

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria
Geral do Estado de São Paulo

Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School

Volume 4 – Número 1

Jan / Dez 2013

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Chefe do Centro de Estudos



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF SÃO PAULO STATE'S
ATTORNEY GENERALSHIP SCHOOL*

v. 4 • nº 1 • janeiro / dezembro 2013
ISSN 2179-8532



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

©2013

A Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem 2.400 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideu, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria Executiva

Rosana Santoro Henriques
Thiago Blumer Marangone
Rodrigo Tadeu da Silva
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Dante Pascoal Corradini

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Vanessa Merizzi

CTP, Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.
Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/revistas

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2.º andar
Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil
CEP 01405-902
Tel.: (55 11) 3286-7020/7032
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br
Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/respge

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo = Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School / Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 4, n.º 1 (2013)- . — São Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2010- .

Anual.
Textos multilíngues.
Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532
2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2013

Diretoria

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, Diretora da ESPGE

Marily Diniz do Amaral Chaves, Procuradora do Estado, Vice-Diretora da ESPGE

Conselho Curador

2013

Ana Lúcia Correa Freire Pires de Oliveira Dias; Cintia Orefice; Evelyn Moraes de Oliveira; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Marcelo Gomes Sodré; Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos, membro nato); Mirna Cianci; Nina Beatriz Stocco Ranieri; Patricia Ulson Pizarro Werner (Diretora da ESPGE, membro nato); Ruth Helena Pimentel de Oliveira

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito do Estado

Coordenadores

Dora Maria de Oliveira Ramos; Carlos José Teixeira de Toledo; Eugênia Cristina Cleto Marolla

Monitores

Ana Luiza Boulos; Cristiana Corrêa Conde Faldini; Enio Moraes da Silva; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Lucas de Faria Rodrigues; Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna; René Zamlutti Júnior.

Filosofia e TGD

Coordenadores

João Carlos Pietropaolo; Haroldo Pereira; Romualdo Baptista dos Santos

Monitores

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro; Ana Lucia Corrêa Freire Pires Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti

Metodologia

Clarice Von Oertzen de Araújo; Márcia Walquiria Batista dos Santos

Didática

Gabriel Veiga Catellani

SUMÁRIO

Editorial

Patricia Ulson Pizarro Werner

Direito Comparado

**The European System for the protection of Human Rights:
balance and perspectives** 13

Christina Binder (Versão original em inglês)

**Emergencia de un Nuevo derecho público Europeo basado en
derechos humanos: nacional, supranacional, internacional** 39

Christina Binder (síntese em espanhol pela própria autora)

**A ciência jurídica como caminho de afirmação e
valoração do ser humano** 49

Manuel Monteiro Guedes Valente

Between Justiça and Law 63

José Luiz Souza de Moraes (Versão original em inglês)

Entre a Justiça e a Lei 69

José Luiz Souza de Moraes (Tradução do próprio autor)

Direito Constitucional

A Constituição de 1988 aos vinte e cinco anos 74

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

O Município na Constituição 91

Fernanda Dias Menezes de Almeida

O papel dos partidos políticos no desenvolvimento democrático 101

Enio Moraes

Direito Administrativo

**Regimes jurídicos regulatórios para a indústria brasileira de petróleo
e gás natural: contratos de O&G, propriedades dos hidrocarbonetos
e controle de estoque** 115

Carolina Leister

Direito Processual Civil

Mirna Cianci; Rita de Cássia Conte Quartieri; Fábio Victor da Fonte Monnerat

Monitores

Levi de Mello; Lúcia Cerqueira Alves Barbosa; Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval; Thais Teizen

Direitos Humanos

Coordenação

Ana Paula Zomer; José Luiz Souza de Moraes; Margarete Gonçalves Pedroso

Monitores

Alexandre Aboud; Ana Cláudia Vergamini Luna; Anna Cândida Alves Pinto Serrano; Anna Luiza Quintella Fernandes; Ivanira Pancheri; Levi de Mello; Luciana Augusta Sanches; Messias José Lourenço; Paulo David Cordioli; Rene Zamlutti Junior; Rosely Sucena Pastore; Vera Pimentel Fonseca; Virgílio Bernardes Carbonieri

Direito Tributário e Financeiro

Coordenação

Estevão Horvath; Mara Regina Castilho Reinauer Ong; Monica de Almeida Magalhães Serrano

Monitores

Bruno Maciel dos Santos; Claudia Bocardi Allegretti; Fabrizio de Lima Pieroni; Fabrizio Lungarzo O'Connor; Lucia de Faria Freitas; Rafael de Oliveira Rodrigues; Silvia Vaz Domingus; Valéria Martinez da Gama

Direito Ambiental

Coordenação

Marcelo Gomes Sodrê; Cintia Oréfce; Daniel Smolentzov

Monitores

Adriana Ruiz Vicentin; Ana Carolina Daldegan Serraglia; Fábio André Uema Oliveira; Jean Jacques Erenberg; Marcos Narche Louzada; Mariana Rosada Pantano; Tatiana Capochin Paes Leme; Vivian Alves Carmichael

Funcionários da ESPGE

Daniel Martins Silva; Deise Aparecida Santiago; Paulo Severo dos Santos; Rosana Santoro Henriques; Thiago Blumer Marangone, Rodrigo Tadeu da Silva

Estagiárias

Melissa Ibrahim; Magaly de Paula Ferreira; Fabiana Felix dos Santos

Direito Ambiental

**Autuações Concorrentes e as Infrações Administrativas Ambientais:
A Disciplina da Lei Complementar nº 140/2011** 185

Lucas de Faria Rodrigues

Compromisso de ajustamento de conduta e princípio da precaução 225

Desirée Ramos Mansano

**Avaliação de impacto ambiental: sua relevância na demora
das obras públicas** 259

Aluísio Pinna Braga

Direito Processual Civil

Principais aspectos da Ação Popular 287

Reinaldo Aparecido Chelli

**Recurso especial repetitivo e seus efeitos em relação
aos recursos sobrestados** 315

Rebecca Corre Porto de Freitas

Direito Tributário e Financeiro

As despesas públicas na virada dos exercícios financeiros 343

Vera Wolff Bava Moreira

Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica

Uma Teoria Sociológica da Justiça..... 387

Orlando Villas Bôas Filho

Semiótica Legal 409

Clarice de Araújo

EDITORIAL

O quarto volume da RESPGE reúne valiosos estudos sobre temas atuais vinculados à linha de pesquisa central dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu*: Direito Público. Sempre com a meta de contribuir para a resolução de problemas relevantes, as investigações realizadas por nossos Docentes e Discentes apresentam um duplo enfoque: (i) proporcionar o estudo doutrinário de forma crítica; e (ii) utilizar as experiências dos operadores do direito na área pública para gerar pesquisas acadêmicas inovadoras e propositivas.

A ESPGE tem como diferencial contar com um Corpo Discente formado por Procuradores do Estado, Advogados Públicos e Servidores Públicos envolvidos diretamente na resolução de problemas da gestão pública, um laboratório único para compreensão das dimensões jurídicas e administrativas para a concretização da Constituição Federal. Todo este potencial é regido pelas equipes de Coordenadores e Monitores formadas por Procuradores que somam à atuação prática, rica experiência acadêmica e contam com a participação especial de um Corpo Docente, nacional e internacional, de excelência, conforme se pode notar nesta edição da RESPGE.

No campo do Direito Comparado, três artigos abordam a área de Direitos Humanos, curso referencial com enfoque em mecanismos de análise do Estado como promotor dos Direitos Fundamentais. Para tanto, a Professora CHRISTINA BINDER, de Viena, apresenta um balanço sobre a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos e seus principais desafios, como o julgar seus próprios casos no prazo razoável e garantir o acesso universal, apesar da criação de critérios de admissibilidade restritivos. O Professor português MANUEL VALENTE analisa a importância de a ciência jurídica valer-se de sólidos fundamentos do Direito Penal Penitenciário para a promoção da ressocialização do detento, problema contemporâneo de ordem mundial. Por fim, o Professor JOSÉ LUIZ SOUZA DE MORAIS compartilha seus estudos realizados no Japão sobre o Sistema de Justiça Criminal.

A comemoração dos 25 anos da Constituição Federal encontra guarida em três estudos inéditos que abordam de forma crítica avanços e imperfeições. O Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO brinda-nos com uma avaliação precisa e propostas pontuais para o aperfeiçoamento de problemas conjunturais, como a governança. A Professora FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA investiga de modo excepcional o papel do Município e sua complexa posição na Federação brasileira. Com a ousada pergunta se realmente necessitamos de partidos políticos no sistema democrático brasileiro, o Procurador do Estado e Professor da ESPGE ENIO MORAES da Silva apresenta estudo inovador.

O *Direito Administrativo* é analisado pela Professora CAROLINA LEISTER que inova e aprofunda a temática dos Regimes Regulatórios na Indústria brasileira de Petróleo, com base no método *Law e Economics*.

Na área do *Direito Ambiental* o Procurador do Estado LUCAS DE FARIA RODRIGUES esmiúça os percalços legislativos que disciplinam o difícil problema das atuações concorrentes administrativas. DESIRRÉE RAMOS MANSANO aborda o compromisso de ajustamento de conduta como um importante mecanismo na defesa do meio ambiente e ALUISIO PINNA BRAGA esquadrinha o panorama prático dos reflexos da exigência da avaliação prévia do impacto ambiental na consecução de obras públicas.

A transformação progressiva do *Direito Processual Civil* poder ser acompanhada pela análise da pesquisa do Procurador do Estado REINALDO APARECIDO CHELLI sobre a ação popular, assim como da investigação feita pela Procuradora do Estado REBECCA CORRE PORTO FREITAS sobre os efeitos dos recursos especiais repetitivos.

Na área do DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO, destaca-se o artigo original da procuradora do Estado VERA WOLF BAVA MONTEIRO sobre um problema sistemático: a gestão de despesas públicas na virada de cada exercício financeiro.

Por fim, na área da Filosofia e Metodologia, destacam-se os trabalhos do Professor ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO com um artigo essencial sobre a Teoria Sociológica da Justiça e da Professora CLARICE DE ARAÚJO, a qual demonstra seu profundo conhecimento na área da Semiótica Legal.

Especial homenagem merecem os Membros da Comissão Editorial, do Corpo Editorial e os Pareceristas pela seriedade dos julgamentos dos artigos pelo processo duplo-cego e pela divulgação de nossas pesquisas em várias Universidades, como Portugal, Espanha, Itália, Estados Unidos e, recentemente, até o Japão. O objetivo é produzir pesquisa acadêmica de boa qualidade, acessível no formato impresso e digital para oferecer soluções científicas para questões contemporâneas na área da Advocacia Pública e da Administração (www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/revistas).

Por fim, a ESPGE dedica essa edição ao nosso querido Docente Professor JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES, que nos deixou de forma inesperada no final do ano 2013. Ficam registradas suas eloquentes e profundas aulas de Direito Ambiental, sua cultura e amor incondicional pela música clássica e pelos animais.

Patricia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado
Diretora da ESPGE
Diretora Científica da RESPGE

THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: BALANCE AND PERSPECTIVES

O Sistema Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos. Balanço e Perspectivas

Christina Binder¹

SUMMARY

1. Introduction. 2. Overview of the European System for the Protection of Human Rights. 2.1. Democracy and Human Rights in the CoE. 2.2. Instruments. 3. The ECHR & its 14 Protocols. 4. CoE Institutions & Institutional Setting of the ECtHR. 4.1. CoE Institutions. 4.2. Organisation/Institutional Setting of the ECtHR. 4.3. Jurisdiction and Access to the ECtHR. 5. Procedure before the ECtHR. 5.1. Overview of Proceedings. 5.2. Judgment and Just Satisfaction. 5.3. Supervision of Execution by the Committee of Ministers. 6. Jurisprudence of the ECtHR. 6.1. Inter-State Applications. 6.2. Individual Complaints/Applications. 7. Balance and Perspectives. 7.1. The European System for the Protection of Human Rights as Success Story. 7.2. The ECtHR: a Victim of its own Success? 7.3. Appreciation. Bibliograph.

RESUMO

O estudo apresenta um balanço do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos através da análise de seus vários instrumentos operacionais, como os Protocolos para a proteção dos direitos civis e políticos e os mecanismos de monitoramento. Aborda de forma crítica a estrutura da organização, a questão do acesso à Corte e às suas decisões. Por fim, avalia a influência da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECtHR) nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados submetidos à sua jurisdição e os problemas estruturais gerados, justamente, pelo sucesso da Corte, como o grande aumento do número de casos para julgamento (fato que gera o descumprimento da sua própria regra da duração razoável do processo) e o complexo paradoxo gerado pela criação de critérios que podem ferir o direito ao acesso universal à Corte, como o julgamento piloto (suspensão/adiamento de todos os casos semelhantes) e a criação de critérios de admissibilidade substantiva (estabelece um limite mínimo de seriedade nas violações).

ABSTRACT

The study gives an overview of the European System of Human Rights Protection by analyzing its various operating instruments such as protocols for the protection of civil and political rights and monitoring system. Discusses critically the structure of the organization, the issue of access to the Court and its decisions. Finally, we assess the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) in the national legal systems of the States under their jurisdiction and structural problems generated precisely by the success of the Court, as the large increase in the number of cases for trial (fact that generates the failure of its own rule of reasonable duration of the process) and the complex paradox generated by the establishment of criteria that can hurt the right to universal access to the Court, as the pilot judgment procedure

¹ Dr. Christina Binder, E.M.A, is Associate Professor at the Department of European, International and Comparative Law at the University of Vienna. She is a recipient of an APART-scholarship of the Austrian Academy of Sciences and member of the interdisciplinary research platform "Human Rights in the European Context". She was a visiting fellow at the Lauterpacht Center in Cambridge 2007-2008 and at the Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg 2008-2011.

(halt/adjournment of all similar cases) and the creation of substantive admissibility criterion (establishing a minimum threshold of seriousness in violations) .

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Sistema Europeu. Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Protocolos. Jurisprudência.

Keywords: Human Rights. European System. European Convention of Human Rights. European Court of Human Rights. Protocols. Jurisprudence.

1. INTRODUCTION²

The European system for the protection of human rights is to be appreciated within its historical context. The Council of Europe (CoE) which was founded in 1949 and the 1950 European Convention on Human Rights (ECHR), on the one hand, were a response to the past and the most serious human rights violations which had been committed during the Second World War. Especially the atrocities of Nazi-Germany had shown that it was not sufficient to leave the protection of human rights to national states. Rather, an international system for the protection of human rights was required.³ On the other hand, the CoE understood itself as bulwark to defend Western values against the rise of Communism which spread from the Soviet Union into European states behind the Iron Curtain.⁴ Also, the CoE meant to counter Fascism which was practiced in Spain and Portugal after the Second World War.

More than 60 years later, the European system for the protection of human rights has proven its efficiency and success. The CoE today counts 47 member states, all of which are parties to the ECHR.⁵ The European Court of Human Rights (ECtHR) acts as single and permanent Court which may be approached by individuals in case of human rights violations. In this function, the ECtHR exercises jurisdiction over more than 800 million people. In the following, we will provide an overview of the European system for the protection of human rights with special focus on the ECHR and ECtHR.

² This article is the updated version of an article which was published in A. von Bogdandy, F. Piovesan, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2011, 371-393.

³ See in this context also the adoption of the 1948 UN Declaration of Human Rights by the General Assembly.

⁴ DJ Harris, M O'Boyle, C Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed, OUP, 2009, 1.

⁵ States parties to the ECHR include all European states as well as states such as Armenia, Azerbaijan, Georgia, Russia and Turkey. No states parties to the ECHR are Belarus, the Holy See and Kosovo. See CoE, ECHR, Status of ratifications as of September 2013, <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>.

2. OVERVIEW OF THE EUROPEAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

2.1. Democracy and human rights in the CoE

The CoE is the oldest intergovernmental organization which deals with the protection of human rights. The CoE is based on three “pillars”: human rights, the rule of law and the promotion of pluralistic democracy.⁶ Only those states which adhere to these fundamental values may become members of the CoE.⁷ According to Article 8 of the CoE’s Statute, states may even be expelled from the Council if they are found to seriously violate them.⁸ States interested in joining the CoE must undertake a political commitment to ratify the ECHR.⁹

2.2. Instruments

Several instruments for human rights protection have been adopted under the auspices of the CoE. The ECHR and its 14 Protocols provide for an efficient and far-reaching system for the protection of civil and political rights. The ECHR was adopted in 1950 (entry into force in 1953), its 14 Protocols – which broadened the Convention’s material scope as well as introduced procedural reforms – successively afterwards. In accordance with Article 1 of the ECHR, all states parties undertake to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section one of the Convention.” States thus commit to an obligation of result which is two-fold: 1. to ensure that their domestic law and practice is compatible with the Convention; and 2. to remedy any breach of the substantive rights and freedoms protected by the Convention.¹⁰

The protection of economic, social and cultural rights is done in a somehow more fragmented and less effective manner in the (Revised) European Social Charter. The 1961 European Social Charter (ESC) – which entered into force

⁶ See Preamble and Art 3 of the Statute of the CoE.

⁷ Art 3 of the Statute of the CoE: “Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms.”

⁸ Art 8 of the Statute of the CoE: “Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with its request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.”

⁹ R Mackenzie, C Romano, P Sands and Y Shany, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2nd ed, OUP, 2010, 335.

¹⁰ See D Gomien, *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, 2002, 7.

in 1965 – is also called the “little sister” of the ECHR, since the latter is far better known.¹¹ Among the rights protected in the ESC are the right to work, to organize and to bargain collectively, the right to social security and to social and medical assistance. The 1996 Revised European Social Charter (RevESC), which entered into force in 1999, broadens the ESC’s scope of protection by introducing certain additional rights, such as the right of children and young persons to protection as well as the right of workers to dignity at work.¹² The rights enshrined in the (Rev)ESC are worded more weakly than those in the ECHR. States have to engage in obligations of conduct, rather than result.¹³ Also, contrary to the ECHR, states are given the possibility of “à la carte” ratification: with an opting-in system they may selectively ratify which rights they prefer to consider as binding.¹⁴ Likewise, the (Rev)ESC’s enforcement mechanism is less effective. Although a collective complaints mechanism was introduced for certain NGOs through the adoption of an Additional Protocol in 1995,¹⁵ state reporting remains the main mechanism to monitor states’ compliance.¹⁶

Other instruments adopted in the framework of the CoE include the 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (ECPT) which entered in force in 1989.¹⁷ The ECPT protects persons deprived of their liberty from torture and inhuman or degrading treatment or punishment. For this purpose, most importantly, the ECPT establishes a system of preventive visits to places such as prisons where persons are deprived of their liberty by a

¹¹ See M Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003, 173. As of September 2013, the ESC was ratified by 27 states, the RevESC by 33 states. (See CoE, ESC, Status of ratifications, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=1&DF=&CL=ENG> and <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG>);

¹² A 1988 Additional Protocol had added further rights such as the rights to information and participation for workers or the right of elderly persons to social protection.

¹³ Art 1 of the ESC: “The right to work: With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Contracting Parties undertake: 1. to accept as one of their primary aims and responsibilities the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible, with a view to the attainment of full employment; ...”

¹⁴ Art 20 of the ESC. Still, states have to ratify five out of the seven core articles, including the right to work, the right to organize, the right to bargain collectively, the right to social security, the right to social and medical assistance, the right of the family to social, legal and economic protection, the right of migrant workers and their families to protection and assistance. The RevESC added an 8th core article – the right of children and young persons to protection.

¹⁵ In total there have been 101 collective complaints so far. (As of 30 September 2013; see CoE, ESC, List of complaints and state of procedure, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp).

¹⁶ The European Committee of Social Rights with its 12 Members (elected for 6 years each) is the principal body established for assessing the states’ compliance with the (Rev)ESC.

¹⁷ The ECPT was amended by two subsequent protocols which entered into force in 2002.

public authority.¹⁸ Likewise under the auspices of the CoE, the 1992 European Charter for Regional or Minority Languages (entry into force 1998) and the 1995 European Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM, entry into force in 1998) provide for a minimum of minority rights. In the latter, the monitoring of states' compliance with their obligations is done by means of state reporting.

In the following, emphasis will be laid on the ECHR and its institutions, as the main and most elaborated instrument for human rights protection in the framework of the CoE.

3. THE ECHR & ITS 14 PROTOCOLS

The CoE provides for a very advanced system of human rights protection in the field of civil and political rights: The ECHR and its 14 Protocols¹⁹ enshrine the major civil and political rights and also set up an efficient supervisory/monitoring mechanism.

The ECHR's substantive rights are incorporated in Section I of the ECHR. More particularly, the ECHR contains the right to life (Art 2), the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art 3), the prohibition of slavery and forced or compulsory labour (Art 4), the right to liberty and security of person (Art 5), the right to a fair and public trial within a reasonable time (Art 6), the prohibition of retroactive criminal laws (Art 7), the right to respect for private and family life, home and correspondence (Art 8), the freedom of thought, conscience and religion (Art 9), the freedom of expression (Art 10), the freedom of assembly and association (Art 11), the right to marry and found a family (Art 12), the right to an effective remedy (Art 13) and the accessory prohibition of discrimination (Art 14).

Subsequent Protocols (Nos 1, 4, 6, 7, 12 and 13) add further rights to those contained in the ECHR. Protocol No 1 (1952/1954) provides for the right to property (Art 1), the right to education and free choice of education (Art 2) as well as the right to free elections by secret ballot (Art 3). Protocol No 4 (1963/1968) includes the prohibition of detention for debt (Art 1), the freedom of movement (Art 2), the prohibition of expulsion of nationals (Art 3) and the prohibition of collective expulsion of aliens (Art 4). Protocol No 6 (1983/1985) establishes the prohibition of the death penalty in times of peace (Art 1). Protocol No 7 (1984/1988) elaborates on

¹⁸ Art 2 of the ECPT. The visits are carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

¹⁹ See Website of the CoE for the full list, text and signatures/ratifications of the ECHR and its Protocols, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>.

procedural safeguards relating to the expulsion of aliens (Art 1), the right of appeal in criminal matters (Art 2), compensation for the miscarriage of justice (Art 3), the right not to be tried or punished twice (Art 4) and the equality between spouses (Art 5). Protocol No 12 (2000/2005) establishes the prohibition of discrimination as an independent right and Protocol No 13 (2002/2003) provides for the general abolition of the death penalty in all circumstances.

These Protocols reflect the extension of the ECHR's material scope of protection. As at the time of adoption of the ECHR in 1950 states were only able to agree on a lesser standard of protection than nowadays, later Protocols were needed to gradually broaden the ECHR's scope. The most telling examples are perhaps 1.) the gradual abolition of the death penalty as an exception to the right to life and 2.) the prohibition of discrimination.

1.) The right to life, as provided for in Article 2 of the 1950 ECHR, contained a general exception for death penalty.²⁰ The conviction of a person to death was thus not unlawful under the condition that it was in the execution of a court sentence for a crime for which the penalty was provided for by law. In the mid-1980s, with the adoption of Protocol No 6, states were able to agree on the abolition of death penalty in times of peace,²¹ with Protocol No 6 being ratified by all CoE member states with the exception of Russia. Protocol No 13, in 2002, finally provided for the general abolition of the death penalty in all circumstances, thus also establishing its abolition in time of war. Protocol No 13 has been widely accepted as well: It has been ratified by 43 states.²²

2.) The prohibition of discrimination was merely framed as an accessory right in Article 14 of the ECHR.²³ Individuals could thus only rely on Article 14 ECHR if they also alleged a violation of other rights contained in the ECHR. Protocol No 12, which was adopted in 2000 and ratified by 18 states as of September 2013, then provided for a comprehensive and non-accessory prohibition of discrimination,

²⁰ Art 2 ECHR: "Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. ..."

²¹ Protocol N° 6: "Article 1 – Abolition of the death penalty. The death penalty shall be abolished. No-one shall be condemned to such penalty or executed. Article 2 – Death penalty in time of war. A State may make provision in its law for the death penalty in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war; such penalty shall be applied only in the instances laid down in the law and in accordance with its provisions. The State shall communicate to the Secretary General of the Council of Europe the relevant provisions of that law."

²² Protocol No 13 is not ratified by Armenia and Poland; Azerbaijan and Russia have neither signed nor ratified it.

²³ Art 14 ECHR: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

thus protecting against discrimination with respect to any right “set forth by law”²⁴. Furthermore, Protocol No 12 includes additional discrimination grounds such as physical or mental disability, sexual orientation or age.

The ECHR’s substantive scope of protection has continuously been broadened and increased. However, while all CoE member states have ratified the ECHR not all states are parties to all of its Protocols. Moreover, a comparison with other human rights instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR), reveals that the CCPR is more comprehensive in some respects. Not included in the ECHR are the rights of members of minority groups,²⁵ freedom from racist or other propaganda or the right to recognition as a person before law.²⁶ The 1969 American Convention on Human Rights (ACHR) goes further than the ECHR with its reference to economic, social and cultural rights in Article 26 ACHR and its far-reaching due process guarantees (Art 8 ACHR). Still, the dynamic and evolutionary interpretation of the ECtHR, which consistently interprets the ECHR as a “living instrument”, has compensated for some of these shortcomings.²⁷

4. CoE INSTITUTIONS & INSTITUTIONAL SETTING OF THE ECtHR

4.1. CoE Institutions

The history of the CoE’s institutions reflects the gradual strengthening of the ECHR’s system for the protection of human rights. In 1950, the only mandatory procedure states committed themselves to by ratifying the ECHR was the inter-state complaints procedure before the European Commission of Human Rights (established in 1954) and the Committee of Ministers. The individual complaints procedure and the jurisdiction of the ECtHR (established in 1959) were optional. A two track system of human rights protection was thus applicable to those states which accepted the jurisdiction of the Court. The European Commission of Human Rights acted as “first instance” for victims of human rights violations and the ECtHR as “second instance”.

Subsequent reforms strengthened and increased the efficiency of the ECHR’s monitoring system. Access to the ECtHR as an individual right of victims of human

²⁴ Art 1 of Protocol No 12: “1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination...”

²⁵ The FCNM, as stated above, provides however some protection.

²⁶ See also Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 3.

²⁷ The “living instrument theory” expresses the principle that the ECHR is interpreted in the light of present day conditions, that it evolves through the interpretation of the Court. (See L Wildhaber, “The European Court of Human Rights in Action”, 21 *Ritsumeikan Law Review* 2004, 83, 84, <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr21/wildhaber.pdf>.) See *infra* section 7.1, for further reference.

rights violations was successively achieved. Protocol No 11 (entry into force 1998) abolished the European Commission of Human Rights²⁸ and established one single and permanent Court possessing compulsory jurisdiction over all states parties. Protocol No 14, which entered into force in June 2010, further streamlined the procedures before the ECtHR. Likewise, the role of the Committee of Ministers, a political body, was gradually reduced. The Committee of Ministers is the CoE's decision making body and generally decides the CoE's policy. It is composed of the ministers of foreign affairs of each member state or their permanent diplomatic representatives in Strasbourg. Whereas, in early times, the Committee had a role in the decision-making procedure as regards the establishment of human rights violations, today its role is reduced to supervision of the implementation of the ECtHR's judgments. This, positively, excludes political elements from deliberation and leaves the decision whether a state has violated the ECHR to the Court as the judicial institution.

4.2. Organisation/Institutional Setting of the ECtHR

The ECtHR is entrusted with monitoring the compliance of CoE member states with their obligations under the ECHR. The ECHR, as amended by Protocols No 11 and 14, establishes the Court and determines its composition, jurisdiction, and the general contours of its procedure. More specific rules of procedure are contained in the Rules of Court (RoC), which were adopted in November 1998 and amended since, on a number of occasions.²⁹ Still, the Court may derogate from the RoC where appropriate after consultation with the parties.³⁰

a. Composition

The ECtHR is a full time Court, with full time professional judges. It works on a permanent basis. The Court is composed of as many judges as states parties to the Convention³¹, *i.e.* 47 as of September 2013. Judges must be persons of high moral character who possess qualifications required for appointment to a high judicial domestic office, or are considered to be jurisconsults of recognized competence.³² Each state party is entitled to nominate three candidates for service

²⁸ The European Commission of Human Rights continued to work until October 1999.

²⁹ Rules of Court (RoC), 1 July 2013, available at: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

³⁰ Rule 31 RoC.

³¹ Art 20 ECHR

³² Art 21(1) ECHR

on the Court. Of these, the Parliamentary Assembly of the CoE³³ elects one after a hearing. Notwithstanding their nomination through states, the judges serve in their individual capacity. Since the entry into force of Protocol No 14, judges cannot be re-elected and their terms of offices were increased from 6 to 9 years. Their retirement age is 70.³⁴ Positively, these reforms and the prohibition of re-election should further strengthen the judges' independence.

b. Judicial formations

Depending on the circumstances, the Court sits in varying judicial formations. The Plenary of the Court – all 47 judges – only decides organisational matters, including the composition of the Grand Chamber or the Sections.³⁵ When handling cases – on admissibility and/or merits – , the Court sits in single-judge formations, in Committees of three judges, in Chambers and as Grand Chamber with 17 judges.³⁶

Seven-judges Chambers³⁷ are the “usual”/standard formation to deal with the (admissibility and) merits of a case.³⁸ As a rule, Chambers include the judge who was elected in respect of the state party defendant in a case.³⁹ This has the positive effect to further the understanding of local conditions. If the respective judge is not part of the Chamber, *ad hoc* judges will be appointed accordingly.

