesmo quando em disputa o cumprimento de

política regulatória delineada pelas agências, estas não ostentam qualidade de parte em litígios envolvendo concessionárias e usuários do serviço público regulado”.

Com relação à autarquia especial e a sua possibilidade de contribuir com conhecimentos técnicos para o processo, a pesquisa compreende que essa poderia participar do procedimento como *amicus curiae*, instituto previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil, que prevê intervenção no processo para colaborar com o julgador, vez que não auxilia nenhuma das partes. O objetivo da intervenção é contribuir com informações mais específicas acerca da demanda, aperfeiçoar a decisão, contribuir para uma argumentação e fundamentação mais técnica e promover uma adequada definição do litígio (MARINONI, 2017, p. 281). No processo judicial sua intervenção se faz por determinação judicial ou a requerimento das partes, mas para que o instituto seja utilizado no procedimento arbitral faz-se necessária a expressa previsão pelas partes já no compromisso arbitral.

A participação do Estado no procedimento arbitral também se justifica em razão da efetividade e alcance da decisão arbitral. Conforme mencionado, o poder concedente responde, no caso de dano causado ao consumidor, objetiva e subsidiariamente. Ou seja, caso esgotadas as possibilidades de cumprimento da decisão por parte da concessionária, cabe ao Estado arcar com a reparação. Nesse caso, participando o Estado do procedimento arbitral, a decisão poderá ser executada, de maneira subsidiária, também contra ele. Essa possibilidade confere presteza à resolução da lide, já que o consumidor não necessitará entrar com ação judicial contra o Estado caso a concessionária seja insolvente. A efetividade da decisão se consubstancia, então, no fato de que os dois responsáveis pelo inadimplemento da obrigação já farão parte do título executivo firmado com o término do procedimento arbitral.

De acordo com as perspectivas gerenciais a pesquisa defende que a participação do Estado no procedimento arbitral se justifica sob fundamento principiológico, especialmente, da defesa do interesse público e da celeridade processual, uma vez que é também interesse público que as demandas que envolvem deveres públicos sejam resolvidas de forma justa e célere. Infelizmente, ainda não há legislação específica que exija a sua participação na condição de litisconsorte. Uma das justificativas seria a de que o Estado não participa diretamente da relação jurídica material que se instala entre concessionária e cidadão-consumidor na prestação do serviço público.

Apesar das considerações, isso não significa que autarquia especial e poder concedente do serviço público não possam ser partes em procedimentos arbitrais em que litiga consumidor e concessionária. Ao contrário, a participação de ambos atende a critérios gerenciais. Para tanto, faz-se imprescindível a previsão das participações na cláusula compromissória e que se esteja diante de um conflito passível de ser submetido à arbitragem.

No caso da participação do Estado, por sua vez, não se admite que esse seja chamado ao processo como terceiro interveniente, vez que a adesão ao procedimento arbitral depende da vontade das partes. Para que haja a participação do Estado faz-se imprescindível que essa possibilidade esteja expressa na convenção de arbitragem e que esse se manifeste no sentido de aceitar a participação no processo arbitral. Neste caso, atuará como litisconsorte facultativo da concessionária e constará no título executivo firmado com a decisão final.

A proposta de que pessoas envolvidas no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais optem por submeter suas demandas a arbitragem não se relaciona nem afasta a possibilidade de a própria autarquia especial solucionar os conflitos existentes entre o Estado e a concessionária de serviços públicos e entre essa e o consumidor também de maneira extrajudicial. Nessa hipótese, entretanto, haverá não a utilização da arbitragem tratada, mas sim a atuação em administrativo, conforme se verificará no tópico seguinte considerando a atuação da Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL).

3 ATUAÇÃO DA AUTARQUIA ANATEL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E A COMPATIBILIDADE COM PERSPECTIVAS GERENCIAIS

O uso da arbitragem em ambientes sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais não é incompatível e nem mesmo interfere na possibilidade dessas se valerem da sua competência para solução de conflitos. Essas entidades autárquicas especiais têm a competência para solucionar conflitos por via de processo administrativo, em razão de possuírem o conhecimento técnico da demanda e serem independentes dos demais poderes. Diante de um conflito entre poder concedente e concessionária e até mesmo entre o consumidor e a concessionária é possível que a autarquia especial solucione o conflito por via de processo administrativo.

A decisão proferida, entretanto, não impede a propositura de posterior ação judicial a respeito do mesmo tema, pois no ordenamento

jurídico brasileiro não há o afastamento da jurisdição estatal em razão da existência de anterior processo administrativo. É possível que as partes que se valeram de processo administrativo desconsiderem a decisão proferida e proponham nova demanda no Judiciário ou ainda que solicitem que esse realize o controle judicial da decisão administrativa.

É fundamental sublinhar que as autarquias especiais podem atuar como solucionadoras de conflitos, mas nunca como árbitras, seja porque já possuem mecanismo próprio de deliberação de lides, seja porque não há previsão legal nesse sentido. Cumpre ressaltar que nem mesmo seria possível a escolha da autarquia como árbitra por parte dos envolvidos, porque essa, como entidade da administração pública indireta, tem a obrigação de decidir, em razão do regime jurídico administrativo a que se submete, em prol do interesse público. Suas decisões poderão ser eivadas de tendência pública e serem consideradas parciais. Essas entidades autárquicas proferem decisões administrativas nessa temática e não decisões arbitrais (BINENBOJM, 2016, p. 215-216).

Há diferenças entre a atuação das autarquias especiais em processo administrativo e soluções em arbitragem: eficácia da decisão, previsão normativa do processo e autonomia da vontade. É possível ainda pontuar outras diferenças, entretanto essas serão apresentadas juntamente com a análise das Resoluções da ANATEL que trazem a previsão do processo administrativo para resolução de conflitos.

No que se refere à eficácia da decisão, não força de título executivo nas decisões administrativas. Por sua vez, como já estudado, as decisões proferidas pelo juiz arbitral são executáveis, inclusive podendo ser exigidas, caso haja descumprimento, no Judiciário. Outrossim, quanto à previsão normativa do processo, apesar da previsão da competência para solução de demandas por parte da autarquia especial estar disposta em lei, o processo para tanto encontra-se disciplinado no regimento interno de cada autarquia especial. Por outro lado, todas as normas relativas ao procedimento arbitral, seus princípios e regramentos, se pautam na legislação (Lei n. 9.307/96).

Quanto à autonomia da vontade, relembra-se que no processo arbitral as partes podem escolher o árbitro e convencionar novas cláusulas, desde que não infrinjam os princípios estabelecidos na Lei de Arbitragem. No caso do procedimento administrativo instaurado pela autarquia, quando há adesão pelas partes, não é possível que elas escolham o julgador ou estabeleçam qualquer novo regramento. A adesão, nessa hipótese, deve ocorrer de modo integral ao procedimento estabelecido no regimento interno, sem a possibilidade de novas modificações.

Binenbojm (2016, p. 2016) esclarece que conquanto “o *nomen iuris* soe enganoso, a competência do ente regulador para arbitramento de conflitos não se confunde com a eleição da via arbitral pelas partes para a solução definitiva de controvérsias decorrentes de ajustes por elas celebrados”. Nessa perspectiva e considerando a competência das autarquias especiais para solução de demandas por via de processo administrativo, parte-se para a verificação de se essa possibilidade também se encontra em consonância com os princípios gerenciais introduzidos pela reforma do Estado. A pesquisa faz um recorte para analisar o processo administrativo para resolução de conflitos previsto no regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), considerando-se a existência e a utilização ampla do procedimento. Também nesse caso

[...] o meio alternativo de composição de conflitos encampado pela ANATEL se traduz em um verdadeiro processo administrativo, qualificado pelas mesmas prerrogativas e limitações do regime jurídico de direito público, cujo resultado final pode ser discutido no Poder Judiciário. Ou seja, esse procedimento, apesar de ser denominado como tal, não é dotado das características da arbitragem (SANTIAGO, 2014, p. 180).

Ainda que as Resoluções produzidas no âmbito da ANATEL e o seu Regimento Interno nomeiem como arbitragem o processo de resolução de conflitos desenvolvido pela autarquia esse não possui as características necessárias para ser reconhecido como arbitragem privada. Ainda que possua relevância e atenda aos critérios de eficiência e tecnicidade não pode ser denominado como arbitragem por não estar embasado na Lei n. 9.307/96.

A competência da ANATEL para solução administrativa de conflitos está prevista no artigo 19, XVII da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e que criou a própria autarquia especial. Conforme norma constante no dispositivo, à autarquia compete “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (BRASIL, 1997). A partir dessa previsão a autarquia criou, por meio da sua competência normativa, três caminhos para que as operadoras de telecomunicações possam se valer da técnica de solução de demandas: procedimento para resolução de disputas em interconexão, o procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero e a arbitragem e a mediação exercidas pela Agência nos casos

de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, disputas entre operadoras que se subsumam às hipóteses previstas nos contratos de concessão ou diretamente no Regimento Interno da Agência (OLIVEIRA, 2009, p. 137).

Em relação à primeira possibilidade, ou seja, resolução de disputas em interconexão, cumpre esclarecer que, conforme parágrafo único do artigo 146 da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), a “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis” (BRASIL, 1997). A interconexão entre as redes de telecomunicações é obrigatória, em vistas de se garantir a comunicação entre os usuários, mas também de instituição livre, observada apenas a regulamentação da própria autarquia (arts. 147, 148 e 149, Lei n. 9.472/97).

Cabe aos interessados estipular livremente as condições para a interconexão de redes, por meio de acordo (artigo 153, *caput*, Lei n. 9.472/97), mas caso esse não seja realizado, “a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão” (artigo 153, § 2º, Lei n. 9.472/97) (BRASIL, 1997). Com o intuito de regulamentar o procedimento de arbitragem previsto na Lei geral de Telecomunicações, a ANATEL publicou a Resolução n. 410 de 2005, que dispôs acerca do Regulamento Geral de Interconexão. Nessa, consoante o anexo III do documento, há as disposições sobre a forma como o processo de arbitragem na lei previsto na Lei n. 9.472/97 deve ser realizado.

Apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador e replicada pelo agente normatizador, a análise da Resolução revela que a arbitragem prevista não se assemelha à arbitragem como mecanismo privado de solução de demandas, estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem). O estudo da Resolução gera a conclusão de que diversas são as características que as diferem: possibilidade de escolha unilateral do processo administrativo, definição prévia do julgador, publicidade como regra geral do processo administrativo, cabimento de recurso administrativo e possibilidade de submeter posteriormente a demanda à jurisdição estatal.

O procedimento arbitral instituído pela ANATEL na Resolução n. 410 de 2005 para solução de demandas relativas à interconexão possui diversas divergências em relação à arbitragem privada estabelecida na Lei n. 9.307/96. Nessa esteira, a pesquisa defende que a previsão da Resolução não corresponde à arbitragem privada regulada legislação, trata-se de um

processo administrativo de solução de litígios relativos à interconexão. Entoa-se, portanto, nessa pesquisa, a necessidade de que o processo administrativo realizado pela ANATEL seja denominado arbitramento de conflitos e não arbitragem.

A segunda possibilidade de solução de conflitos por parte da ANATEL corresponde ao procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero. Havendo um conflito entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, relativamente ao compartilhamento de infraestrutura, há a necessidade de se observar a Resolução Conjunta n. 02 de 27 de março de 2001 (ANEEL, ANATEL E ANP).

Originariamente, a solução da demanda indicada estava prevista na Resolução n. 01, de 24 de novembro de 1999 (ANEEL, ANATEL E ANP). No artigo 23 da já superada Resolução, havia expressa menção da arbitragem, a ser realizada por comissão estabelecida por membros da ANEEL, ANATEL E ANP, como meio de solução de demandas envolvendo os três segmentos regulados. Com a publicação da Resolução Conjunta n. 02/2001, que alterou a Resolução n. 01/1999, a expressão arbitragem foi retirada do *caput* do artigo 23, justamente porque há, no caso, não um procedimento arbitral típico, mas sim um processo administrativo de solução de lides (OLIVEIRA, 2009, p. 140).

Essa constatação encontra-se evidente em vários artigos da Resolução Conjunta n. 02/2001, nova resolução que trata sobre o tema. Podem-se destacar as seguintes diferenças entre o procedimento arbitral privado e o processo administrativo em comento: previsão de julgador e obrigatoriedade de tentativa prévia de conciliação.

A terceira modalidade de resolução de conflitos a ser realizada pela ANATEL envolve os casos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse caso, de acordo com a Resolução n. 683, de 05 de outubro de 2017, que aprovou o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações, eventuais conflitos surgidos podem ser dirimidos pela Anatel, no exercício da função de órgão regulador, mediante os processos administrativos de resolução de conflitos estabelecido no Regimento Interno da ANATEL (artigo 8º, Resolução n. 683/2017).

Observa-se, inicialmente, que a Resolução n. 683/2017 estabelece que o tipo de procedimento a ser realizado pela ANATEL, na resolução de conflitos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias prestadoras de serviços de telecomunicações, será administrativo. O *caput* do artigo 8º da Resolução traz categoricamente a expressão procedimento administrativo, mas indica que esse será disciplinado pelo Regimento Interno da ANATEL. Em consulta à Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013, que estabeleceu o Regimento Interno da ANATEL, tais procedimentos são denominados mediação, arbitragem administrativa e reclamação administrativa (artigo 92, Resolução n. 612/2013 - Regimento Interno da ANATEL).

Concluiu-se que a competência conferida à ANATEL para solução extrajudicial de conflitos entre as operadoras de serviços de telecomunicações encontra-se inserida na esfera do processo administrativo e não na hipótese de se posicionar como árbitra em um processo privado estabelecido pela Lei n. 9.307/96. Não é cabível que a ANATEL seja escolhida como árbitra pelas partes demandantes, inicialmente por sua função eminentemente pública, que compromete a imparcialidade como julgadora e em segundo lugar porque não há previsão legal nesse sentido.

Vale rememorar que a ANATEL é autarquia especial, partícipe da Administração Pública indireta e por isso submetida ao regime jurídico administrativo. Aplica-se a ela a necessidade de observância de todos os princípios administrativos implícitos e explícitos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dentre eles o princípio da legalidade. Segundo esse, só é possível que a Administração Pública atue nos estreitos limites da lei e, ainda que haja discricionariedade prevista na legislação, é preciso que a essa seja exercida dentro dos parâmetros legais. Não havendo previsão legal expressa de que a ANATEL pode ser escolhida como árbitra diante de um conflito privado, certamente essa hipótese é incabível.

Conclui-se que a possibilidade de as partes submeterem seus conflitos à arbitragem em nada se relaciona ou interfere na competência conferida às autarquias especiais para solução de demandas. Como visto nesse tópico, é possível que a autarquia especial resolva a demanda por meio de processo administrativo, o que gera uma atuação célere e eficiente¹.

1 Essa afirmação pode ser confirmada a partir das conclusões da pesquisa realizada pela Secretaria da Reforma do Judiciário no PROJETO BRA 05/036. Na pesquisa analisou-se a atuação da autarquia Anatel na resolução extrajudicial de conflitos envolvendo seus consumidores por meio de processos administrativos internos. Como se observou, os índices de satisfação do consumidor em razão da celeridade e eficiência do procedimento foram significativos frente aos comentários referentes à atuação

Cumprido, entretanto, ressaltar que a opção, estabelecida previamente em contrato (cláusula arbitral), pela via da arbitragem para solução da controvérsia afasta a possibilidade de que as partes submetam o mesmo conflito à autarquia especial. Isso dado que quando convencionam pela arbitragem não é admissível que as partes optem por qualquer outra instância decisória. Irrazoável seria que a decisão afastasse apenas a jurisdição estatal, prevista constitucionalmente (artigo 5º, XXXV, CF/88), mas não a instância administrativa. Entende-se que havendo cláusula arbitral estabelecida previamente no contrato não é possível que as partes submetam o conflito à autarquia especial (BINENBOJM, 2016, p. 217).

Por outro lado, caso as partes escolham levar a demanda à autarquia especial é plausível, atendendo à lei e em uma perspectiva gerencial, que posteriormente firmem compromisso arbitral. O compromisso arbitral é realizado quando o conflito já existe e as partes querem submetê-lo à arbitragem privada. Ora, não existindo coisa julgada na decisão administrativa, em permanecendo incontentes as partes, podem elas, ao invés de levar a demanda ao Judiciário, firmar compromisso arbitral e submeter a demanda à arbitragem. A escolha pela arbitragem após a decisão administrativa proferida pela autarquia especial que não conseguiu a pacificação social atende aos critérios de eficiência e celeridade, pelas conclusões presentes na pesquisa relacionadas à arbitragem privada. A demanda será solucionada de maneira mais técnica e célere se for direcionada para a arbitragem privada ao invés de para o Judiciário.

4 CONCLUSÃO

A opção pela resolução extrajudicial de conflitos que envolvam interesses do Estado e das autarquias especiais está em compasso com as diretrizes do Estado gerencial, em vistas de garantir a eficiência na atuação administrativa. Ser eficiente é buscar soluções justas a partir de diretrizes de legitimidade, legalidade e economicidade e que atendam, minimamente, as expectativas de todos os envolvidos. Entre elas, aponta-se, buscar caminhos que considerem o direito à razoável duração dos processos.

O Brasil avançou ao aprovar a Lei n. 13.129/2015, que autoriza a administração direta e indireta a utilizara arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Apesar disso, será no desenvolver das atribuições estatais e de seus conflitos que os desafios

surgirão e, então, a importância dos estudos para fundamentar o uso deste meio originariamente privado para solução de conflitos no âmbito público. Neste sentido a pesquisa que resultou neste artigo defende:

- i) Ser possível a utilização da arbitragem por parte da administração pública, direta e indireta, em razão de expressa previsão legal (Lei n. 13.129/2015);
- ii) Plausível que a resolução de conflitos ocorridos entre concessionária e poder concedente ocorra por meio do procedimento arbitral. Nesse é possível se admitir a participação da autarquia especial, como *amicus curiae*, para que apresente informações relevantes para a solução da demanda;
- iii) Plausível que a resolução de conflitos ocorridos entre um consumidor com uma concessionária de serviços públicos ocorra por meio do procedimento arbitral. Nesse a participação da autarquia especial como *amicus curiae* e do Estado como litisconsorte facultativo caracterizam possibilidades gerenciais para resolução de conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais.
- iv) A utilização do processo administrativo para solução de conflitos por parte da autarquia especial vai ao encontro com os valores constantes no mercado, além de outros previstos constitucionalmente, como a eficiência do desempenho da administração. A atuação da ANATEL nesse quesito propõe uma solução mais célere, além de técnica, que vem a atender às necessidades de usuários, concessionárias e do próprio poder concedente.

Sob tais argumentos verificou-se que a autarquia especial não pode ser entendida como árbitra no processo de arbitragem privada previsto pela Lei n. 9.307/96, mas que a opção por essa via não afasta a possibilidade de que ela atue em sua competência para solução de demandas. Essa competência se insere no âmbito do processo administrativo, o que afasta a hipótese de ser considerado como arbitragem privada. Trata-se de processo administrativo que pode ser conhecido como arbitramento de conflitos.

Caso as partes tenham estipulado cláusula arbitral em contrato, não será possível que submetam a demanda à autarquia especial, mas caso não exista essa previsão no contrato, é possível que se tente a solução pela via administrativa e, se não alcançar o resultado esperado, leve a demanda à

arbitragem privada, vez que essa perspectiva atende aos parâmetros de uma administração pública gerencial.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207-228.

BRASIL. Lei nº 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem: doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Arthur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 111-159, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogosso_brejustica_resolucao-extrajudicial-de-conflitos.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 177-230, jan./dez. 2014.

RECEBIDO EM: 10/08/2019

APROVADO EM: 28/11/2019

USINA HIDRELÉTRICA SERRA DO FACÃO: UMA ANÁLISE DO IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

***HYDROELECTRIC POWER PLANTS SERRA DO FACÃO:
AN ANALYSIS OF THE IMPACT OF PUBLIC HEARINGS***

Mariana Barbosa Cirne

*Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília - UnB.
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar - UNP, em
Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP,
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Professora de Direito Constitucional e Ambiental no Uniceub
Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União - AGU.*

Isabella Maria Martins Fernandes

*Mestranda em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade (UnB)
Advogada e Graduada em Ciências Ambientais - UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Participação social no procedimento de licenciamento ambiental; 2. A metodologia aplicada para análise da participação social no licenciamento ambiental da UHE de Serra do Facão; 3. Usina Hidrelétrica de Serra do Facão; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho desenvolveu um estudo de caso sobre a participação social nas audiências públicas realizadas pelo Ibama no licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Serra do Facão. A pesquisa analisou a natureza dos questionamentos realizados nessas audiências, o percentual de pessoas físicas e jurídicas que participaram, e os impactos gerados nas condicionantes. O estudo do processo administrativo n. 02001.001342/98-11 do Ibama, junto com revisão bibliográfica, revelou um grande protagonista das pessoas jurídicas, em especial de entidades educacionais neste processo. Apesar de identificar essa contribuição, pode-se concluir que a participação social não conseguiu intervir nas condicionantes fixadas no licenciamento ambiental. Este estudo, contudo, revelou a importância das audiências públicas no procedimento de licenciamento como instrumento informativo da população.

PALAVRAS-CHAVE: Usina Hidrelétrica. Licenciamento Ambiental. Participação social. Serra do Facão. Informação.

ABSTRACT: This paper developed a case study on social participation in public hearings held by Ibama in the environmental licensing of the Serra do Facão Hydroelectric Power Plant. The research analyzed the nature of the questions made at these hearings, the percentage of individuals and legal entities that participated, and the impacts generated on the conditions. The study of the Ibama's administrative process n° 02001.001342/98-11, together with a literature review, revealed a major protagonist of legal entities, especially educational entities in this process. Despite identifying this contribution, it can be concluded that social participation was unable to intervene in the conditions set in environmental licensing. This study, however, revealed the importance of public hearings in the licensing procedure as an information tool for the population.

KEYWORDS: Hydroelectric Power Plant. Environmental Licensing. Social Participation. Serra do Facão; Information.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisou a participação social nas audiências públicas realizadas pelo Ibama - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis no licenciamento ambiental federal da usina hidrelétrica (UHE) de Serra do Facão, localizada no rio São Marcos, no limite entre os Estados de Goiás e Minas Gerais, materializadas no processo administrativo n. 02001.001342/98-11. Por meio de um estudo de caso, pretende-se com este trabalho identificar quem participa dessas audiências, quais são as perguntas formuladas e se isso impacta as condicionantes do licenciamento.

O licenciamento ambiental é o principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente e possui caráter preventivo de tutela do meio ambiente, conforme dispõe a Lei n. 6.938, de 1981, artigo 9º, inciso IV (BRASIL, 1981; FARIAS, 2013; FINK, ALONSO JR., DAWALIBI, 2000; HOFMANN, 2015; CUREAU, 2012; TRENNEPOHL, TRENNEPOHL, 2010). Seu objetivo é a prevenção de danos ambientais, buscando o equilíbrio almejado na ideia do desenvolvimento sustentável¹ (BARBOSA, PEREIRA, 2016). Espera-se, com esse instrumento, garantir a participação social no intuito de propiciar o bem-estar social e concretizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado² previsto no art. 225 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

A audiência pública é parte do licenciamento, a ser realizada após a execução do estudo de impacto ambiental (EIA-RIMA³) conforme o art. 11, § 2º, da Resolução CONAMA n. 1/86 e o art. 2 da Resolução CONAMA n. 9/87. Ocorrerá audiência pública quando o órgão ambiental julgar necessário ou por solicitação de entidade civil, do Ministério Público ou de 50 ou mais cidadãos. Em suma, haverá audiência pública em praticamente todos empreendimentos de usinas hidrelétricas⁴, ante a magnitude do impacto. Apesar disso, poucas são as pesquisas que se propõem a estudar empiricamente as audiências públicas do licenciamento ambiental⁵.

1 Para a definição desta pesquisa, utiliza-se as dimensões do desenvolvimento sustentável do IBGE, Cf. IBGE, 2015.

2 Ver: CIRNE, ROESLER, 2016; LEUZINGER, VARELLA, 2014.

3 O EIA/RIMA é exigido na fase de licença prévia (LP) para atividades, potencial ou efetivamente poluidoras, conforme rol exemplificativo previsto no Anexo I da Resolução CONAMA n. 237, de 1997.

4 Para definição de usinas hidrelétricas, toma-se o conceito trazido no Decreto n. 8.437, de 22 de abril de 2015, art. 2º, inciso XXX, alínea a: "usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou superior a trezentos megawatt;"

5 Alguns exemplos não-empíricos são: SILVA; SILVEIRA, 2014; PAVAN, 2017; SOARES, 2002.

O tema é muito relevante, pois a audiência pública consiste em um procedimento de apresentação do conteúdo do estudo e do relatório ambiental aos interessados, para não só esclarecer dúvidas, mas também recolher as críticas e as sugestões sobre o empreendimento e as áreas a serem atingidas (SÁNCHEZ, 2008). “É um momento em que o órgão ambiental, bem como o proponente do projeto, tem acesso direto às expectativas e eventuais objeções do público, de forma que elas possam ser consideradas como um critério de decisão” (IBAMA, 2016). A audiência pública propicia o debate sobre matérias relevantes a direitos coletivos, levando a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. É o principal canal de participação da comunidade local do processo de licenciamento.

As audiências públicas evidenciam o direito de manifestação de todas as pessoas que possam vir a ser afligidas, proporcionando um âmbito reflexivo, para coleta de dados e construção de propostas, para que todos, antes do desenlace processual, tenham a oportunidade de serem ouvidos. Apesar de não possuir poder decisório, tendo em vista seu caráter consultivo, serve de subsídio para as decisões do órgão licenciador. Exatamente por isso, um estudo de caso empírico pode ajudar no aperfeiçoamento deste instrumento.

Neste contexto, as perguntas que desafiam este artigo **são as seguintes**: Qual a natureza das perguntas formuladas nas audiências públicas dos licenciamentos ambientais das UHE de Serra do Facão? Qual das dimensões do desenvolvimento sustentável prevalece nelas? Quem participou dessas audiências? A participação foi acolhida pelo Ibama nas condicionantes estabelecidas nos licenciamentos?

Para responder, foi desenvolvida pesquisa por meio de revisão bibliográfica, conjugada com pesquisa qualitativa e quantitativa. Na primeira parte, foi realizada uma revisão normativa e bibliográfica sobre o licenciamento ambiental e a participação social. Nesta parte, foram apresentadas as normas que regulamentam hoje a participação social, com destaque para o tema do licenciamento ambiental. Em uma segunda parte, foi explicada as escolhas metodológicas do trabalho para analisar as dimensões do desenvolvimento sustentável, em números, na participação social do licenciamento ambiental da UHE Serra do Facão.

A pesquisa se pautou no estudo documental do processo administrativo n. 02001.001342/98-11 (licenciamento ambiental da UHE de Serra do Facão), conjugado com revisão bibliográfica prévia. Como

resultados, foi percebida a participação da universidade, com destaque para as pessoas jurídicas. Notou-se, ainda, a predominância da dimensão institucional do desenvolvimento sustentável, ante o papel relevante de informar a população sobre o que é o empreendimento e os seus impactos.

Pretende-se, com este estudo, demonstrar que o licenciamento ambiental federal da UHE de Serra do Facão atesta a relevância da participação social, no seu papel informativo, o que parece dar fundamento prático para obstar a exclusão deste importante processo democrático das normas sobre licenciamento ambiental, pautado na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A audiência pública é o principal instrumento de participação social nas políticas públicas ambientais (CHRISTMANN, 2011). Consiste em “mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais”⁶. A sua principal utilização no Brasil está no licenciamento ambiental (DUARTE, FERREIRA, SÁNCHEZ, 2016).

Trata-se do “procedimento de consulta à sociedade, ou a grupos sociais interessados em determinado problema ambiental ou que estejam potencialmente afetados pelo projeto” (MMA, 2009, p. 59). Note-se, contudo, que essa participação não é vinculante, mas confere legitimidade diferenciada à decisão estatal, além de aproximar as políticas públicas ambientais da população. Por meio dela, propicia-se o debate presencial sobre matérias relevantes a direitos coletivos, levando a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Trata-se do mais importante canal de participação da comunidade a ser afetada (CHRISTMANN, 2011).

A realização de audiências públicas decorre dos princípios da participação e da informação, inseridos no direito constitucional de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição de 1988, definido como direito, mas também como dever,

6 Essa era a definição do art. 2º, inciso VIII, da Política Nacional de Participação Social, estabelecida pelo Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que foi revogado pelo Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019. O tema, em âmbito nacional, contudo, não está resolvido, pois a revogação foi questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6121, a ser julgada pelo STF.

de toda coletividade⁷. Esses advêm de uma orientação do Princípio 10 da Declaração do Rio⁸. e têm, em âmbito internacional, a Convenção de Aarhus, firmada em 1998, como principal documento.