The traditional task of three judge Committees is to – unanimously – reject clearly inadmissible cases.⁴⁰ In addition, since the entry into force of Protocol No 14, Committees may also decide the merits in evidently well-founded cases and those with well established case law.⁴¹

³³ The Parliamentary Assembly (PACE) is the deliberative body of the CoE and has initiated many international treaties. Its 321 (and 321 replacing) members are appointed by the national parliaments of each member state, with their number differing per state in accordance with a state's size and population.

³⁴ Art 23 ECHR.

³⁵ Sections are the organisational entities from where the Chambers are formed for each case. A total of 5 Sections are composed of 9 or 10 judges each. The composition of Sections has to take place with due regard to geographical and gender balance and should be representative of the different legal systems of the states parties.

³⁶ Art 26 ECHR.

³⁷ With the entry into force of Protocol No 14, the Plenary may also request the Committee of Ministers to reduce the number of judges in the Chambers from 7 to 5 for a fixed period of time. (Art 26.2 ECHR).

³⁸ Art 29 ECHR.

³⁹ Art 26.4 ECHR.

⁴⁰ Art 28.1a ECHR.

⁴¹ Art 28.1b ECHR.

Newly introduced by Protocol No 14 was furthermore the single judge formation. A single judge may reject plainly inadmissible applications, i.e. those “where a decision can be taken without further consideration.”⁴² The decision is final.

Exceptionally, the Court also sits in the comprehensive composition of Grand Chambers. The Grand Chamber is composed of 17 judges, including the President and the Vice President of the ECtHR as well as the Section Presidents. This inclusive composition should result in authoritative, balanced and well reasoned judgments. The Grand Chamber sits in cases which are relinquished by the Chamber before its judgment – if no party objects –, when the case raises serious questions concerning the implementation of the Convention or the Protocols or questions which might result in a judgment which is inconsistent with previous case law. Furthermore, the Grand Chamber can, in principle, also hear cases on referral at the request of any party to cases already decided by a Chamber, thus acting as an “instance of appeal”. However, such request of referral is granted only exceptionally.⁴³ The Grand Chamber furthermore deals with infringement proceedings:⁴⁴ The Committee of Ministers may – a competence newly introduced by Protocol No 14 – refer cases where states do not abide by final judgments back to the Court.⁴⁵ The Grand Chamber also considers requests for advisory opinions.

The administration of the ECtHR is operated by the Registry, headed by the Registrar.⁴⁶ The Registrar is elected by the Plenary Court for a renewable 5-year term. He is responsible for the work of the Registry and for the Court’s archives, communications with the Court and dissemination of information concerning the Court.⁴⁷

4.3. Jurisdiction and Access to the ECtHR

a. Jurisdiction

The Court has mandatory jurisdiction over individual applications and inter-state cases⁴⁸ on “all matters concerning the interpretation and application of the

⁴² Art 27 ECHR. When acting as a single judge, a judge shall not examine any applications against the state in respect of which he or she was elected.

⁴³ *I.e.* when the case raises serious questions concerning the interpretation of the Convention or Protocols or a serious issue of general importance. A panel of five Grand Chamber judges decides on the admissibility of the referral.

⁴⁴ Art 31.b ECHR.

⁴⁵ Art 46.4 ECHR.

⁴⁶ Rules 15-18A RoC. For further reference see Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 341.

⁴⁷ Rule 17 RoC.

⁴⁸ Arts 33, 34 ECHR.

Convention and the protocols thereto.”⁴⁹ Individuals, NGOs, and groups of individuals who claim to have been victims of a human rights violation may bring a case against a state party which has allegedly committed the violation.⁵⁰ Likewise, any state party to the Convention may bring a case against any other state party which is alleged to have breached the provisions of the ECHR or its Protocols.⁵¹

The ECtHR also has (limited) competence to issue advisory opinions at the request of the Committee of Ministers “on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols thereto”.⁵² These opinions must not, however, relate to the substantive content or scope of the rights or freedoms defined in Section I of the Convention. Thus, the ECtHR may only deal with procedural questions and must not address matters concerning the scope of the substantive rights and freedoms enumerated in the Convention or Protocols, or any other matter which may be raised in ordinary proceedings before the Court. Also due to these restrictions, the ECtHR’s competence to issue advisory opinions has been very rarely used. So far, the Court has only been requested three times to issue advisory opinions, out of which it rejected one.⁵³

b. Access to the Court/admissibility criteria

For (individual and inter-state) cases to be admissible, they have to comply with various conditions which are outlined in Article 35 ECHR. First, all (effective and available) domestic remedies must be exhausted in order to give the concerned state a possibility to remedy the alleged breach at domestic level first and to prevent or rectify the alleged violations before they are brought to the attention of the ECtHR.⁵⁴ It also has the effect of not overburdening the ECtHR with too many cases.

⁴⁹ Art 32 ECHR.

⁵⁰ Art 34 ECHR: “Individual Applications. The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. ...”

⁵¹ Art 33 ECHR: “Inter-State cases. Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the protocols thereto by another High Contracting party.”

⁵² Art 47 ECHR.

⁵³ The ECtHR decides itself “whether a request for an advisory opinion submitted by the Committee of Ministers is within its competence” (Art 48 ECHR). In 2004, the Court refused to issue an advisory opinion on the question whether member states to the Convention could join other regional human rights mechanisms offering less robust human rights protection, arguing that the same question could be raised in the admissibility stage of the Court’s ordinary proceedings. (ECtHR, Decision on the Competence to Give an Advisory Opinion, 2 June 2004). The request at issue concerned the compatibility of the participation of Russia and other former Soviet Union republics in both the ECHR and the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of the CIS. (See Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 344, for further reference.)

⁵⁴ Art 35.1 ECHR. This is premised on the assumption that there are effective domestic remedies (see also Art 13 ECHR). As affirmed by Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 342: “Remedies need to be exhausted only if they relate to the alleged breach and are, in the context of the case, available accessible, sufficiently certain in theory and practice, offer reasonable prospects of success ...”.

Likewise, the complaint must be brought before the Court within six months from the date the final decision was taken.⁵⁵ This is for the sake of legal certainty and to facilitate the establishment of the facts of the case.

In case of individual complaints, the applicant must allege to be the victim of a human rights violation set forth in the ECHR or its Protocols.⁵⁶ Contrary to the Inter-American system for the protection of human rights, the *actio popularis*, i.e. NGOs/civil society groups taking up cases and lodging a complaint on behalf of the victim(s), is thus not possible. Also, anonymous or manifestly ill-founded complaints are inadmissible as well as those which have been already examined by the ECtHR or another international body.⁵⁷ Finally, a new and substantive admissibility criterion was introduced by Protocol No 14. Cases, where “the applicant has not suffered a significant disadvantage” may be declared inadmissible under the condition that they have been “duly considered by a domestic tribunal”, “unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits.”⁵⁸ This gives the ECtHR the competence to, in principle, reject minor cases.

5. PROCEDURE BEFORE THE ECtHR

5.1. Overview of Proceedings

Cases which are submitted to the ECtHR have to be initiated by means of written applications filed with the Registry of the Court. One may generally distinguish between decisions on admissibility and on merits.⁵⁹

Admissibility decisions determine whether an application complies with the criteria and conditions outlined above.⁶⁰ A single judge may declare obviously ill-founded individual complaints inadmissible,⁶¹ i.e. applications, “where such decision can be taken without further examination”⁶². If the matter is more complex, the judge shall forward the case to a three judge Committee or Chamber for further

⁵⁵ Art 35.1 ECHR

⁵⁶ Art 34 ECHR.

⁵⁷ Art 35.2 ECHR

⁵⁸ Art 35.3 ECHR.

⁵⁹ This notwithstanding that, in accordance with Protocol No 14, decisions on admissibility and merits may increasingly be taken jointly.

⁶⁰ See Art 35 ECHR for the admissibility criteria.

⁶¹ In inter-state cases, Chambers – and not smaller formations – are tasked to decide on admissibility and merits.

⁶² Art 27.1 ECHR.

examination.⁶³ The admissibility of other cases is thus examined by a Committee of three judges or by a Chamber.⁶⁴ Moreover, Chambers may in addition to sitting on the merits, come back on a Committee's admissibility decision at all times and declare a case inadmissible.⁶⁵

Once a case is held admissible, parties are invited to submit written statements on the merits as well as additional evidence.⁶⁶ An oral hearing only takes place if the Chamber considers it necessary. Oral hearings are public unless the ECtHR – exceptionally – decides otherwise.⁶⁷ The Court may also invite NGOs to submit *amicus curiae*. Likewise states parties or other interested persons may be invited to present written comments to the Court in the interest of the proper administration of justice.

Usually, Chamber judgments are binding and final. As stated, however, in exceptional cases, the Grand Chamber may become a “second instance”: Namely when the case raises serious questions affecting the interpretation of the ECHR or the Protocols or a serious matter of general importance.⁶⁸ A panel of five Grand Chamber judges decides on the admissibility of the “appeal”. If the Grand Chamber accepts the case, it will hear it in accordance with the ordinary procedure of the Court and render a judgment fully replacing the former Chamber judgment. Thus, the Grand Chamber may only set aside the entire judgment; it is impossible to refer merely parts of a case.⁶⁹

5.2. Judgment and Just Satisfaction

The judgments of the ECtHR are binding on the parties to the case. The Court's judgments include, generally, an account of the procedure; the facts of the case; a summary of the parties' submissions; reasons for the judgment; operative

⁶³ Art 27.3 ECHR.

⁶⁴ The three judge Committee may, unanimously, either declare the case inadmissible or refer it to the Chamber for deliberation on the merits, or, under condition that the underlying question is already subject to the Court's well established case law, simultaneously render a decision on admissibility and merits. (Art 28 ECHR.)

⁶⁵ As stated, in exceptional circumstances they may also refer a case to the Grand Chamber.

⁶⁶ The rules for inter-state complaints are slightly different. Because of the greater practical relevance of individual applications, this study will be limited to the latter.

⁶⁷ Decisions to hold hearings *in camera* must relate to reasons such as moral interest, public order or national security in a democratic society, the interests of juveniles or the protection of private lives.

⁶⁸ Art 43 ECHR. Such request that the case be referred to the Grand Chamber must be submitted in writing within three months from the date of delivery of the judgment.

⁶⁹ See Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 340.

provisions; and decisions on costs.⁷⁰ The judgment is notified in writing to the parties and made available to the general public online.⁷¹ Judges may also issue separate, concurring or dissenting opinions to a judgment.⁷²

When establishing a human rights violation, the ECtHR is given rather limited means to grant relief. In accordance with Article 41 of the ECHR, the Court may award a victim “just satisfaction” – a competence which has been understood as to award monetary compensation for the damages suffered and/or legal/procedural costs.⁷³ It is not foreseen, for instance, that the ECtHR adopts other measures to award legal redress to the victims of human rights violations, such as by ordering restitution (eg releasing prisoners, returning property), measures of rehabilitation (eg psychological support for victims), or repeals of laws and judgments. Rather, the choice of the appropriate means of redress is left to the state party found in violation of the ECHR.

Also in practice, the ECtHR has traditionally been rather deferent and left a wide margin of appreciation to states on how best to implement its judgments. The ECtHR affirmed that “in principle, it is not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent state’s obligations”⁷⁴. Still, there is some indication that the ECtHR has somehow started to abandon its attitude of self-restraint concerning reparations.⁷⁵ In some cases, the Court has – still on an exceptional basis – started to indicate specific measures of restitution for the victim, including the return of property⁷⁶ or the release of prisoners.⁷⁷ Likewise, the ECtHR has occasionally given some indication of how states should best bring their law in line with their human rights obligations: this especially in the pilot judgments procedure, which was first used in *Broniowski v. Poland* (2004).⁷⁸

These tentative steps are however not comparable to the far-reaching reparation orders of the Inter-American Court of Human Rights. Based on its – broader

⁷⁰ Rule 74(1) RoC.

⁷¹ Art 44(3) ECHR, Rules 76(2), 77(2,3), 78 RoC.

⁷² Art 45(2) ECHR, Rule 74(2) RoC.

⁷³ Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 25. Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 354.

⁷⁴ ECtHR, *Broniowski v. Poland* (GC), Judgment of 22 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-V. Rather, it is for that state “to put an end to the breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach.” (ECtHR, *Brumarescu v. Romania*, Application No 28342/95, 28 October 1999, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>).

⁷⁵ Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 26.

⁷⁶ ECtHR, *Papamichalopoulos v Greece*, Application No 14556/89, 31 October 1995, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

⁷⁷ ECtHR, *Assanidze v Georgia*, Application No 71503/01, 8 April 2001, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

⁷⁸ *Broniowski*, *supra* n° 74. For details, see *infra* Section 7.3.

– competence in Art 63.1 ACHR⁷⁹, the Inter-American Court has told states precisely what means to adopt to redress a situation, including, eg demarcating the territories of indigenous peoples,⁸⁰ and even directly establishing the nullity of domestic legislation contravening the ACHR.⁸¹

5.3. Supervision of Execution by the Committee of Ministers

As dealt with above, the judgments of the Court do not annul a domestic law or a decision of an administrative organ of the respective state. Rather, they establish a state obligation in accordance with Art 46(1) ECHR which states: “The state parties undertake to abide by the final judgment of the Court.” Accordingly, judgments are not enforceable as such at national level, unless the respective domestic system provides for their direct effects. States are thus free to comply with the ECtHR’s judgments in accordance with the rules of their national legal systems.

Art 46(2) ECHR tasks the Committee of Ministers with the supervision of the execution of the judgments. The status of execution is published on the website of the Committee of Ministers.⁸² In view of the vital importance of full and rapid execution, Protocol No 14 empowered the Committee of Ministers to refer cases of non-compliance back to the ECtHR.⁸³ This seems important in particular in case of structural problems, which give raise to repetitive applications brought before the Court. The ECtHR – in the composition of the Grand Chamber – is then competent to issue a second judgment which establishes a state’s failure of execution.

States’ executions of judgments – outstanding in the past –⁸⁴ remain generally good. A certain distinction may be drawn, though, between compliance

⁷⁹ Art 63.1 ACHR: “1. If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court ... shall ... rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.”

⁸⁰ See eg Inter-Am Court HR, *The Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001.

⁸¹ See Inter-Am Court HR, *Barrios Altos v. Peru*, Merits, Judgment of 14 March 2001, Series C, No 75; Inter-Am Court HR, *La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 29 November 2006, Series C, No 162; Inter-Am Court HR, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 September 2006, Series C, No 154.

⁸² CoE, Execution of Judgments by the ECtHR, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/About_en.asp.

⁸³ Art 46.4 ECHR: “If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.”

⁸⁴ See Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 27. In 1996, the President of the Court stated that they had “not

with pecuniary damages (the monetary compensation of victims) and other, more general measures such as required changes in legislation. As regards pecuniary damages, according to the CoE's statistics, states complied at 81 per cent with their duty to pay just satisfaction.⁸⁵ Somehow more critical seems to be compliance with general measures.⁸⁶ Still, overall states' compliance remains fine.

6. JURISPRUDENCE OF THE ECtHR

The ECtHR's case law evidences a huge difference in numbers as regards inter-state cases and individual complaints. While merely about a dozen inter-state cases have been brought to the attention of the Strasbourg institutions (European Commission of Human Rights, ECtHR), the number of individual applications has skyrocketed especially since the entry into force of Protocol No 11 establishing one single and permanent Court in 1998.

6.1. Inter-State Applications

Although the inter-state complaints procedure has been mandatory since the beginnings of the Strasbourg system, only a total of 15 inter-state applications have been lodged.⁸⁷ What is more, most of these cases involved bilateral conflicts: Inter-state complaints have been brought in relation with the strive for independence in Cyprus (two complaints from Greece against United Kingdom);⁸⁸ the South Tyrol conflict (one complaint from Austria against Italy)⁸⁹; the conflict in Northern Ireland (two complaints from Ireland against UK),⁹⁰ the Turkish invasion of Cyprus

only generally but always been complied with by the Contracting States concerned. There have been delays, perhaps even examples of minimal compliance, but no instances of non-compliance." (Cited after *id.*)

⁸⁵ CoE/Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, Annual Report 2012, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/Publications_en.asp, 12.

⁸⁶ *I.e.* cases of structural or endemic problems or when violations found require changes in legislation. See Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 356, for further reference.

⁸⁷ As of September 2013. See ECtHR, Inter-State applications, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5D5BA416-1FE0-4414-95A1-AD6C1D77CB90/0/Requ%C3%AAtes_inter%C3%A9tatiqes_EN.pdf. See generally Nowak, *supra* n° 11, 166.

⁸⁸ *Greece v. United-Kingdom I*, Application N° 176/56, Report of the Commission, 26 September 1958 (Conf.); *Greece v. United Kingdom II*, Application No 299/57, Reports of the Commission, 26 September 1959 and 8 July 1959 (Conf.).

⁸⁹ *Austria v. Italy*, Application No 288/60, Report of the Commission, 30 March 1963.

⁹⁰ ECtHR, *Ireland v. United Kingdom I*, Application No 5310/71, 18 January 1978; *Ireland v. United Kingdom II*, Application No 5451/72, Decision on Admissibility, 1 October 1972, struck off the list.

(four complaints by Cyprus);⁹¹ and the violations of a Danish citizen's human rights in Turkey (one complaint).⁹² More recently, two cases were filed by Georgia against Russia in the context of their conflict on the Georgian regions Abkhazia and South Ossetia.⁹³

Only three inter-state cases seem to have been filed for genuine human rights concerns; i.e. the original intention of the procedure being "for unconcerned states to commit themselves, without any bilateral interests whatsoever to the human rights of persons in other states, and to intervene in the event of gross and systematic violations by making inter-state complaints in the name of a common European *ordre public*."⁹⁴ This was the case with two complaints against Greece during its military dictatorship in the late 1960s⁹⁵ and one complaint against the Turkish military regime in the early 1980s.⁹⁶ All cases were brought by Scandinavian countries known for their comparatively high level of human rights protection and their pro-active human rights policies in foreign and development affairs.⁹⁷

As regards the outcome of the inter-state complaints, since the majority were older cases where states had not recognized the competence of the Court, most were decided by resolutions of the Committee of Ministers or terminated by friendly settlement.⁹⁸ Still, in the *Case of Ireland v. the United Kingdom*, the ECtHR found that the interrogation techniques employed by British security forces constituted a practice of inhuman and degrading treatment and punishment in violation of Article 3 ECHR.⁹⁹ In the cases brought by Cyprus against Turkey,

⁹¹ *Cyprus v. Turkey I*, Application No 6780/74, Report of the Commission, 10 July 1976; *Cyprus v. Turkey II*, Application No 6950/75, joined to *Cyprus v. Turkey I*; *Cyprus v. Turkey III*, Application No 8007/77, Reports of the Commission, 12 July 1980 (Conf., Interim) and 4 October 1983; ECtHR, *Cyprus v. Turkey IV*, Application n° 25781/94, 10 May 2001.

⁹² ECtHR, *Denmark v. Turkey*, Application No 34382/97, 5 April 2000.

⁹³ ECtHR, *Georgia v. Russia I*, Application No 13255/07; *Georgia v. Russia II*, Application No 38263/08. In *Georgia v. Russia I*, for instance, Georgia alleges the existence of a Russian administrative practice involving the arrest, detention and collective expulsion of Georgian nationals from the Russian Federation in autumn 2006. (See <http://www.humanrightseurope.org/2011/02/georgia-v-russia-judges-take-evidence/>).

⁹⁴ Nowak, *supra* n° 11, 166.

⁹⁵ The Greek Case. Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece, Application Nos 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67, Report of the Commission, 5 November 1969, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=69458958&rskin=hudoc-en&action=request>; The Second Greek Case. Denmark, Norway and Sweden against Greece, Application No 4448/70, Report of the Commission, 4 October 1976, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp>.

⁹⁶ *France, Norway, Denmark, Sweden, Netherlands v. Turkey*, Application Nos 9940/82, 9941/82, 9942/82/, 9943/82, 9944/82, Report of the Commission, 7 December 1985 (conf., concluded by friendly settlement.)

⁹⁷ They were joined by France in the complaint against Turkey.

⁹⁸ See Nowak, *supra* n° 11, 166 for details.

⁹⁹ ECtHR, *Case of Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp>.

the Court ascertained gross and systematic human rights violations committed by the Turkish occupying forces.¹⁰⁰ *Georgia v. Russia I & II* remained pending as of September 2013: the cases were relinquished to the Grand Chamber in December 2009 and April 2012 respectively.

The potential of the inter-state complaints procedure is particularly evidenced in the cases brought for genuine human rights concerns. In the cases against the Greek military junta, the European Commission of Human Rights conducted an onsite visit and established gross and systematic human rights violations of almost all rights under the ECHR. In result, the Committee of Ministers was about to exclude Greece from the CoE when the Greek government decided to leave the organization. It was also the pressure of this move which was considered as ultimately instrumental in bringing down the military junta in 1974 and replacing it with a democratic government (with Greece being welcomed back to the CoE).¹⁰¹ While in the case of the serious human rights violations committed under the Turkish government in the early 1980s a friendly settlement was reached, this also spurred a shift towards democracy and brought Turkey closer to the European human rights system.¹⁰²

In short, inter-state applications, especially when they are brought on genuine human rights grounds, are rather effective to address grave human rights violations. Still, the inter-state complaints procedure remains remarkably little used. States seem highly reluctant to complain about another state's deficient human rights situation before the ECtHR. To exemplify, when the Parliamentary Assembly invited states parties to bring an application against Russia on account of the serious human rights violations in Chechnya, no government followed suit.¹⁰³ This, on the one hand, due to the fact that inter-state complaints are diplomatically considered to be highly unfriendly acts and states appear hesitant to bring a complaint "merely" on human rights grounds. Moreover, the inter-state complaints procedure is very formalised, cumbersome and complex. States thus seem to prefer other fora to express concerns about human rights violations, including the UN Human Rights Council, the OSCE, EU foreign relations, bilateral diplomatic channels or development policies.

¹⁰⁰ ECtHR, *Case of Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp>.

¹⁰¹ Nowak, *supra* n° 11, 166.

¹⁰² *Id.*, 167.

¹⁰³ PACE Recommendation 1456 (2000), 6 April 2000, HRLJ 21 (2000) 286.

6.2. Individual Complaints/Applications

Much more effective than the inter-state was the individual complaints procedure. After a slow start in its first decades, the procedure started to take off since the 1980s and even more so in the 1990s.¹⁰⁴ Especially since the entry into force of Protocol No 11, the number of individual applications before the ECtHR has skyrocketed. To exemplify, alone in 2012 65.150 new applications were brought to the attention of the Court.¹⁰⁵ This is more than in the entire period between 1959 and 1999.¹⁰⁶ However, merely a tiny fraction of these cases – around 8 % – is declared admissible. Reasons for this exponential increase of cases are, first, the growing knowledge about the Court on the part of individual applicants as well as NGOs. This was especially supported by Protocol No 11's establishment of a permanent court with binding jurisdiction on all member states to which individuals have direct access. Another reason is the huge increase in the number of countries which have accepted the ECtHR's jurisdiction since 1989 – from 22 to 47 –, including most significantly post-communist states.¹⁰⁷

a. Subject matters

As regards the subject matters of individual applications, the ECtHR had to deal with a huge range of issues.¹⁰⁸ A statistical appraisal of violations established between 1959 (the ECtHR's establishment) and 2012¹⁰⁹ showed that most of the violations (43.99 %) concerned the right to fair trial (Art 6 ECHR): the ECtHR established delays in the hearing of cases – such as not to be conducted “within a reasonable time” – in 26.37 % of cases and violations of other aspects of the right to a fair trial¹¹⁰ in 21.10 % of cases. The second largest share of violations concerned the protection of the right property (Art 1 of Protocol No 1) amounting to 12.96 % of the cases, with an increase of property related cases particularly in recent years. This was followed by violations of the right to personal liberty and security (Art 5 ECHR) which amounted to 11.74 % of all violations, including violations of the maximum length of detention on remand or the preventive detention of terrorists, children or

¹⁰⁴ For details, see eg C Tomuschat, “The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions”, in R Wolfrum and U Deutsch (eds), *The European Court of Human Rights, Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, 2009, 1, 6 *et seq.*

¹⁰⁵ See ECtHR, Analysis of Statistics 2012, <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>, 4.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Harris, O'Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 35.

¹⁰⁸ *Id.*, 32 *et seq.*

¹⁰⁹ ECtHR, Overview 1959-2012. ECHR, <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>, 3.

¹¹⁰ Other aspects of Art 6 include the right of access to a court, with national tribunals not complying with the requirements of an independent and impartial tribunal and the equality of arms.

deportees.¹¹¹ Alarming, in 8.36 % of cases, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (Art 3 ECHR) has been found breached, particularly in cases of ill treatment of persons in detention or extradition in the face of the death row phenomenon.¹¹²

The approximately 10.62 % of violations of “other rights”¹¹³ include a large variety of further issues: Violations were found of the right to privacy and family life (Art 8 ECHR), which was dynamically interpreted by the ECtHR in a way for instance as to include the necessary respect of the rights of homo- or transsexuals.¹¹⁴ Again other cases concerned violations of the right to freedom of expression (Art 10 ECHR), especially the freedom of the press.

In result, while the ECtHR has dealt with a wide range of different subject matters, nearly half of all violations found seemed to concern procedural rights and due process guarantees (Art 6 ECHR).

b. Respondent States

More than half of the totality of the judgments which the ECtHR delivered between 1959 and 2012 concerned only five CoE member states: Turkey (2,870 judgments, 18.00 %), Italy (2,229 judgments, 13.98 %), Russia (1,346 judgments, 8.44 %), Poland (1,019 judgments, 6.39%) and Romania (938 judgments, 5.88 %).¹¹⁵ Although these figures refer to the number of judgments, not violations, they are indicative insofar, as in over 83 % of the total number of judgments, the Court found at least one violation of the ECHR by the respondent states.¹¹⁶

Generally, the Court's judgments have highlighted certain problems considered “typical” for the respective states. Put differently, the ECtHR revealed the different states’ “blind spots”. According to Harris, O’Boyle & Warbrick¹¹⁷, in the United Kingdom the Court has thrown a spotlight on prisons, resulting in an antiquated system of prison administration being brought up to date. In the Netherlands and Sweden, the Court has highlighted the absence of judicial control over executive action in such areas as the licensing of commercial activities. In Italy, it has repeatedly found delays in the administration of justice, with a notorious length of trial proceedings. In Central and Eastern European states, the ECtHR has revealed problems in the restitution of property and various weaknesses in the administration of justice

¹¹¹ ECtHR, Overview 1959-2012, *supra* n° 109, 5. See also Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 32.

¹¹² ECtHR, Overview 1959-2012, *supra* n° 109, 5.

¹¹³ *Id.*, 5.

¹¹⁴ Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 32-33.

¹¹⁵ ECtHR, Overview 1959-2012., *supra* n° 109, 3.

¹¹⁶ *Id.*, 3.

¹¹⁷ See Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 33.

left over from the former Soviet systems, including the problem of non-enforcement of judicial decisions. In Russia, special attention was given to deficient prison conditions. Consequently, the ECtHR has drawn attention to specific countries and typical problems there, which may be used as starting point for reform. The individual complaints procedure thus also served to highlight endemic and systematic malfunctioning in the respective states.

7. BALANCE AND PERSPECTIVES

7.1. The European System for the Protection of Human Rights as Success Story

The European model of human rights protection is a success story in many respects. Already at the time of its establishment in the 1950s, the ECtHR was the first model of a binding court which, at the international level, granted individuals access to and remedy for human rights violations. The Court's effectiveness and institutions were subsequently further strengthened, culminating in the establishment of a permanent and single Court with obligatory jurisdiction on all states parties with the entry into force of Protocol No 11 in 1998. Since its beginnings, an increasing number of countries has ratified the ECHR and thus accepted the jurisdiction of the ECtHR. This resulted in today the Court having jurisdiction over 800 million people.

Likewise the ECtHR's human rights protection has materially broadened and improved. On the one hand, the adoption of several Protocols has extended the substantive scope of the ECHR.¹¹⁸ First and foremost, the ECtHR's jurisprudence and its dynamic and evolutionary interpretation of the ECHR as a "living instrument" have contributed in keeping the Convention "up-to-date" in the light of societal changes. It is especially with respect to the right to privacy and family life (Art 8 ECHR) that the Court's dynamic interpretation has shown its full potential. The ECtHR interpreted the Convention in the light of present day conditions, in areas such as child care, aircraft noise, transsexual rights, the choice of a child's name, application of immigration rules or disclosure of medical records.¹¹⁹

Also, the ECtHR's influence on the national legal orders in states under its jurisdiction is considerable, with the ECtHR having a positive impact and contributing to raising of the level of human rights protection in the respective states. As observed by Nowak, judgments of the ECtHR have often triggered far-reaching changes

¹¹⁸ See *supra* Section 3 for details.