No bojo do licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA n. 01/86 (BRASIL) estabeleceu que caberia ao órgão ambiental, quando julgar necessário, a possibilidade de promover a realização de audiência pública⁹. Em seguida, a Resolução CONAMA n. 9/87 (BRASIL) transformou a realização dessas audiências públicas em obrigatória na hipótese de solicitação de entidade civil, do Ministério Público, ou de cinquenta ou mais cidadãos. Por meio da audiência pública pretende-se dar conhecimento aos interessados sobre “o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito” do empreendimento licenciado.

Há, ainda, um dever de publicidade sobre o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, com a sua publicação na imprensa¹⁰. Por fim, a Resolução CONAMA n. 237 (BRASIL), de 19 de dezembro de 1997, incluiu as audiências públicas, nos incisos V e VI do art. 10, como possível fase do licenciamento ambiental.¹¹

A Lei de Processo Administrativo prevê a faculdade de realizar audiência pública para a tomada de decisão.

Quanto ao respeito dos direitos dos povos indígenas e tribais e a participação social, merece destaque ainda a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Seu artigo 6º versa sobre o dever de consulta pelos Estados quando se tratar de algum ato normativo ou empreendimento a ser realizado em terras indígenas ou nas proximidades que afete estes povos de alguma

7 Sobre o tema, ver: BENJAMIN, 2010; PADILHA, 2010; SARLET, 2014; CIRNE, 2016.

8 O Princípio 10 da Declaração do Rio afirma que “no nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos [...]”.

9 Cf. Art.11, § 1º, § 2º, Resolução CONAMA n.1/86 (BRASIL).

10 Cf. Art. 1º, Art. 2º, § 1º a § 5º, Resolução CONAM n.1/86 (BRASIL).

11 Cf. Art. 3º e art. 10, V, VI, Resolução CONAMA n. 237/97 (BRASIL).

maneira.¹² Apesar de sua vigência nacional, o entendimento adotado no Brasil é o de que as audiências públicas seriam suficientes para garantir oportunidade de participação aos povos indígenas nos licenciamentos ambientais (DUPRAT, 2014). O debate jurisprudencial sobre a aplicação da Convenção OIT 169 não enfrenta a sua utilização no licenciamento ambiental.¹³ Outro instrumento ambiental para cuja criação é exigida a realização de consultas públicas é o das unidades de conservação, por força do art. 22, § 2º da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000.¹⁴

Se, de um lado, pode-se reconhecer as consultas e audiências públicas como espaço de participação social, por outro lado, cabe confessar a necessidade de repensar a natureza e o alcance das percepções de risco manifestadas por leigos e por peritos nos espaços decisórios, como maneira de dar ao instrumento mais efetividade (SILVA, SILVEIRA, 2014), sob pena de torná-los inefetivos. Isso porque, a participação popular, para ser válida, não pode ser vista como mera formalidade (destinada a esclarecimento da população e resposta a perguntas) a ser cumprida pelos órgãos licenciadores/gestores públicos e sim um instrumento essencial de exercício democrático do Direito Ambiental, favorecendo a difusão de informação e ampliando a possibilidade de debates (PAVAN, 2017).

-
- 12 Vale esclarecer que essa consulta deve ser prévia, livre e informada, mas não confere via de regra, aos povos tradicionais o direito de veto, podendo o Poder Público adotar medidas a despeito do posicionamento obtido no processo de consulta, desde que justificadamente. A exceção a essa regra encontra-se nos casos em que a medida implique em reassentamento, quando se faz necessário o consentimento (cf. art. 16 da mesma convenção). Nesse sentido: OIT, 2003, p. 16.
- 13 Cf. STF, AC 4128, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 26/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 28/09/2017 PUBLIC 29/09/2017. Na verdade, nas raras decisões em que o STF abordou este tratado, deixou de apreciar a questão por entender ser material infraconstitucional (Cf. STF, STA 856, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/03/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07/03/2017 PUBLIC 08/03/2017). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem uma posição um pouco mais progressista, ao exigir o cumprimento das consultas prévias às comunidades indígenas e tribais eventualmente afetadas, vetando ao poder público finalizar o processo de licenciamento ambiental sem atender a essas condicionantes. Assim, no intuito de garantir o direito à consulta, os povos indígenas têm elaborado, eles próprios, Protocolos de Consulta, como ferramenta que traz direcionamentos para organizar o diálogo com o Estado em casos de empreendimentos que podem afetá-los. Cf. STJ, AgRg na SLS: 1745 PA 2013/0107879-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/06/2013, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/06/2013. Nesse sentido: GRUPIONI, 2016.
- 14 Cf. LEUZINGER, 2007. Para o PNPS, revogado, mas pendente de apreciação no STF, a consulta pública consiste em: "mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação". Assemelha-se, portanto, à audiência pública, mas não necessariamente é presencial e oral.

Apesar da relevância do tema, pode-se constatar que as regulamentações mais relevantes sobre as audiências públicas em licenciamento ambiental estão garantidas por Resoluções CONAMA, que são normas infralegais, o que atesta a maior vulnerabilidade do tema.

Explicadas as balizas da participação social do licenciamento ambiental, passa-se a explicação da metodologia utilizada para análises das audiências públicas da UHE de Serra do Facão.

2 A METODOLOGIA APLICADA PARA ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA UHE DE SERRA DO FACÃO

Esta pesquisa elegeu como caso relevante para estudar a participação social o licenciamento ambiental da usina hidrelétrica de Serra do Facão, processo administrativo do Ibama n. 02001.001342/98-11, com Licença Prévia emitida em 05/02/2002 (LP n. 117/2002). Após uma leitura exploratória¹⁵ para avaliar os documentos coletados e permitir novas ideias e insights na pesquisa, foram estabelecidos os critérios da pesquisa.

A primeira fase da pesquisa foi a quantitativa, com a indicação de números de sugestões e questionamentos realizados durante as audiências da UHE Serra do Facão e a definição de quem formulou as perguntas. Na segunda fase, qualitativa, houve a classificação sobre a natureza dos questionamentos, para que se pudesse entender se as perguntas e sugestões feitas durante as audiências públicas da UHE Serra do Facão concretizavam as dimensões de desenvolvimento sustentável. O terceiro passo foi analisar a efetividade desses questionamentos nas condicionantes.

Partindo das dimensões do desenvolvimento sustentável do IBGE (2015), em um modelo adaptado, estes indicativos foram utilizados para executar a pesquisa, desmembrados em quatro dimensões: social, ambiental, econômica e institucional.

Na dimensão social foram incluídos os objetivos ligados à satisfação das necessidades humanas, a melhoria da qualidade de vida e a justiça social (IBGE, 2015). O critério foi subdividido em doze subitens, são eles: 1) população: taxa de crescimento (critério selecionado todas as

15 "Exploratory studies are very valuable in social scientific research. They are essential whenever a researcher is breaking new ground, and they can almost always yield new insights into a topic for research." Tradução livre: "Os estudos exploratórios são muito valiosos na pesquisa científica social. Eles são essenciais sempre que um pesquisador está abrindo novos caminhos, e eles quase sempre podem obter novos insights sobre um tema de pesquisa" (BABBIE, 1994, p. 85).

vezes em que houve perguntas direcionadas à preocupação com o forte e iminente crescimento urbano com a chegada de técnicos, pesquisadores, engenheiros e mão de obra qualificada); 2) comunidades ribeirinhas (questões relacionadas ao deslocamento, adaptação às possíveis novas moradias, às novas condições de vida dos povos que vivem nas beiras dos rios); 3) trabalho e rendimento: desocupação (diferentemente do sub item “trabalho” presente na dimensão econômica, este subitem só foi selecionado ao se tratar de uma preocupação de trabalho vinculada à mudança de moradia, ou seja, distância e perda do objeto de trabalho, bem como preocupação generalizada sobre o trabalho na região); 4) saúde (subitem selecionado para questões envolvendo preocupações com o número de médicos, com o sistema de saúde, com as doenças que a população estaria sujeita após o crescimento populacional); 5) educação (selecionado para perguntas envolvendo o sistema educacional e a diminuição dos alunos mais jovens que voltaram a trabalhar devida à perda de propriedade e do local de trabalho/emprego de seus pais, após o empreendimento); 6) habitação: adequação da moradia ; 7) segurança, 8) indígena, 9) cultura (relacionado a questões de desaparecimento do patrimônio cultural e alagamento de sítios arqueológicos), 10) saneamento¹⁶, 11) lazer (o banho de mar e/ou rio é uma das formas mais difundidas de lazer entre a população brasileira, sustentando a atividade turística no litoral (IBGE, 2015), neste sentido, o critério lazer foi utilizado todas as vezes em que houveram preocupações com o alagamento das praias e se iriam ser feitas praias artificiais) e 12) outro (este último item foi selecionado todas as vezes em que a questão social não se enquadrou nos demais subitens da dimensão de desenvolvimento sustentável. Trata-se de uma categoria residual).

Na dimensão ambiental estão inseridos os fatores de pressão e impacto. Relaciona-se aos objetivos de preservação e conservação do meio ambiente, considerados fundamentais para a qualidade de vida das gerações atuais e em benefício das gerações futuras (IBGE, 2015). Neste sentido, adotou-se como critério a inclusão das perguntas sobre o impacto do empreendimento sobre o meio ambiente natural¹⁷. A dimensão foi dividida

16 O IBGE classificou este subitem na dimensão ambiental, mas esclareceu que “o tema saneamento é um bom exemplo da interpenetração das dimensões quando se toma como paradigma o desenvolvimento sustentável, cabendo seu enquadramento e análise também na dimensão social. Da mesma forma, as dimensões econômica e institucional contemplam indicadores que poderiam estar presentes na dimensão ambiental” (IBGE, 2015, p.14)

17 Reconhece-se como espécies de meio ambiente: natural, cultural, artificial e do trabalho, conforme o STF estabeleceu na ADI nº 3540 (BRASIL, 2006). O meio ambiente natural é aquele que envolve solo, água, ar atmosférico, flora e a interação entre os seres vivos e o seu meio. Existe uma relação intrínseca entre as espécies e o meio físico que elas ocupam (SILVA, 2011, p. 21). Parte-se, para definir o meio ambiente natural, do conceito inserido no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/81 - “meio ambiente, o conjunto

em dez subitens, sendo eles: 1) atmosfera: emissão de gases do efeito estufa, 2) terra: desmatamento, 3) terra: contaminação 4) água doce: qualidade das águas interiores, oceanos mares 5) águas costeiras: qualidade das águas, 6) biodiversidade: espécies extintas e ameaçadas de extinção; 7) biodiversidade: áreas protegidas, 8) resíduos sólidos; 9) crítica genérica (a motivação da criação deste sub item se deu ao se identificar a existência de críticas apenas baseadas em especulações de que a empreendimento iria afetar o meio ambiente natural, mas que não continham nenhuma justificativa concreta). 10) outro (categoria residual para questões relacionadas ao meio ambiente natural).

Na dimensão econômica foram incluídas as perguntas sobre questões econômicas dos indivíduos afetados com a instalação da usina hidrelétrica de Serra do Facão. A dimensão foi dividida em cinco subitens, são eles: 1) investimento (perguntas sobre benefícios gerados a partir da instalação do empreendimento, bem como sobre investimentos nacionais e internacionais na região); 2) indenização (perguntas relacionadas a indenização por áreas plantadas, habitação, propriedades e locais em que se extraíam a fonte de renda, que foram afetados total ou parcialmente e/ou alagados com a construção da hidrelétrica); 3) geração de rendimento (referente a perguntas sobre geração de novas oportunidades de emprego advindas da construção da obra, bem como autorização e comercialização de madeira retirada na área do empreendimento); 4) trabalho (selecionado todas as vezes em que houveram perguntas sobre aproveitamento da mão de obra local, bem como preocupação com o surgimento de mão de obra qualificada advinda de outras regiões e consequente perda de emprego). Este subitem destinou-se também a uma preocupação individual e específica da situação de emprego de quem fez a pergunta) e 5) outro (categoria residual para questões relacionadas ao econômico).

Na dimensão institucional foram inseridas a orientação política, a capacidade e o esforço despendido por governos e pela sociedade na implementação das mudanças requeridas para uma efetiva implementação do desenvolvimento sustentável (IBGE, 2015). Adotou-se como critério a inclusão das perguntas sobre o conteúdo exclusivamente institucional, ou seja, que se relacionavam ao procedimento administrativo e as suas formas de implementação. Pautavam-se no procedimento do licenciamento ambiental em si. Foram organizadas por meio de cinco subitens, são eles: 1) participação (referente a perguntas sobre falta de maior divulgação

de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”(BRASIL, 1981).

da existência da audiência, não comunicação de determinados órgãos governamentais e civis, bem como curto prazo entre a comunicação e a realização da audiência); 2) legislação ambiental; 3) critérios do estudo ambiental (sobre questionamentos da observância ou não dos critérios do estudo ambiental ao realizar o EIA/RIMA); 4) esclarecimentos sobre o empreendimento (referente a perguntas técnicas e não-técnicas de aspectos do empreendimento que não eram conhecidos pelos participantes da audiência pública. A pretensão era de informação) e 5) outro (critério residual para questões relacionadas ao institucional).

Foi inserido, ainda, um critério residual (outro) fora das dimensões, para aquelas perguntas que não se enquadravam em nenhum dos parâmetros de pesquisa do IBGE, mas que se revelaram essenciais para que houvesse uma compreensão das perguntas. São os casos díspares das quatro dimensões de desenvolvimento sustentável explicadas.

Foi então formulado um questionário com essas dimensões, e subdimensões, do desenvolvimento sustentável, a ser preenchido para cada pergunta formulada na audiência pública. O questionário, contudo, objetivou também identificar os atores de participação pública mais presentes nas audiências públicas da UHE Serra do Facão. A partir da análise das atas e das fichas de questionamento acostadas no processo, esses atores foram classificados em pessoa física, pessoa jurídica e não identificável. Os atores identificados como pessoa jurídica foram, então, separadas nas seguintes classificações:

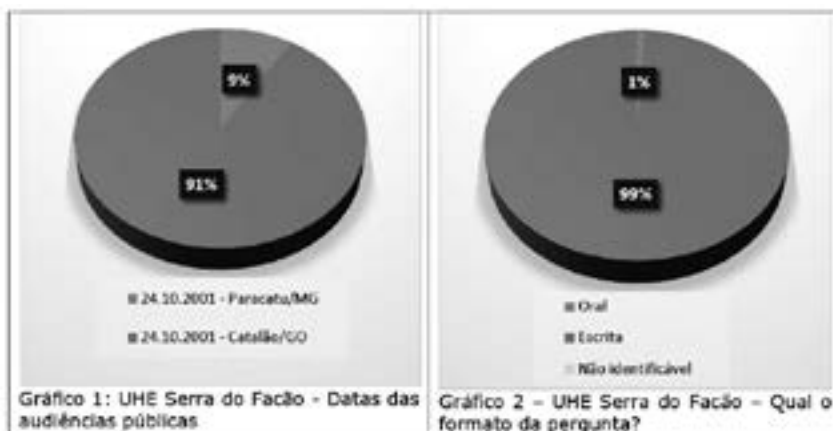
A categoria pessoa jurídica foi subdividida em oito subitens, são eles: 1) ONG (correspondente a perguntas realizadas por indivíduos com vínculo a organizações não governamentais); 2) políticos (representando as perguntas realizadas por Secretarias, Comissões, Vereadores, Prefeitos, Deputados, Senadores, Câmaras Municipais); 3) educacional (correspondente a perguntas feitas por alunos e professores de entidades educacionais, como escolas e universidades); 4) pesquisador (correspondente a perguntas realizadas por indivíduos vinculados a pesquisas científicas ou tecnológicas como pesquisadores, institutos de pesquisa e etc.); 5) econômica (referente a perguntas feitas por empresas, organizações, sociedades e instituições de caráter econômico-financeiro); 6) associação civil, movimento social (engloba associações culturais, movimento estudantil, ambientais, etc.); 7) sindicato, órgão de classe (incluindo neles OAB, CUT, CTB, etc.) e, por fim, 8) outro (categoria residual).

Explicadas as escolhas metodológicas, passa-se aos resultados das audiências públicas no licenciamento ambiental da UHE Serra do Facão.

3 USINA HIDRELÉTRICA DE SERRA DO FACÃO

O empreendimento da Usina Hidrelétrica de Serra do Facão, processo 02001.001342/98-11, foi proposto pelo Grupo de Empresas Associadas Serra do Facão, a ser implantando no rio São Marcos, que se localiza no limite entre os Estados de Goiás e Minas Gerais, abrangendo área dos municípios goianos de Catalão, Davinópolis, Campo Alegre de Goiás, Ipameri e Cristalina e do município mineiro de Paracatu.

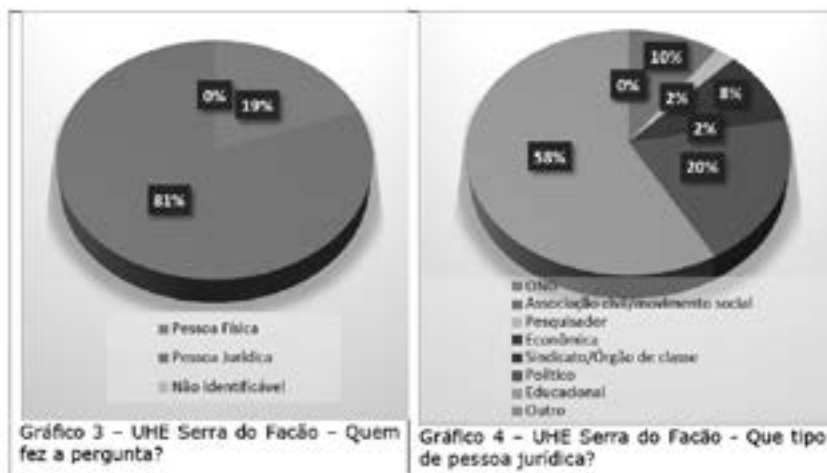
Neste processo, houve duas audiências públicas, localizadas no volume I do processo administrativo. Em ambas, apesar de existência de atas, não foram anexadas ao processo as listas de assinaturas dos presentes, o que inviabilizou a contagem de inscritos e presentes na audiência. No entanto, pela análise das perguntas, foi possível identificar a presença de sete pessoas na audiência pública de Paracatu, no estado de Minas Gerais, e de 29 pessoas na audiência pública de Catalão, no estado de Goiás. Os dados consolidados sobre esse empreendimento estão materializados nestes gráficos:



Na audiência pública realizada no município de Paracatu, Minas Gerais, em 24.10.2001, houve apenas dez perguntas, todas escritas. Diversamente, na audiência pública realizada no município de Catalão, Goiás, em 25.10.2001, foram formuladas 103 perguntas, das quais 102 foram escritas e apenas uma oral. Isso significou uma discrepância entre a participação das audiências da UHE Serra do Facão, com 91% das perguntas feitas na audiência pública de Catalão e 9% na audiência pública de Paracatu.

Parece interessante identificar a carência de participação na audiência pública de Catalão, o que pode significar uma deficiência da informação da população sobre a sua realização. Percebe-se, ainda, um *déficit* de zelo do Ibama quanto à formalização dessa audiência pública, pelos dados constantes no processo, ante a desordem das informações.

A maior porcentagem das perguntas feitas foi de pessoas jurídicas, o equivalente a 81% das perguntas (gráfico 3). Dentre elas, o maior percentual registrado (58%) foi de pessoas jurídicas denominadas, no critério de pesquisa, como educacional, correspondente a perguntas feitas por alunos e professores da Universidade Federal de Goiás, conforme exposto no gráfico 4. Parece, portanto, haver apenas um grande protagonista neste processo de licenciamento. Destaca-se, ainda, que constam juntado ao processo administrativo dois documentos produzidos pelo Núcleo de Meio Ambiente da Universidade de Goiás, Campus de Catalão, fruto de um grupo de estudos de alunos e professores. Eles analisaram detalhadamente o EIA/RIMA do empreendimento e contribuíram com perguntas, sugestões e críticas aos critérios do estudo ambiental

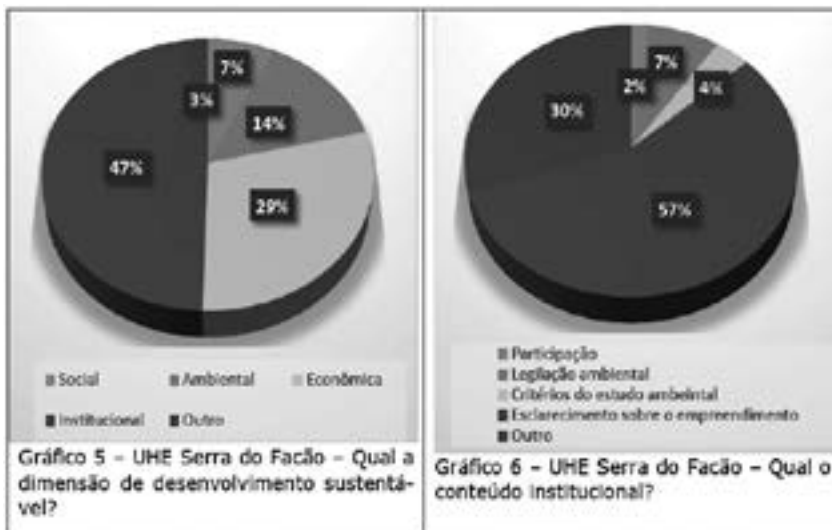


Dentro das dimensões do desenvolvimento sustentável, o maior número de perguntas destinou-se ao interesse institucional (47%, o que representa 53 perguntas). Isso significou que a maioria das perguntas foi sobre esclarecimentos sobre o empreendimento, sendo trinta delas, o que equivale a 57% das perguntas da dimensão institucional. Isso parece atestar que a audiência pública tem um conteúdo informativo relevante, que salta aos olhos. O segundo conteúdo institucional com mais perguntas

(30%, o que representa 16 perguntas) foi a do item “outro”, equivalente a sugestões, apontamentos de erros ou falhas no estudo ambiental, bem como reivindicações de programas e projetos que deveriam ser desenvolvidos para evitar danos nas regiões afetadas.

Particularmente neste empreendimento, houve um interesse destacado sobre a exploração de madeira na região, pois a área afetada inundaria uma região de extração legal de madeira. Estas perguntas foram enquadradas na dimensão econômica, no item “*geração de rendimentos*”, o que equivaleu a oito perguntas.

Ressalte-se, ainda, que a dimensão econômica foi a segunda dimensão de desenvolvimento sustentável com maior percentual, com o índice de 29%. O interesse por questões ambientais foi o terceiro mais identificado, com apenas 16 perguntas, o equivalente a 14% das perguntas feitas nas audiências públicas (gráfico 5).



Apesar de não ter tido judicialização da audiência pública, há no processo um ofício (Ofício n.120/01) da Universidade Federal de Goiás, fls. 216 a 217, relatando que a forma de condução dos trabalhos não foram suficientes para dirimir as principais dúvidas sobre as formas de minimização dos impactos ambientais e sócio/econômicos locais e regionais advindos da instalação do empreendimento, “*principalmente do lado goiano, onde atingirá 05 municípios alcançando mais de 95% de toda sua Área de Influência Direta*”.

O ofício da Universidade Federal de Goiás relatou ainda que a audiência pública realizada em Catalão não foi representativa como um fórum de discussões com ampla participação popular.

Quanto à Audiência Pública realizada em Catalão, esta não foi representativa como um fórum de discussões com ampla participação popular, não permitindo o debate e crítica ao projeto, como proposto pelos legisladores da matéria, além de notória parcialidade na condução dos trabalhos. O tempo relativamente curto para a complexidade do tema acabou por beneficiar sobretudo o representante do empreendedor e a Consultoria responsável pela elaboração do EIA/RIMA. Além disso, a não permissão de intervenção oral durante os trabalhos inibiu a participação de várias pessoas e segmentos organizados da sociedade e, praticamente impediu a participação de pessoas de baixo nível de escolaridade, (realidade incontestável entre os produtores rurais no Brasil), ao exigir que as perguntas fossem apresentadas, exclusivamente, em forma escrita.

Eis, portanto, um achado relevante desta pesquisa: a restrição de acesso e participação da audiência pública, por exigência de perguntas escritas. Eis, então, um traço de restrição do papel de participação social da audiência pública, decorrente da atuação do Ibama.

O parecer do IBAMA n. 020/02 - IBAMA/DLQA/COGEL de 22 de janeiro de 2002, fls. 290/311, concluiu que o EIA-RIMA e os demais conteúdos presentes nos autos constituíram-se subsídios suficientes para embasar a viabilidade ambiental do empreendimento denominado de Aproveitamento Hidrelétrico de Serra do Facão no que tange ao requerimento de licença prévia, após solicitação de esclarecimentos de alguns outros pontos por parte da empresa responsável pelo empreendimento. O Ibama expediu a Licença Prévia n. 117/2002, em 05 de fevereiro de 2002, fls. 327/328, e até aquele momento nos autos do processo não havia se manifestado quanto aos resultados da audiência pública referente a UHE Serra do Facão.

Neste caso, é possível identificar que o Ibama não considerou as contribuições recebidas e não contribuiu com o compromisso de resposta às propostas recebidas. Apesar disso, as respostas dadas na audiência endossam a importância do instrumento, mesmo que o órgão licenciador não as tenha utilizado nas condicionantes.

4 CONCLUSÕES

Este estudo demonstrou que embora as contribuições (sugestões, críticas e análises) feitas durante as audiências públicas se revelem relevantes ao estabelecimento de condicionantes a serem exigidas ao empreendedor, na prática, a participação social da UHE Serra do Facão não exerceu impacto no empreendimento por uma ausência de consideração destas contribuições pelo órgão ambiental federal. Neste caso, as audiências públicas foram pouco eficientes para influenciar os resultados do licenciamento ambiental.

Por outro lado, os resultados empíricos revelam, ainda, que as audiências públicas do licenciamento ambiental federal da UHE de Serra do Facão são um importante instrumento garantidor do direito à informação, tendo em vista que o conteúdo da maioria das perguntas voltou-se para questionamentos institucionais de esclarecimento sobre o empreendimento. Houve expressiva participação da universidade, o que atesta uma participação qualificada.

Estudos como estes contribuem para identificar deficiência no instrumento e atesta a importância deste espaço para o conhecimento da população sobre o empreendimento. Parece, com isso, dar fundamento prático para obstar a exclusão deste importante processo democrático das normas sobre licenciamento ambiental, pautado na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

BABBIE, Earl. *The Practice of Social Research*. 14th ed. Boston: Cengage Learning, 2016.

BARBOSA, Caroline Camargo; PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. As futuras gerações no âmbito do direito ambiental brasileiro: algumas considerações. 21. *Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, BENJAMIN, Antonio Herman, LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 89-99.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto n.5.051, de 19 de abril de 2004. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20104. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n.8.437, de 22 de abril de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8437.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n.6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução CONAMA N.001, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/CONAMA/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução CONAMA N.009, de 03 de dezembro de 1987. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: www.mma.gov.br/port/CONAMA/res/res87/res0987.html. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução CONAMA N.237, DE 19 DE dezembro DE 1997. *Dispõe sobre os instrumentos de gestão ambiental incorporados no sistema de licenciamento ambiental brasileiro*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/CONAMA/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 3540 MC*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, *DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528*.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Audiência Pública Ambiental: um instrumento democrático para a gestão compartilhada do risco ambiental. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 54-90, jan./jun. 2011.

CIRNE, Mariana Barbosa; ROESLER, Claudia Rosane. Vetos em matéria ambiental: uma análise dos argumentos empregados. Brasília, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, p. 17-44, 2016.

CIRNE, Mariana Barbosa. História constitucional brasileira do capítulo sobre o meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 83, p. 85-112, jul./set. 2016.

CUREAU, Sandra. *Licenciamento Ambiental*. In: GAIO, Alexandre; ABI-EÇAB, Pedro (Org.). Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Campo Grande: Contemplan, 2012.

DUARTE, Carla Grigoletto; FERREIRA, Victoria Helena; SÁNCHEZ, Luis Enrique. Analisando audiências públicas no licenciamento ambiental: quem são e o que dizem os participantes sobre projetos de usinas de cana-de-açúcar. *Saude soc. [online]*. 2016, v. 25, n.4, p.1075-1094. ISSN 0104-1290. <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902016151668>.

DUPRAT, Debora. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. *RCJ - Revista Culturas Jurídicas*, v. 1, Núm. 1, p. 51-72, 2014.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. *Protocolos de Consulta: elaborações indígenas do direito de consulta no Brasil*. In: Instituto Socioambiental. Povos indígenas no Brasil 2011/2016, p. 83-85. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/2017-PIB-Protocolos-de-consulta-Elabora%C3%A7%C3%B5es-ind%C3%ADgenas-do-direito-de-consulta-Luis-Grupioni.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

HERNÁNDEZ, Francisco del Moral; MAGALHÃES, Sonia Barbosa. *Ciência, cientistas e democracia desfigurada: o caso Belo Monte*. *Novos Cadernos NAEA*, [S.l.], v. 14, n. 1, out. 2011. ISSN 2179-7536. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/view/599/851>>. Acesso em: 03 maio 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v14i1.599>.