¹¹⁹ Wildhaber, *supra* n° 27, 2. The interpretation of the ECHR as "living instrument" was first used in a corporal punishment case: ECtHR, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25.4.1978, Series A No 26, 31.

in the legal orders of numerous states.¹²⁰ The ECtHR has thus contributed to the harmonization of law in the states under its jurisdiction in view of aligning it with the different states' human rights obligations. To exemplify, against the background of violations established by the Court, Austria has lifted the public broadcasting monopoly. Austria likewise amended its code of criminal procedure several times and radically reformed its legal remedy system concerning administrative acts by introducing independent administrative tribunals.

What is more, the European system of human rights protection has served as model for other regional systems.¹²¹ The Inter-American and the African systems for human rights protection draw on the European experiences. The two-track monitoring mechanisms of both, with the Inter-American and African Commissions serving as first instance for victims of human rights violations and the Inter-American and African Courts of Human (and Peoples') Rights acting as second instance in states which have accepted their jurisdiction, are very comparable to the European system before the entry into force of Protocol No 11. In addition, the case law/jurisprudence of the ECtHR is drawn upon and referred to by other international tribunals,¹²² most recently even by the International Court of Justice in the *Diallo* case.¹²³

Finally, the sheer number of individual complaints, more than 65.000 annually,¹²⁴ evidence the ECtHR's success. As some commentators held, they are partly due to the fact that numerous states with comparatively weak standards of human rights protection were integrated into the CoE since the beginning of the 1990s in particular.¹²⁵ Still, the huge number of complaints also proves the growing awareness and knowledge concerning the Court and its acceptance by the people

¹²⁰ See Nowak, *supra* n° 11, 171.

¹²¹ *Id.*, 159.

¹²² For the Inter-American Court of Human Rights references to the ECtHR's jurisprudence, see eg G Neumann, "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", in 19 *European Journal of Human Rights* 2008, 101.

¹²³ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgment of 30 November 2010, para 68.

¹²⁴ See ECtHR, Statistics 2012, *supra* n° 105, 4.

¹²⁵ Nowak, *supra* n° 11, 159: "After the end of the Cold War, the CoE favoured the speedy admission of central and eastern European countries in transition, irrespective of their state of development concerning democracy, the rule of law and human rights. Typical examples of rushed acceptance – measured by the political situation at the time – are Albania, Croatia, the Ukraine and the Russian Federation in 1995 and 1996, and more recently Georgia, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, as well as Serbia and Montenegro. ... Because of this enlargement policy, many states with a less than satisfactory perception of the rule of law have ratified the ECHR. As a result the ECtHR is flooded with complaints from states without effective remedies at the national level (as in Russia)."

under its jurisdiction. In total, in its 53 years of existence, the ECtHR has delivered more than 16,000 judgments.¹²⁶

It seems safe to conclude accordingly that the European system of human rights protection with the ECtHR at its centre has proven to be highly successful from various perspectives.

7.2. The ECtHR: a Victim of its own Success?

Exactly the system's success appears however also to be its biggest problem. The ECtHR's case load has led to a remarkable increase in the length of proceedings. Given the huge backlog of cases sometimes proceedings take up to 4 years or even longer.¹²⁷ Commentators highlighted the irony that the ECtHR might be considered to infringe Article 6 ECHR, the right to be tried within a reasonable time, which it enforces against states. Accordingly, the ECtHR has repeatedly been labelled "victim of its own success".¹²⁸

In fact, it proves more and more difficult for the Court to deal with the sheer number of applications. The actual backlog of cases is of 128.100 cases.¹²⁹

The number of cases submitted to the Court are likely to further increase in the future.¹³⁰ In fact, more than half of the 128.100 applications were brought against one offour states: Russia, Turkey, Italy and Ukraine.¹³¹ In view of the growing number of cases, also the length of proceedings is likely to increase. Thus, is the very sign of the Court's success also its undoing?

7.3. Appreciation

The adoption of Protocol No 14 (entry into force in June 2010) addressed, to a certain extent, the dilemma of the Court's growing case-load. Protocol No 14,

¹²⁶ See ECtHR, Overview 1959-2012, *supra* n° 109, 3.

¹²⁷ In 2004, 2000 applications (4 %) had been pending for more than 5 years. See Harris, O'Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 35, for further reference. See also M Villiger, "Fair Trial and Excessive Length of Proceedings as Focal Points", in R Wolfrum and U Deutsch (eds), *The European Court of Human Rights, Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, 2009, 93.

¹²⁸ See Mackenzie, Romano, Sands and Shany, *supra* n° 9, 357.

¹²⁹ ECtHR, Statistics 2012, *supra* n° 105, 4.

¹³⁰ See Harris, O'Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 35.

¹³¹ ECtHR, Statistics 2012, *supra* n° 105, 5. Harris, O'Boyle & Warbrick opine that while the number of applications against Turkey might fall, those against Central and East European states are likely to continue rising for some time. (*Id.*, 35).

as stated, provides for a streamlining of the court's proceedings,¹³² by, at first, reducing the number of judges required for deliberation. Furthermore, it is now under certain conditions within the competence of one single judge – rather than of a three judge Committee – to reject clear-cut cases. Three judge Committees, inversely, may, in principle, also decide the merits of cases with well established case law; and the number of judges in the Chambers can be decreased from 7 to 5. Likewise materially, access to the Court was made more difficult: The ECtHR's competence to reject cases if the applicant has not suffered “a significant disadvantage” raised the substantive threshold of admissibility and should decrease the number of cases accordingly.¹³³ Still, it seems unlikely that these procedural and institutional reforms are able to resolve the problem of the ECtHR's enormous caseload.¹³⁴

An inevitable additional means seems to increasingly focus on/shift attention to the countries of origin, which are found in violation of their obligations.¹³⁵ In fact, it was held that over 60 per cent of the judgments on the merits concern repetitive violations resulting from structural problems in states which have not been rectified or acceptably addressed following judgments against them.¹³⁶ Accordingly, the newly introduced competence of the Committee of Ministers to refer cases of non-compliance back to the Court is a step in the right direction.¹³⁷ Also, the ECtHR's pilot judgment procedure¹³⁸ seems a promising response to repetitive cases.¹³⁹ Apart from finding an individual violation of Convention rights, a pilot judgment identifies a systematic malfunctioning at the national level, recognizes that general measures are called for and suggests the form such general measures may take in order to remedy the defect. At the same time, the ECtHR adjourns all

¹³²In accordance with estimates the backlog of cases may be reduced by at least 25% through the introduction of Protocol No 14 (Speech of ECtHR's President Costa, January 2007).

¹³³Villiger estimated that the gain might be 5-10%, mostly related to lengthy proceedings (Art 6 ECHR). (Villiger, *supra* n° 127, 99).

¹³⁴Other proposals to address the problem of the ECtHR's increasing case load include briefer and more rapid drafting techniques, the encouragement of friendly settlements, a prioritisation of most severe cases with danger for life and limb and the adoption of a new Convention on remedies. (See *id.*, 95 et seq.).

¹³⁵Tomuschat, *supra* n° 104, 9 et seq., refers to the positive example of Germany's *Verfassungsbeschwerde* as to how the requisite review processes can work at national level.

¹³⁶See also P Leach, “On Reform of the European Court of Human Rights”, 6 *European Human Rights Law Review* 2009, 725, 727.

¹³⁷See Protocol No 14.

¹³⁸Since *Broniowski v. Poland* in 2004 the Court had issued seven judgments that are expressly identified as pilot judgments by the Court itself. See M Fymys, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking – The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, 4 *German Law Journal* 2011, <http://www.germanlawjournal.com/>, for further reference.

¹³⁹See L Wildhaber, “Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level”, in R Wolfrum and U Deutsch (eds), *The European Court of Human Rights, Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, 2009, 69, for further reference.

other pending individual applications which are caused by this defect.¹⁴⁰ Systematic wrongs at the national level may thus be addressed and the Court's case load is eased accordingly given that it is dispensed from hearing certain repetitive cases.¹⁴¹

The pilot judgment procedure – with its halt/adjournment of all similar cases – is a step away from the idea of universal access to justice and individual relief in case of human rights violations. Rather, it shifts the focus to measures needed to address systemic problems at domestic level. Likewise, the new substantive admissibility criterion establishing a minimum threshold of seriousness of violations, evidences a move away from the idea of universal relief. Put differently, the ECtHR seems on its way to become a true “European Constitutional Court for Human Rights”. In our view, given the ECtHR's case load, the move towards a more constitutional role seems unavoidable.¹⁴² It will also increase the responsibility of individual nation states to live up to their human rights obligations.¹⁴³ More than 50 years after the establishment of the ECtHR, it is perhaps time to increasingly “throw the ball back” to the respective states.¹⁴⁴ This seems particularly plausible in the European regional context of, in principle, consolidated democracies.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Still, as held by Wildhaber, a lot depends on the receptiveness of states to remedy the violation. (*Id.*, 75.)

¹⁴² S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, 2006, 7: “The Court is already ‘the Constitutional Court for Europe’, in the sense that it is the final authoritative judicial tribunal in the only pan-European system.” See also L Wildhaber, “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?”, 23 *Human Rights Law Journal* 2002, 161, 162. See furthermore Harris, O’Boyle & Warbrick, *supra* n° 4, 36, who affirm that rather than focusing on doing individual justice, the ECtHR should focus more on general rulings and key selected cases providing general guidance.

¹⁴³ See eg Tomuschat's proposition to make especially the highest national courts guardians of the ECHR. (Tomuschat, *supra* n° 104, 16). See also Andenas' and Bjorge's analysis of the considerable role of national judges as regards the ECHR's implementation in domestic jurisdictions. M Andenas and E Bjorge, “National Implementation of ECHR: Kant's Categorical Imperative and the Convention” in A Follesdal, B Schlütter and G Ulfstein (eds), *The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, CUP 2011 (forthcoming).

¹⁴⁴ In accordance with Wildhaber: “The principal and overriding aim of the system set up by the European Convention on Human Rights is to bring about a situation in which in each and every Contracting State the rights and freedoms are effectively protected. That means primarily that the relevant structures and procedures are in place to allow individual citizens to vindicate those rights and to assert those freedoms in the national courts.” (Wildhaber, *supra* n° 27, 1).

BIBLIOGRAPH:

HARRIS, DJ; O'BOYLE, M; WARBRICK, C.. *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed, OUP, 2009.

SANDS; P; MACKENZIE, Ruth; SHANY, Yuval; ROMANO, C.. *Manual on International Courts and Tribunals*, 2nd ed, OUP, 2010.

GOMIEN, Donna. *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, 2002.

NOWAK, M. *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.

TRADUÇÃO

SISTEMA EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS AVANCES Y PERSPECTIVAS

(Observação: Sintetizado e amoldado pela própria autora para a lingua espanhola com o título: *Emergencia de un nuevo derecho público Europeo basado en derechos humanos: nacional, supranacional, internacional*)

Christina Binder

ABSTRACTO: 1. Introducción . 2. Contexto histórico: la prevalencia del nacional. 2.1. Contexto histórico. 2.2. “Ingredientes” de un nuevo derecho publico en el Estatuo del Consejo de Europa. 2.3. Prevalencia del elemento nacional en cuanto al sistema de control. 3. El incremento de la protección de derechos humanos en Europa: el fortalecimiento del internacional. 3.1. Incremento de los estándares materiales de protección. 3.2. Ampliación geográfica . 3.3. Fortalecimiento institucional. 3.4. Las demandas individuales como signo del éxito. 4. Desafios para la emergencia de un nuevo derecho público Europeo basado en Derechos Humanos. 4.1. El TEDH: victima de su propio éxito? 4.2. Problemas estructurales y casos repetitivos indicando una falta de ejecución. 4.3. Desafios politicos: el retorno al nacional en algunos países. 4.4. Apreciación de los desafíos. 5. Soluciones: hacia el supranacional? . 5.1. Soluciones del Protocolo n.º 14. 5.2. Las sentencias piloto. 5.3. Asistencia tecnica durante la ejecución. 5.4. Principio des subsidiaridad del Protocolo n.º 15. 6. Evaluación final: rasgos de un nuevo derecho público basado en derechos humanos.

1. INTRODUCCIÓN

Primeramente, he cambiado ligeramente mi título para ser más específico. Así que trataré de analizar la emergencia de un nuevo *ius publico comune* desde la perspectiva del sistema de protección de Derechos Humanos en Europa.

A mi parecer, hay **tres ingredientes principales** de ese nuevo derecho publico fondado en derechos humanos:

1. estandares internacionales fuertes de protección de derechos humanos;
2. mecanismos/instituciones eficaces de control (como el TEDH) y el acceso directo del individuo a esos mecanismos;
3. la efectiva ejecución/implementación de las sentencias a nivel nacional por parte de los estados.

Es en la luz de esos “ingredientes”/ejes de analisis que voy a abordar mí tematica y distinguir entre los aspectos nacionales, internacionales y supranacionales de protección.

Voy a argumentar que observamos un desarrollo importante de un enfoque en la soberaniá nacional en los inicios del sistema despues la Segunda Guerra Mundial, hacia un resfuerzo del internacional con un papel siempre más importante del TEDH. No obstante, hay tambien importantes desafios, que están resueltos, como voy a demostrar,

con una postura por parte del TEDH que tiene rasgos de supranacionalidad (al menos de hecho/entendido en el sentido largo), sobre todo en lo que concierne la ejecución/supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH. Eso, no obstante, en fuerte dialogo con instituciones nacionales.

Estructuraré mi conferencia de la siguiente manera. En primer lugar, comenzaré por una perspectiva histórica, donde observamos una cierta énfasis sobre la soberanía nacional así que cuesta a las instituciones de protección de derechos humanos de afirmarse (parte 2). Trataré, entonces, el gradual incremento de la protección de derechos humanos en Europa: en lo que concierne estándares substantivos, la extensión geográfica/territorial de la protección y el fortalecimiento sucesivo de las instituciones y de los procedimientos. Así que observamos un fortalecimiento del internacional. Dedicaré la cuarta parte a los desafíos encontrados por el TEDH: su case-load, la falta de ejecución de ciertas sentencias y un cierto retorno al nacional en algunos países. Basado en eso voy, en la quinta parte, analizar posibles soluciones y respuestas ya adoptadas que, a mi parecer, tienen signos de supranacionalidad, al menos de hecho. En una apreciación final voy a definir algunos rasgos del nuevo derecho público basado en derechos humanos.

2. CONTEXTO HISTÓRICO: LA PREVALENCIA DEL NACIONAL

2.1. Contexto histórico

El contexto histórico de la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos y del establecimiento del TEDH en los años 1950s era muy distinto al contexto de hoy día. Sus orígenes se sitúan en la situación posterior de la Segunda Guerra Mundial.

El Consejo de Europa, la Convención Europea de Derechos Humanos y también el establecimiento del TEDH constituyeron, en cierta medida, “respuestas” a las atrocidades de la guerra. Sobre todo la Alemania de Hitler y el Nacionalsocialismo habían demostrado que no era suficiente confiar a los Estados la protección de los derechos humanos a nivel nacional. Al contrario, una protección internacional era necesaria. También, el Consejo de Europa y el TEDH en su seno han de valorarse como instrumentos para limitar a los gobiernos fascistas en España y en Portugal de esa época, así como al comunismo en la Unión Soviética.

2.2. “Ingredientes” de un nuevo derecho publico en el Estatuto del Consejo de Europa

Así que, ya tenemos los “ingredientes” de un nuevo derecho publico dentro del Estatuto del Consejo de Europa. Se sostiene sobre 3 “pilares” (Säulen): los derechos humanos, el estado de derecho (*rule of law*) y la promoción de una democracia pluralista. Solamente Estados que se adhieren a esos valores pueden gozar de la condición de miembros del Consejo. De acuerdo con el Artículo 8 del Estatuto, dichos Estados pueden también llegar a ser excluidos del Consejo en el caso de que violen gravemente aquellos

valores. Lo que es más, si un Estado quiere integrarse en el Consejo de Europa, tiene que comprometerse a ratificar la Convención Europea de Derechos Humanos.

2.3. Prevalencia del elemento nacional en cuanto al sistema de control

Aunque ya teníamos los “ingredientes” de un nuevo derecho publico, pero las instituciones para protegerlos eran mucho más debil que hoy día. El elemento nacional queda fuerte. De hecho, en esa epoca, no existía aún una “cultura” de protección de derechos humanos por vía jurídica, ni una institución – aún menos un tribunal – para la protección de derechos humanos a nivel internacional.

Así que, la mayoría de los Estados europeos no aceptaron la jurisdicción vinculante del TEDH que diera acceso directo a individuos cuando adoptaron la CEDH. De manera que la Convención establecía solamente un procedimiento obligatorio al que los Estados debían someterse cuando ratificaron la Convención: el mecanismo de demandas interestatales ante la Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Ministros. El sistema de demandas individuales y la jurisdicción de la Tribunal Europeo de derechos humanos fueron opcionales. De esta manera, existía un sistema de “dos pasos” para los Estados que aceptaron la jurisdicción del Tribunal: la Comisión Europea, que actuaba como primera instancia para violaciones de derechos humanos, y el TEDH como segunda instancia. (Similar al modelo que existe hoy en día en el sistema interamericano de derechos humanos). Eso, y los pocos casos que llegaron ante el Tribunal Europeo, hizo que el elemento de control internacional era aún debil.

Lo que es más, también el papel bastante importante del Comité de Ministros, órgano político integrado por los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros o sus representantes, que poseía una cierta función respecto al restablecimiento de una violación, debilita el sistema de control. En suma, el enfoque sobre la soberanía nacional era mucho más grande que hoy día.

Las transformaciones políticas y jurídicas en las 6 décadas posteriores fortalecieron el elemento internacional y “prepararon el trasfondo” para l'emergencia de un nuevo derecho publico Europeo fondado en los derechos humanos.

3. EL INCREMENTO DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EUROPA: EL FORTALECIMIENTO DEL INTERNACIONAL

Es la Convención Europea de derechos humanos y sus 14 protocolos los que más demuestran el avance del sistema durante los últimos 60 años. Comenzaré con los estándares materiales de protección.

3.1. Incremento de los estándares materiales de protección

En cuanto a estandares, observamos el gradual incremento del nivel de protección material. En 1950, los Estados podían convenir un nivel de protección más

bajo que a día de hoy. Eso es lo que explica que posteriormente fuesen adoptados de manera progresiva los diferentes protocolos adicionales, ampliando el nivel de protección mostrando el paulatino desarrollo de los respectivos estándares regionales. Pondré dos ejemplos: la abolición de la pena de muerte como excepción al derecho a la vida, y la prohibición de la discriminación.

1.) El derecho a la vida ya fue garantizado por el Artículo 2 de la Convención Europea de 1950. No obstante, contenía una excepción general relativa a la pena de muerte. Si una persona era condenada a muerte por un tribunal por la comisión de un delito tipificado en la ley, ello no constituía una violación de la Convención Europea. Durante el transcurso de los años 80, con la adopción del Protocolo No 6, los Estados podían ponerse de acuerdo en prohibir la pena de muerte al menos en tiempos de la paz. El Protocolo No 6 resultó bien aceptado y ratificado por todos los estados miembros con la excepción de la Rusia. Pero la evolución no se quedó ahí: en 2002, con el Protocolo No 13, impuso una prohibición incondicional para la pena de muerte. También para tiempos de la Guerra, siendo ratificado por 42 Estados.

2.) Otro ejemplo del incremento de los estándares de protección fue la prohibición de la discriminación. El Artículo 14 de la Convención Europea de 1950 estableció originariamente una prohibición de la discriminación, pero solo como derecho accesorio, lo que es decir tanto como que el individuo únicamente podía invocar la existencia de una discriminación solo junto a una violación de otros derechos de la Convención. Ahora, con el Protocolo No 12, adoptado en el año 2000 existe una interdicción no accesoria de la discriminación respecto a todos los derechos garantizados “por la ley.” Existe, merced a ello, una prohibición más amplia, por razones como la edad, la orientación sexual o la incapacidad física o mental.

Si bien es cierto que no todos estados miembros han procedido a ratificar la totalidad de los protocolos adicionales, se observa la emergencia de un nuevo derecho publico, como *ius constitutionale* comune Europea, con estándares materiales más extensos. Se observa una evolución hacia un mayor nivel de protección en los últimos 6 décadas en Europa.

3.) Otro elemento importante que reenforta/fortalece los estandares materiales es la jurisprudencia misma del Tribunal Europeo. Interpreta la *Convención Europea como “living instrument”* que tiene que ser adaptada por una interpretación dinámica a la evolución del tiempo.

En su desarrollo dinámico de los estándares europeos, el TEDH asigna un rango importante al derecho comparado. Para determinar si hay lugar al aumento del estándar de protección, se basa en los ordenes normativos (“*Rechtsordnungen*”) de los países Europeos, examinando si un número suficiente de Estados ha aceptado el estándar respectivo. Este es un método exigente, que obliga a los Estados a aumentar continuamente los niveles de protección. Ejemplos de este aumento en la protección serían los casos de derechos de homo- o transexuales o de la unificación

familiar de inmigrantes protegidos por el Art 8, que involucran los derechos a la vida privada y a la familia. Así que observamos un desarrollo de estándares también por la jurisprudencia del TEDH.

3.2. Ampliación geográfica

No solamente el nivel de protección se ha vuelto más intenso. También existe una mayor intensidad en el ámbito geográfico de tutela. En 1950 el Consejo de Europa tenía solamente 14 estados miembros. En la actualidad son 47 los que forman parte de dicho organismo, habiendo ratificado todos ellos la Convención Europea. Este incremento se produjo, de hecho, después de la desmembración de la Unión Soviética en 1989, cuando se pasa de 22 a 47 Estados. En la actualidad países como Azerbaijan, Armenia, Rusia y la Turquía son miembros del Consejo de Europa y parte de la Convención de derechos humanos. El último de ellos, Montenegro. Actualmente, solamente Bielorusia, Kosovo y el Vaticano no son parte de la Convención europea.

El número de Estados que ratifican los protocolos adicionales aumenta continuamente, observándose un incremento del estándar material de protección en los distintos países. Gracias a esa integración regional producida también desde el punto de vista geográfico, hoy día, la Corte Europea es el guardián de los derechos humanos de 800 millones de personas. Una cobertura geográfica importante, lo que tiene el nuevo *ius commune* público Europeo.

3.3. Fortalecimiento institucional

Talvez lo más importante desarrollo con respecto al advenimiento del nuevo derecho público es a nivel institucional. Así que sobre todo la historia *institucional* del Consejo de Europa refleja el fortalecimiento del sistema internacional de la protección de derechos humanos. Varias reformas fortalecieron la eficacia de ese sistema, acabando por configurar el acceso al Tribunal Europeo como un derecho individual. (En 1950, como he dicho, el sistema de demandas individuales y la jurisdicción de la Corte Europea de derechos humanos fueron opcionales.) El Protocolo No 11, que entró en vigor en 1998, suprimió la Comisión y estableció un Tribunal permanente y único con jurisdicción obligatoria para todos los Estados parte de la Convención. El Protocolo No 14 contribuyó aún más al “*streamlining*” y a fortalecer el control internacional.

Otro ejemplo de la protección más intensa y objetiva fue la sucesiva reducción del papel del Comité de Ministros. Hoy día solamente lleva a cabo un control sobre la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal. Se observa así cómo el elemento político fue erradicado del procedimiento de decisión, siendo sustituido por el Tribunal europeo como un órgano jurisdiccional. Existe hoy día una plena judicialización de la protección de derechos humanos en Europa.

3.4. Las demandas individuales como signo del éxito

Así que tenemos un Tribunal unico Europeo a lo cual individuales en todos los 47 estados miembros pueden acudir. Se distingue del sistema inicial que establecía sobre todo demandas interestatales como medida en caso de violación y refleja el cambio del derecho tradicional internacional público, horizontal, que se fonda en la reciprocidad entre etados. Es importante sobre todo porque demandas interestatales no han bien funcionado en el ambito de derechos humanos: durante los ultimas 60 anos, no más que 15 demandas se han interpuestas y, lo que es más, la mayoría parece fundarse no tanto en supuestas vulneraciones de los derechos humanos, sino fundamentalmente en motivos políticos. Distinto para las demandas individuales. Gracias al éxito de las demandas individuales, el TEDH ha dictado más de 16,000 sentencias entre 1959 y 2012 (53 anos). Han contribuido a un “case law” importante del TEDH, demostrando su papel importante como guardian internacional de derechos humanos.

Para resumir, el sistema de protección Europeo de derechos humanos ha visto mucho desarrollo desde sus inicios en los anos 1950. Sobre todo en lo que concierne el sistema de control internacional tenemos un fortalecimiento marcado que restringe la soberania nacional.

Todo bien, entonces, tenemos una “victoria” del internacional? No necesariamente, desafortunadamente. Porque, como voy a mostrar en la proxima parte, hay bastantes desafios que limitan el papel del TEDH como guardian del nuevo orden de derecho publico Europeo fundado en derechos humanos.

4. DESAFIOS PARA LA EMERGENCIA DE UN NUEVO DERECHO PÚBLICO EUROPEO BASADO EN DERECHOS HUMANOS

De cierta manera es por su éxito enorme, que el sistema Europeo de protección de derechos humanos está expuesto a esos desafios.

4.1. El TEDH: *victima de su propio éxito?*

Primeramente, el TEDH ha sido tan exitoso y bien aceptado, que el numero de demandas individuales amenaza su papel como guardian del orden internacional. Solamente en 2012 se interpusieron más que 65.000 nuevos recursos; si bien sólo una pequeña proporción es susceptible de ser admitida. De todos modos, ello no deja de ser el fiel reflejo de que cada vez un mayor número de personas son conocedoras de la existencia del Tribunal Europeo y de su disponibilidad para defender sus derechos. Resulta en un “case load” que el TEDH no puede bien manejar. En 2012, el backlog de casos estaba con 128,000 casos. El número de casos ha conducido a que algunos procedimientos duren 4 e incluso más años. El Tribunal Europeo, asi, ha sido nominado “victima de su propio éxito”, al punto que amenaza su papel como guardian efectivo del orden Europeo.

4.2. Problemas estructurales y casos repetitivos indicando una falta de ejecución

Otro desafío, estrechamente vinculado, es que muchas demandas que llegan a la Corte tratan de problemas estructurales. De hecho, más de 60 por ciento de supuestos se relacionan con violaciones repetitivas de problemas sistémicos, no rectificadas tras una primera sentencia condenatoria. Tales problemas incluyen, por ejemplo, la duración de procedimientos domésticos (“length of proceedings”); la falta de ejecución de decisiones de tribunales nacionales/domésticos; o las condiciones de detención en las prisiones. Eso sobre todo en países como Rusia, Turquía o Ukraine.

Visto de otra perspectiva, los casos repetitivos indican la falta de ejecución de algunas sentencias del TEDH. Conciernen, sobre todo, las categorías de problemas complejos/estructurales antes mencionados (como la duración de procedimientos domésticos delante tribunales; condiciones en prisiones o también esquemas de restitución de bienes expropiados por los regímenes antes comunistas) donde hay una falta de cumplimiento o casos de mal cumplimiento. También esos casos donde no hay ejecución efectiva de sentencias ponen en riesgo el nuevo derecho público Europeo basado en derechos humanos y el Tribunal como su guardián. Por lo contrario, en lo que concierne el pagamiento de la “satisfacción justa” a las víctimas, estados generalmente cumplen bien (81% en 2011 según los estadísticas del Comité de Ministros (que supervisan la ejecución de las sentencias)).

4.3. Desafíos políticos: el retorno al nacional en algunos países

Finalmente, asistimos también a desafíos más bien políticos. Observamos un retorno al nacional en algunos países. Tal vez el caso más marcado es Gran Bretaña, donde el parlamento amenazó de denunciar a la CEDH. Rechazan abiertamente al papel del TEDH como guardian del orden de derecho público fundado en los derechos humanos. Esa posición se entiende, entre otros, en la luz de la interpretación dinámica y la jurisprudencia extensa, que el TEDH adoptó en algunos casos.¹

¹ Cf Lord Hoffmann “**The Universality of Human Rights**” Judicial Studies Board Annual Lecture 19 March 2009: “The proposition that the Convention is a “living instrument” is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by “European public order”. I would entirely accept that the practical expression of concepts employed in a treaty or constitutional document may change. To take a common example, the practical application of the concept of a cruel punishment may not be the same today as it was even 50 years ago. But that does not entitle a judicial body to introduce wholly new concepts, such as the protection of the environment, into an international treaty which makes no mention of them, simply because it would be more in accordance with the spirit of the times. It cannot be right that the balance between freedom of the press and privacy should be decided by a Slovenian judge saying of a decision of the German Constitutional Court — “I believe that the courts have to some extent and under American influence made a fetish of the freedom of the press...It is time that the pendulum swung back to a different kind of balance between what is private and secluded and what is public and unshielded.”?18

4.4. *Appreciación de los desafíos*

En suma, el nuevo orden público basado en derechos humanos encuentra importantes desafíos que vienen del “caseload” delante el TEDH, limitando su eficacia; de casos repetitivos, mostrando una falta de ejecución de/cumplimiento con sentencias sobre todo en lo que concierne problemas estructurales y complejos; y retorno al nacional en algunos países como Gran Bretaña. Eso amenaza/diminuye el papel del TEDH como guardian del nuevo orden público Europeo.

5. SOLUCIONES: HACIA EL SUPRANACIONAL?

Los desafíos antes mencionados han sido tomados en cuenta en Strasbourg. Las “respuestas”, como voy a mostrar, tienen un rasgo de supranacionalidad (de hecho) sobre todo en lo que concierne la ejecución y se basan en un espíritu de diálogo con instituciones nacionales.

5.1. *Soluciones del Protocolo n° 14*

Primeramente, en el Protocolo No 14 (que entró en vigor en Junio 2010) hubo intentos de abordar el problema del “caseload”. Por ejemplo, hay un “streamlining” en los procedimientos, reduciendo el número de los jueces necesarios para deliberación. [de 3 a 1 en ciertos casos de admisibilidad; de 7 a 5 en la resolución de las cuestiones de fondo]. Por otro lado, los supuestos de inadmisibilidad de las demandas por parte de la Corte han sido aumentados. En la actualidad puede rechazar, *ab limine*, supuestos en los que el individuo no ha sufrido una “desventaja sustancial”. Aunque si bien es cierto que ello reduce el número de casos, no es suficiente para solucionar el problema y reducir la cantidad de supuestos planteados ante la Corte.

Parece inevitable de tener que devolver los asuntos a los países del origen que persisten en el incumplimiento de sus obligaciones. Al nivel institucional el Protocolo No 14 introdujo la nueva competencia del Comité de Ministros de devolver/llevar casos de incumplimiento a la corte. Eso es un paso en la buena dirección, como contribuye una eficiente ejecución de sus sentencias.

5.2. *Las sentencias piloto*

Las resoluciones del TEDH en cuanto a las medidas a adoptar en caso de violaciones por parte de los estados son tal vez aún más ilustrativos por el enfoque sobre la ejecución a nivel nacional. Comparado con la Corte Interamericana, el TEDH ha sido tradicionalmente bastante prudente y mesurado. Solamente estableció violaciones de la Convención, sin dictar en detalle las medidas que los estados tenían adoptar; lo máximo era una condena a una compensación monetaria.

Recientemente, no obstante, el TEDH empezó a señalar mucho más claramente qué medidas deben ser adoptadas por los Estados. Por ejemplo, dispuso que los

Estados deben reabrir procedimientos jurídicos, revisar leyes, dejar libres a personas detenidas ilegalmente, o restituir propiedad. También se observa que el TEDH ha empezado a ordenar o recomendar remedios que penetran a fondo en la facultad legislativa de los Estados nacionales.

Sobre todo las sentencias piloto van lejos. Los “pilot judgment proceedings” son importantes para abordar el supuesto de los casos repetitivos donde hay una falta de ejecución. Aquí, el Tribunal Europeo identifica un mal funcionamiento en el ámbito nacional y aconseja al estado qué debe hacer para cambiarlo. Al mismo tiempo no se proceden más los casos que conciernan a ese problema en el “docket” del Tribunal. La rationale detrás: Problemas estructurales han de ser resueltos a nivel nacional, reduciéndose en número de casos por la Corte, al no tener que resolver supuestos repetitivos. Al mismo tiempo, el Tribunal Europea “ayuda” a autoridades nacionales, como indica de manera muy clara que hay de hacer. Las “sentencias piloto” están también bajo supervisión elevada del Comité de Ministros siendo dado prioridad en la ejecución.

No hay muchas sentencias piloto hasta ahora, menos que 20 desde el primero caso en 2004 (*Broniowski v Poland*); pero el número está creciendo (por ejemplo ya hay 7 en 2012). En cuanto a materias, sentencias piloto llevan sobre importantes problemas estructurales, como el mal funcionamiento del sistema de prisiones (Rusia; Italia – overcrowding); la falta de ejecución de decisiones de tribunales domésticos o la falta de un remedio efectivo (Rusia, Ukraine); la duración de procedimientos domésticos (Grecia, Turquía); o la protección de la propiedad en el luz de expropiaciones en países excomunistas (Polonia (restitución/compensación por expropiaciones después de WWII; Rumania (por ex comunistas), BiH). Visto desde otra perspectiva, sentencias piloto llevan un rasgo del supranacionalidad de hecho, con el TEDH empujando a la ejecución de la sentencia en diálogo con el estado.

5.3. Asistencia técnica durante la ejecución

Lo que es más, hay aun mayor ayuda por autoridades nacionales durante la ejecución en el cuadro de “targeted cooperation and assistance”. Esa asistencia se aplica sobre todo en caso de problemas estructurales con un número elevado de casos repetitivos, como la non-ejecución de decisiones de tribunales domésticos; la duración de procedimientos domésticos; y condiciones en prisiones. Hay proyectos en Rusia, Ukraine, Serbia, Albania, Azerbaijan entre otros que reciben también ayuda financiera del “Human Rights Trust Fund”. Parece ideal para ayudar a países de manera constructiva de remediar los problemas encontrados. Un aporte supranacional visto desde el resultado.

5.4. Principio de subsidiariedad del Protocolo nº 15

En cuanto al “retorno al nacional” que fue a observar en algunos países como Gran Bretaña, hay ciertas soluciones presentadas en el Protocolo No 15. De hecho, en el Preamble del Protocolo 15 hay una afirmación del margen de apreciación nacional de

los estados, basado en el principio de la subsidiaridad. Fue controvertido, sobre todo visto el espíritu de la Conferencia en Brighton. No obstante, de manera general, parece razonable. El TEDH es el guardian ultimo del orden publico de derechos humanos en Europa, pero tiene que respetar diferencias locales/regionales y mantener un cierto pluralismo de enfoques, a lo que sirve el margen de apreciación de los estados. Un cierto “*self-restraint*” por parte del Tribunal va a reducir también el número de sus casos (“*case load*”).

De todas maneras, las distintas medidas adoptadas parecen exitosas en cuanto a la reducción del “*case load*”: En 2012 el TEDH logró por la primera vez de reducir el backlog en su casos de 151,600 a 128,100.² Eso, sobre todo, gracias a un enfoque en la ejecución de sentencias a nivel nacional/por parte de los estados que tiene rasgos de supranacionalidad.

6. EVALUACIÓN FINAL: RASGOS DE UN NUEVO DERECHO PÚBLICO BASADO EN DERECHOS HUMANOS

En suma, el sistema de protección Europeo de derechos humanos se ha mucho desarrollado desde sus inicios en los años 1950. Así que, 6 décadas más tarde, se muestran ciertos rasgos caracterizando el nuevo derecho publico Europeo basado en derechos humanos. A mi parecer son los siguientes: Hay un fuerte componente/elemento internacional, con estándares materiales de derechos humanos elevados y efectivos mecanismos de control. Hay, también, rasgos de una supranacionalidad de hecho, sobre todo cuando el TEDH indica a estados como tienen que cumplir con sus sentencias; y en la ayuda técnica para estados durante la ejecución.

Talvez lo más importante es el énfasis consistente sobre el buen funcionamiento del sistema nacional. Es así que uno puede entender el reciente enfoque adoptado por el TEDH en relación con el derecho a un recurso efectivo a nivel nacional (Art 13 CEDH), derecho que durante mucho tiempo había sido casi olvidado. Mucho más lejos aún va el “draft” Protocolo No 16, que introduce la competencia de jueces nacionales de demandar “*advisory opinions*”/opiniones consultativas” del TEDH antes de tomar una decisión final. (Comparable a los “*preliminary rulings*” del CEJ). Significativamente, en el preambulo del Protocolo No 16 también hay una explícita referencia al dialogo judicial.

Así que podemos concluir que todos, el internacional, el nacional y el supranacional, juegan un papel importante para la emergencia del nuevo derecho publico Europeo basado en derechos humanos. Se complementan en un contexto de dialogo judicial. A mi parecer, es esa interrelación/interacción que es el rasgo más característico del nuevo derecho publico del siglo XXI.

² 87,879 applications were disposed of judicially, an increase of 68% in relation to 2011 (52,188). The number of cases disposed of therefore exceeded those allocated by approximately 22,700 (i.e. a monthly surplus of almost 1,900). As a result, and for the first time since 1998, the stock of allocated applications pending before the Court decreased over the year, by 16% from 151,600 to 128,100.

A CIÊNCIA JURÍDICA COMO CAMINHO DE AFIRMAÇÃO E VALORAÇÃO DO SER HUMANO

Legal Science as a way of affirmation and valuation of Human Being

Manuel Monteiro Guedes Valente¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Princípio da Realidade. 3. A equidade. 4. Legalidade material. 5. Princípio da constitucionalidade. 6. Princípio da Humanidade. 7. Direito Penal Penitenciário.

RESUMO

O artigo traz à colação as tendências de despojar o ser humano de valores, princípios, axiomas e normas jurídicas de um Estado Democrático de Direito, desvinculados de um pensamento epistemológico e axiológico. A afirmação e valoração do ser humano, face a este deambular conceitual, só é atingível se a evolução societária assentar no pensamento de uma ciência jurídica que legitima e limita a ação do poder estatal, conferindo-lhe um *dever-ser* subsumido ao *munus* jurídico e aos direitos humanos, que evita um poder de agir vazio de legitimidade. O artigo tem como núcleo central a ideia de ser humano – fim em si mesmo – o qual se autodetermina em conformidade com a ordem jurídico-material.

ABSTRACT:

The article refers to the tendencies of denuding of the human being, the values, principles, axioms and juridical standards of a Democratic State, on a non-epistemic and axiological thought. The statement and value of the human being, concerning this conceptual ramble, its only possible if the society's evolution settles on the thought of a juridical science, with makes legit and also limits the action of the state power, which gives it a "must be" subsumed to the "munus" juridical and the human rights, avoiding a power of action empty of legitimacy. The article has as main subject the idea of human being – an end by itself – that self determinates according to the juridical-material order.

Palavras-chaves: Ser Humano. Ciência Jurídica. Direitos. Princípios. Poder. Humanidade.

Keywords: Human being. Legal Science. Rights. Principles. Power. Humanity.

1. INTRODUÇÃO²

Os caminhos do *saber* – epistemológico e axiológico – são árduos e espinhosos. O saber legitima a ação humana, mas deve assumir-se como barreira

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade Católica Portuguesa. Diretor do Centro de Investigação e Professor do Instituto (ICPOL). Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Professor Convidado da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do *Ratio Legis* (UAL).

² Texto apresentado com base em palestra ministrada para os alunos do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direitos Humanos da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, Turma 2010/2011, no dia 01.05.2012, realizado em conjunto com a Escola da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo.

intransponível dos ímpetos egoístas de ascensão dominadora de uns sobre os outros. O *estado natureza* é neutralizado para dar espaço ao *estado legal* em que todos os cidadãos cedem parte da "*sua liberdade com vista ao bem público*" de modo a evitar que a atuação de qualquer homem sobre outro homem se converta em tirania. A comunidade assume o desiderato de se estabelecer uma ordem jurídica fundada "*na necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares*" (BEC-CARIA 1998: 65).

O Direito aparece quando a ordem social, enquanto reflexo de valores e princípios de intervenção de todos os atores sociais, demonstrar a necessidade de assunção e consunção da ordem social pelo *munus* jurídico. Face à comunicabilidade intersubjetiva assente na certeza da existência de um *Eu* e de um *Outro* e à necessidade de regular e de possibilitar ou facilitar a convivência entre o *Eu* e os *Outros*, esgotada a regulação social, surge a norma jurídica: abstrata, geral (universal), coercível e imperativa. A norma jurídica assume a formalização da norma material e não apenas a formalização do que *o legislador político delibera como direito segundo um procedimento* legalmente instituído³. Afastamo-nos do direito positivista puro que assenta a legitimidade do Direito na legalidade formal. Este direito pode ser o resultado de um poder instituído sem ser democrático, criador de um direito, cuja validade não é fruto da "*vontade, convocada a legislar*" (RADBRUCH 1999: 23) nem se afirma por uma forma legal aderente à discricionariedade do julgador⁴.

A ideia de democracia da normatividade está presente no artigo 1.º da CRFB ao considerar primeiro que a República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático* e, conseqüentemente, é um Estado *de Direito*. A Constituição brasileira submete o *Direito constituído e a constituir* aos valores da Democracia – em especial, a dignidade da pessoa humana em toda a sua dimensão e independente da sua

³ Afastamo-nos das teses de MAX WEBER de que a legitimidade da lei está na forma ou em exclusivo na forma resultado da decisão do legislador político por não assentar em uma legitimidade democrática, ou seja, por não ser a manifestação da sociedade e, por conseguinte, da vontade popular. Cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colónia, 1964, Cap. III, 2, pp. 160 e ss. Este estudo encontra-se em português em MAX WEBER. 2009. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução do alemão *Soziologische Kategorienlehre* (com o 1.º capítulo de *Wirtschaft und Gesellschaft*) de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70, Lda., pp. 21-41 (32-33). Quanto a uma análise crítica das teses de Max Weber, inclusive de que o direito é fruto de uma racionalidade própria, independente da moral, por considerar que a "legalidade pode, exclusivamente, receber a sua legitimidade de uma racionalidade de procedimento de grande valor moral", JÜRGEN HABERMAS. 1999. *Direito e Moral*. (Tradução do alemão *Recht und Moral* (Tanner Lectures 1986) aus «Faktizat und Geltung Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates» de SANDRA LIPPERT). Lisboa: Piaget Editora.

⁴ Como o comando normativo que existia após a revolução marxista-leninista de 1919 – «Toda a ofensa dos princípios revolucionários será punida. A determinação da natureza da pena cabe à livre discricção do juiz» – que o Projeto alemão de 1930 queria adotar para o §260.º do Código Penal. Esta construção jurídica aberta, que ENGLISH designa de cláusula aberta levada ao extremo por não estar subordinada ao princípio do casuísmo, é contrária ao Estado de direito (ENGLISH 1996: 230-231).

condição social –, que se apresentam como legitimadores e limites intransponíveis do político legislador.

A assunção de um Direito democrático traz, à relação dialética humana, a equidade adequada à harmonia e ao desenvolvimento dos seres humanos em comunidade e, neste desiderato, limita ou tenta limitar os *impulsos egoístas* para que todos os cidadãos se afirmem como membros ativos – personalidade e capacidade de gozo e exercício – contribuintes de um desenvolvimento comunitário. O *princípio do prazer*, detentor dos impulsos egoístas do indivíduo, equilibra-se com o *princípio da realidade*, detentor da limitação a esses impulsos e do sacrifício vivencial em comunidade (MUÑOZ CONDE 2001: 40). Esta filosofia limitativa do princípio do prazer, do impulso egoísta, engloba o poder legislativo e político de modo a subordiná-lo ao *princípio da realidade material* e aos princípios regentes da restrição da liberdade dos cidadãos inscritos na Constituição formal e material sob pena do direito se converter em força ilegítima por ultrapassar o depósito público por parte dos cidadãos "da mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir o Estado" a defendê-los (BECCARIA 1998: 65).

2. O PRINCÍPIO DA REALIDADE

O *princípio da realidade* é preenchido pelas *normas jurídicas* que garantem ao cidadão a vivência comunitária com respeito da sua personalidade e dos seus direitos e deveres. Impõe-se um espaço dialético de construção de uma ciência jurídica que olhe a norma e a realidade e construa um edifício sólido que evite o domínio de *um* ou de *uns* sobre os *outros*. Esta construção discursiva assenta na ideia de se edificar um pensar que afaste os indivíduos soberanos do *estado natureza* (BOBBIO 2007: 28) para que se construa uma validade jurídica acima de qualquer arbitrariedade própria dos legisladores humanos (RADBRUCH 1999: 22). Defende-se uma ordem jurídica para um Estado subordinado ao princípio da realidade jurídica vinculativa – Estado de direito democrático – que se assuma como o regulador do "uso da força de que o Estado dispõe" (BOBBIO 2007: 61).

É neste espaço dialético de relevo da ciência jurídica como limite do poder arbitrário e do poder despótico, inerente ao ser humano, que se centra o nosso pensamento de *afirmação e valorização do ser humano* por quatro razões fundamentais: o princípio do prazer do homem legislador encontra-se vinculado à vontade do real – *munus* material; o princípio da realidade normativa representa uma vontade democrática que subordina a decisão do legislador político; a lei é fruto de uma *vontade convocada* pela sociedade; é essa lei que garante a efetiva tutela *erga omnes* dos direitos humanos por a sua violação acarretar consequências jurídicas em qualquer espaço terrestre.

Esta dialética impõe uma Constituição que se apresente como a manifestação material do “*todo dinâmico, onde os conflitos, entre bem individual e bem público, têm que ser compensados, (...) , à luz de princípios supremos constitucionais e de uma compreensão holista da constituição*” (HABERMAS 1999: 48). O princípio da realidade, barreira fixa do princípio do prazer do indivíduo e do poder estatal, deve promover uma ciência que seja o estabelecimento de uma ordem jurídica em que a “*regra de Direito tem como consequência jurídica direitos*” e, em simultâneo, “*deveres*”, *i. e.*, em que a norma jurídica se assume como comando e proibição do Direito, como comando imperativo e valorativo de aprovação e de desaprovação (ENGLISH 1996: 35 e 46).

Este pensamento conduz-nos ao axioma hegeliano de que uma *sociedade segura de si mesma*, organizada sob um Direito legítimo e judicialmente sancionado sob a égide dos princípios, “*pune de forma mais suave do que uma sociedade que se encontra sob a ameaça da dissolução*”⁵ e em desorganização total. JAKOBS adere a esta tese, quando argumenta contra a construção teórica da causalidade de KANT nos crimes contra a propriedade – furto – e a respetiva pena, em que afirma que o *dano social* “*depende mais da fortaleza ou debilidade da estabilidade da estrutura normativa*” e não de uma “*observação abstrata*” do agente do crime (JAKOBS 2006: 110-111).

Afastando-nos da tese jakobsiana, procuramos edificar uma ciência jurídica que assente na ideia de Direito, melhor, que seja uma “*unidade entre o conceito e a realidade*” (HEGEL 1949: 239), que se apresente como limite à tentação tirânica da desenfreada criminalização de condutas humanas e da aplicação de penas desumanas e desproporcionais por serem opostas à tutela efetiva do “*bem público e ao próprio fim de impedir os crimes*” (BECCARIA 1998: 67).

3. A EQUIDADE

Imprime-se, desta feita, uma *equidade* própria das sociedades assentes na ideia de que todo o cidadão é credor de um *espaço de liberdade, de justiça e de segurança* inerente a um Estado de direito material que se legitima em uma legalidade convocada pela vontade popular à qual se subordina e à qual subordina o poder político-legislativo. Esta aceção jurídico-obrigacional do cidadão *versus* Estado, em que um se afirma como credor do outro, é promotora de uma normatividade jurídica de proteção dos seres humanos ou de uma “*lei de proteção*” dos seres humanos⁶.

⁵ Remetemos este breve resumo para GEORG HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, publicado em GLOCKNER (Editor). 1952. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden*. Tomo 7. 3. ed., &218.

⁶ Sufragamos a posição de GUSTAV RADBRUCH quando fala da instauração de um Código Penal que deva ser «*uma futura “lei de proteção” () dos seres humanos*» (RADBRUCH 1999: 120).

O Estado assume, desta forma, o equilíbrio de intervenção sob a égide de uma ciência jurídica que neutraliza (retirando-lhe) “a vingança da mão do ofendido” (RADBRUCH 1999: 120), cabendo-lhe a prerrogativa de proteger melhor a vítima e a comunidade contra o crime e os seus agentes e, em equidade simultânea, a prerrogativa de proteger o agente do crime contra a força punitiva estatal limitando-se à ordem jurídico-criminal integral que cria. Esta ciência jurídica afirmativa e valorativa dos seres humanos, enquanto membros ativos da sociedade, encontra a *ratio* numa lógica de equilíbrio sob uma ordem jurídica que protege o Estado face ao cidadão e o cidadão face ao poder do Estado e, seguindo o pensamento jurídico-criminal, pode-se falar de uma ordem jurídica que se assume como uma *Magna Charta* “contra a arbitrariedade e o erro judicial” (RADBRUCH 1999: 120).

A afirmação e valorização dos seres humanos centradas em uma ciência jurídica, epistemológica e axiológica, democrática, implicam que olhemos a “*intervenção da justiça através das ideias dos direitos do homem*” como modo de fiscalização e controle não das populações alvo da repressão, mas *da própria ação repressiva* (MAILLARD 1995: 108).

A assunção de que o Direito, em especial o Direito penal, tem a função de preservação do “bem público” por meio de uma justiça humana, relativa por natureza, impõe-se-nos um pensar racional positivado e subordinado aos princípios da legalidade material, da constitucionalidade e da humanidade como regentes e orientadores de uma ciência jurídica construtiva de um paradigma de um código jurídico que consome os “*conteúdos do código da moral e do poder*” (HABERMAS 1999: 82), libertando o sistema jurídico do modelo fechado de modo a integrar os modelos aberto – limitado ao *dever ser* do macrossistema –, causal e modal. Defende-se, deste modo, um sistema jurídico integral que admita uma racionalidade legitimada pela legalidade judicialmente sancionada em obediência à unicidade da ordem jurídica como um todo e nunca como uma parte de um todo.

4. LEGALIDADE MATERIAL

A *legalidade material* legitimante de um Estado democrático de direito concentra, em si mesma, valores jurídicos como a tipicidade, a irretroatividade, a espacialidade ou territorialidade, o Estado de direito como fonte legitimante da lei. Pode-se afirmar que o princípio da legalidade material é a pedra angular do princípio da segurança jurídica que garante ao ser humano a autoconformação e autodeterminação segundo a plena autonomia da vontade⁷ e o pleno conhecimento da amplitude legal

⁷ Neste campo, não perfilhamos de todo da ideia de JEAN DE MAILLARD de que a autonomia da vontade, como manifestação de aquisição de direitos e deveres por uma vontade autónoma e livre, só é possível para “os indivíduos que respeitam o contrato social” (1995:78), por ela poder existir num estádio espacial e temporal próprio do *estado natureza*, onde, até, pode ter a sua maior profundidade por se encontrar limitada tão só à lógica de poder individual (ou autopoder).

atribuída ao Estado, que lhe permite responsabilizar judicialmente por incumprimento das obrigações e violação dos limites.

Chamamos à colação o pensamento de JESCHEK e WEIGEND, quando nos falam do Estado de direito em sentido material, de dimensão democrática, como a assunção de um sistema jurídico que impõe que qualquer a criminalização de uma conduta humana assente em uma *vinculação objetiva* – deve-se eliminar o reflexo de considerações sentimentais, religiosas, e optar-se por considerações dignas de tutela penal por afetarem bens ou interesses essenciais à convivência da sociedade⁸ –, no *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição do excesso* – quer quanto à adequação, quer quanto à necessidade da intervenção do Direito (administrativo sancionatório ou penal), quer quanto à sanção ou consequência jurídica a aplicar e a executar e à gravidade da ação e do resultado produzido pela violação da norma jurídica, quer quanto aos meios probatórios empregues sob o lastro de um processo jurisdicionalizado, quer quanto ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu* – e no *princípio da igualdade* – que, sendo a maior manifestação e fundamento do princípio da legalidade, implica uma tutela dos bens jurídicos igualitária independentemente da origem social da vítima ou do agente do crime, que deve, por sua vez, beneficiar de forma igualitária das penas alternativas à pena de prisão ou de multa desde que preenchidos os respectivos pressupostos e requisitos (JESCHEK e WEIGEND 2002: 28-29).

Esta legalidade legitimante da ação estatal protetiva do ser humano impõe uma edificação da *igualdade* como reflexo de democraticidade do mundo jurídico e da pretensa necessidade de eliminar os «santuários» personalísticos impolutos ou as ilhas de impenetrabilidade da ordem jurídica. A igualdade assume-se como corolário da legalidade material do Estado tutelar dos direitos e deveres do ser humano e onera o decisor político e legislador a criar uma ordem jurídica de afirmação e valoração igualitária para todos os membros da comunidade. A ciência jurídica está obrigada a orientar o pensar jurídico em edificar um Estado democrático de direito material e social sob o primado da igualdade. Sem igualdade, não existe democracia e, muito menos, Estado democrático de direito com a garantia da liberdade como o único direito natural que absorve a igualdade e os demais direitos humanos (BOBBIO 2002: 70-75).

A ordem jurídica democrática deve defender e manter-se segundo os pressupostos do princípio da legalidade que a idade das luzes implementou como modo de promover uma igualdade entre os seres humanos, firmada no princípio da segurança jurídica que lhes dá as linhas de vivência individual e comunitária e lhes dá a garantia de que só é (será) submetido a uma norma jurídica escrita, prévia, clara e certa, legítima, válida, vigente e efetiva: *p. e.*, o ser humano não pode ser submetido a uma ação penal por fato que a lei não preveja por escrito, com certeza e clareza (sem dúvidas e ignorância), como crime (VALENTE 2009: 60-63).

⁸ Afetação que se pode refletir na agressão efetiva ou no perigo de lesão do bem jurídico a tutelar.

A igualdade ganha fôlego de primazia dos direitos fundamentais na visão democrática de Rousseau, advinda da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em França, cuja materialização se operou na Constituição Francesa de 1793, em que aparece como primeiro dos direitos naturais, inalienáveis, sagrados e imprescindíveis do homem, a par da liberdade, da segurança e da propriedade⁹.

5. PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da *constitucionalidade*¹⁰ ganha dimensão formal – e garante a dimensão material da tutela jurídica a todo o ser humano – com a instituição do Estado constitucional e a sujeição do poder político-legislativo, judicial e executivo à Constituição e à lei. A consagração positiva de comandos preceptivos – impositivos constitucionais de imediata aplicação ao caso concreto – e de comandos programáticos – carentes de uma lei de implementação sem nihilificação do conteúdo real constitucional – traz para o macrossistema social a efetividade da subordinação do poder à *ordem jurídico-material* válida (CANOTILHO e MOREIRA 2010: 799). A obrigatoriedade dos atores estatais – hermenutas e aplicadores do Direito – pensarem, decidirem e agirem de acordo com a Constituição e o direito supraconstitucional, onera-os a submeterem-se a um pensar jurídico conceptual do ser humano e conceptual do Estado de um tempo e de um espaço concreto sem alguma vez perderem o sentido da realidade.

A complexidade da sociedade atual e os novos (velhos) fenómenos da criminalidade organizada transnacional, que destrói as fronteiras entre a atividade criminosa e o atividade lícita – que é um contínuo daquela por ter de transformar o ilícito em lícito dentro da ordem jurídica vigente, como se tratasse de uma *interpenetração* constante das atividades – não podem fundamentar as teorias negativistas da ordem jurídica estabelecida por considerarem que o reduto de um poder limitado do Estado deixou de tutelar a liberdade, a justiça e a segurança dos seres humanos e deixou de distinguir o ilícito do lícito, tendo em conta que o Direito passou a ser *condição e consequência* e o criminoso a ser invisível, *imprevisível*, cuja *repressão é improvável* e a “*reparação incerta*” (MAILLARD 1995: 102-104 e 122-123). Este enleado conceptual, realisticamente edificado por um discurso belicista ou securitário, conduz ao ensejo e

⁹ Quanto a um maior desenvolvimento sobre este assunto, PAULO OTERO. 2007. *Instituições Políticas e Constitucionais* – Volume I. Coimbra: Almedina, p. 240-246.

¹⁰ Quanto a uma teorização profunda e ampla do princípio da constitucionalidade inerente ao Estado de direito material, social e democrático, JORGE MIRANDA. 2007. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora e RUI MEDEIROS. 1999. *A Decisão de Inconstitucionalidade? Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: UCE.

ao *impulso egoísta* de criminalização de todas as condutas humanas que representem perigo para a ordem pública e leva-nos à negação da constitucionalidade material dos bens jurídicos como limite da intervenção penal.

O princípio da constitucionalidade deve ser assumido por toda a comunidade social e jurídica como um princípio reitor da legiferação e da hermenêutica jurídica e fundamento epistemológico e axiológico de uma ciência, autónoma e com princípios independentes, adequada a restringir a negação do ser humano ou a redução conceptual de pessoa ao mundo do cognitivo¹¹. Reclamamos este princípio como uma barreira intransponível da afirmação e valoração do ser humano como detentor inato – independentemente da origem, da raça, da cor, da ideologia, da religião, da fisionomia, do meio social – de direitos e deveres por nele se concretizar a dimensão da dignidade da pessoa humana.

6. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Esse desiderato implica uma construtividade normativa, base da ciência jurídica, subordinada ao princípio da *humanidade*. Este princípio impõe a defesa e a efetividade de uma ordem jurídica centrada no «rosto humano», em especial da normatividade jurídico-criminal que não deve ser “*um instrumento de configuração social, mas tão só um meio de elaboração e ordenação da coexistência das liberdades*” (BADURA 1967: 25). Desta forma impõe-se que se olhe para o sistema jurídico-criminal, que implica a aplicação de sanções criminais, sem olvidar a personalidade do agente do crime (JESCHEK e WEIGEND 2002: 29-30), sob pena de delação total da reinserção ou tratamento do delinquente. O princípio da humanidade é uma consequência da constitucionalização do exercício dos poderes – político-legislativo, judicial e executivo – e a positivação das normas garantes dos direitos e deveres dos seres humanos inseridos em uma comunidade¹².