HOFMANN, Mirian Rose. *Gargalos do Licenciamento Ambiental Federal do Brasil*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível

em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24039>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

IBAMA. *Audiências públicas - Licenciamento Ambiental Federal*. Disponível em: <<http://www.Ibama.gov.br/empreendimentos-e-projetos/licenciamento-audiencias-publicas#sobreasaudienciaspublicasnoprocessodelicenciamentoambiental>> Acesso em: 24 abr. 2018.

IBGE. *Indicadores de desenvolvimento sustentável*. Coordenação de Recursos Naturais e Estudos Ambientais e Coordenação de Geografia. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

KLOCK, Andrea B.; CAMBI, Eduardo. Vulnerabilidade socioambiental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 898, p. 49-62, ago. 2010.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e Cultura: Direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*, 358 p. (2007). Tese de Doutorado submetida ao Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; VARELLA, Marcelo. O meio ambiente na Constituição federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014)? Fortaleza, *Nomos*, v. 34, p. 299-314, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Capítulo IV. 23a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Manifestação do Ofício 07.12.15 da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto – ABAI, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3735871&ts=1529073790501&disposition=inline&ts=1529073790501>. Acesso em: 17 ago.2018.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PAVAN, Stefano Ávila. *Licenciamento ambiental e participação popular: a figura das audiências públicas para além da simples consulta*. In: 22 Congresso De Direito Ambiental - Direito e Sustentabilidade Na Era Do Antropoceno: Retrocesso Ambiental, Balança E Perspectivas, BENJAMIN, Antonio Herman, LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, IDPV, v 1, p. 870-887, 2017. Disponível em: <http://>

www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100103_4792.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

SANZ, Flávia Sousa Garcia; TRECCANI Girolamo Domenico; RODRIGUES, Felipe Jales. (In)Eficiência da participação social no processo de implantação de hidrelétricas na Amazônia. *22 Congresso De Direito Ambiental - Direito e Sustentabilidade Na Era Do Antropoceno: Retrocesso Ambiental, Balança E Perspectivas*, BENJAMIN, Antonio Herman, LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, IDPV, v 2, p. 832 - 841: Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20170918100310_6632.pdf> Acesso em: 24 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Cíntia Tavares Pires da; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta?* In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UFPB – A HUMANIDADE DO DIREITO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 23, 2014. João Pessoa, Conpedi. Direito Ambiental II, pág. 290 – 311. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=58531c85829c0561>> Acesso em: 24 abr. 2018.

SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-284, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46444>>. Acesso em: 29 Abr. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46444>.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2010.

RECEBIDO EM: 10/01/2019

APROVADO EM: 20/05/2019

UMA ANÁLISE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05, DE 25 DE MAIO DE 2017 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO COM BASE NA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY: busca da proposta mais vantajosa versus princípio da economicidade

AN ANALYSIS OF NORMATIVE RULLING Nº. 05, OF MAY 25, 2017, FROM THE MINISTRY OF PLANNING, DEVELOPMENT AND MANAGEMENT BASED ON THE PONDERATION OF ROBERT ALEXY: search for the most advantage proposal versus principle of economics

Paulo Henrique Resende Marques

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo Analista Administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Samuel Meira Brasil Júnior

*Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP
Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP
Mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações sobre a ponderação em Robert Alexy; 2 Da dispensa da pesquisa de preços na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão; 3 Realização da ponderação no caso concreto; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo possui como objetivo realizar uma ponderação entre o princípio satisfeito pela Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (princípio da economicidade) e os princípios eventualmente “lesados” por essa (busca da proposta mais vantajosa e princípio da isonomia). Será utilizada, como base teórica da ponderação, a fórmula do peso de Robert Alexy (empregar-se-á a fórmula mais simples, com três graus de valores – leve, moderado e sério). Chegou-se à conclusão, através de um método dedutivo, que no caso concreto, deve preponderar o princípio da economicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa de Preços. Dispensa. Economicidade. Isonomia. Ponderação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to balance the principle satisfied by Normative Ruling nº. 05 of May 25, 2017 of the Ministry of Planning, Development and Management (principle of economicity) and the principles that may be “harmed” by it (search for the most advantageous proposal and principle of isonomy). The weight formula of Robert Alexy will be used as the theoretical basis of ponderation (the simplest formula will be used with three degrees of values - mild, moderate and serious). The conclusion will be that, through a deductive method, in the concrete case, the principle of economicity must prevail.

KEYWORDS: Price Survey. Exemption. Economicity. Isonomy. Ponderation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a dispensa de pesquisa de preço prevista na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva.

Essa dispensa de pesquisa, apesar de permitir maior celeridade ao procedimento de prorrogação, bem como oportunizar que o labor de servidores públicos gasto com essa averiguação possa ser empregado em outras atividades favoráveis ao interesse público, pode levar a eventual prejuízo ao princípio da vantajosidade (tecnicamente, o termo mais correto seria seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, mas para fins de simplificação se utiliza a expressão princípio da vantajosidade) e princípio da isonomia.

Para fins conceituais, cabe diferenciar economicidade de vantajosidade, até para maior clareza do problema do presente trabalho, isso pela possível similaridade que pode parecer haver entre ambos os termos.

Chama-se de economicidade o agir procedimentalmente de modo menos custoso para a Administração Pública, evitando burocracias desnecessárias, permitindo que o labor dos servidores públicos seja bem empregado. Algo semelhante ao que dispõe o art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Já por vantajosidade, para os fins deste artigo, denomina-se a tentativa de se buscar o menor preço nas contratações públicas (quando diante de objetos de mesma qualidade). Essa distinção é importante, pois se pode, razoavelmente, chamar essa última conceituação de economicidade, como na seguinte citação: “Aferir o preço do objeto da contratação no mercado concretiza a aplicação do princípio da economicidade” (DOTTI; PEREIRA JUNIOR, 2011).

Independente da nomenclatura adotada, o importante é distinguir essas duas concepções, analisando qual deve preponderar no caso concreto, sendo que, neste artigo, uma se denomina de economicidade e outra de vantajosidade.

Diante disso, realizam-se algumas abordagens da ponderação de pesos de Robert Alexy, para, posteriormente, aplicá-la ao caso concreto. Através de um método dedutivo, utilizando esse balanceamento como premissa maior, será justificada a prevalência de um princípio sobre o outro (no caso concreto).

Como fonte será utilizado julgado do Tribunal de Contas da União, doutrinas administrativistas e Parecer da Advocacia-Geral da União.

A importância do presente estudo está em averiguar a justeza e a validade do previsto na mencionada Instrução Normativa, avaliando se seus benefícios superam ocasional dano a outro princípio.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY

Apesar de Alexy trazer a diferenciação entre regras e princípios, em obra relacionada aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008), não necessariamente princípios possuem relação direta com esses, basta pensar em alguns princípios relacionados à Administração Pública, os quais serão abordados mais à frente.

Conforme Alexy: “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90). Já as regras “são normas que são sempre ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

No âmbito da Administração Pública é possível citar, por exemplo, o princípio da economicidade, que exige uma boa e regular gestão de recursos públicos, conforme Parecer nº 12/2014 da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2014). Pode-se argumentar que, indiretamente, há uma relação desse princípio com direitos fundamentais, como o bom gasto do dinheiro arrecadado por meio de tributos, podendo ser revestido, por exemplo, em direitos sociais.

Princípios do direito administrativo também podem ser passíveis de conflitos, basta mencionar o princípio da isonomia no procedimento licitatório *versus* o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX, do artigo 170 da Constituição da República).

Alexy busca fundamentar que no caso de embate entre princípios, o caminho correto está na ponderação. Um de seus argumentos favoráveis a esse balanceamento, ou seja, à lógica de que diferentemente das regras é possível, por meio de uma avaliação de pesos, deixar de aplicar um princípio sem considerá-lo inválido está na figura dos direitos sociais:

A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível”. Com isso a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação (ALEXY, 1999, p. 78-79).

Assim, não é porque o Estado não tem capacidade financeira de garantir saúde de qualidade a todos os seus membros que o direito à saúde deixa de ser válido e vinculante.

Alexy diferencia duas formas de colisão de direitos fundamentais: em sentido estrito e em sentido amplo. Aquele está presente quando o atendimento ao direito fundamental de um cidadão gerar prejuízos ao direito fundamental de outrem (seja direitos fundamentais idênticos ou distintos) (ALEXY, 1999, p. 68-69). Pode ser citado como exemplo de direitos fundamentais diversos: liberdade de expressão *versus* direito à intimidade no caso de biografias não autorizadas. Já como direitos fundamentais idênticos se podem mencionar o direito de livre manifestação em espaço público de dois grupos distintos, que desejam utilizar o mesmo ambiente em uma mesma hora.

Já a colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, estará presente quando há de um lado um direito fundamental e de outro um bem coletivo (o que não impede que esse bem coletivo possa levar ao fomento de um direito fundamental). Como exemplo pode-se citar uma lei que proíba a venda de refrigerantes em escolas de Ensino Fundamental (indiretamente, essa proibição vai ao encontro do direito à saúde).

Diante desse entendimento já se pode analisar qual a atitude do julgador frente a dois princípios, que se chocam em um caso concreto. Alexy conceitua a regra da Lei da Ponderação nos seguintes termos: “Quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de satisfazer o outro” (ALEXY, 1992, p. 16).

Dessa forma, no exemplo mencionado acima, o magistrado ao proferir decisão proibindo a comercialização de uma biografia não autorizada deve fundamentar, em sua peça, que satisfazer o direito à intimidade naquele caso concreto é mais relevante do que o direito à liberdade de expressão do autor do livro biográfico.

Percebe-se que, em nenhum momento, o magistrado declara a invalidade dos direitos acima, apenas deixa de aplicar um em detrimento de outro em um caso específico. Caso se estivesse diante de uma regra não poderia se realizar tal balanceamento, pois se uma regra é válida, essa deve ser cumprida nos seus exatos termos, não podendo haver diminuição nem acréscimos.

Voltando à análise da Lei da Ponderação, Alexy procura fundamentar que a aplicação é racional se utilizando da Fórmula de Peso (que *em sua versão mais simples* enumera o grau de intervenção nos direitos em leve, moderado e sério). A partir do momento em que há tal julgamento, com base em valorações racionais de interferência de um princípio em outro, estariam afastadas argumentações de que a ponderação não estaria apoiada em critérios objetivos:

A racionalidade de uma estrutura inferencial depende essencialmente da questão de ela conectar premissas que, novamente, possam ser justificadas. A estrutura expressa pela Fórmula de Peso não seria uma estrutura de argumentação racional se o caráter do *input* fosse tal que chegasse a excluí-la da racionalidade. Isto, no entanto, não é o caso. O *input* que é representado por números é um julgamento (ALEXY, 1992, p. 21).

Veja-se essa Fórmula (ALEXY, 1992, p. 20) para, no Capítulo terceiro, aplicá-la.

$$W(ij) = \frac{I(i)}{I(j)}$$

Em que $I(i)$ representa intensidade de interferência com o princípio $P(i)$; $I(j)$ significa a importância de satisfazer o princípio concorrente $P(j)$ e; $W(ij)$ representa o peso concreto de $P(i)$.

Numericamente, $I(i)$ e $I(j)$ podem significar 1 (intervenção/importância leve), 02 (intervenção/importância moderada), 04 (intervenção/importância séria).

Caso o peso concreto de $P(i)$, ou seja, $W(ij)$ seja maior do que 01, esse terá precedência. Caso seja menor do que 01, $P(j)$ terá prioridade.

Na hipótese do resultado dar 1 (empate), “Alexy deduz uma ‘margem de atuação estrutural’ em favor do legislador, que poderia realizar ou não a interferência” (ALEXY, 2004 apud BRANCO, 2009, p. 182).

Feita essa abordagem, será exposto o caso concreto no capítulo seguinte.

2 DA DISPENSA DA PESQUISA DE PREÇOS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05, DE 25 DE MAIO DE 2017 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

A Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão (BRASIL, 2017), que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional dispõe, em seu item 07, do Anexo IX, que na prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva fica dispensada a realização de pesquisa de mercado, estando assegurada a vantajosidade econômica, nos seguintes casos:

- a) quando o contrato contiver previsões de que os reajuste dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;
- b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumo (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA /IBGE);

[...]

Há, nessas hipóteses, então, uma presunção de vantajosidade por essa Instrução Normativa, quando o reajuste da folha de salário dos empregados de uma prestadora de serviço para a Administração Pública for feito, conforme previsão no contrato administrativo, com base nas

formas mencionadas acima, sendo que, se houver insumo, deve haver previsão contratual de seu reajuste com base em índice oficial.

Essa presunção leva ao prejuízo de alguns princípios, que serão à frente expostos, mas ao mesmo tempo vai ao encontro de princípios que passam a ser analisados abaixo.

O Parecer nº 12/2014, da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2014), modificando posicionamento anterior, possui conteúdo favorável à prorrogação contratual de serviços sem necessidade de pesquisa de preços, nos moldes da Instrução mencionada acima.

Utiliza como fundamentação, entre outros motivos, o Acórdão nº 1214/2013-Plenário do Tribunal de Contas da União, esse último mencionou argumentação de que:

No momento da prorrogação contratual, exclusivamente em relação aos serviços de natureza continuada, percebe-se que a planilha orçamentária é formada por itens que não carecem, ou envolvem, um alto custo-benefício, de forma que não justifica a realização de nova pesquisa de mercado (BRASIL, 2013).

Esse acórdão e o Parecer da AGU, mencionados acima, fazem menção aos princípios. Conforme este Parecer:

A ideia da IN nº 06/2013-SLTI foi desburocratizar o procedimento de realização da pesquisa de preços no momento da prorrogação tornando essa etapa procedimental mais célere e ágil, regendo-se, portanto, pelo princípio da economicidade que, embora não conste formalmente dentre aqueles previstos no artigo 37 *caput* da Constituição Federal é parâmetro de controle utilizado pelo órgãos de fiscalização, impondo-se, materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de recursos públicos (BRASIL, 2014).

Nota-se, então, que a Advocacia-Geral da União utilizou, em seu raciocínio, um princípio positivado constitucionalmente no *caput* do artigo 70 como um parâmetro de controle na fiscalização a ser exercida sobre a administração pública (“A fiscalização [...] da União e das entidades da administração direta e indireta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida [...]”).

Nesse sentido, entendeu a Advocacia-Geral da União que não seria econômica a pesquisa de preço nos casos aqui analisados, na medida em que levaria à lentidão no procedimento de prorrogação contratual em razão de burocracias, em seu entender, desnecessárias. Além disso, o tempo despendido pelos servidores públicos, na realização dessas pesquisas de preço, poderia ser revertido em outras ações que vão ao encontro do interesse público, evitando, então, o gasto de dinheiro público com medidas que poderiam ser evitadas.

O Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 1214/2013, ao fazer menção à possibilidade de utilização de índice para comprovar a vantajosidade no caso de contratos de prestação de serviços com fornecimento de materiais (como manutenção predial), também cita a questão do tempo e do dinheiro gasto com a pesquisa de preços:

O item materiais é composto por aqueles necessários à realização do serviço. Ainda tomando por modelo a licitação realizadas para contratação dos serviços de manutenção predial, realizou-se pesquisa de mercado para quase 800 diferentes materiais. Para esse caso, torna-se notória a dificuldade de comprovar a vantajosidade do contrato no caso de sua prorrogação.

Em primeiro lugar porque durante a execução do contrato há grande dificuldade em realizar comparações entre serviços com fornecimento de materiais, haja vista as particularidades inerentes a cada contrato em execução na Administração Pública.

Segundo, e nessa mesma linha de raciocínio, a única forma de observar se o contrato continuaria vantajoso para a Administração seria realizando nova pesquisa de mercado, em que dois problemas são facilmente vislumbrados: o tempo necessário para realizar tal comprovação; e o mais importante, o custo administrativo despendido nessa pesquisa (BRASIL, 2013).

A exposição justificadora da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão está na lógica de que a pesquisa de preço, no caso de prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva, seria contra a celeridade do procedimento de prorrogação, bem como utilizaria, sem necessidade, o tempo de labor de servidores públicos.

A fim de explicar melhor como funciona a proposta orçamentária desse tipo de contratação cabe fazer algumas considerações. A planilha

em que a empresa prestadora de serviço colocará o valor contém, no mínimo, os itens: remuneração, encargos sociais, insumos e LDI (lucros e despesas indiretas).

No item remuneração estará o valor salarial a ser pago ao empregado que prestará serviço à Administração Pública (na prática é o valor constante na Convenção Coletiva como piso salarial). Já os encargos sociais incidirão sobre a contratação do empregado acima, possuindo previsão em atos normativos. Os insumos são os materiais necessários, na prestação do serviço, estarão previstos na Convenção Coletiva da Categoria ou serão passíveis de pesquisa mercado. Por fim, o LDI “indica todas as despesas para executar um objeto. Isso envolve tanto os custos diretamente relacionados com a produção do objeto como, também, aquelas despesas indiretas e a margem de lucro” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 195).

O Tribunal de Contas da União entendeu, no Acórdão nº 1214/2013-Plenário, que esses tipos de itens não comportam grande variação, não sendo necessária nova pesquisa de preço.

Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, apesar de mencionar que a pesquisa de mercado no caso de prorrogação de contratos públicos: “se coaduna com os princípios da *indisponibilidade do interesse público* e o da *busca pela proposta mais vantajosa*” (CHAVES, 2018, p. 216), é favorável à previsão da Instrução Normativa aqui estudada de dispensa de pesquisa de preços no caso de prorrogação de contratos de serviço de natureza contínua com mão de obra exclusiva, entre outros motivos pela presunção de que um contrato de sessenta meses de execução será mais vantajoso do que cinco contratos distintos de doze meses:

É certo que um serviço de natureza continuada, mormente aqueles com grande volume de mobilização, com centenas de postos de trabalho envolvidos e estoques de materiais equipamentos e insumos, se tornam economicamente mais vantajoso, na medida em que o tempo de permanência na execução for maior. Em outras palavras, de um modo geral, o custo de um contrato com 60 (sessenta) meses de execução tende a ser bem inferior do que 5 (cinco) contratos consecutivos de 12 (doze) meses (CHAVES, 2018, p. 218).

Finalizando a justificativa principiológica favorável ao previsto na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 (no que toca à dispensa de pesquisa de preço no caso abordado), passa-se a expor princípios que vão de encontro a essa, para, no capítulo seguinte, realizar uma ponderação.

Primeiramente, cabe mostrar a própria redação de uma *regra* prevista no inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

Pela redação acima, a prorrogação de contratos administrativos, necessariamente, deve estar acompanhada da vantajosidade. De fato a lei não define o que é ser vantajoso, mas se apresenta claro que só se pode afirmar que um contrato administrativo é vantajoso, possuindo ciência do valor que outras empresas estão dispostas a cobrar pelo mesmo serviço.

Jesse Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti mencionam três elementos que devem ser apurados para fins de obediência à comprovação da condição mais vantajosa no caso de prorrogação contratual:

A apuração dessa vantagem envolve a análise conjunta dos seguintes elementos: a) a eficaz e satisfatória execução do objeto pelo contratado até então; b) a utilidade da manutenção, em mais um período de vigência do contrato, das mesmas condições originariamente contratadas; e c) os custos atuais do contrato, em cotejo com aqueles praticados no mercado (DOTTI; PEREIRA JUNIOR, 2011).

Esse último elemento (comparação do preço do atual contrato com o preço de mercado) é o que está sendo dispensado pela Instrução Normativa em estudo, no caso de prorrogação de contratos de serviço contínuo. Por mais que a atual contratada tenha vencido o procedimento licitatório e, conseqüentemente, oferecido o menor preço, nada impede que, quando da prorrogação do contrato, não exista uma empresa disposta a oferecer um valor menor, não sendo vantajoso para a Administração Pública continuar com o antigo contrato.

Diógenes Gasparini menciona a necessidade de ser dada interpretação restritiva ao inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, isso porque

equipara prorrogação a um contrato celebrado sem licitação, sendo que apenas nos casos autorizados, expressamente pela lei, que se pode abrir mão do procedimento licitatório (GASPARINI, 2003).

Uma vez que o Poder Legislativo, por meio de uma regra, prevê a obrigatoriedade de vantajosidade para prorrogação contratual, no caso de serviços contínuos, pode-se questionar um ato do Poder Executivo (Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão) trazer uma presunção de vantajosidade, dispensando a necessidade de saber quanto outras empresas cobram pelo serviço (sendo que essa é a única forma de constatar ou não a presença daquela).

No que se refere à necessidade de pesquisa de preço na prorrogação contratual, pode-se identificar alguns princípios que são o fundamento dessa regra.

Primeiramente, pode-se mencionar o próprio princípio da vantajosidade, que está previsto no *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e [...]”

Marçal Justen Filho assim a conceitua:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício (JUSTEN FILHO, 2014, p. 71).

De fato, o procedimento licitatório traz a presunção de que o preço alcançado foi o mais vantajoso, porém essa presunção só dura até o fim do prazo contratual, quando da necessidade de prorrogação, essa presunção deixa de existir, sendo necessárias, então, novas análises probatórias de que esta vantajosidade ainda está presente.

O já citado Luiz Claudio de Azevedo Chaves (CHAVES, 2018, p. 216-217), em obra que defende a desnecessidade de pesquisa de preço no caso analisado neste artigo, menciona uma série de julgados do Tribunal de Contas da União pela exigência desta pesquisa, no caso de prorrogação contratual. Respectivamente, podem ser citados os Acórdãos 1597/2010 e 1029/2009:

Antes da prorrogação de um contrato deve ser realizada ampla pesquisa de preços no mercado, com vistas à obtenção das condições mais vantajosas para a Administração (BRASIL, 2010).

Se houver interesse da Administração em renovar determinado contrato, a pesquisa de preços que demonstre a economicidade da renovação em comparação com a realização de novo certame deve ser realizada com a antecedência necessária (BRASIL, 2009).

A única forma de se afirmar que o contrato é vantajoso é através de conhecimento de quanto as outras empresas estão cobrando, não bastando a utilização do reajuste de Convenção Coletiva de Trabalho ou índices oficiais. Nada impede que uma empresa esteja disposta a ofertar o mesmo serviço com margem de lucro (LDI) menor, sendo que só uma pesquisa prévia pode comprovar isso.

Outro princípio que se pode mencionar nesse momento é o princípio da isonomia, também previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. Isso porque, ao permitir que outras empresas possam comprovar um preço menor, pode ocorrer de não haver prorrogação, mas uma nova licitação, ocasião em que outras empresas terão possibilidade de participar da licitação; “restrições à participação de interessados no certame acarretam a diminuição da competição” (OLIVEIRA, 2015, p. 354). Realmente, quando realizado o procedimento licitatório não houve violação ao princípio da isonomia, pois a participação dos interessados foi ampla, mas a partir do momento em que, após o fim do prazo contratual previsto no edital, a administração prorroga o contrato sem comprovação efetiva de vantajosidade, está, indevidamente, deixando de realizar um futuro procedimento licitatório, que seria realizado caso o resultado da pesquisa de preço fosse a não vantajosidade.

Assim, feitas essas considerações, já se pode, em Robert Alexy, realizar um exame de ponderação.

3 REALIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO

O primeiro ponto que merece destaque é que se está diante de uma regra presente no inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8666/1993 *versus* um ato do Poder Executivo (permitindo a dispensa de pesquisa de preço nos casos citados), editado com base no princípio da economicidade (por mais que se diga que no caso da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 há uma presunção de vantajosidade, já se mostrou que essa só está presente com a ciência de quanto o mercado cobra pelo mesmo serviço).

Têm-se, então, o princípio da economicidade *versus* os princípios que dão embasamento para a regra do inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, o princípio da vantajosidade e da isonomia.

Por se estar diante de uma regra, conforme Robert Alexy, não basta realizar a ponderação entre os princípios acima, devendo-se ponderar, também, os princípios que exigem que as regras emitidas pelo Poder Legislativo (autoridade legitimada a criar normas gerais e abstratas) sejam cumpridas. Veja-se:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior ao princípio contrário a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida (ALEXY, 2008, p. 15).

O exposto acima já mostra a dificuldade de se sustentar, em uma ponderação, o previsto na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, no tópico que aqui se estuda, qual seja, a dispensa de pesquisa de preço nas prorrogações de contratos com mão de obra exclusiva, mas se irá submetê-la ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiro, dispensar pesquisa de preço no caso de prorrogações de contratações de serviço continuado referente à mão de obra é adequado ao princípio da economicidade, no sentido de permitir que o labor exercido por servidores públicos, nessas pesquisas, possam ser revertidos em outros afazeres, que vão ao encontro do interesse público, além de tornar esses procedimentos de prorrogação mais céleres? Sim.

Segundo, há algum outro meio que favoreça o mencionado acima, sem interferir ou interferindo menos nos princípios da vantajosidade e da isonomia? Aqui a situação já se torna um pouco mais complexa, podendo-se questionar uma eventual pesquisa de preço em comum para vários órgãos (com um prazo de validade um pouco mais alargado do utilizado usualmente), a fim desses órgãos compartilharem para terem ciência do preço de mercado, mas, ainda assim, isso exigiria um tempo e labor de servidores públicos que não seriam necessários no caso da

dispensa de pesquisa de preços (além do que, cada contratação possui suas peculiaridades), ou seja, essa medida não é igualmente adequada à medida prevista na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, logo se pode fundamentar que essa seja necessária.

Dessa forma, relevante o exame da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Conforme Alexy, como já mencionado, a análise disso consiste na seguinte regra: “Quanto maior o grau de não-satisfação de, ou detrimento, a um princípio, maior a importância de satisfazer o outro” (ALEXY, 1992, p. 16).

Representando, textualmente, a fórmula mais simples do peso de Robert Alexy, tem-se que “a desproporção em sentido estrito ocorrerá se a importância concreta do princípio que orienta a intervenção for menor do que a intensidade da intervenção sobre o princípio contrário” (BRANCO, 2009, p. 182).

Trabalhando com uma escala triádica de peso (leve, moderado e sério), analisa-se, primeiramente, a importância do princípio da economicidade com a previsão da Instrução Normativa aqui estudada, encontrando sua representação numérica, para, posteriormente, dividir pela representação numérica da interferência no princípio oposto, achando, assim, o peso concreto do princípio da economicidade.

Dessa forma, pode-se classificar a importância do princípio da economicidade no presente caso como moderada, isso porque a obrigatoriedade da pesquisa de preço nas prorrogações de contratos de serviço contínuo não interfere fortemente nas atividades dos servidores responsáveis por elaborar pesquisa de preço e nem na celeridade processual, haja vista que esses podem se adiantar na pesquisa (Instrução Normativa nº 03 de 20 de abril de 2017 concede o prazo de validade de 180 dias a essas diligências orçamentárias). Ao mesmo tempo não se pode classificar tal importância como leve em razão da possibilidade de distribuir o tempo de serviço, que deixa de ser utilizado com pesquisa de preço para outras atividades, que vão ao encontro do interesse público (sendo moderada a importância, sua representação numérica é 2).

Já a interferência que a dispensa dessa pesquisa causa ao princípio da vantajosidade e isonomia é leve, pois por mais que realmente possa ser ofertado um preço menor por outra empresa (vantajosidade) e, conseqüentemente, seja necessário fazer nova licitação, momento em que qualquer empresa poderá participar do certame (isonomia), a prática

mostra que essas pesquisas de preço não são de grande utilidade prática, pois conforme Acórdão do TCU, já mencionado, “normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação” (BRASIL, 2013).

Pelo já citado Parecer da AGU:

Restou, portanto, demonstrada a baixa eficiência e pouca efetividade da realização da pesquisa de preços, no momento da prorrogação contratual, evidenciando-se, de outro lado, os mínimos benefícios advindos desse ato administrativo (BRASIL, 2014).

Assim, nota-se, então, que pela fórmula do peso deve prevalecer o comando da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, tendo em vista que o peso concreto do princípio da economicidade no caso concreto é maior do que 01.

Como esse princípio, na situação em exame, está contrário a uma regra (inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/93) que exige vantajosidade, e não presunção de vantajosidade, a ponderação deve ocorrer, também, com outros princípios, como o da democracia representativa, veja-se:

A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa a incidência, decorre da consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas (BRANCO, 2009, p. 169).

Mesmo com essa nova necessidade, o princípio da economicidade prepondera, pois, como já exposto, há, especificamente no caso concreto estudado, motivos para relativizar a regra do inciso II, do artigo 57, da Lei nº 8.666/1993, qual seja, a baixa utilidade prática da pesquisa de preço nos casos em que a Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 a dispensa.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, pode-se concluir pela preponderância, no presente cenário, do princípio da economicidade frente ao princípio da busca da proposta mais vantajosa e da isonomia.