O princípio da *humanidade*, como princípio regente de uma ordem jurídica que se inscreva como caminho da afirmação e valoração do ser humano, é o reflexo

¹¹ Neste sentido e na defesa de uma normativização da dogmática jurídico-criminal, que lemos e analisamos com os olhos da humildade científica, mas com a qual discordamos por se afirmar como uma negação automática do múnus antropológico e a valorização do abstrato como *prima facie* da comunicabilidade existencial humana, GÜNTHER JAKOBS. 2003. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-penal*. Tradução do alemão *Die Idee Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* por MANUEL CANCIO MELIÁ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas, p. 15-45.

¹² Como já escrevemos, a humanização do direito criminal é um desiderato jus constitucional desde 1822, passando pelas Bases da Constituição de 1821, como se retira do art. 12.º das Bases da Constituição e dos artigos 10.º e 11.º da Constituição de 1822, ao se consagrar a lei criminal à necessidade de intervenção, à proporcionalidade entre o crime e as penas abstrata e concretamente aplicáveis, à pessoalidade e intransmissibilidade das penas, à proibição de penas degradantes, cruéis e da tortura (VALENTE 2009: 66).

do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1.º da CRFB, no art. 1.º da CRP e no art. 1.º da Constituição da Alemanha. Este valor suprajurídico, meta-jurídico ou metapositivo, impõe à ciência jurídica que crie os postulados científicos de uma ordem jurídica valorativa do ser humano por ele ser o verdadeiro usufruidor e destinatário – sujeito – da construção normativa vinculante do ente público e do ente privado. Esta dimensão da humanidade expressa-se com profundidade no *sistema jurídico-penal integral: direito penal material, processual e penitenciário*. Este é um espaço científico de eleição dos atores judiciais e policiais, carente de estudos, que precisa de ser aprofundado com o rigor científico autônomo e independente para melhor se defender a comunidade e o ser humano, seu membro ativo.

O princípio da humanidade, como escrevêramos nas primeiras linhas, implica que a consequência jurídica da infração tem de derivar da “absoluta necessidade”, caso contrário “é tirânica” e desumana e violadora da dignidade da pessoa humana. Como escreveu BECCARIA:

a atrocidade das penas – se não imediatamente oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir os delitos – é [inútil] não só àquelas virtudes benéficas que são o efeito de uma razão iluminada – que prefere dirigir homens felizes a um rebanho de escravos, onde circule perpetuamente tímida crueldade – mas também à justiça e à natureza do próprio contrato social (BECCARIA 1998: 64-67).

Consideramos que o princípio da humanidade deve ter assento na tipificação jurídico-criminal das condutas humanas negativas e das consequências jurídico-criminais e na respetiva aplicação e execução das penas. No primeiro caso, proíbe-se, por força constitucional, ao legislador penal a opção pela criminalização de condutas cujo bem jurídico não tenha dignidade penal e, na mesma linha lógico-sistemática, proíbe-se a opção pelas penas de morte, cruéis, degradantes e ofensivas da dignidade humana da pessoa reclusa¹³. Pode-se afirmar que o princípio da humanidade inculca o legislador a *tipificar como crime* as condutas humanas negativas dignas de ocuparem o oceano do Direito penal e, *como consequências jurídicas* dessas condutas humanas, as penas *enraizadas na teleologia do Direito penal* [equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão e proteção do delinquente face à força do poder de punir] e *adequadas às finalidades das penas* [prevenção geral positiva e negativa e a prevenção especial positiva e negativa] e *adequadas ao comando constitucional de respeito da dignidade da pessoa humana*¹⁴: o legislador penal não deve esgotar-se na tipificação da pena única de prisão, mas deve estatuir penas alternativas abstrata e concretamente exequíveis.

¹³ Cfr. art. 30.º e art. 1.º da CRP.

¹⁴ Cfr. art. 1.º da CRP. Por isso deve vigorar o princípio de que, sempre que seja possível aplicar uma pena alternativa à pena de prisão e que a mesma cumpra o desiderato da pena e do Direito penal, não se aplique a pena de prisão.

No segundo plano – o da aplicação e execução das penas –, o princípio da humanidade onera o legislador penal a recusar a opção pela prisão perpétua e pelas consequências jurídicas de tempo indeterminado e a eliminar qualquer possibilidade de objetivar ou coisificar o recluso sob pena de contradição dogmática inerente à “vinculação ao Direito e à utilidade político-criminal” (ROXIN 2002:49). Impõe-se, neste plano, que relembremos o pensamento de BOBBIO quando escreveu que o Estado de direito (democrático), a «lei estabelece não só o “quando” e o “como” da força a empregar, mas também o “quanto”» (BOBBIO1999: 101), porque onera-se o Estado a criar as condições humanas dignas na execução e cumprimento da pena ou medida privativa da liberdade. O recluso não é uma coisa ou uma não pessoa. É um ser humano privado de uma das liberdades: *ius ambulandi*.

O princípio da humanidade determina ao legislador que produza os adequados instrumentos jurídicos em geral e jurídico-criminais em particular para que os operadores judiciários atuem materializando a dignidade da pessoa humana¹⁵ e que aqueles optem por uma conduta jurídico-operativa que respeite a *pessoa* como *ser humano* portador de defeitos e de virtudes, de direitos e de deveres. Impõe-se ao legislador que crie uma ordem jurídica legítima e válida e, como pressuposto axiológico da utilidade comunitária e vinculadora da norma, vigente e efetiva, sob pena da ordem jurídica ser dotada de “fraqueza cognitiva” e respetiva “fraqueza motivacional” por *excesso de indeterminação* (HABERMAS 1999: 59).

A nossa conceção de humanidade enraíza-se no pensamento kantiano: por um lado, afasta a ideia do ser humano como objeto ou meio da sociedade ou de outros seres humanos, pois o ser humano é em si mesmo um fim, é um sujeito de direito dotado de história, é a razão de ser de todas as coisas; e, por outro, o ser humano encontra-se autovinculado a este desiderato que não pode alienar e de que não pode despojar-se e todos os seres humanos se encontram vinculados à ideia de que o ser humano é um sujeito dotado de dignidade (OTERO 2007: 209)¹⁶.

Esta construção jus-filosófica conduz-nos a defender que a ciência jurídica deve, no quadro criminal, chamar para o debate o *princípio da recuperação ou ressocialização ou do tratamento do delinquente*¹⁷ como consequência dos princípios da humanidade e da legalidade material que preconizam uma execução da sanção penal

¹⁵ A preocupação com as vítimas como concretização da humanização do Direito penal está patente nos artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 51/2007, de 31 Agosto, e que se manteve no art. 5.º e na al. a) do n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho.

¹⁶ Mantemos a nossa posição desenvolvida em MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE. 2009. *Política Criminal. A Ação da Polícia na Prossecução dos Seus Vetores e Princípios*. Brasília: ANP – Polícia Federal, p. 65-68.

¹⁷ Desiderato exposto no Preâmbulo do CP/82 que prescreve que a *pena* terá de acarretar um pendor *pedagógico e ressocializador*. Quanto a este assunto, JOSÉ SOUTO DE MOURA. 2006. “Alternativas à Pena de Prisão”, in: *Direito ao Assunto*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 123.

humanista e de responsabilidade individual de modo a devolver ao recluso, cumprida a pena, a liberdade em sociedade (JESCHEK e WEIGEND 2002: 29)¹⁸.

7. DIREITO PENAL PENITENCIÁRIO

A ciência jurídica humanista, inata à legalidade material, impõe que o *direito penal penitenciário* seja *vigente e efetivo* em estabelecimentos penitenciários idôneos em que a execução das penas se deve direcionar para a ressocialização real do delinquente. Esta assunção epistemológica exige ao cientista ou ao estudioso destas temáticas que encontre axiomas de uma política criminal transistêmica que seja o rosto do macrosistema social. Só, desta feita, podemos falar de uma *unicidade da ordem jurídica afirmativa e valorativa do ser humano* como pessoa ativa de uma sociedade.

Assumimos uma *ciência jurídica como caminho de afirmação e valorização do ser humano* que se construa sob o primado objetivo – *fim* (*Zweck*) que absorve ação, que é o *meio* de alcançar o *fim* – e o primado subjetivo – *móbil* (*Triebfeder*) – de um Direito licenciador e estimulador de “*uma dinâmica de fundamentação, que transcende, igualmente, o direito vigente*” (HABERMAS 1999: 64), e efetivo, em que o imperativo prático kantiano – *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* (KANT 2008: 70-73) –, manifestante da autonomia da vontade que garante ao ser humano uma transcendência sobre a norma jurídica, que se apresenta como construção cognitiva da relação intersubjetiva comunicativa¹⁹, e o afirma como pessoa – *fim em si mesmo* – que se autodetermina em conformidade com a *ordem jurídico-material válida*.

O ser humano é, nesta linha pensamento, sujeito de direitos e deveres e não um objeto da normatização politico-legislativa. Esta aceção inculca-nos a olhar para todos os seres humanos como pessoas e nunca como coisas sob pena de negarmos a própria existência humana, porque é o efetivo exercício dos direitos e liberdades fundamentais pessoais, sociais, económicos e políticos que garante a democracia como princípio de um Estado de direito material e social.

¹⁸ No sentido da ressocialização como um dos topos da política criminal que não seguido pelo legislador português, MANUEL DA COSTA ANDRADE. 2007. “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), n.º Ano 135, n.º 3938, p. 265-266.

¹⁹ Como se depreende destas palavras, afastamo-nos na íntegra da construção jakobsiana da normatização das relações humanas, que não são consequência de existência ou construção cognitiva da pessoa. O direito é que é a consequência cognitiva da existência da pessoa real. Quanto à tese de GÜNTHER JAKOBS. 2003. *Sobre la Normativización*, p. 15-45 (43).

Essa nossa visão assenta em uma ciência jurídica que não edifique um sistema jurídico em que o poder sem direito seja cego e em que o direito sem poder seja vazio (Bobbio 2000: 239-240). A assunção plena do Estado de direito material social e democrático, como fruto de uma ciência jurídica humana, é o único caminho para que passemos, como escreveu Bobbio (1999: 111), do *reino da violência ao reino da não violência*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, MANUEL DA COSTA. 2007. “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), Ano 135.º, n.º 3938.

BADURA, PETER. 1967. *Das Verwaltungsrecht des Liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & CO .

BECCARIA, CESARE. 1998. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução do *Dei Delitti e Delle Pene* de JOSÉ DE FARIA COSTA. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BOBBIO, NORBERTO e VIROLI, MAURIZIO. 2007. *Direitos e Deveres na República. Os Grandes temas da política e da cidadania*. Tradução do italiano *Diálogo Intorno alla Republica* de DANIELA BECCACCIA VERSIANI. Rio de Janeiro: Elsevier.

BOBBIO, NORBERTO. 2000. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, (Tradução do *Teoria Generale Della Politica* de DANIELA BECCACCIA VERSIANI). 20.ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

_____, 1999. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução do italiano *Ideologie e il potere in crisi* de GILSON CESAR CARDOSO. 4. ed., Brasília: UnB.

_____, 2002. *A Era dos Direitos*. Tradução do italiano *L'età del Diritti* de CARLOS NELSON COUTINHO. 14. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus.

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL. 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DIPPEL, HORST. 2007. *História do Constitucionalismo Moderno. Novas Perspectivas*. Tradução de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA e CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ENGLISH, KARL. 1996. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução do alemão *Einführung in das Juristische Denken* de JOÃO BAPTISTA MACHADO. 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FERRAJOLI, LUIGI. 2005. *Derecho y Razon. Teoria del garantismo penal*, (Tradução de PERFECTO A. IBÁÑEZ, ALFONSO R. MIGUEL, JUAN CARLOS B. MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO, ROCÍO C. BANDRÉS). 7. ed., Madrid: Editorial Trotta.

HABERMAS, JÜRGEN. 2006. *Técnica e Ciência como “Ideologia”*. (Tradução do *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»* de Artur Morão). Lisboa: Edições 70.

_____, 1999. *Direito e Moral*. (Tradução do alemão *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986) aus «Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates»* de SANDRA LIPPERT). Lisboa: Piaget Editora.

HEGEL, GEORG, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, publicado em GLOCKNER (Editor). 1952. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden*. Tomo 7. 3. ed.

JAKOBS, GÜNTHER. 2003. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-penal*. Tradução do alemão *Die Idee Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* por MANUEL CANCIO MELIÁ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas.

_____, 2006. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Tradução do alemão *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften* por MANUEL CANCIO MELIÁ e BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas.

JESCHEK, HANS-HEINRICH E WEIGEND, THOMAS. 2002. *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (Tradução da quinta edição alemã de MIGUEL OLMEDO CARDENTE), Granada: Comares Editorial.

KANT, IMMANUEL. 1994. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70.

_____, 1995 e 2008. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução do *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

LEVI-STRAUSS, CLAUDE. 2012. *A Antropologia Face aos Problemas do Mundo Moderno*. Tradução do *L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne* de PEDRO VIDAL. Lisboa : Temas e Debates – Circulo de Leitores.

LISZT, FRANZ VON. 2003. *Tratado de Direito Penal – Tomo I*, (Tradução do alemão de JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA), Campinas: Russels Editores.

MAILLARD, JEAN DE. 1995. *Crimes e Leis*. (Tradução do francês *Crimes et Lois* por OLÍMPIO FERREIRA). Lisboa: Piaget

MEDEIROS, RUI. 1999. *A Decisão de Inconstitucionalidade? Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: UCE.

MIRANDA, JORGE. 2007. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTESQUIEU. 2005. *O Espírito das Leis*, (Tradução de CRISTINA MURACHCO), São Paulo: Martins Fontes.

MOURA, JOSÉ SOUTO DE. 2006. “Alternativas à Pena de Prisão”. In: *Direito ao Assunto*, Coimbra: Coimbra Editora.

OTERO, PAULO. 2007. *Instituições Políticas e Constitucionais* – Vol. I. Coimbra: Almedina.

RADBRUCH, GUSTAV. 1999. *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução do alemão *Einführung in die Rechtswissenschaft* de VERA BARKOW. São Paulo: Martins Fontes.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. 1995. *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora.

ROXIN, CLAUS. 2002. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, (Tradução do alemão de FRANCISCO MUÑOZ CONDE). Buenos Aires: Hammurabi.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES. 2010. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «Progresso ao Retrocesso»*. São Paulo: Almedina Brasil LDA..

_____, 2009. *Política Criminal. A Ação da Polícia na Prossecução dos Seus Vetores e Princípios*. Brasília: ANP – Polícia Federal.

WEBER, MAX. 1964. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colónia.

_____, 2009. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução do alemão *Soziologische Kategorienlehre* (com o 1.º capítulo de *Wirtschaft und Gesellschaft*) de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70, Lda..

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. 1991. *Em Busca das Penas Perdidas*. (Tradução de VÂNIA ROMANO PEDROSA e AMIR LOPES DA CONCEIÇÃO). Rio de Janeiro: Revan.

_____, 2007. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução do espanhol de Sérgio Lamarão. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan.

ZIPPELIUS, REINHOLD. 1997. *Teoria Geral do Estado*. (Tradução de KARIN PRAEFKE-AIRES COUTINHO). 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BETWEEN JUSTICE AND LAW: LAW AND CRIMINALITY IN BRAZIL AND JAPAN

José Luiz Souza de Moraes¹

SUMMARY 1. Introdução; 2. Comparing Brazilian and Japanese legal systems.

RESUMO Estudo comparativo entre os sistemas jurídicos brasileiro e japonês, com enfoque nas semelhanças das estruturas da Justiça Criminal.

ABSTRACT This article intends to develop a comparative study between Brazilian and Japanese legal systems, focusing on the criminal Justice behavior.

Palavras-chaves: Estudo comparado. Brasil. Japão. Sistemas Legais. Legislação Criminal.

Keywords: Comparative study. Brazil. Japan. Legal systems. Criminal Law.

1. INTRODUCCION

The classes ministered during “Summer Program for Peace and Law 2013 in Hiroshima University” not only were worthfull for us to learn general matters regarding Japanese legal system, but also were decisive for us to understand better the Brazilian Law and society.

In order to comprehend Japanese law the classes of Professor Hajime Nishitani were fundamental, describing the recent development of the Japanese legal system after a brief but important description of its evolution since Tordesilhas Treaty until the recent territorial dispute against China and Korea (Takeshima and Senkaku Islands), passing through the whaling issue and the influences from Second World War within constitutional and international Japanese Law.

2. COMPARING BRAZILIAN AND JAPANESE LEGAL SYSTEMS

After observing clear differences between Brazilian and Japanese legal systems, there was a great surprise during classes ministered by Professor Nobushito Yoshinaka when we were presented to a criminal justice in great part identical to the

¹ Procurador do Estado/SP. Especialista em Direito do Estado pela ESPGE. Subcoordenador do Curso de Direitos Humanos da ESPGE. Mestrando em Direito pela FADUSP.

Brazilian one, especially related to its General Principles and the so called “Theory of Crime”², both directly influenced from Germany Criminal Law³.

Except for death penalty⁴ and life imprisonment, which are not present with- in Brazilian law, the identity between both criminal systems is practically total, with exception the distinct quantification of penalties.

The question that immediately emerged from this identity was the huge dif- ference between criminality rates in both countries. How could countries with identi- cal legal treatment towards crime present social results so different?

Brazil is one of the twenty most violent countries of the world according to United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)⁵, with an overwhelming number of 22,4 murders⁶ per 100.000 inhabitants in the year 2010, 26,8 in 2011 and 27,4 in 2012. The increasing number of murders locates Brazil among a “War Zone” classifica- tion, which is even more astonishing if considered that there is not a declared armed conflict in Brazil. Its violence is more concentrated in its huge urban centers, with fif- teen of the most fifty violent cities of the world in number of homicides⁷.

On the other hand, Japan is leading the less violent countries ranking, with a rate that varies between 0,3 (2008) and 0,4 (2009) homicides per 100.000 inhabitants.

² German criminal law Straftatsystem based on Tatbestandsmassigkeit (hypothetic definition of the of- fense), Rechtswidrigkeit (wrongfulness or unlawfulness) and Schuld (culpability).

³ In 1868 the Shogunate collapsed, and government was restored to the Emperor. As the *Meiji* Govern- ment proceeded to modernize Japan, revolutionary changes were brought about in the area of criminal justice. Such procedures as rendering judgments solely upon confession were abolished, and torture was prohibited. The judicial system as a whole started to approximate Western approaches. In 1880 the Government enacted *Chizaiho*, modeled on the French Code of Criminal Procedure established by Napoleon. In 1890 *Chizaiho* was revised to the Code of Criminal Procedure with some amendments, the first Western-style comprehensive criminal justice system adopted in Japan. In 1922 a new Code of Criminal Procedure was enacted under the influence of German law. It can be said that the criminal procedure system following the *Meiji* period was based completely upon the continental European system. (Supreme Court of Japan – OUTLINE OF CRIMINAL JUSTICE IN JAPAN. Hystory of Criminal Justice in Japan. In http://www.courts.go.jp/english/judicial_sys/criminal_justice_index/criminal_justice/index.html#1)

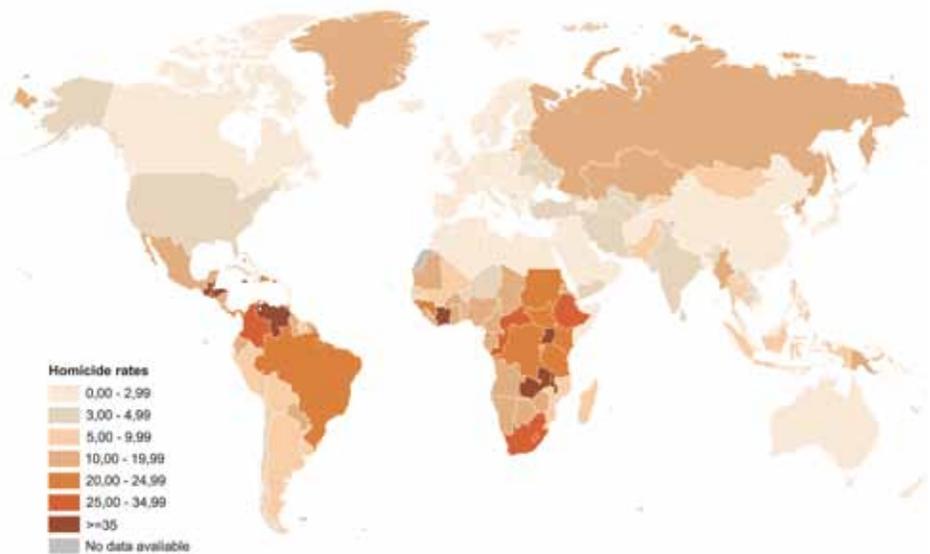
⁴ Constitution of the Federative Republic of Brazil – Title II, Fundamental Rights and Guarantees. article 5. XLVII – there shall be no punishment:

- a) of death, save in case of declared war, under the terms of article 84, XIX;
- b) of life imprisonment;
- c) of hard labour;
- d) of banishment;
- e) which is cruel;

⁵ UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime http://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/annual-report.html?ref=menu_top

⁶ Intentional homicide: unlawfulldeath purpose inflicted on a person by another person.

⁷ <http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/viewdownload/5-prensa/163-san-pedro-sula-otra-vez-primer-lugar-mundial-acapulco-el-segundo>

Homicide rates by country (2010 or latest available year)

Note: The boundaries and names shown and the designations used on this map do not imply official endorsement or acceptance by the United Nations.

Source: UNODC Homicide Statistics.

(apud⁸)

This huge difference between these countries is more likely to be understood when one puts aside strict legal analysis and considers other social features that contribute to this result more clearly and efficiently than a mere law making process and general penalties predictions. Educational rates and human development index, and not a menace of criminal sanction, prove to be much efficient towards combat against criminality.

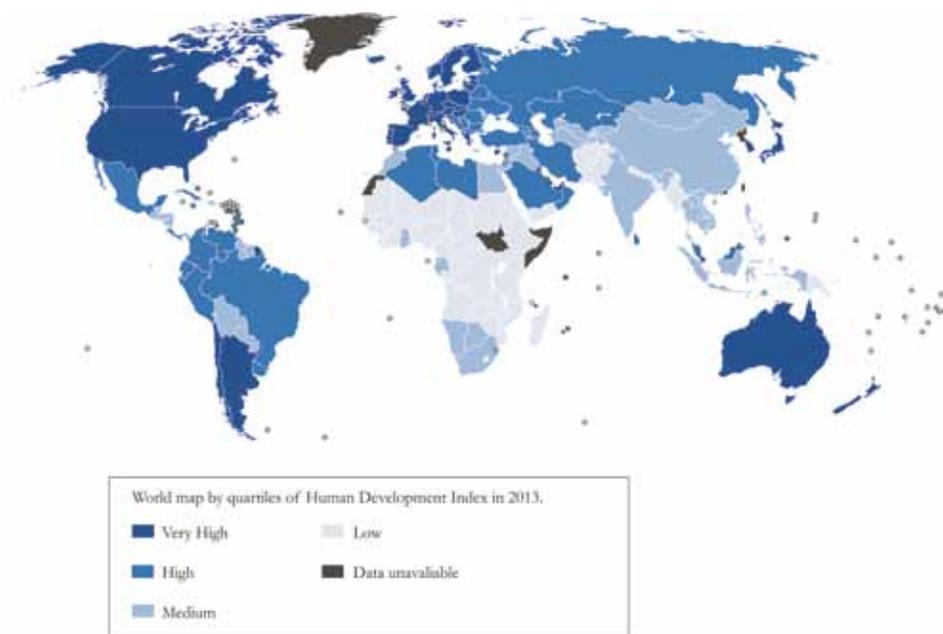
While Japan⁹ is the fourth country regarding general education index (grade 0.89) according to Pearson's analysis¹⁰, Brazil occupies only the thirty ninth position (grade -1.65).

⁸ Source: UNODC Homicide Statistics.- The 2011 *Global Study on Homicide* – United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) in: www.unodc.org/documents/; p. 11, em 10.11.2013.

⁹ EDUCATION IN JAPAN COMMUNITY Blog – “Japan comes up fourth in newly launched Pearson education index-rankings” – in: <http://educationinjapan.wordpress.com/2012/11/28/japan-comes-up-fourth-in-newly-launched-pearsons-education-index-rankings/>

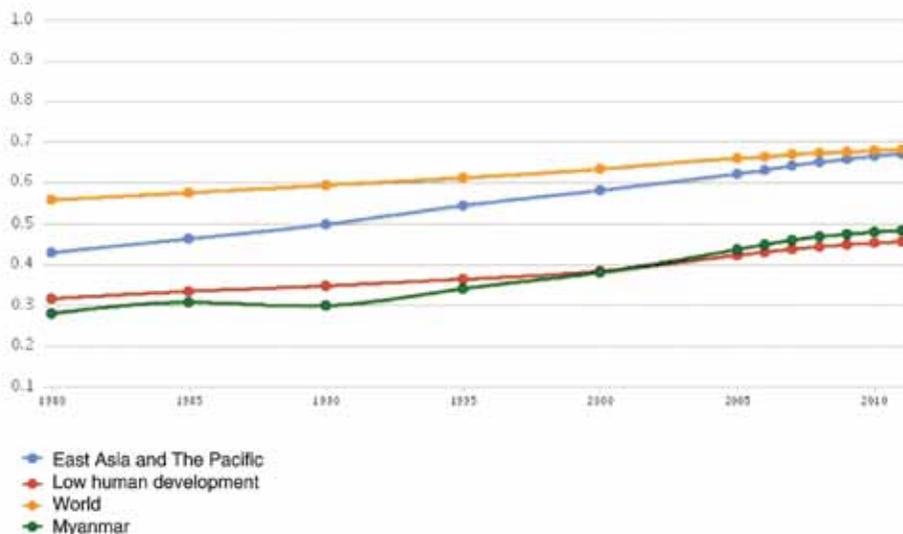
¹⁰ <http://www.pearson.com/news/2012/november/pearson-launches-the-learning-curve.html>

When are considered more complex social figures, such as HDI (Human Development Index)¹¹, Japan appears as the tenth country, Brazil occupies only the eighty fifth position.



However, despite the fact that there is an evident logical connection between human development, education, poverty and criminality, still there remain some paradoxical features which do not allow a simplistic conclusion of a “cause and effect”, especially when it is considered that Brazil possess an increasing HDI factor, which improvement pace is much higher than the regional and global average since the last twenty years, but yet verifies a further elevation of violence rates at the same period.

¹¹ UNDP Human Development Report Office – The Human Development Index (HDI) is a composite measure of health, education and income that was introduced in the first Human Development Report in 1990 as an alternative to purely economic assessments of national progress, such as GDP growth. It soon became the most widely accepted and cited measure of its kind, and has been adapted for national use by many countries. HDI values and rankings in the global Human Development Report are calculated using the latest internationally comparable data from mandated international data providers. Previous HDI values and rankings are retroactively recalculated using the same updated data sets and current methodologies, and are presented in Table 2 of the Statistical Annex of the 2013 Report. The HDI rankings and values in the 2013 Human Development Report cannot therefore be compared directly to HDI rankings and values published in previous Human Development Reports. <http://hdr.undp.org/en/statistics/hdi/>, em 10.3.2013.



From: www.aph.ga.au. Burma; Human Development Trends, 1980-2011, em 10.03.2013

Such mathematics seems even more difficult to be explained when are studied the same rates (criminality *vis-à-vis* HDI) from a developed country such as the USA, which, in 2010, had the rate of 4,8 homicides per 100.000 inhabitants, the highest rate among developed countries (industrialized). In that country, as well as Japan, death penalty and life imprisonment are provided in Law. During 2002, there were nine death penalty executions in Japan, while there were forty two in the US.

Basing upon these figures, it seems to exist other factor that influences decisively statistics and rates regarding the low criminality rates in Japan when compared to Brazil and to the US. Besides the general social feature, cultural matters gather a huge impact regarding criminality control.

Nonetheless, in the class ministered by Professor Taiji Hotta Phd., “Japanese Culture and Development”, we could observe the deep influence that the four main religion in Japan cause within both Japanese culture and social structures.

The influence of Buddhism, Confucianism, Taoism and the Shintoism within the entire society elevates to a high level of respect typical values of Japanese society.

The recognition of the great importance of group harmony (WA – Group Harmony) avoids the exaggerated individualism and success quest nurtured with strong influence from north-American culture which generate the seek for success by means of any costs.

The valorization of the personal efforts and hard work as legitimate means towards success achievement expressed on DORYOKU and ISSHOKENMEI ideals, undoubtedly are factors that avoid population from illegal and criminal ways of obtaining success, or even from the “easiest way”.

It is important to mention, however, that this exaggerated seek for the ideal of maximum effort towards perfection and elevated personal challenge yet causes negative impacts, such as the death caused by exhaustion, “death from overwork”, also known as Karoshi, and the alarming suicidal rates, especially amongst young people.

It is possible to conclude, therefore, that criminal law is not the most important feature to prevent crime, once crime is also an issue that involves wider social and cultural problems.