Na situação em questão, o grau de importância do princípio da economicidade é superior à interferência nos princípios da vantajosidade

e isonomia, isso porque as pesquisas de preço realizadas no caso de prorrogação de contrato de mão de obra exclusiva têm mostrado pouca utilidade prática, pois, em regra, levam a preços superiores ao da licitação, conforme mencionado no Acórdão 1214/2013 do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2013).

Razão pela qual a perturbação nos princípios da isonomia e vantajosidade foi considerada leve, já a importância da satisfação do princípio da economicidade foi tida como moderada, de modo que esse último deve prevalecer.

No que se refere ao fato de haver uma regra expressa (inciso II, do artigo 57, da Lei nº 8.666) visando “obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração” (e não mera presunção de vantajosidade), foram expostas razões para, no caso concreto, relativizar tal regra, qual seja, a baixa utilidade prática da pesquisa de preço nos casos, em que a Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 a dispensa.

Pode-se considerar, então, como oportuna, medidas semelhantes às implementadas por essa Instrução Normativa, no sentido de racionalizar a atividade realizada pelos servidores públicos, a fim de evitar burocracias desnecessárias em âmbito público.

É nesse sentido que a dispensabilidade de pesquisa de preço no caso em análise é bem-vinda, pois evita um labor que, como já mencionado, não gera, em regra, resultado prático, pois aquela pesquisa atinge valores superiores ao preço do contrato vigente, tendo tido como função, apenas, preencher um requisito formal desnecessário. Como apontado no Acórdão 1214/2013 do Tribunal de Contas da União, a pesquisa, neste caso, “normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação” (BRASIL, 2013).

Que fique claro que não está se falando em dispensar a pesquisa de preço em qualquer prorrogação contratual, mas apenas naquelas hipóteses de contrato com mão de obra exclusiva, haja vista que nesses ficou demonstrado que sua realização vai de encontro ao princípio da economicidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217. Rio de Janeiro. jul./set. 1999.

_____. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, v. 71. Belo Horizonte. jan./fev. 1992.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº12/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1029/2009*. Segunda Câmara. Relator: Raiumundo Carreiro. Sessão de 17/03/2009. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1597/2010*. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Sessão de 07/07/2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1214/2013*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 22/05/2013. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. *A atividade de planejamento e análise de mercado nas contratações governamentais*: estudo prático sobre a atividade de pesquisa de preços nas licitações, dispensa e inexigibilidade da Administração Pública e do Sistema “S”. Curitiba: JML, 2018.

GASPARINI, Diógenes. Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 13, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7672>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74450>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

RECEBIDO EM: 30/06/2018

APROVADO EM: 27/07/2018

A COERCITIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DETERMINAM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO PODER PÚBLICO

***THE ENFORCEMENT OF JUDICIAL DECISIONS THAT
DETERMINES THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL
SOCIAL RIGHTS BY PUBLIC AUTHORITIES***

Tiago Cappi Janini

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Professor na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

Mário Augusto Quinteiro Celegatto

*Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná
(UENP). Especialista em Direito Processual, Bacharel em Direito pela PUC-MG*

Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO: Introdução; 1 As dimensões de Direitos Fundamentais e a sua complementaridade; 2 Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988; 3 A atuação do Poder judiciário na concretização de Direitos Sociais; 4 O cumprimento forçado das decisões judiciais para implementação de Direitos Sociais; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal assegura diversos direitos fundamentais aos cidadãos, com a intenção de proporcionar-lhes uma vida digna. Todavia, o Poder Executivo tem sido incapaz de concretizá-los. Diante dessa omissão do Poder Executivo, muitas pessoas procuram o Poder Judiciário para que ele dê efetividade a esses direitos. Nesse contexto, questiona-se: o que acontece se o Poder Público condenado judicialmente não cumpre o determinado pela sentença judicial? Para confirmar a hipótese que o Poder Público tem de cumprir as decisões judiciais que dão efetividade aos direitos sociais e, caso não o faça, está sujeito às medidas previstas no Código de Processo Civil que tendem a induzi-lo a dar cumprimento às sentenças esta pesquisa utilizou-se do método dedutivo. A pesquisa tem como objetivos gerais a análise dos direitos e garantias fundamentais em suas dimensões, demonstrando-se a complementaridade existente entre elas, a descrição dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988, a investigação da atuação do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais sociais não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, e o estudo do cumprimento forçado das decisões judiciais que determinam a concretização de direitos fundamentais sociais pelos entes federados. Conclui-se que o Código de Processo Civil possui medidas coercitivas para coagir o Poder Público em cumprir a decisão judicial que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer concretizadora de direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Ativismo Judicial. Cumprimento de Sentença. Coercitividade.

ABSTRACT: The Federal Constitution guarantees various fundamental rights to the citizens to provide them with a decent life. However, the Executive Branch has been unable to implement the fundamental rights. In the presence of this omission of the Executive Branch, many people seek the Judiciary looking for effectiveness to such rights. In this context, the problem of this paper is: what happens if the Government judicially condemned does not complies the determined by court order? To confirm the hypothesis that the public authorities must have to comply the judicial decisions that give effectiveness to social rights and, if it does not do, they are subject to the measures provided in the code of civil procedure that tend to induce them to comply the sentences, this research uses the deductive method. The research's general objectives are the analysis of the fundamental rights and guarantees in its dimensions, demonstrating the complementarity that exists between them, the description of the fundamental social rights provided in the Federal Constitution of 1988, the investigation of the judiciary performance

as a guarantor of fundamental social rights not readily enforced by the Executive Branch, and the study of forced compliance of the judicial decisions that determine the realization of fundamental rights by federated entities social. In the end, this paper concludes that the code of Civil procedure has coercive measures to coerce the Government to comply the judicial decision that recognizes the enforceability of the obligation to make the social rights real.

KEYWORDS: Social Rights. Judicial Activism. Enforcement of Sentence. Coercivity.

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, foram sendo assegurados e garantidos direitos fundamentais, compreendidos como conjunto de normas que se preocupam com a dignidade humana. Todavia, a simples positivação dos direitos fundamentais não se mostrou suficiente, exigindo uma ação efetiva do Poder Público para assegurá-los. De outro lado, a falta de eficiência da Administração Pública tem tolhido a concretização dos direitos sociais dos cidadãos.

Diante dessa omissão do Poder Executivo, muitas pessoas procuram o Poder Judiciário para que ele dê efetividade aos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Em seu labor jurisdicional, os juízes, diante dessas demandas, proferem decisões contendo obrigações de fazer para o Poder Público. Em outras palavras, determinam como a Administração Pública deve agir para concretizar determinada política pública para aquele sujeito litigante.

Nesse contexto, questiona-se: o que acontece se o Poder Público condenado judicialmente não cumpre o determinado pela sentença judicial? Eis a problemática enfrentada neste estudo. Seu ponto fundamental, portanto, se concentra nas possibilidades geradas pelas ordens judiciais para implementação de direitos fundamentais sociais pelo Poder Executivo, em razão da omissão deste em efetivar direitos sociais de seus cidadãos, por meio de políticas públicas de forma voluntária.

Para confirmar a hipótese que o Poder Público tem de cumprir as decisões judiciais que dão efetividade aos direitos sociais e, caso não o faça, está sujeito às medidas previstas no Código de Processo Civil que tendem a induzi-lo a dar cumprimento às sentenças esta pesquisa utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

A pesquisa tem como objetivos gerais a análise dos direitos e garantias fundamentais em suas dimensões, demonstrando-se a complementaridade existente entre elas, a descrição dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988, a investigação da atuação do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais sociais não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, e o estudo do cumprimento forçado das decisões judiciais que determinam a concretização de direitos fundamentais sociais pelos entes federados.

1 AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA COMPLEMENTARIDADE

Atualmente, a maioria dos textos constitucionais assegura os direitos fundamentais, inclusive com o status de cláusula pétrea, como faz a nossa Carta Magna. E, para que tais direitos sejam verdadeiramente entendidos, mostra-se pertinente, além da sua definição, a realização de estudo a respeito de sua classificação em dimensões.

Os direitos e garantias fundamentais são um conjunto de normas eminentemente necessárias à vida digna do ser humano, tidos como ponto central da sociedade. Esses direitos se consagraram durante a história, ou seja, trata-se de uma construção normativa que se estabelece na medida em que a sociedade evolui, que se iniciou com a existência do ser humano, pois, sempre fora titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, desde os tempos remotos, na denominada fase pré-histórica dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 38).

Considerando o grande número de classificações existentes dos direitos fundamentais, evitar-se-á o aprofundamento em pontos capazes de suscitar maiores divergências. Porém, é unânime o entendimento de que as dimensões de direitos fundamentais foram surgindo de acordo com as alterações e exigências de cada época, com o intuito de se atualizar o direito de acordo com a realidade.

Diante da importância dada aos direitos fundamentais, apresenta-se relevante a conceituação dada por Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p. 15):

Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).

A teoria geracional, que divide os direitos e garantias fundamentais em gerações, foi utilizada pela primeira vez em 1979, por Karel Vasak, jurista Tcheco-Francês, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, e extraída do lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade” (SARLET, 2016, p. 500). Paulo Bonavides (2006, p. 562) leciona que esse lema revolucionário do século XVIII “expressou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”.

No entanto, embora os direitos fundamentais sejam, historicamente, divididos em “gerações”, atualmente se defende que a expressão correta seria “dimensões”, por apontar o sentido de complementaridade, ao passo que “geração”, daria o sentido de alternância. Isso se justifica pelo fato de serem direitos que se complementam no todo, não se limitando a si próprios, formando uma espécie de pirâmide, cujo ápice é o direito à democracia. Assim, a partir da Revolução Francesa, os direitos fundamentais foram estabelecidos em suas respectivas dimensões, formando um processo cumulativo e qualitativo, tendo por orientação a universalidade material e concreta (BONAVIDES, 2006, p. 563).

No que tange às três primeiras dimensões, de essencial importância neste estudo, apontam-se como direitos de primeira dimensão, inaugurados ao final do século XVIII e início do século XIX, os direitos ligados à liberdade, como o direito à vida, à liberdade religiosa, à propriedade, à participação política, à inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência. De fato, os homens anseiam por liberdade, entretanto, de maneira alguma, isso ocorreria de forma organizada, por assim dizer, sem que o Estado intervisse na relação entre os homens. Na busca pela tão almejada liberdade, com a proclamação dos direitos de primeira dimensão, que, de certa forma, “produziu uma consciência da necessidade de garantia extrema da liberdade, situação que, em conjunto com a radical modificação dos meios de produção gerada pela Revolução Industrial, instaurou a crise social do século XIX” (OLIVEIRA; FILETI, 2006, p. 62), houve certa frustração, em especial no que tange às classes mais baixas. Evidente que os direitos de primeira geração estão intrinsecamente ligados ao liberalismo político, pois, consoante aos preceitos explanados por Almiro do Couto Silva (2015, p. 295), “a história do liberalismo político é a história dessa tensão dialética entre razão, vontade e o amplo repertório de ideias, conceitos e instrumentos jurídicos ligados pela finalidade comum de conter eficazmente o poder do Estado, nas suas relações com os indivíduos ou com os cidadãos”. Há a ideia de a atuação do Estado dirigir-se única e exclusivamente para assegurar esses direitos relacionados à liberdade.

Os direitos de segunda geração, por outro lado, versam sobre o bem-estar social, conceituados como direitos sociais, que exigem do Estado uma postura ativa, garantindo direitos básicos de sobrevivência. Quando se verificou que a não intervenção estatal não era tão boa quanto parecia, instituiu-se a segunda dimensão dos direitos fundamentais, a fim de se evitarem desigualdades sociais existentes em razão do liberalismo, na virada do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, passando-se a exigir do Estado, a partir daí, uma atuação positiva, no intuito de garantir direitos de bem-estar, como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social, em favor do homem (BULOS, 2014, p. 528). Nos dizeres de Vladimir Brega Filho (2002, p. 23), os direitos fundamentais de segunda dimensão “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Esses são os que aqui interessam, pois traçam um marco histórico, no qual se evoluiu do Estado Liberal, instituindo-se o Estado Democrático de Direito.

Depois disso, ao final do século XX, consolidaram-se os direitos tidos como de terceira dimensão. Criados com base na fraternidade ou solidariedade, eles englobam os direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude, possuindo como destinatários o gênero humano (BONAVIDES, 2006, p. 569). Na evolução dos direitos, formulação e descoberta fazem parte de uma construção sem fim, vez que o direito ao desenvolvimento deve acompanhar a evolução dos indivíduos, se adequando à sociedade a qual se destina.

Ademais, surgiram classificações dos direitos fundamentais que indicam quatro ou cinco dimensões. Todavia, considerando que o enfoque do presente artigo está voltado para os direitos de segunda dimensão, conceituados como direitos sociais que exigem do Estado uma postura ativa, garantindo direitos básicos de sobrevivência, e a divergência existente sobre a necessidade ou não de suscitar novas dimensões de direitos, não se tratará das teorias relacionadas a outras dimensões.

Após essa breve explanação sobre as dimensões de direitos fundamentais, é mister ressaltar que tais direitos, independentemente da dimensão na qual cada um deles se encontra inserido, visam um mesmo fim: garantir o direito à democracia. Porém, nesse ambiente de conquistas que ampliam o leque dos direitos fundamentais, consolidou-se, no Brasil, a ineficiência do Poder

Executivo em efetivamente garanti-los aos cidadãos, emergindo um hiato entre os direitos positivados na Constituição e o seu real usufruto, principalmente no que tange aos direitos de segunda dimensão. Aí que surge a atuação do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais sociais recebem atenção especial na Carta Magna de 1988, apontados, em regra, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II (artigo 6º a 11º) da Lei Maior, de forma ampla no artigo 6º, existindo normas específicas sobre o tema distribuídas em outros dispositivos, até mesmo fora do capítulo mencionado. A Constituição Cidadã, bastante influenciada pela portuguesa, “imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934” (BONAVIDES, 2006, p. 373-374).

Sobre esses direitos, levando em consideração o contexto do Estado Social de Direito adotado pelo Brasil desde a promulgação da Constituição Federal atual, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 63) elucida que:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. Cumpre frisar, ainda, que a ideia de reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que “homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade.

Consoante já destacado no tópico anterior, os direitos sociais exigem uma postura ativa dos governantes, de forma que as políticas públicas se tornam instrumentos indispensáveis para a implementação dos direitos ora tratados. Segundo Ricardo Pinha Alonso (2012, p. 38), os direitos sociais:

São direitos que tutelam os menos favorecidos e buscam proporcionar condições dignas de vida aos seus destinatários, com a tendência de

concretizar a igualdade real entre os membros da sociedade. E, referida tutela impõe ao Estado as chamadas “prestações positivas”, vez que revelam um fazer estatal, por seus órgãos, por meio de atividades materiais e normativas.