The Japanese society collective consciousness¹², associated to the country high level of development and education, further than criminal sanctions and penalty menaces, are, in our understanding, features that allow to this country to occupy a privileged position considering criminality rates worldwide. This is definitely an example to Brazil, which might aim these positive aspects of Japanese people in order to gather economic and social development towards a society based upon high values to achieve its goals, in special to protect its citizens from the growing urban violence and criminality.

¹² “The totality of beliefs and sentiments common to the average members of a society forms a determinate system with a life of its own. It can be termed the collective or common consciousness.” Emile Durkheim – *The Division of Labor in Society* (1893).

TRADUÇÃO

ENTRE A JUSTIÇA E O DIREITO: DIREITO E CRIMINALIDADE ENTRE O BRASIL E O JAPÃO.

José Luiz Souza de Moraes
(autor e tradutor)

1. INTRODUÇÃO

As aulas ministradas no curso “*Summer Program for Peace and Law 2013*” da Universidade de Hiroshima, não somente serviram para o aprendizado do sistema jurídico japonês, como também foram determinantes para uma melhor compreensão do Direito brasileiro e de sua efetividade e eficácia sociais.

Para a compreensão do Direito japonês as aulas ministradas pelo Professor de Direito Internacional e Constitucional Hajime Nishitani foram fundamentais, em especial, quando situaram o atual desenvolvimento do sistema jurídico japonês no “tempo e no espaço” traçando uma linha de evolução que fez inicial remissão ao Tratado de Tordesilhas até as recentes disputas territoriais com a China e a Coreia (Takeshima and Sennkaku Islands), passando pela questão do “Whaling” (pesca de baleias) e as influências diretas da Segunda Guerra Mundial no direito constitucional e internacional japonês.

2. COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS LEGAIS DO BRASIL E JAPÃO

Após observar evidentes diferenças entre os sistemas judiciais brasileiro e japonês, houve grande surpresa durante as aulas ministradas pelo Professor de Direito Penal Nobuhito Yoshinaka ao vislumbrarmos uma justiça criminal em sua grande parte idêntica à brasileira, em especial no que tange aos Princípios Gerais e à chamada “Teoria do Crime”¹³, ambos com fonte direta no Direito Penal alemão.¹⁴

¹³ German criminal law Straftatsystem based on Tatbestandsmassigkeit (hypothetic definition of the offense), Rechtswidrigkeit (wrongfulness or unlawfulness) and Schuld (culpability).

¹⁴ In 1868 the Shogunate collapsed, and government was restored to the Emperor. As the *Meiji* Government proceeded to modernize Japan, revolutionary changes were brought about in the area of criminal justice. Such procedures as rendering judgments solely upon confession were abolished, and torture was prohibited. The judicial system as a whole started to approximate Western approaches. In 1880 the Government enacted *Chizaiho*, modeled on the French Code of Criminal Procedure established by Napoleon. In 1890 *Chizaiho* was revised to the Code of Criminal Procedure with some amendments,

Com exceção da previsão da pena de morte¹⁵ e perpétua, não previstas no direito brasileiro, a identidade entre os sistemas criminais é praticamente total, ressalvadas evidentemente as distintas quantificações das penas.

A questão que imediatamente surgiu diante dessa identidade foi a enorme diferença entre as estatísticas de criminalidade entre os dois países. Como países com idênticos tratamentos jurídicos contra o crime podem ter resultados sociais tão distintos?

O Brasil está dentre os vinte países mais violentos do mundo segundo a *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) ¹⁶, com um alarmante número de 22,4 homicídios¹⁷ por 100.000 habitantes no ano de 2010, 26,8 em 2011; e, 27,4 em 2012. O crescente número de homicídios coloca o Brasil em uma classificação de “War Zone” que toma dimensões mais dramáticas diante do fato de não haver um conflito interno armado reconhecidamente estabelecido, sendo a violência instalada especialmente nos grandes centros urbanos, tendo o Brasil quinze cidades dentre as cinquenta mais violentas do mundo em número de homicídios¹⁸.

Em outra mão, o Japão figura no topo do ranking dentre os países menos violentos, com um número que varia entre 0,3 (2008) e 0,4 (2009) homicídios por 100.000 habitantes.

the first Western-style comprehensive criminal justice system adopted in Japan. In 1922 a new Code of Criminal Procedure was enacted under the influence of German law. It can be said that the criminal procedure system following the *Meiji* period was based completely upon the continental European system. (Supreme Court of Japan – OUTLINE OF CRIMINAL JUSTICE IN JAPAN. History of Criminal Justice in Japan. In http://www.courts.go.jp/english/judicial_sys/criminal_justice_index/criminal_justice/index.html#1)

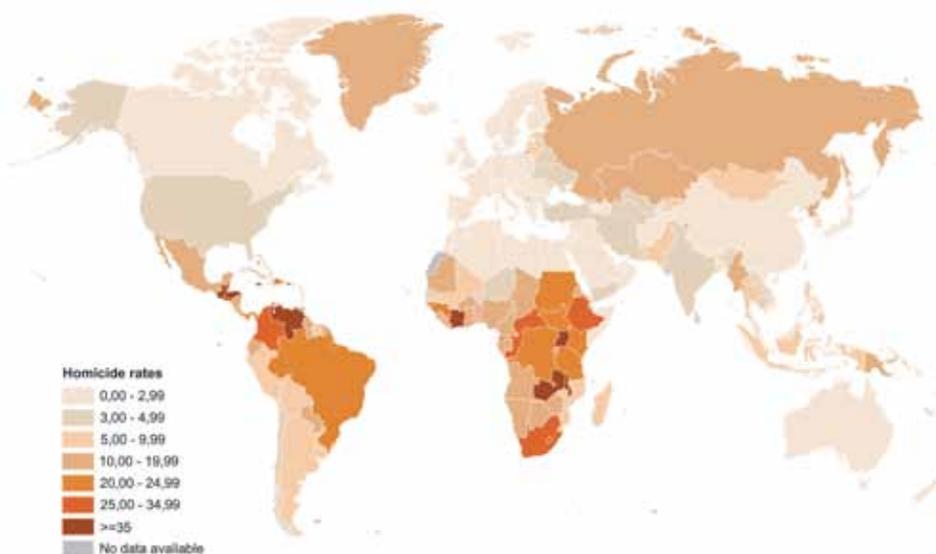
¹⁵ Constitution of the Federative Republic of Brazil – Title II, Fundamental Rights and Guarantees. article 5. XLVII – there shall be no punishment:

- a) of death, save in case of declared war, under the terms of article 84, XIX;
- b) of life imprisonment;
- c) of hard labour;
- d) of banishment;
- e) which is cruel;

¹⁶ UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime <http://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/annual-report.html?ref=menutop>

¹⁷ Intentional homicide: unlawfulldeath purpose inflicted on a person by another person.

¹⁸ <http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/viewdownload/5-prensa/163-san-pedro-sula-otra-vez-primer-lugar-mundial-acapulco-el-segundo>

Homicide rates by country (2010 or latest available year)

(FIGURA 1 DO TEXTO ORIGINAL EM INGLÊS)¹⁹

A abismal diferença entre os países começa a fazer lógica quando deixamos de lado a análise do direito e analisamos outros fatores sociais que contribuem para esse resultado de forma mais evidente e eficiente que a mera elaboração de Leis e a previsão de penas. Os índices de educação e de desenvolvimento humano comprovam que os fatores sociais, e não a ameaça de punição criminal, têm resultado efetivo no combate à criminalidade.

Enquanto o Japão²⁰ ocupa o quarto lugar no índice geral de educação (com nota 0.89) de acordo com o instituto de pesquisas Pearson²¹, o Brasil ocupa a trigésima nona posição (com nota -1.65).

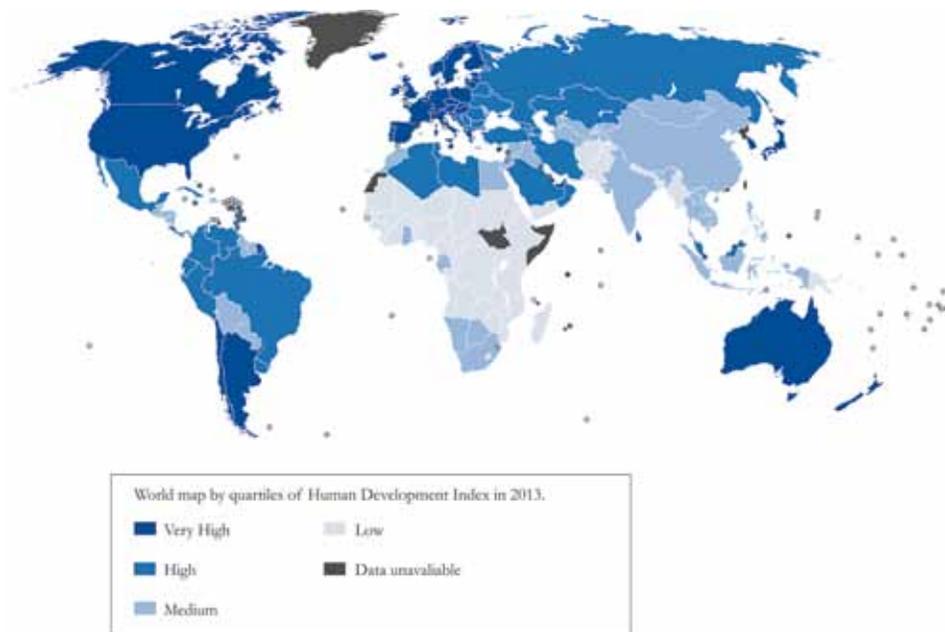
Quando são analisados outros índices sociais mais complexos, como o Human Development Index (IDH)²², o Japão desponta como décimo colocado com um conceito (very high HDI), enquanto o Brasil ocupa a posição 85 deste ranking.

¹⁹ Source: UNODC Homicide Statistics.- The 2011 Global Study on Homicide – United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)

²⁰ EDUCATION IN JAPAN COMMUNITY Blog – “Japan comes up fourth in newly launched Pearson education index-rankings” – in: <http://educationinjapan.wordpress.com/2012/11/28/japan-comes-up-fourth-in-newly-launched-pearsons-education-index-rankings/>

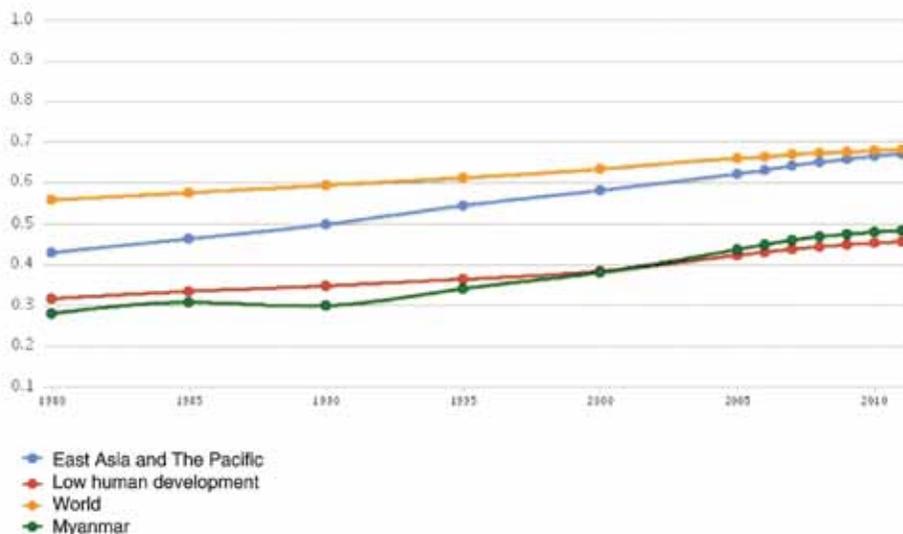
²¹ <http://www.pearson.com/news/2012/november/pearson-launches-the-learning-curve.html>

²² UNDP Human Development Report Office – The Human Development Index (HDI) is a composite



Contudo, apesar de ser evidente a correlação lógica entre o desenvolvimento humano, educação, pobreza e criminalidade, ainda há paradoxos que não permitem uma simplista relação de causa e efeito, em especial, quando verificamos que o Brasil conta com um crescimento do IDH maior do que a média regional e mundial nos últimos vinte anos, mas com crescimento ainda mais acelerado dos índices de violência neste mesmo período.

measure of health, education and income that was introduced in the first Human Development Report in 1990 as an alternative to purely economic assessments of national progress, such as GDP growth. It soon became the most widely accepted and cited measure of its kind, and has been adapted for national use by many countries. HDI values and rankings in the global Human Development Report are calculated using the latest internationally comparable data from mandated international data providers. Previous HDI values and rankings are retroactively recalculated using the same updated data sets and current methodologies, and are presented in Table 2 of the Statistical Annex of the 2013 Report. The HDI rankings and values in the 2013 Human Development Report cannot therefore be compared directly to HDI rankings and values published in previous Human Development Reports. <http://hdr.undp.org/en/statistics/hdi/>



From: www.aph.ga.au. Burma; Human Development Trends, 1980-2011, em 10.03.2013

Tal matemática parece ainda mais inexplicável quando estudamos os mesmos índices (criminalidade *vis-à-vis* IDH) em um país desenvolvido como os Estados Unidos da América do Norte, que em 2010 teve o índice de 4,8 homicídios a cada 100.000 habitantes, o índice mais elevado dentre os países desenvolvidos (industrializados). Neste país como no Japão há a previsão de pena de morte e perpétua, tendo havido nove execuções capitais no Japão, enquanto nos EUA ocorreram quarenta e duas, somente no ano de 2002.

Baseado nesses fatos parece saltar aos olhos a existência de outro fator que influencia de forma grave as estatísticas a respeito da baixa criminalidade do Japão quando comparadas ao Brasil e aos Estados Unidos. Além do aspecto social, as questões culturais têm grande impacto no controle da criminalidade.

Ao analisarmos a sociedade nipônica na aula ministrada pelo Professor Taiji Hotta Phd. “Japanese Culture and Development” pudemos observar a forte influência que as quatro principais ideologias religiosas imprimem na cultura e na estrutura social japonesas.

A influência do Budismo, do Confucionismo, Taoísmo e do Shintoísmo em todas as camadas sociais elevam a um nível diferenciado o respeito aos valores típicos da sociedade japonesa.

O reconhecimento da enorme importância do trabalho e da harmonia do grupo (WA – Group Harmony) afasta o individualismo exagerado e a busca do sucesso e destaque individuais nutridos nas sociedades com forte influência americana e que geram a busca pela aparência de sucesso a quase qualquer custo.

A valorização do esforço e do trabalho como únicos meios legítimos para o alcance do sucesso (sempre coletivo – na companhia, na escola, na comunidade local e no país) traduzido nos ideais de *DORYOKU*, ou ainda, no de *ISSHOKENMEI*, que rezam que as pessoas devem trabalhar duro o máximo que puderem; sem dúvida são fatores que afastam a população em geral da busca do sucesso através de meios ilícitos ou criminosos, ou da busca pelo “caminho fácil” na obtenção de prestígio.

É necessário salientar, contudo, que esta busca exagerada pelo ideal do máximo esforço não tem apenas impactos positivos causados pela incessante busca pela perfeição e da elevada cobrança pessoal.

Alguns pontos negativos desses ideais são percebidos na cada vez mais comum morte por excesso de trabalho “death from overwork”, chamada de *Karoshi* e no alarmante índice de suicídios, em especial na população mais jovem.

É possível concluir, portanto, que a lei penal e a previsão de penas, mais gravosas ou não, não são o mais importante fator de prevenção da criminalidade. O crime é uma questão social e cultural, não apenas jurídico.

A consciência coletiva da sociedade japonesa²³, unida ao altíssimo grau de desenvolvimento e educação, muito mais do que as leis penais e a simples ameaça de punição estatais, são, no nosso entendimento, os elementos que possibilitam a esse país gozar de tão privilegiada posição no quadro estatístico da criminalidade mundial. Este definitivamente deve ser um objetivo a se mirar e copiar no Brasil. Os bons exemplos do povo japonês para unir o desenvolvimento econômico e social a uma sociedade baseada em valores para a consecução de seus fins, em especial, com a proteção de seus cidadãos da crescente insegurança e criminalidade.

²³ “The totality of beliefs and sentiments common to the average members of a society forms a determinate system with a life of its own. It can be termed the collective or common consciousness.” Emile Durkheim – *The Division of Labor in Society* (1893).

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 AOS VINTE E CINCO ANOS. BALANÇO CRÍTICO.

The Brazilian Constitution of 1988 and its twenty-five years. Critical Assessment.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

SUMÁRIO I. Introdução. II. Os méritos da Constituição. III. A governança. IV. O sistema eleitoral e partidário. V. Alterações e mudanças na Constituição. VI. Observações finais.

RESUMO O texto analisa com precisão a evolução da Constituição Federal brasileira de 1988, com destaque aos seus méritos e, também, examina de forma crítica os temas da governança, sistema eleitoral e partidário, finalizando com reflexões sobre as consequências destas alterações e mudanças incorporadas ao longo dos vinte e cinco anos de vigência.

ABSTRACT The text accurately analyzes the evolution of the Brazilian Federal Constitution of 1988, highlighting its merits, and also critically examines the themes of governance, electoral and party system and the consequences of changes and mutations incorporated over twenty-five years of effectiveness.

Palavras-chaves: Constituição. Brasileira. Vinte e Cinco Anos. Méritos. Governança. Sistema Eleitoral. Sistema Partidário. Alterações. Mudanças.

Keywords: Constitution. Brazilian. Twenty-Five Years. Merits. Governance. Electoral System. Party System. Amendments. Mutations.

I. INTRODUÇÃO

1. O vigésimo quinto aniversário da Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, é ocasião oportuna para o registro de sua evolução, bem como de seus méritos e deméritos. É o que se vai agora fazer.

2. Para tanto, cumpre de início recordar o momento e o contexto em que foi editada.

A Lei Magna de 1988 marca o final de um processo de reinstitucionalização do país. Este processo, desencadeado em 1979, quando foi revogado o Ato

¹ Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

² Completado em 25/10/2013.

Institucional nº 5/68³ encaminhou-se para o término, quando a Emenda Constitucional nº 26/85 determinou, no art. 1º:

Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

3. Quanto ao seu contexto, basta esboçá-lo em longos traços.

No plano internacional, ainda existia a União Soviética, com todos os seus satélites e o seu prestígio ideológico. Cuba ainda era vista como um modelo desejável (e ainda o é para saudosistas).

No plano nacional, havia o entusiasmo por um recomeço, falava-se na *Nova República*. Neste reinício, combinavam-se vários ingredientes. Os principais eram:

Politicamente, o anseio pela democracia e a liberdade; o horror ao passado, como se nenhum ponto positivo nele houvesse existido, o que fez com que a Constituição houvesse sido feita “*olhando pelo retrovisor*”; a esperança num socialismo mais à moda da Revolução dos Cravos do que de Moscou, com a crença num Estado assistencialista; o culto aos direitos fundamentais, particularmente aos direitos sociais; o sentimento de culpa relativamente aos indígenas; o temor às repressões...

Juridicamente, a admiração pela Constituição portuguesa de 1976, o entusiasmo pela Constituição dirigente, a confiança num papel político por parte ao Judiciário a corrigir omissões e efetivar políticas e direitos; o devotamento aos princípios; a multiplicação dos meios de defesa contra acusações... etc.

Foi adotada com ampla participação de todos os segmentos sociais, o que deu lugar a uma forte pressão de grupos que lograram inscrever no texto seus principais interesses. A isto muito facilitou a ideia de fazer dirigente a Constituição, numa versão à brasileira das ideias de Canotilho.

4. Ora, o texto elaborado em 1987/1988 reflete esse contexto e esses idealismos. E também o velho fenômeno do “copismo”, conquanto os modelos tenham mudado...

É ele longo e detalhista – exatamente por ter a pretensão de ser dirigente – generoso nos direitos e nas promessas (que seriam – esperava-se – concretizadas por medidas judiciais, se necessário). É liberal quanto às liberdades, também quanto a medidas sociais. Abre enorme campo para a atuação dos juizes, tanto no controle de constitucionalidade, como na defesa de interesses difusos.

³ Este permanecia vigente, inscrito como tal na Constituição de 1967, na redação estabelecida pela Emenda nº 1/69 (art. 182), até que a Emenda nº 11/78 a revogou.

Dá ao Estado um imenso campo de ação, seja no plano econômico, seja no plano social. Engessa-lhe, todavia, a organização em muitos pontos, por exemplo, quanto à administração pública e ao estatuto do servidor, inclusive regime previdenciário, ao querer preordenar a disciplina legal dessa matéria.

Abre o terreno para a multiplicação dos partidos, idealizados como expressão de ideias e programas. Liberta, porém, os parlamentares das cadeias da fidelidade...

Entretanto, no plano da governança, não é inovador. Conserva o regime, dando prevalência absoluta ao Presidente da República (a proposta parlamentarista havendo sido rejeitada). Reforça-lhe até os poderes, mantendo-lhe o poder de legislar que se condenava na Constituição anterior.

E – complete-se o panorama – quanto à estrutura do Estado, mantém um federalismo centrado no poder da União, embora valorize formalmente os Municípios erigidos em componentes da República Federativa.

5. Nestes vinte e cinco anos de vigência, a aplicação de suas normas manteve, quando não exacerbou, traços já visíveis no texto. Por exemplo, quanto ao presidencialismo e quanto ao federalismo. Foi o seu texto alterado 80 vezes por Emendas – as seis ditas de revisão e mais 74 ordinárias, afora um trato incorporado. Isto se explica, por um lado, pela necessidade de romper o quadro petrificado como dirigente, em face de novos tempos (e em razão de ônus financeiros, como o pesado custo da previdência, daí, porém, sucessivas “reformas” em relação a esta). Nem se falando no vezo bem nacional de supor resolvido um problema social se se editar uma norma criando direito. Faltam habitações? Institui-se o direito à moradia....

A Constituição muito mudou, não só em decorrência dessas alterações formais por Emendas, como informalmente, em especial pela atuação do Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal, ao pretender interpretá-la e concretizá-la.

Igualmente, a sua vivência fez patentes alguns efeitos perversos que hoje se manifestam ostensivamente.

6. Aprofunde-se um pouco a análise. Primeiro, destacando seus méritos. Depois, apontando e discutindo alguns problemas que dela, direta ou indiretamente, decorrem. Se estes ocupam mais espaço que as virtudes, disto a razão é simples: a crítica é inspirada pelo desejo de apontar distorções, riscos, inconvenientes que merecem solução ou correção. Claro que numa visão pessoal, mas *sine ira ac studio*.

II. OS MÉRITOS DA CONSTITUIÇÃO

7. Considerando globalmente a vivência destes vinte e cinco anos, o grande mérito da Constituição é o de haver ensejado liberdade política e democracia. E, para usar um termo desusado, progresso.

Hoje, é plena a liberdade política, o que se faz evidente em múltiplos aspectos. Existe liberdade de crença ideológica, com os seus consectários – liberdade de expressão do pensamento, de imprensa, de manifestação, de atuação partidária. Existe liberdade pessoal em face do Estado, num nível certamente maior que no passado.

É também plena a democracia, com eleições livres e alternância no poder.

Igualmente, neste período, o país progrediu, tornou-se mais rico, mais moderno.

8. Sem dúvida, poder-se-ia discutir se esses resultados positivos são obra da Constituição. Ou são fruto de uma evolução das mentalidades, de medidas adotadas antes dela, de mudanças no quadro internacional.

Essas ressalvas têm seu valor. A liberdade política e a democracia muito devem ao abandono, de um lado, da pretensão de tomar o poder pela revolução, a fim de estabelecer um ideal ideológico milenarista, de outro, da tentação de tudo resolver autoritariamente. Esta mudança de mentalidade tem a ver, de um ângulo, com o fim do expansionismo soviético e com o fracasso da tentativa de tomar o poder por caminhos outros que a eleição, de outro, com o reconhecimento de que o resultado obtido autoritariamente, não corresponde ao ônus assumido, mormente a médio prazo. O progresso econômico resulta de um processo de desenvolvimento que tem mais de cinquenta anos; da modernização dos meios de comunicação, que vem dos anos setenta; de medidas como a liberação da pesquisa do petróleo, por exemplo, extremamente contestadas quando adotadas.

Mas é incontestável que a Constituição tem pelo menos o mérito de não ter bloqueado a evolução do quadro político, econômico e social – ao contrário, o estimulou – e, sobretudo, de haver legitimado o processo de desenvolvimento em suas diferentes facetas.

É verdade que, no que tange ao desenvolvimento econômico, por exemplo, isto se fez, ignorando-se muito do preceituado no capítulo sobre a atividade econômica – por exemplo, o planejamento determinante (art. 174, *in fine*⁴). Ou a discriminação de empresas com capital estrangeiro, como estava no art. 171, logo revogado⁵.

9. Os méritos apontados não significam a ausência de nuvens a obscurecê-los. Abusos deturpam a liberdade política, a segurança pessoal é abalada pela

⁴ Em entrevista publicada em 2 de outubro deste ano, o Ex-Presidente da república e líder incontestado do PT, Luís Inácio Lula da Silva, reconhece que o Brasil seria ingovernável se as propostas apresentadas na Constituinte por seu partido, que eram consubstanciadas num anteprojeto elaborado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, houvessem sido acolhidas por inteiro. (*O Estado de S. Paulo*, p. A-7). Nisto, o mérito é do grupo de parlamentares que se tornou conhecido por *Centrão*, na época vilipendiado por toda a esquerda e por grande parte dos meios de comunicação de massa.

⁵ Pela Emenda nº 6/1965.

incapacidade do Estado de assegurar o combate à criminalidade e também pela persistência de práticas policiais condenáveis. A democracia sofre com a deliquescência do sistema partidário e com a inadequação do sistema eleitoral. Tudo, enfim, é envenenado pela corrupção.

Talvez Constituição alguma consiga suprimir esses males, pois derivam do nível de desenvolvimento cultural do país. Somente um processo educativo – moral e cívico – poderá corrigi-los.

III. A GOVERNANÇA.

10. O direito constitucional contemporâneo, como faz fé a Constituição francesa no art. 20, reconhece uma função governamental específica. Consistiria esta em determinar e conduzir a política nacional.

Essa governança, na Constituição vigente, é moldada segundo a separação dos poderes. Nela, não há um Governo, mas a função governamental é partilhada entre o Executivo e o Legislativo, poderes políticos, ficando à parte dessa tarefa o Judiciário. Esta é a estrutura típica do presidencialismo, já que no parlamentarismo tal função cabe ao gabinete, dada a sua situação particular de detentor do Executivo, mas ao mesmo tempo de cabeça da maioria parlamentar, portanto do Legislativo.

É verdade que há muito já se registrou ser o Executivo mais que Executivo, sendo de fato o principal na governança. Mais, que seu chefe – o Presidente da República – é mais do que mero chefe de um Poder, mas também chefe de Estado, afora exercer outras tarefas primordiais.

11. Essa preponderância do Executivo – também de há muito apercebida – é no Brasil personalizada em grau intenso, além de exacerbada. Sérgio Resende de Barros caracterizou o regime como um “presidentismo”, forma potencializada de presidencialismo personalizado. Autor estrangeiro, mais de meio século atrás, chegou a falar em *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*, o que não é exato, visto que, jamais, um monarca absoluto teve tantos poderes como o nosso “chefe de governo-chefe de Estado”.

O fenômeno decorre em parte de uma razão política. Trata-se da sua legitimidade democrática, decorrente da eleição direta em dois turnos: ele aparece assim como o escolhido da maioria absoluta do povo brasileiro. É assim a expressão, por excelência da vontade popular.

Uma outra, de natureza cultural, acresce-lhe a força. Para a maioria do povo, em que preponderam os carentes, ele é o demiurgo, ou o taumaturgo, que poderá trazer para todos o bem-estar. Esta visão cultural tem sua razão de ser, quando se examinam os papéis que, na realidade, são confiados ao Presidente da República, pelo direito brasileiro, seja direta, seja indiretamente, pela Constituição.

12. Na verdade, se o fenômeno do “presidentismo” é antigo, no quadro da Constituição de 1988 e na prática dos seus vinte e cinco anos, é ele exacerbado.

Claramente, a Carta Magna atribui ao Presidente da República as funções capitais de chefe de Estado, chefe de Governo, comandante supremo das Forças Armadas, afora as de dirigente das relações exteriores e de superintendente da Administração.

Essa enumeração, todavia, não destaca o fato de que a Constituição em vigor prevê um Estado onipotente, o que alarga extremamente a esfera de atuação do governo que o Presidente encabeça.

Com efeito, a Constituição, no afã de regular não só a ordem política, mas também as esferas social e econômica, propicia ao Presidente da República vários papéis além dos mencionados, que têm de ser sopesados para medir o seu peso na vida nacional.

Realmente, é hoje o Presidente da República também o comandante da economia nacional. Sim, porque ele o é, na medida em que pode conceder estímulos e desestímulos às atividades produtivas. Tem nas mãos o Banco Central, que rege toda a política financeira, bem como a grande agência de financiamento que é o BNDES, bem como o maior banco, o Banco do Brasil. Controla a grande indústria energética, com a PETROBRAS à frente.

É o provedor dos mais pobres. Tem nas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde, programas assistenciais, como a bolsa-família, etc.

Também é, em última análise, o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários e vantagens dependem dele...

Além de ser o grande Irmão que tudo sabe, informado pela ABIN e pela Polícia Federal...

13. A este indisfarçável arsenal soma-se o aporte das Medidas Provisórias, que tende a operar uma concentração em suas mãos de dois Poderes, o Legislativo, além do Executivo.

Com efeito, ao editar a Medida Provisória, o Presidente da República amolda, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isto, ele a conforma segundo melhor lhe parece com vistas aos objetivos e políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos, e de estar produzindo efeitos, é que o Legislativo a examina, para convertê-la ou não em lei. Ora, este *controle a posteriori* depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata assim o Legislativo, não de um projeto, uma lei *in fieri*, mas de uma lei *facta*.

Inverte-se em resumo o modelo de processo legislativo desenhado por Montesquieu. Em vez da *faculté de statuer*, ou seja, de ter a faculdade de estatuir, estabelecer o conteúdo normativo da lei, o Legislativo fica com uma *faculté d'empêcher*, contudo, um veto bem menos eficaz, do que o que cabia e cabe ao Executivo, pois

não previne os efeitos da norma. Ao contrário, o veto do Executivo, embora superável, ao menos afasta a vigência e eficácia do conteúdo normativo.

A Emenda nº 32/2001, certamente aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da Medida, mas evidentemente não eliminou a concentração de poder.

Enfim, como a moeda má expulsa a moeda boa, as Medidas Provisórias praticamente eliminaram as leis delegadas, que importam num controle prévio da legislação governamental.

Ademais, a pauta dos trabalhos legislativos do Poder Legislativo fica na dependência das Medidas Provisórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena do sobrestamento de outras “deliberações legislativas”. Isto significa uma prioridade para as Medidas Provisórias em relação aos projetos de lei que, estes, podem ser de iniciativa parlamentar. E como as Medidas Provisórias são muitas, pouco tempo resta para o exame destes projetos.

14. Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar, fenece. Seu papel, no campo que foi sua razão de ser, torna-se apagado, reduzido a um controle às vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória. Evidentemente, isto esvazia a sua influência na governança.

Os parlamentares atuais bem o sentem, de modo que procuraram outra atividade que não a de legisladores, a fim de terem sobrevida política. Esta é a de investigação, com a instituição das CPIs, as Comissões Parlamentares de Inquérito – isto quando logram instalá-las. Estas Comissões não visam mais, como está nos livros, colher subsídios para a atuação do Parlamento, em suas tarefas próprias, sendo a essencial evidentemente a de legislar; voltam-se para a apuração de atos ilícitos, assumindo um papel policesco. Nisto, não raro invadem o terreno atribuído ao Judiciário. Mas este papel que idealmente configura controle, dá notícia, é acompanhado pelos meios de comunicação de massa. Por intermédio destes, salienta-se este ou aquele parlamentar. Frustram, entretanto, a opinião, porque não conduzem, como não o podem, a resultados práticos, por exemplo, a punição dos “corruptos”.

Fica destarte patente que o Legislativo brasileiro se reduziu essencialmente a um poder de controle do Executivo, controle este de pouca eficácia.

15. Em contrapartida, se o papel do Legislativo na governança se reduz, o do Judiciário cresce. Sem dúvida, é esse papel ensejado pela Constituição, com seus princípios cogentes, suas ações coletivas, etc., mas é potencializado pelo ativismo de alguns e pelo idealismo de outros. Estes querem corrigir o que os políticos fazem e fazer o que estes não fazem.

Manifesta-se, de modo nítido e inegável, a participação do Judiciário na governança, quando se tem presente todo um rol de decisões, visando à ordenação e

a imposição de políticas públicas. Nisto, ele se substitui ao Executivo, formulando claramente opções de oportunidade e conveniência.

Aponte-se mais que, se o Supremo Tribunal Federal pelo controle de constitucionalidade é naturalmente “legislador negativo”, tornou-se ele um legislador “positivo”. Com efeito, a instituição da ação declaratória de constitucionalidade o fez uma terceira Câmara legislativa, incumbido que ficou de confirmar a validade de lei contestada. Por outro lado, no exercício da sua função judicante, ele tem assumido o papel de legislador de fato. Os exemplos são muitos. Um, flagrante, está na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, em sede de mandado de injunção. Ou, estabelecendo, como o fez, no caso *Raposa, Serra do Sol*, cerca de duas dezenas de normas a serem aplicadas em todos os casos de demarcação de terras indígenas... Ou relendo a Constituição num sentido inovador, conscientemente oposto ao elemento histórico, no caso dos relacionamentos homossexuais. Ou, editando súmulas vinculantes (poder que lhe foi dado pela Emenda Constitucional nº 45/2004) que não se resumem a sintetizar jurisprudência, mas prescrevem, ou proscovem, como se leis fossem, procedimentos e condutas (casos das súmulas sobre as algemas e sobre o nepotismo, por exemplo).

Afora a atuação como que constituinte, assumida no caso da fixação do número de vereadores e no da definição de normas de fidelidade partidária, neste último caso apoiando o Tribunal Superior Eleitoral. (Deixe-se para mais tarde a questão das modulações).

Claro está que esse papel na governança tem como contrapartida uma politização do Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, politização que leva a fazer temer a sua partidarização. Com efeito, o sistema de composição desta Corte Suprema enseja que um partido possa indicar a maioria, se não a totalidade de seus membros, vitalícios...

IV. O SISTEMA ELEITORAL E PARTIDÁRIO.

16. A Constituição de 1988 adotou, como se sabe, o modelo da democracia indireta, dita representativa, abrindo, todavia, as portas para a participação popular direta. Entretanto, se esta é prevista no plano administrativo (as audiências), no plano legislativo (pela iniciativa popular), no Judiciário (pelos *amici curiae* e também por audiências públicas), inegavelmente a democracia no Brasil se faz pelas eleições e pelos partidos.

Reconhecendo-o, a Lei Magna fixou o sistema eleitoral para a escolha dos chefes do Executivo – eleição majoritária direta, eventualmente em dois turnos; para a seleção dos senadores – eleição majoritária direta; e para os deputados, eleição proporcional.

Igualmente, teve o cuidado de estabelecer um estatuto básico para os partidos políticos, num capítulo especial.

Ora, nestes vinte e cinco anos de vigência da Constituição, vários efeitos perversos do que foi estabelecido se tornaram manifestos. Na verdade, pode-se afirmar sem hesitação que provocaram uma deliquescência do sistema partidário e a deformação do sistema eleitoral.

17. A deliquescência do sistema partidário manifesta-se no reconhecimento formal de trinta e dois partidos, sem disciplina interna (apesar de o TSE e o STF terem declarado a existência de uma obrigação de fidelidade partidária), sem significação programática, simples máquinas de participar das eleições, usufruindo de recursos do fundo partidário, do tempo nos meios audiovisuais de comunicação de massa.

Decorre isso da ampla liberdade, decorrente da Constituição e favorecida pela lei, para a criação de partidos. É isto, sem dúvida, uma reação contra o bipartidarismo imposto no regime militar. Entretanto, os inconvenientes de tal quadro são muitos e incontestáveis.

O principal destes é ensejar, como a experiência estrangeira e brasileira o comprovam, uma “pequenezização” dos partidos. Considere-se que, nas últimas eleições, o maior partido brasileiro na atualidade – o PT – elegeu menos de um quinto da Câmara dos Deputados e passou a ter apenas um sexto das cadeiras no Senado. O segundo – o PMDB – elegeu pouco mais de um sexto da Câmara e veio a ter cerca de um quarto do Senado. Mas, por outro lado, na Câmara, ganharam representantes vinte e um outros partidos.

Hoje, após as trocas de outubro, o PT possui na Câmara 86 deputados e o PMDB, 77, ou seja, juntos têm cerca de um terço da Câmara. Em compensação, há vinte e três partidos representados, dos quais apenas seis possuem mais do que 5% das cadeiras da Casa.

Em resumo, no Brasil, há um esfarinhamento partidário que deprecia os partidos. Na realidade da vida parlamentar pesam mais agrupamentos suprapartidários, agregados por grandes interesses – as chamadas bancadas “evangélica”, “ruralista”, da “bola”, etc. – do que a esmagadora maioria dos partidos.

18. Ora, essa fragmentação tem um reflexo negativo na governança. Com efeito, embora o Presidente seja o Governo, num Estado de Direito as decisões básicas devem ser adotadas em lei, sejam leis geradas no Parlamento, sejam leis resultantes da conversão de medidas provisórias. Para isto, evidentemente, como para outras ações políticas, é preciso contar com a maioria. Esta maioria deve resultar do apoio disciplinado de partidos, dos partidos que seguem a liderança do Governo.

Isso é muito difícil num quadro de fragmentação partidária. Torna-se mais difícil ainda quando os partidos são meros rótulos, com programa apenas formal.

Pior, se desprovidos de coesão, portanto, de disciplina. Nesta situação, a formação da maioria se faz pela negociação – nos variados sentidos da palavra – incluída nesta a barganha, com troca de favores mensais, de cargos, de obras localizadas, do favorecimento a amigos e empresas, e de tudo o que pode ter valor pessoal ou eleitoral.

Não se esqueça, por outro lado, que essa fragmentação retira a significação programática dos partidos. Não há trinta e duas linhas programáticas a justificar trinta e dois partidos. Isto faz com que o eleitorado ao ser chamado a escolher o faça pelos mais variados motivos, o menos importante dos quais é a visão do bem comum que se pretende realizar, a qual deve estar contida no programa. Programa que não seja evidentemente uma coleção de lugares-comuns, de referências bem sonantes, enfim, um discurso de “generalidades genéricas”. Isto é politicamente deseducativo, isto desserve à democracia.

19. Apoiada na experiência, a doutrina política há muito condena a multiplicação excessiva de partidos. Isto já se reconhecia no Brasil no início dos anos sessenta e foi a inspiração, desastrada, da imposição do bipartidarismo.

E o direito bem o sabe, como demonstra a Alemanha, com a cláusula de barreira, segundo a qual não terá representantes o partido que não alcançar 5% dos votos. Aplicada ao Brasil, levando-se em conta as eleições de 2010, a Câmara dos Deputados não contaria com mais de oito partidos. Seria pouco?

Tenha-se presente que o partido é um instrumento de governança e que para tanto deva ter um mínimo de apoio. Não é meio de expressão de linhas de pensamento de peso infinitesimal, quando ainda exprime alguma, muito menos mera máquina para disputar eleições.

20. Desde a obra de Maurice Duverger ao menos, obra esta publicada nos anos cinquenta, sabe-se que os sistemas eleitorais não são neutros. Ao contrário, favorecem tipos determinados de sistema partidário, condicionam a opção do eleitorado, etc.

Não é o momento de expor toda a lição, cabe, porém, lembrar que o sistema de representação proporcional tende a multiplicar o número de partidos, enquanto o sistema majoritário naturalmente o reduz. Simplificando as coisas, a razão disto é um fenômeno psicossocial, qual seja o de que, na representação proporcional, o eleitor sabe que não “perde” seu voto se o atribuir a um determinado matiz doutrinário, mais, que ele vai pesar na distribuição do poder. Sua motivação, portanto, é antes ideológica. Já no sistema majoritário ela é mais pragmática: entre o pior e o menos pior, opte-se por este último.

Claro está que o mestre francês raciocina com partidos com programa. No quadro brasileiro, em que os partidos não têm programa, a multiplicação dos partidos não deriva de um elemento psicossocial, mas de um artificialismo criado em prol da “classe política” e em benefício dela.

Ademais, o sistema de representação proporcional tal qual funciona hoje no Brasil, corrompe de modo escandaloso o processo político. Advém isto da hábil invenção do “puxador” de voto. Como o partido vai receber lugares numa câmara em proporção ao número de votos que obtiver, obviamente procura ele maximizar, como é natural, a sua votação. Para isto, ele sempre seleciona lideranças que encarnem os seus supostos ideais e que possam desempenhar a função para a qual postulam a eleição. Não é isto, porém, o “puxador de votos”. É este uma figura de popularidade, mormente uma pessoa atuante nos meios de comunicação de massa – seja um palhaço – que chama votos, alarga a bancada do partido, “elege” os dirigentes (com votos poucos ou insuficientes), distorcendo perversamente a representação. Certamente, este fenômeno resulta da exploração esperta do sistema eleitoral, num quadro de eleitorado desavisado, aspecto cultural que a lei, por si só, não pode corrigir.

21. Cabe ainda nesse capítulo tratar brevemente de um ponto delicado, a questão do dinheiro. Ou seja, a do financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais. Não é isto definido pela Constituição, mas pesa de modo importante sobre todo o sistema político a que ela preside.

Diretamente o afeta, porque um dos paradoxos da democracia moderna está em que o governo pelo povo por meio de eleições custa dinheiro, e muito dinheiro. Importa em propaganda, “marqueteiros”, cabos eleitorais... (excluindo-se evidentemente a ilícita compra de votos). Mesmo o que é dito “gratuito”, como os programas de televisão e rádio, tem preço alto, o necessário para a elaboração desses programas.

Indiretamente o afeta também – e nisto está o pior aspecto – porque é fonte de corrupção. De fato, o sistema de financiamento adotado pelo direito brasileiro, embora não prescrito na Constituição, é o do financiamento privado, conquanto haja o aporte público do fundo partidário. Nele, as contribuições raramente são desinteressadas, porque, não encarnando ideais, os partidos não passam de máquinas para a conquista e o exercício do poder. Assim, tais contribuições pela sua lógica intrínseca não visam senão acesso ao poder e aos poderosos, nunca ao apoio de ideário, pois este não existe. E têm uma contrapartida implícita que é a simpatia dos eleitos pelos contribuintes, facilitando-lhes o êxito quanto aos objetivos. E o político governante, por saber que sem dinheiro não logrará vencer nova eleição, procura não raro os recursos não apenas por favorecimentos, mas também por outros meios mais grosseiros. Juntam-se então, lembrando o anexam, “a fome com a vontade de comer”...

A corrupção é um fenômeno persistente na história, incluída a do Brasil. Deriva de fatores culturais, incluído aqui o aspecto moral, depende das personalidades e de seus apetites, não resulta apenas do financiamento político, mas tem uma nítida e próxima ligação com o poder e o custo para alcançá-lo.

É de se perguntar se o financiamento público – dadas as nossas condições e tradições – curaria a doença. O mal será sem remédio?

V. ALTERAÇÕES E MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO

22. É acaciano apontar que no período ora estudado a Constituição mudou e mudou muito, a ponto de se chegar a falar em mutação da Constituição.

Antes de apontar as principais mudanças cumpre chamar a atenção para um fato de há muito apercebido pelos grandes constitucionalistas. Ou seja, as Constituições mudam – e crescem, acrescentaria Wheare – não somente pelas alterações formais decorrentes de Emendas, mas também de modo informal, por caminhos outros que tais Emendas. O registro é importante, porque contraria o dogma de que a Constituição é exclusivamente obra de um Poder Constituinte, mesmo na sua modificação, e igualmente desmente o conceito de Constituição rígida – a que apenas seria mudada por alteração formal.

23. Obviamente, a Constituição mudou em decorrência das 80 Emendas que se promulgaram nos vinte e cinco anos de sua vigência. Dentre estas mudanças formais, destaquem-se três de importância capital para o sistema constitucional: 1) A da reeleição do Presidente da República (Emenda nº 16/97) ; 2) A disciplinadora das medidas provisórias (Emenda nº 32/2001); e a Reforma do Judiciário (Emenda nº 45/2004).

A primeira contribuiu para exacerbação do <presidentismo>; a segunda procurou atenuar os malefícios da atribuição de poder legislativo ao Presidente – tentativa, pois, de conter o <presidentismo>; a última, por um lado, alargando a esfera de atuação política do Supremo Tribunal Federal – deu-lhe o poder de editar as súmulas vinculantes – ainda trouxe o pingente do acréscimo de parágrafo ao art. 5º, dispondo sobre a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à Constituição.

As demais Emendas, se muitas são importantes com relação a aspectos setoriais da atuação governamental, especialmente como correções ao detalhismo do texto, não têm significação quanto à ordenação institucional, matéria central da Constituição. É o caso das Emendas versando sobre a previdência. Outras apenas contribuem para fazer da Carta Magna uma lei qualquer, banalizando-a, desvalorizando-a.

24. No entanto, mudanças capitais são hoje perceptíveis na Constituição material do país que não advieram de alterações formais e sim de leis ordinárias, de práticas consagradas e mormente de decisões do Supremo Tribunal Federal. Quanto a este último ponto, a referência não é feita a uma jurisprudência interpretativa, mas sim a deliberações pontuais relevantes – sem arrimo no texto – depois, eventualmente repetidas.

Deem-se alguns exemplos.

25. O primeiro destes é a mudança da Constituição por meio de uma lei ordinária. Trata-se da Lei nº 9.868/99, editada para disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Nela, o art. 27 estabeleceu poder o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de qualquer outro momento que venha a ser fixado. Isto, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e – condição formal – por decisão tomada por maioria de dois terços.

Esta aí a modulação. Ora, está implícita na modulação uma transformação profunda quanto à natureza do ato inconstitucional. Este não é mais nulo – como até ontem enfatizava a doutrina e a jurisprudência do próprio STF – mas é anulável em grau variável quanto à incidência no tempo e quanto ao alcance que pode ser restringido. Disto decorre uma inegável fragilização da Constituição. Como disto deflui um papel constituinte para o Supremo que, pela modulação, muda a Constituição.

Mais, esse art. 27 confere um papel político ao STF. De fato, a modulação pode ser determinada com fundamentos jurídicos – a segurança jurídica – mas também por critério político – oportunidade e conveniência. É o que ocorre se o fundamento é “interesse social” – e o que não é de interesse social ou suscitando questão de constitucionalidade não se torna de interesse social? E ainda qualifica o interesse social de “excepcional”, uma apreciação puramente subjetiva. O sentido político, ainda, se reforça se se considerar que a modulação exige maioria de dois terços, enquanto a declaração de inconstitucionalidade, apenas a maioria absoluta.

26. De mudanças advenientes da prática, pode-se exemplificar com o fato de que o Congresso Nacional ignora, no processo de apreciação de medida provisória, a exigência de parecer de comissão mista que examine e dê parecer sobre as medidas provisórias, exigida pelo art. 62, § 9º da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 32/2001. Esta prática foi reconhecida como inconstitucional em decisão do STF, logo em seguida “desreconhecida”...

27. Enfim, muitas são as mudanças na Constituição introduzidas por decisões do STF que dela retira verdadeiras normas não escritas.

Uma é a de que, em situações de urgência, a competência de auto-organização do ente federativo Município, pode ser substituída por norma editada pelo TSE. É isto, posto de modo nu e cru, o que decorre da decisão que, declarada a inconstitucionalidade de leis orgânicas municipais no que se refere à fixação do número de vereadores, deu ao TSE o poder de fixar esse número. Há, nisto, não apenas a falta de competência desse Tribunal para essa tarefa, como expresso descumprimento do art. 29 da Constituição.

Outra está na assunção de poder legislativo. Isto é flagrante no já mencionado caso Raposa, Serra do Sol, com a fixação de normas aplicáveis a todas as demarcações de terras indígenas. E – insista-se – feito isto nem sequer em controle concentrado de constitucionalidade.

Igualmente, aparece no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores, também já mencionado. Neste, o mandado de injunção previsto para casos particulares tem sua esfera alargada para definir um quadro normativo geral. A justificativa é a omissão do legislador. Ora, a Constituição prevê exatamente para o caso de omissão uma ação especial – a ação de inconstitucionalidade por omissão – que não confere o poder normativo de suprir a omissão ao STF.

Mais. Pelas súmulas, supostamente de jurisprudência, tem ele legislado, acrescentando complementações de conveniência a institutos jurídicos. Por exemplo, regulamentando o uso de algemas... Também a isto se aludiu mais alto.

Mencionem-se também de passagem decisões de profundo impacto político, mas de frágil fundamentação constitucional, como as que deram cobertura à reinstituição da fidelidade partidária, por obra do TSE em resposta a consultas, e a que fulminou a cláusula de desempenho exigida dos partidos, beneficiando os de representatividade irrisória – os partidos “nanicos” – e assim contribuindo para estimular a fragmentação do sistema partidário.⁶

E apenas se refira a pretensão – ainda não concretizada – de “revogar” o art. 52, X da Constituição. Ou seja, dispensar a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por parte do Senado Federal, no controle desconcentrado, pois tal suspensão já é vista como desnecessária no controle concentrado. Está isto claro em reclamação a propósito de decisão de inconstitucionalidade tomada em controle incidental referente ao regime de cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos.

28. Volte-se, antes de concluir este capítulo, a uma alteração, polêmica, que logicamente era desnecessária e inútil.

Trata-se da inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição referente à incorporação à Lei Magna dos tratados e convenções internacionais relativos a direitos humanos.

Com efeito, o § 2º desse mesmo artigo, que exprime uma tradição que vem de 1891 no Brasil e tem raízes no *Bill of Rights* norte-americano de 1791, prevê a existência de direitos fundamentais implícitos. Ou seja, de direitos que, por sua natureza e caracteres, sejam fundamentais como o são os explicitados no texto. Distó decorre logicamente que os direitos que eventualmente sejam declarados nos

⁶ V. ADIN 1.351-3 e ADIN 1354-3, julgadas em 7.12.2002, Relator: Min. Marco Aurélio.

documentos internacionais, mas não estejam explicitados na Constituição brasileira, se forem verdadeiros e substanciais direitos fundamentais já integravam o direito brasileiro, embora implícitos. Assim, os tratados e convenções não trarão novos direitos ao sistema jurídico e constitucional brasileiro. Nesse ponto, torna-se evidente a inutilidade do acréscimo.

Na verdade, o que os tratados e convenções internacionais podem trazer para o direito brasileiro não vale a inserção.

Ou serão falsos direitos fundamentais – direitos fundamentais sem o conteúdo essencial destes – direitos esses que não passarão de direitos fundamentais formais, o que contribuirá para a banalização e a desvalorização da noção de direito fundamental, como o é a inserção do direito às certidões ao rol dos direitos fundamentais pelo art. 5º, XXXIV, b da Constituição federal.

Ou trarão simplesmente a regulamentação do exercício de direitos fundamentais – o seu regime – que é tarefa da lei e não da Constituição. É isto condenável, porque a inclusão do regime na Constituição “petrifica” o que deve ser adaptado a tempos e circunstâncias cambiantes no tempo e no espaço, além de poder não estar em consonância com o interesse nacional.

VI. OBSERVAÇÕES FINAIS

29. Cabe, encerrada a análise, responder a uma indagação que volta e meia reaparece no debate brasileiro e certamente passou pela mente dos que acompanharam as críticas, implícitas e explícitas, que esta palestra formulou. É ela: deve-se substituir essa Constituição por outra?

A pergunta se justifica por outro vezo bem brasileiro, qual seja o de querer volta e meia uma nova Constituição que provoque um repartir político melhor. Claro está que, subjacente à indagação, está a ideia de que a nova Constituição será melhor que a atual, combinada com a de que uma Constituição resolverá todos os problemas.

O derradeiro aspecto é ingênuo. Por melhor que seja uma Constituição, ela não resolverá problemas que dependem da cultura, da experiência histórica, da economia, do quadro internacional, etc. Ora, estes problemas são muitos, renovam-se a cada etapa e o mais das vezes não são passíveis de solução por meio de regras jurídicas.

Por outro lado, a pressuposição de que uma nova Constituição será melhor que a vigente, é otimista e arriscada. Com efeito, ela dependerá de que os que a elaborarem acertem no seu equacionamento. Isto é imprevisível, mesmo que os constituintes sejam sábios e prudentes, porque *errare humanum est*. E também, desde que, como deve ser, a escolha dos constituintes se faça democraticamente em eleições, é necessário assumir outra pressuposição qual seja a de que o eleitorado seja sábio. A

opção otimista vale tanto quanto a pessimista: a nova Constituição poderá ser pior do que a que está em vigor.

30. O posicionamento acima não exclui reformas necessárias, em pontos específicos. A necessidade prevalece sobre o risco.

Entretanto, para diminuir o risco, essas reformas devem ser previamente debatidas e não serem promovidas senão depois de existente um *consensus* mínimo, que transcenda os meros interesses partidários. Todo o povo e não apenas os políticos devem ter participação no debate.

Jamais devem elas ser realizadas de afogadilho, sob a pressão das ruas e dos meios de comunicação de massa.

31. Uma reforma que seria útil – ousou propor – é o estabelecimento de revisões periódicas da Carta (como está na Constituição portuguesa), impedindo-se a sua alteração no intervalo.

Isto teria algumas vantagens.

Uma seria a de evitar as alterações frequentes que banalizam a Constituição. Outra é a de que as alterações viriam integradas num sistema e assim não corresponderiam a “iluminações” parciais ou súbitas, ou gestos para a plateia popular.

Positivamente, ela obrigaria a todos os que se preocupam com o interesse geral – os verdadeiros cidadãos – prevenidos da vinda da revisão, a meditar sobre os problemas a resolver, discutissem as soluções a adotar. Disto se poderia esperar um amadurecimento das propostas e um consenso em torno delas.

32. Todavia, conclua-se, uma Constituição com defeitos é melhor que Constituição alguma.

O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

The Municipality in 1988 Constitution

Fernanda Dias Menezes de Almeida¹.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A posição atual dos Municípios na Federação brasileira. 3. A natureza da Lei Orgânica do Município. 4. Limitações à capacidade de auto-organização do Município. 4.1. Limitações advindas da repartição de competência. 4.2. Limitações procedentes de princípios e regras da Constituição Federal. 4.3. Limitações provenientes de princípios da Constituição do Estado. 5. Conclusão.

RESUMO

O foco deste artigo é analisar de forma crítica a posição dos Municípios na Federação brasileira, após vinte e cinco anos de vigência da Constituição Federal de 1988, com ênfase na natureza estruturante da Lei Orgânica e nas limitações da capacidade de auto-organização.

ABSTRACT

The focus of this article is to examine critically the position of the Municipalities in the Brazilian Federation, after twenty-five years of the 1988 Constitution, with emphasis on the structural nature of the Organic Law (City Charter) and the limitations of the self-organization.

Palavras-chaves: Constituição. Federação. Município. Lei Orgânica. Auto-organização. Limites.

Keywords: Constitution. Federation. Municipality. Organic Law. Self-organization. Limits.

1. INTRODUÇÃO

Escolhi para analisar nesta oportunidade um aspecto relevante ligado à questão da autonomia dos integrantes da Federação brasileira, sob o prisma da auto-organização, atendo-me à disciplina dispensada pela Constituição de 1988 à instância municipal, em que o tema mereceu um novo enfoque².

O discurso do constituinte de 87/88 foi insistentemente marcado pela tese da revitalização de nossas instituições federativas, em particular pela tese da ampliação, considerada imprescindível, da autonomia dos Estados e dos Municípios, apequenada

¹ Mestre e Doutora em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Senior da mesma Instituição de Ensino. Procuradora do Estado de São Paulo (aposentada). Membro do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

² Com base em exposição feita no dia 14/10/2013, em painel do XXII Encontro Nacional de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A exposição corresponde a reflexões atualizadas sobre o tema, que já constitui objeto de análise, sob diferentes aspectos, em trabalhos da autora, anteriormente editados.

diante do crescente centralismo e fortalecimento da União, cujo arranjo institucional, nos moldes de um exagerado federalismo simétrico que entrou na moda, tornou-se padrão a ser reproduzido nas demais esferas da Federação, sem consideração de suas respectivas peculiaridades.

Em relação aos Estados, a autonomia, no viés da capacidade de auto-organização, é certo que, de há muito, consta nas nossas Constituições republicanas, pela previsão de sua competência para elaboração das Constituições Estaduais, como é típico do modelo federal de Estado. Mas, pelo corte que nos propusemos seguir, não é o caso agora de uma avaliação mais aprofundada do nível maior ou menor de autonomia para elaborá-las, que tiveram eles ao longo do tempo e na atualidade.

Já em relação aos Municípios, o reconhecimento de sua capacidade auto-organizacional, representa, esta sim, inovação da Constituição de 1988, que expressamente transferiu a eles, considerando a posição que assumiram no texto constitucional vigente, a elaboração das respectivas Leis Orgânicas, que, no regime constitucional anterior, era competência dos Estados em que se situavam.

Assim, o que pretendo analisar é, em primeiro lugar, a posição atual dos Municípios na Federação, em seguida a natureza da Lei Orgânica municipal e finalmente os limites à capacidade de auto-organização do Município em nosso ordenamento constitucional.

2. A POSIÇÃO ATUAL DOS MUNICÍPIOS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Passando ao primeiro ponto, cumpre lembrar que o modelo federal de Estado não é único e definitivo. Pelo contrário, as Federações não são todas iguais, apresentando variações dentro mesmo do espírito que lhes é próprio de equilibrar a unidade com a diversidade, ou seja, de conciliar o tratamento dos aspectos pertinentes ao que é de interesse geral, de interesse do todo, com o que diz respeito às peculiaridades particulares das unidades integrantes do Estado Federal.

Pois bem, para ilustrar a diversificação que se identifica na estrutura federativa, trago o exemplo da Federação que a doutrina costuma chamar de Federação de duplo grau, cujo perfil não é o mesmo da Federação clássica, adotada na América do Norte em fins do século XVIII.