Os direitos sociais encontram-se positivados no texto constitucional, principalmente a partir do art. 6º, iniciando o Capítulo II – Dos Direitos Sociais, dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Porém, é possível encontrar em outros locais da Constituição direitos sociais. Merece destaque o Título VIII - Da Ordem Social que, a partir do art. 193 cuida da Seguridade Social, que é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Os direitos de liberdade e os direitos sociais gozam, na Constituição, do mesmo patamar jurídico, de direitos fundamentais, sem distinção de regimes. No entanto, os direitos de segunda geração são positivados, em regra, na forma de normas programáticas, que demandam para sua efetiva concretização, além de medidas legislativas, a implementação de políticas públicas, mediante leis, atos administrativos e serviços públicos. Ilton Garcia da Costa e Laísa Fernanda Campidelli (2016, p. 98) explicam que as políticas públicas buscam o bem-estar social constitucionalmente previsto, cuja criação é destinada ao governo que irá eleger os seguimentos que lhe convêm.

Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Dirceu Stresser e Ilton Garcia da Costa (2015, p. 26) enfatizam o conflito entre a implementação de políticas públicas e a escassez de recursos:

Deveras, a implementação de políticas públicas como fator da alteração da realidade social não prescinde de uma consideração prévia: a disponibilidade de recursos é limitada, não suficiente para satisfação integral de todos os direitos previstos abstratamente no ordenamento jurídico, notadamente em um Estado em desenvolvimento, com grandes carências sociais. Ao lidar com a efetivação de direitos prestacionais, o Estado defronta-se com verdadeiro limite fático, gizado pela disponibilidade financeira. Pode-se afirmar que o orçamento é um bem escasso diante da miríade de objetos que deve suportar.

Em face do exposto, constata-se que a ausência de concretização dos direitos fundamentais sociais não se dá pela falta de previsão constitucional, mas sim por outros motivos, como, por exemplo, a falta de efetivação

de políticas públicas pelo Poder Executivo, que, por vezes, não possui orçamento suficiente para suportar tais investimentos.

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Diante da incapacidade de o Poder Público efetivar os direitos sociais, o ingresso no Judiciário como via alternativa para essa concretização aumentou significativamente. Essa incontrolável procura pela realização de direitos sociais resulta em um Poder Judiciário demasiadamente abarrotado, em socorro daqueles que necessitam da implementação de seus direitos. Paulo Alves e Aline Cristina Alves (2013, p. 82) explicam que diante de “problemas” de difícil solução por regras jurídicas, sociais e políticas, as instituições, as autoridades ou mesmo os cidadãos tendem a judicializá-los.

Com a Constituição de 1988, constata-se que há uma alteração no exercício da jurisdição, com a expansão do poder decisório dos juízes principalmente em razão das omissões dos demais poderes. Thadeu Augimeri de Goes Lima e Ilton Garcia da Costa (2013, p. 28-29) argumentam que a judicialização da política é algo inevitável em razão do caráter analítico da Constituição Federal de 1988 e do amplo acesso ao Poder Judiciário por ela garantido. Além de atribuir uma feição normativa para matérias de índole política, o texto constitucional ampliou o controle jurisdicional e o universo dos legitimados a invocá-lo. Aparece a expressão “ativismo judicial” demonstrando esse alto grau de judicialização do direito brasileiro atual, sobretudo do Supremo Tribunal Federal.

Definir o que é “ativismo judicial” não é tarefa fácil, principalmente em razão do seu emprego para diferentes significados. Clarissa Tassinari (2013, p. 33) aponta as seguintes perspectivas, sem prejuízo de existirem outras:

[...] *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b*) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade do ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.

Sem ingressar nessa disputa, importa para o presente estudo constatar que a partir da Constituição de 1988, em razão da ampliação dos direitos

sociais, dos instrumentos de controle de constitucionalidade e da omissão/ineficiência dos demais Poderes em efetivar os direitos fundamentais, há um aumento na procura do Poder Judiciário para concretizar os direitos sociais. Nesse contexto, deve-se ter em mente que o ativismo judicial se fundamenta pela efetividade de grande quantidade de direitos, com a finalidade de se alcançar a justiça social (OLIVEIRA; ALVES, 2014, p. 43).

O Estado, portanto, fica obrigado a efetivar os direitos sociais, mesmo diante de problemas orçamentários como explica Dirceu Pereira Siqueira (2014, p. 253):

[...] é possível concluir que mesmo diante da escassez orçamentária do Estado, estará ele ainda obrigado a efetivar os direitos sociais, mesmo que em condições minimamente essenciais para a coletividade, pois somente assim estará se desincumbindo de sua atividade estatal, sendo que ao Judiciário incumbe o dever de exigir tal cumprimento dos poderes responsáveis.

Há, portanto, uma expansão da atividade do Poder Judiciário sobre as funções dos demais poderes por sua omissão. Diante disso, os juízes tornam-se personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas (CAMPOS, 2014, p. 153).

No que tange ao controle da atuação jurisdicional para a concretização de direitos fundamentais, em especial os que demandam a efetivação de políticas públicas, Eduardo Cambi (2013, p. 93-94) destaca a importância da noção da reserva de consistência, que impõe ao Judiciário a formulação de critérios seguro para a concretização de direitos fundamentais, principalmente quando demandam a implementação de políticas públicas. Por outro lado, o autor reconhece as limitações do Judiciário, exigindo sua autocontenção quando lhe faltar capacidade institucional para implementar suas decisões ou quando os seus efeitos sistêmicos evidenciarem obstáculos orçamentários, cuja aplicação não se pode fazer imediatamente.

Desse modo, percebe-se que a atuação judicial, necessária para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve sempre ponderar as peculiaridades de cada caso, levando em conta, além dos postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial, os demais princípios presentes, de forma explícita ou não, na Constituição Federal, preservando a harmonia entre os Poderes da República.

4 O CUMPRIMENTO FORÇADO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Tornar efetivo o cumprimento dos preceitos fundamentais sociais faz com que seja garantida ao homem a vida digna. Isso posto, nota-se que os direitos fundamentais sociais, implementados por meio de políticas públicas, não podem se limitar tão somente à sua declaração, mas devem ser evidenciados em sua plenitude de aplicabilidade às situações fáticas, pois, se isso não ocorrer, inexistente a possibilidade de se garantir a dignidade da pessoa humana.

A interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas se restringe à determinação do seu efetivo cumprimento de obrigações devidamente positivadas em âmbito constitucional bem como infraconstitucional, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal. Em outras palavras, as decisões judiciais, por si só, não resolvem o problema da não efetivação de políticas públicas e, por consequência, da falta de concretização de direitos fundamentais sociais, sendo imprescindível que tais comandos sejam atendidos pelo Poder Público, o que nem sempre ocorre de forma espontânea.

Nesse ponto, mostra-se pertinente destacar que as determinações judiciais de implementação de políticas públicas ou de efetivação de direitos fundamentais sociais pleiteados individualmente em face do Poder Executivo, em regra, consistem em condenações dos entes federados em obrigações de fazer, que levam em consideração o desenvolvimento da prestação, haja vista o interesse público envolvido. Esse dado é extremamente pertinente para que se visualizem as possíveis medidas a serem adotadas em caso de não cumprimento voluntário de decisões judiciais que requisitam a efetivação de direitos fundamentais sociais pelos entes federados.

A respeito do cumprimento de sentença de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa contra a Fazenda Pública, Fredie Didier Junior (2017, p. 712) leciona que:

Sendo o título judicial, as obrigações de fazer e não fazer serão cumpridas na forma do art. 536 do CPC. Assim, proferida a sentença, e não cumprida a obrigação ali determinada, o juiz, valendo-se das medidas de apoio do § 1 do art. 536 do CPC, deverá determinar o cumprimento da obrigação.

Logo, percebe-se que se aplicam aos cumprimentos de sentença de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa contra a Fazenda Pública as regras gerais que disciplinam o tema. O artigo 497, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece que: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Apesar de o artigo 499 do CPC prever a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos, “se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, em regra, a referida medida deve ser aplicada no caso dos direitos sociais, haja vista a preferência pela realização da obrigação de fazer e a consequente efetivação dos direitos pleiteados na forma necessária para que se garanta uma vida digna aos cidadãos do respectivo ente da federação.

Ainda, o artigo 536 do CPC preleciona que o Juiz, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, poderá, de ofício ou a requerimento determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Sobre o tema, Elpídio Donizetti (2017, p. 708) assevera que:

A preocupação com a efetividade do processo levou o legislador a criar mecanismos no processo de conhecimento e no de execução para coagir o devedor a cumprir, tal como pactuadas, as obrigações de fazer e de não fazer, passando as perdas e danos a constituírem o último remédio à disposição do credor.

Em suma, transitada em julgado a sentença, poderá o juiz, de ofício ou mediante requerimento do credor, utilizar dos meios legais disponíveis para forçar o devedor a cumprir a obrigação já fixada. Caso esta não seja possível, o juiz determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente. A tutela específica ou equivalente poderá, no entanto, ter sido concedida na própria sentença, em acolhimento a pedido alternativo do autor, ou, de ofício, diante da eventual impossibilidade de concessão da tutela específica.

Proferida a sentença em face da Fazenda Pública, obrigando-a a concretizar um determinado direito social, o Poder Público deve acatá-la e obedecê-la, satisfazendo o indivíduo em sua dignidade. Entretanto, se

não proceder nos termos da decisão prolatada pelo Poder Judiciário, o sistema jurídico oferece outras formas para coagir o administrador público efetivar o direito social em litígio.

O § 1º do art. 536 do CPC prevê que o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial para dar real cumprimento a sentença. São medidas utilizadas para o caso de não cumprimento voluntário da decisão. Se ocorrer o fato de o Poder Público não cumprir uma decisão que concretize um direito fundamental, há medidas eficazes para compeli-lo.

Elpídio Donizetti (2017, p. 710) explica que “[...] é possível a aplicação concomitante de multa com o intuito de desestimular o réu a descumprir a determinação judicial. A multa poderá ser fixada por tempo de atraso, de forma a coagir o devedor a adimplir a obrigação na sua especificidade”.

Ademais, o § 3º do art. 536 do CPC imputa as penas de litigância de má-fé ao executado que injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência. São, portanto, outras medidas direcionadas ao cumprimento da decisão judicial.

Além de todos os mecanismos citados postos à disposição do Poder Judiciário para a efetivação das determinações judiciais não atendidas voluntariamente pelos entes federados, é muito comum na prática que seja concedida a pesquisa e penhora *on line* de ativos financeiros contidos em contas bancárias de titularidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando um ou mais destes figure como executado no cumprimento de sentença ou como requerido na fase de conhecimento, e em desfavor do mesmo tenha sido concedida tutela provisória.

Apesar de todas as possibilidades disponibilizadas para que se que exige o cumprimento forçado das decisões judiciais pelo Estado, não se pode deixar de lado a importantíssima previsão do art. 8º do CPC, que é classificado como norma fundamental do Processo Civil, no sentido de que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ante o exposto, considerando os tão invocados postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial, bem como as técnicas existentes para o cumprimento forçado de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, conclui-se que, até mesmo no momento de exigir da Administração Pública o cumprimento de suas ordens, o magistrado deve levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto, observando sempre os ditames do art. 8º do Código de Processo Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais sociais alcançaram lugar de destaque no ordenamento jurídico pátrio. A necessidade de se garantir a efetivação de tais preceitos tem por fundamento a plena dignidade da pessoa humana. Entretanto, as condições da realidade não condizem com os ideais estabelecidos em nosso texto constitucional.

Ademais, as decisões judiciais, se não atendidas pelo Poder Público, não resolvem o problema da não efetivação de direitos fundamentais sociais. Desta feita, vislumbra-se a importância do estudo dos mecanismos existentes à disposição do Judiciário para que o mesmo exija do Poder Executivo o cumprimento de seus comandos, sempre sopesando os valores envolvidos.

Dessa maneira, tem-se que o Poder Judiciário acaba, muitas das vezes, figurando como protagonista na tutela da dignidade da pessoa humana, no intuito de garantir ao ser humano a efetivação de seus direitos fundamentais sociais, naquilo que lhe esteja ao alcance, através de determinações direcionadas ao Poder Executivo, que de pronto atendimento não exerceu as ações que dele se espera.

Mister se faz frisar que o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública observará a forma do artigo 536 do CPC. Deste modo, constata-se que o legislador elaborou mecanismos no processo de conhecimento e no de execução para coagir o devedor, no caso o Poder Público, a cumprir, tal como pactuadas, as obrigações de fazer, utilizando-se das medidas processuais como a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, inclusive, valendo-se da força policial para dar real cumprimento a sentença. Ainda, há a possibilidade de enquadrar o administrador em litigância de má-fé

quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, além de tipificar sua conduta por crime de desobediência

Infere-se que a atuação jurisdicional na efetivação de direitos sociais, tanto na fase de conhecimento quanto de cumprimento de sentença, deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, nos moldes do artigo 8º do CPC.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. *Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas*. 2012. 172 f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

ALVES, Paulo; ALVES, Aline Cristina. Poder Judiciário e Judicialização: proposições para uma pesquisa. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 81-90, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/97/97>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário responsável. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215/214>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Ilton Garcia da; CAMPIDELLI, Laís Fernanda. A diminuição da extrema pobreza, baseada em políticas públicas eficazes e garantia do mínimo existencial. In: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

Paz, constituição e políticas públicas. v. II. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, p. 85-103.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. v. 5, 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; COSTA, Ilton Garcia da. Três dilemas do Estado Democrático de Direito no constitucionalismo contemporâneo: reflexões a partir da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Ano 21, v. 83, p. 13-33, abr./jun. 2013.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *Estado democrático de direito, efetivação dos direitos sociais relativos ao trabalho e princípios constitucionais de direito do trabalho*. Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; STRESSER, Dirceu; COSTA, Ilton Garcia da. Da Bioética ao Biodireito: a judicialização de políticas públicas de saúde. In: MACEI, Demetrius Nicheli (Org.). *Contemporaneidades*. Curitiba: Instituto Memória, 2015, v. 1, p. 07-33.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Mark Tshnet e as assim chamadas Dimensões (“Gerações”) de Direitos Humanos e Fundamentais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n.

2, p. 498-516, out. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/80/97>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

SILVA, Almiro do Couto. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Igualdade e Legitimidade: a atuação do Poder Judiciário na conformação de valores sociais: a concretização do direito à alimentação. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 235-257, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/469>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