Nessa, os protagonistas que integram o arranjo federativo são a União e os Estados. Duas, portanto são as esferas de poder entre as quais se repartem as competências. Os Municípios não aparecem nesse tipo de Federação como mais uma órbita de poder autônomo, prevista na Constituição Federal. É este exatamente o modelo da Constituição dos Estados Unidos, que não faz qualquer referência a Municípios, sendo eles considerados assunto de interesse intraestadual, de que se ocupa, portanto, o Direito Constitucional legislado dos Estados, dispondo cada um como quiser sobre a organização de seus Municípios.

Já as Federações de duplo grau caracterizam-se pelo fato de que não só os Estados, mas também os entes políticos locais, os Municípios, possuem competências e autonomia irredutíveis, salvo por emenda à Constituição Federal, sendo-lhes, portanto, assegurada também a condição de unidades federadas. Há, assim, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “um duplo grau de federalismo: o federalismo dos Estados e o federalismo dos Municípios em cada Estado”.³

Pois bem, nos termos em que teve sua estrutura delineada na Constituição de 1988, a Federação brasileira enquadra-se no modelo de Federação de duplo grau.

De fato, dirimindo antiga controvérsia que se travava sobre a qualificação dos Municípios como integrantes da Federação, a atual Constituição posicionou-os nessa condição, ao declarar, logo no art. 1.º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.⁴

O constituinte rendeu-se à tese municipalista, advogada por muitos doutrinadores, entre eles Hely Lopes Meirelles, enfático na sustentação do Município como detentor das mesmas características do Estado-membro na Federação brasileira.⁵

Como pondera Ferreira Filho, resulta hoje bem definida a posição do Município no federalismo brasileiro como “ente federativo, quer dizer, como um ente político-administrativo integrante da Federação e não apenas uma descentralização do Estado-membro.”⁶

Não obstante, é preciso registrar que a doutrina não é unânime a respeito, sendo certo que José Afonso da Silva, por exemplo, rejeita esta tese, negando ao Município a condição de entidade federativa e não aceitando a ideia de uma Federação de Municípios, malgrado a dicção da Constituição.⁷

Na mesma linha, sem chegar, entretanto, a uma rejeição explícita, Gilmar Ferreira Filho, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco reconhecem fortes razões para questionar a posição do Município como membro integrante da Federação.⁸

Seja como for, o fato é que, no Brasil, salvo restrições episódicas, a autonomia político-administrativa dos Municípios obteve reconhecimento constitucional desde 1891, autorizando a afirmação de que nossa Federação, desde o nascimento articulou-se, desenvolveu-se, em três planos, não se identificando nela a tradicional divisão apenas

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p.207.

⁴ Para maior desenvolvimento da matéria, consultar, de minha autoria, *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, 6.ed., p.96 e ss.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal brasileiro*. 4.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1981, p.15e ss.

⁶ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, op. cit., vol. 1, p.207/208.

⁷ AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.403.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, op. cit.p.770.

entre ordem central e ordem estadual, mas sim uma tríplice estrutura que compreende a ordem central, a ordem estadual e a ordem municipal.

Assim sendo, o constituinte de 1988, ao incluir expressamente os Municípios no art.1º, e também no art.18, em que cuidou da organização político-administrativa do Estado brasileiro, nada mais fez do que se adaptar a uma realidade histórica.

E, como corolário desta postura, não poderia deixar de completar a autonomia municipal, conferindo aos Municípios a capacidade de auto-organização que lhes faltava.

De fato, ao tempo da Constituição de 1967, embora houvesse quem entendesse que os Municípios detinham capacidade auto-organizatória, a maioria dos autores, com o aval da jurisprudência, sustentava que, à falta de previsão constitucional expressa, a organização dos Municípios se incluía na esfera dos poderes remanescentes dos Estados.

E o certo é que as Leis Orgânicas municipais eram elaboradas pelas Assembleias Legislativas estaduais, editando, cada uma, uma lei de organização comum a todos os Municípios sediados no respectivo Estado. Essa regra não prevaleceu no Rio Grande do Sul, onde os Municípios elaboravam suas leis de organização, porque se adotou naquele Estado o regime de Cartas Próprias, depois empregado também no Paraná e na Bahia especificamente em relação às respectivas Capitais – Curitiba e Salvador. Mas nos casos mencionados as Constituições dos três Estados é que determinaram que assim fosse. Não se infirma, portanto, que, no exercício de sua competência remanescente, cabia aos Estados escolher livremente o sistema de organização dos respectivos Municípios.

Hoje não faz dúvida que é o próprio Município que edita sua Lei Orgânica, dentro dos parâmetros fixados pelo art.29 da Constituição. Por outro lado, detém ele capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores; capacidade de autolegislação, mediante a elaboração das leis sobre as matérias de sua competência, e capacidade de autoadministração, que o habilita a organizar, manter e prestar os serviços públicos de interesse local.

Tanto quanto a dos Estados, a autonomia dos Municípios brasileiros é hoje, como visto, completa nos seus elementos essenciais devendo, além disso, ser respeitada pelos Estados, sob pena de se exporem a intervenção federal, como decorre do art.34, inciso VII, alínea “c” da Constituição Federal.

3.A NATUREZA DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO.

Passando, desde logo, ao segundo ponto que me dispus a analisar, ou seja, a natureza da Lei Orgânica do Município, adianto que, ao tratar de todos os aspectos referidos da autonomia, a Lei Orgânica é que verdadeiramente vai estruturar os poderes municipais, disciplinando-lhes o funcionamento e distribuindo entre os diferentes órgãos as competências constitucionalmente conferidas ao Município. Estará, portanto, exercendo uma função de natureza constituinte, pois esta é a natureza da função de organizar normativamente o funcionamento dos poderes constituídos.

Abonando o caráter constituinte da Lei Orgânica à luz da Constituição de 1988, observa Ferreira Filho: “*Pode-se dizer que, em decorrência desta Constituição o município recebeu do poder constituinte originário uma emanção, um poder constituinte derivado, ou decorrente, que o auto-organiza.*”⁹

Fruto de um poder que não difere, em substância, do poder que faz a Constituição do Estado-membro, a Lei Orgânica chega mesmo, não raro, a ser chamada na doutrina de “Constituição Municipal”, como a denomina, por exemplo, José Afonso da Silva, embora se registre aí certa incongruência do autor que, como lembrado antes, não aceita a condição de ente autônomo integrante da Federação, que foi atribuída ao Município pela Constituição de 1988.¹⁰

Mas é interessante registrar que este rótulo e os argumentos que sustentam a tese da natureza constituinte do poder que cria a Lei Orgânica não sensibilizaram o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de ações em que se invocava a inconstitucionalidade de lei municipal conflitante com a Lei Orgânica do Município.

Conforme a jurisprudência firmada naquele Tribunal, a Lei Orgânica do Município, por não ser Constituição, não é parâmetro para se aferir a inconstitucionalidade da legislação ordinária municipal que, se contrariar a Lei Orgânica, será ilegal e não inconstitucional.

Confira-se, a título ilustrativo, a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14.609-0, que teve como relator o Desembargador Márcio Bonilha:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal – Confronto com a Lei Orgânica do Município – Inadmissibilidade jurídica do pedido – Ausência de condição da ação – Artigo 267, VI do Código de Processo Civil – Extinção parcial do processo sem exame do mérito. O controle de constitucionalidade de leis é efetivado em face de norma constitucional, não ostentando essa natureza simples regras de direito comum, que não se prestam para o cotejo almejado, pois envolvem matéria correspondente a mero tema de ilegalidade.¹¹

Por outras palavras, para o Judiciário paulista, chamar-se a Lei Orgânica do Município de Constituição Municipal é mera força de expressão, pois ela não se reveste de natureza constitucional, reunindo simples regras de interesse normativo local, que, se desatendidas, não são parâmetro para aferição de inconstitucionalidade.

Aceite-se ou não que a Lei Orgânica é fruto de atividade de natureza constituinte, o que é inegável é que a capacidade de auto-organização do Município, evidenciada na

⁹ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol.1, op. cit. p.208.

¹⁰ *Curso de Direito Constitucional positivo*, op. cit., p.539.

¹¹ No mesmo sentido o posicionamento firmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 16.453-0; nº 23.114-0; nº 15.837-0; nº 16.399-0; nº 16.045-0r nº 14.605-0.

elaboração da Lei Orgânica, conhece as limitações a que se submete todo ente autônomo, impostas pelo poder constituinte originário.

Este o terceiro ponto a analisar.

4. LIMITAÇÕES À CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DO MUNICÍPIO.

O art.29 da Constituição Federal, já referido anteriormente, dá os parâmetros gerais para a feitura da Lei Orgânica, sem esgotar, contudo, as previsões constitucionais a serem observadas nessa tarefa. É o que a leitura do seu *caput* demonstra:

Art.29. O município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]

Como deflui desse enunciado, além dos preceitos constantes nos numerosos incisos do art.29 – José Afonso da Silva fala muito sugestivamente na existência de <uma certa ‘incisomania’> na redação da Constituição¹² – a Lei Orgânica deve observar outros princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado. Na verdade, o termo “princípios” foi mal empregado no art.29, pois devem ser observadas não apenas linhas mestras ou diretrizes, mas também regras precisas constantes nas Constituições Federal e Estadual, como adverte Ferreira Filho¹³.

4.1. Limitações advindas da repartição de competência.

Assim é que a Câmara Municipal, ao elaborar a Lei Orgânica, encontra limitações, em primeiro lugar, nas regras de competência postas pela Constituição Federal. Obviamente, a Lei Orgânica só pode transitar na órbita das competências atribuídas pela Constituição aos Municípios.

A maior concentração delas está no art.30, que, porém, não as esgota, havendo previsão de competências municipais em outros artigos ao longo da Constituição.

Na definição das competências do Município, o constituinte de 1988 afastou-se, em parte, da técnica tradicional, porque não se limitou a demarcar a área das competências municipais circunscrevendo-as à categoria dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município.

Manteve, sim, uma área de competências privativas não enumeradas, uma vez que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local (art.30, I). Mas inovou

¹² *Curso de Direito Constitucional positivo*, op. cit. p.540.

¹³ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. 1, op. cit., p.208

quando optou por discriminar também certas competências municipais exclusivas em alguns incisos do art.30 e em outros dispositivos constitucionais, como o art.144, § 8º, relativo às guardas municipais, e o art.182, referente ao plano diretor do Município como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano.

Pode-se dizer, portanto, que uma parte das competências reservadas dos Municípios foi enumerada e outra parte corresponde a competências não enumeradas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local.

Exposto, ainda que em linhas muito gerais, o campo das competências do Município, que delimitam a atuação da Câmara Municipal na confecção da Lei Orgânica, lembre-se que, como acontece também em relação à auto-organização dos Estados, outros condicionamentos existem em relação à auto-organização dos Municípios. É o caso de certos princípios da Constituição Federal a serem observados nas Leis Orgânicas municipais.

4.2. Limitações procedentes de princípios e regras da Constituição Federal.

A exemplo da preocupação que deve ter a Assembleia Legislativa, quando elabora a Constituição Estadual, para não expor o Estado à intervenção Federal por descumprimento de princípios da Constituição Federal que a podem ensejar, há de estar atenta também a Câmara Municipal aos princípios cuja inobservância pode ocasionar a intervenção do Estado no Município, a teor do que dispõe o art.35 da Constituição Federal.

Segundo o art.35, é possível acontecer a intervenção estadual no Município em várias circunstâncias, dentre as quais o provimento, pelo Tribunal de Justiça, de representação para observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de ordem ou de decisão judicial.

Da mesma forma que os princípios, também condicionam a elaboração da Lei Orgânica várias regras de pré-ordenação institucional, de extensão normativa e de subordinação normativa, para usar classificação proposta por Ferreira Filho.¹⁴

Do primeiro tipo, ou seja, de pré-ordenação institucional, são quase todas as normas contidas nos incisos do art.29, que descem aos menores detalhes da formatação a ser dada pela Lei Orgânica ao Legislativo e ao Executivo municipais. Ali já são previstos, por exemplo, a forma de eleição, o foro para julgamento e a perda do mandato dos Prefeitos, bem assim a forma de eleição, a duração dos mandatos, as garantias de independência, os impedimentos e os subsídios dos Vereadores e a composição da Câmara Municipal, cujo total de despesas, de outra parte, veio a ser disciplinado no art.29-A, acrescentado à Constituição pela Emenda Constitucional nº 25/2000.

¹⁴ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol.1, op. cit., p.203.

Exemplo de norma de extensão normativa encontra-se no art.75 da Constituição, que determina sejam aplicadas aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios as regras da Constituição referentes à fiscalização financeira e orçamentária.

Já normas de subordinação normativa são identificáveis nos arts.37 a 39, que predefinem, também para os Municípios, o conteúdo que devem conter as leis municipais referentes à Administração e aos servidores públicos.

A tudo isso se soma vedações que a Constituição estabeleceu para todos os integrantes da Federação, portanto também para os Municípios, encontráveis, entre outros, nos arts.19; 150 e incisos; 151 e 152.

Já é muito, e até aqui só se falou da Constituição Federal. Mas sabemos que, em sua auto-organização, os Municípios estão obrigados a pautar-se pelo respeito também a princípios da Constituição do respectivo Estado.

4.3.Limitações provenientes de princípios da Constituição do Estado.

As Constituições Estaduais também se ocupam dos Municípios, que, embora entes autônomos, localizam-se dentro do território do Estado-membro, devendo harmonizar-se com as regras de convivência estabelecidas pelo poder constituinte estadual. E, sem dúvida, o Estado, mesmo tendo perdido a competência de elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, continua a ter papel de relevo em suas vidas, se se considerar, por exemplo, que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do art. 18, §4º da Constituição Federal, far-se-ão por lei estadual, dentro de período determinado por lei complementar federal.

Porém, como já afirmado em momento anterior, um dos limites que se põem ao poder constituinte estadual é justamente o respeito à autonomia municipal, que, se atingida, pode desencadear processo de intervenção federal no Estado.

Era de esperar, portanto, certa timidez do constituinte estadual na fixação de princípios referentes à organização municipal, para não caracterizar invasão em esfera de competências municipais e com isto criar o risco de uma intervenção por parte da União. E um cuidado maior do constituinte neste particular é mesmo compreensível, pois nem sempre será fácil distinguir o que é de competência do Município, uma vez que, em grande parte, sua competência, como visto, é demarcada pelo interesse local, também ele, muitas vezes, de difícil definição.

A expressão “interesse local” veio substituir, na Constituição de 1988, a tradicional expressão “peculiar interesse”, que o Direito Constitucional positivo brasileiro anterior empregava para circunscrever as competências não enumeradas dos Municípios.

A respeito do que fosse peculiar interesse, a doutrina já se pacificara, entendendo, com o apoio da jurisprudência, que seria o interesse preponderante do Município, até porque, como sintetizava Sampaio Dória, “o entrelaçamento dos interesses dos Municípios

com os interesses dos Estados, e com o interesse da Nação, decorre da natureza das coisas”. E assim, concluía, “o que os diferencia é a *predominância* e não a *exclusividade*.”¹⁵

Quando a Constituição de 1988 passou a indicar o interesse local, como critério para a demarcação de parte das competências municipais, muito se discutiu se a mudança terminológica deveria determinar mudança na interpretação antiga do que seria o interesse do Município. Prevaleceu, é certo que com a oposição de abalizado constitucionalista, como é Ferreira Filho¹⁶, o entendimento de que tudo continuava como dantes, que a mudança na letra não equivalia a uma mudança no espírito da Constituição.

De fato, como ocorreu relativamente a outras inovações de nomenclatura, parece que talvez aqui o constituinte apenas não tenha resistido ao impulso de deixar sua marca, preferindo vestir com outras palavras ideia anteriormente traduzida sob formulação diversa. E essa conclusão é apoiada pela leitura do art.30, que mostra que as matérias ali relacionadas como de competência do Município guardam pertinência também com interesses das demais unidades federadas.

O certo, porém, é que apontar a preponderância do interesse municipal pode não ser fácil em determinadas situações, o que justifica uma atitude cautelosa do constituinte estadual, para não agredir a autonomia do Município.

Bem por isso, o que a experiência tem demonstrado é que as Constituições Estaduais não têm sido muito pródigas ou originais a propósito do assunto, limitando-se, no mais das vezes, a reproduzir princípios e regras da Constituição Federal, relativos aos Municípios.

Sirva de exemplo a Constituição do Estado de São Paulo, que, no capítulo dedicado aos Municípios, limitou-se a praticamente transcrever a Constituição Federal, deixando passar a oportunidade de fixar princípios norteadores da organização municipal.

Se esta tem sido a prática, não se esqueça porém, que as Constituições Estaduais estão autorizadas a estabelecer tais princípios, em atenção às particularidades próprias de cada Estado. E se o fizerem, não contrariando os princípios de organização municipal constantes da Constituição Federal, serão eles de observância obrigatória pelos Municípios.

5. CONCLUSÃO

É tempo de arrematar, sintetizando-se a análise sobre a auto-organização municipal no ordenamento constitucional vigente, com o reconhecimento do fato de se ter

¹⁵ DÓRIA, Antônio Sampaio, Autonomia dos Municípios. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1928, vol.24, p.419.

¹⁶ *Comentários à Constituição de 1988*, vol.1, op.cit., p.217

completado a autonomia do Município com a previsão expressa, pela primeira vez, de sua competência para elaborar a Lei Orgânica.

Mas não se pode olvidar que o ganho do Município, sob esse aspecto, representou perda de uma importante competência dos Estados.

E, em contrapartida, as limitações à auto-organização do Município são até mais minuciosas do que as impostas ao Estado, pois procedem de duas fontes: a Constituição Federal e a Constituição Estadual.

Se o arranjo federativo estabelecido em 1988 não corresponde totalmente ao esperado em relação à autonomia dos entes federados, é, mesmo assim, bem melhor do que o previsto na Constituição de 1967, mormente com a redação a ela conferida pela Emenda Constitucional n.1/69.

Por outro lado, é preciso não esquecer que a flexibilidade do federalismo, a sua plasticidade formal, é justamente um dos fatores que tem impedido o envelhecimento do regime, que conserva a sua vitalidade devido a sua capacidade de adaptação aos novos tempos, recriado na medida dos imperativos de ordem social, econômica e política que se vão colocando na evolução natural das sociedades.

Significa isso que há sempre a possibilidade de evolução nas Federações e que, portanto, também a nossa pode e há de evoluir. Uma Federação nunca está completamente pronta e acabada. Se quisermos aprimorar a que temos, nada melhor do que aprofundar o estudo de seus problemas. Alguns deles foram aqui trazidos, exatamente com o intuito de avivar-lhes a discussão, sempre útil no processo de ajustamento que ainda comporta o federalismo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DÓRIA, Antônio Sampaio, Autonomia dos Municípios. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1928, vol.24.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal brasileiro*. 4.ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARTIDOS POLÍTICOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Political parties and economic development

Enio Moraes da Silva¹

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Os partidos políticos. 1. Evolução histórica. 2. Constitucionalização. 3. Principais funções. III. Os partidos e a representação política. IV. A importância dos partidos políticos para a democracia. V. Desenvolvimento e partidos políticos. VI. Conclusão.

RESUMO

O artigo analisa a questão dos partidos políticos segundo a Teoria Geral do Direito Constitucional, além da própria importância dos partidos para a Democracia. Aborda os temas da evolução dos partidos políticos na história; discorre sobre relação entre os partidos, a representação política e a democracia indireta. Por fim, analisa o liame existente entre o desenvolvimento de um Estado, de seu povo, o papel dos partidos políticos e a Democracia, de forma crítica, com ênfase na experiência brasileira.

ABSTRACT

The article examines the issue of political parties according to the General Theory of Constitutional Law and the importance of Parties for Democracy. Addresses the subject of the evolution of political parties in history; discusses the relationship between the parties, political representation and indirect democracy. Finally it analyzes the existing linkage of State, people politics, the role of political parties and Democracy emphating the Brazilian experience on a critical outlook.

Palavras-chaves: Constitucional. Democracia. Legitimidade. Desenvolvimento. Estado. Povo. Partidos Políticos.

Keywords: Constitutional. Democracy. Legitimacy. Development. State. People. Political Parties.

I. INTRODUÇÃO

O conteúdo do presente trabalho gravita em torno de dois grandes temas de direito político: os partidos políticos no âmbito da teoria do Direito Constitucional e a importância dos partidos para a democracia.

Balizado por essas duas colunas mestras, esse estudo começa a examinar a evolução dos partidos políticos na história, apresentando uma breve síntese das fases pelas quais passaram, até virem a figurar nos textos constitucionais; em seguida, discorre sobre a necessária e inevitável relação entre os partidos e a representação política, tendo em vista, principalmente, o cenário da democracia indireta; e, por derradeiro, procura apresentar o liame existente entre o desenvolvimento de um Estado e

¹ Procurador do Estado. Mestre em Direito Constitucional. Professor da Escola Superior da PGE/SP.

de seu povo e o papel dos partidos políticos, realçando a necessidade e a importância destes numa democracia.

Por essas premissas mencionadas já se percebe que esse escrito apresentará um enfoque otimista dos partidos políticos, com ênfase na sua importância para o sistema político. Tentaremos mostrar que essa concepção não deixa de ser verdadeira. Mas não desconhecemos os defeitos dos partidos, principalmente quando se reconhece que há um déficit de legitimidade na representação popular dos partidos. Isso sem falar dos contornos autocráticos de que muitos partidos se revestem, principalmente no Brasil.

Esses aspectos deletérios dos partidos não podem ser desconsiderados. No entanto, procuramos realçar os aspectos positivos dessas instituições e resgatar a sua importância para a representação política numa democracia indireta, forma de governo encontrada na grande maioria dos países.

Karl Lowenstein, seguindo a mesma esteira, vai mais além, chegando a dizer que: “*en la moderna sociedad tecnológica de massas todo gobierno es siempre gobierno de partidos, indiferentemente de que se trate de un sistema político autocrático o democrático constitucional.*” (1965:93).

Ao analisar, por exemplo, as suas funções, verifica-se que os partidos políticos têm um enorme potencial para servir de elo entre o povo e a classe política, de modo a diminuir a distância entre governantes e governados. E se assim ocorrer, a democracia poderá experimentar uma sensível evolução, permitindo que o seu exercício seja mais eficaz.

Por via de consequência, não se pode deixar de verificar qual o reflexo do papel dos partidos políticos numa democracia para o desenvolvimento de um povo, tanto no aspecto econômico, quanto no que tange à evolução das suas instituições políticas e governamentais. Pois, se pretendemos afirmar que os partidos contribuem para a democracia, essa contribuição deve colher resultados práticos no seio da sociedade, em especial, para um avanço na área econômica e no bem estar social.

É com esse principal objetivo em mente que apresentamos o presente trabalho.

II. OS PARTIDOS POLÍTICOS

1. *Evolução histórica.*

Os estudiosos do assunto são unânimes em afirmar que o partido político é muito jovem, teria nascido em 1835 nos Estados Unidos da América, com o surgimento do Partido Republicano. “*De fato, os verdadeiros partidos datam apenas de um século. Em 1850, nenhum país do mundo (salvo os Estados Unidos) conhecia partidos*

políticos no sentido moderno do termo” (DUVERGER, 1970:19). Antes, havia divisões, facções, grupos de conflitos políticos que, no entanto, não chegavam a formar um partido político.

A representação política, na antiguidade, era feita por meio de figuras individuais e não por meio de agremiações formalizadas. Curiosamente, em Esparta, os candidatos da elite eram eleitos da seguinte forma: passavam em frente aos cidadãos, quem recebia mais aplausos vencia a concorrência e representava o povo.

A tendência de se criar instituições políticas vem da religião. Não é possível compreender a ciência política sem recorrer à teologia. O Parlamentarismo, por exemplo, está ligado ao Calvinismo. Calvino organizou as divisões da igreja como se faz com as divisões políticas, como por exemplo, a Federação e o Parlamentarismo.

Na Europa, a religião católica influenciou enormemente as constituições e instituições, tendo servido de base para a criação de uma organização estatal à semelhança da hierarquia da igreja católica, o que também pode ser dito do início da estruturação dos partidos políticos. Interessante registrar que em vários países existem partidos com estrutura religiosa ou dominados por grupos religiosos, o que retrata bem essa simbiose entre Estado e religião.

A concepção do partido político passa pela necessidade de sistematização do regime representativo. E este se fez necessário, natural e historicamente, em decorrência da constatação da inviabilidade da democracia direta. Até mesmo Rousseau, o maior defensor da democracia direta, demonstrou sua angústia ao não encontrar uma fórmula que permitisse colocar em prática o sistema ideal de decisão direta pelo povo a respeito dos negócios políticos. Este somente funcionaria bem numa comunidade de deuses. Mas, não numa sociedade de homens. Mais precisamente, em suas célebres palavras: “*se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens*” (2002:92).

Consequentemente, ocorre um avanço do sistema de representação política, embora também com os seus reconhecidos defeitos. Ao admitir que esse sistema é o único possível de ser implantado, Montesquieu diz que o homem comum não tem condições de discutir os negócios públicos, mas tem capacidade de eleger aqueles que terão condições de fazê-lo. “*A grande vantagem dos representantes está no fato de poderem eles discutir as questões. O povo não se acha apto para isso: eis aí o que representa um dos grandes inconvenientes da democracia*” (1977: 135).

E os partidos políticos vem se encaixar nesse sistema de foram indispensável, já que exercem relevante papel na democracia indireta. No Brasil, por exemplo, não se pode postular um cargo eletivo a não ser por meio de um partido. O partido é, indubitavelmente, essencial para a vida política.

A ideia de facções políticas, uma espécie de embrião dos partidos, surge após Crowell ter criado a Câmara dos Comuns na Inglaterra. Elas se unem por afinidades, como acontece nos segmentos religiosos.

O Partido Republicano norte-americano foi concebido para ser antimaçônico. Quem fazia política nos Estados Unidos, naqueles tempos, era a loja maçônica.

Na França, à época da Revolução francesa, surgem dois grupos políticos, os Girondinos e os Jacobinos, que deram surgimento aos partidos formais franceses.

Os partidos viveram um antagonismo histórico, desde um início de hostilidades, onde eram considerados como ovelha negra da política, até, posteriormente, serem aceitos e reconhecidos institucionalmente. “*A batalha que o século XIX e parte do século XX travaram contra os partidos políticos foi perdida*” (LEIBHOLZ, *apud* Bonavides, 2006:382).

Poderíamos exemplificar de maneira didática essa transição dos partidos, enumerando quatro fases históricas.

1ª Fase: Há um forte sentimento de oposição aos partidos. Esta fase é característica da época da Revolução francesa, surgida em decorrência da repugnância ao Estado absoluto, período em que houve dura oposição ao Antigo Regime por parte dos liberais no século XVIII.

2ª Fase: Da hostilidade da primeira fase, passa-se a um momento em que os partidos são olvidados. Neste período, os partidos são relegados a um plano de completo descaso, sendo ignorados pela doutrina e pela lei. O ordenamento jurídico os desconhece.

3ª Fase: É o período da legalização. A norma jurídica passa a se preocupar e a se debruçar sobre os partidos políticos em razão da importância que passam a ter no cenário político. Os Parlamentos, sentindo a necessidade de regulamentar a atuação dos partidos, começam a incluir em seus regimentos internos as regras atinentes à atuação dessas agremiações políticas. O mesmo ocorre com a legislação, que inicia um processo de regulação dos partidos.

4ª Fase: A partir da segunda metade do século XX (pós Segunda-Guerra), acontece o florescer e o fortalecimento dos partidos, culminando com a sua constitucionalização.

Nessa evolução histórica, destacam-se algumas legislações esparsas que cuidaram, de alguma maneira, do tema. Em 1866, os Estados norte-americanos da Califórnia e Nova York aprovam as primeiras leis sobre partidos políticos. No primeiro, de aplicação facultativa, e no segundo obrigatória. Na França, país que demorou a admitir a atuação dos partidos, em 1910, aprovou-se regulamentação, embora tímida, a respeito da atuação partidária pelo Regimento da Assembleia francesa. A Espanha, por sua vez, somente na década de 30 veio a reconhecer e regular formalmente certas funções em relação aos partidos.

Já o partido político moderno tem origem na Alemanha, por meio dos partidos socialistas – partidos de massa – com destaque para o Partido Social Democrata Alemão. Este seria o *turning point* que marcaria a transição da antiga e hostilizada figura do partido político para o surgimento dos partidos modernos, o que, consequentemente, contribuiria para que viessem a figurar nos textos constitucionais, conforme será visto a seguir.

2. Constitucionalização

O processo de constitucionalização dos partidos políticos tem início, então, a partir da Segunda grande Guerra. O Estado pioneiro a introduzir algum regramento sobre os partidos em sua constituição foi a Alemanha, com a Constituição de Weimar (1919), instituindo o denominado Estado de partido. Aparece, então, institucionalmente, um corpo organizado, com disciplina e intuito de permanência; distinção bem clara entre membros (filiados) e eleitores; filiação pessoal (não se admite procuração); estrutura forte e estável, que exige recursos humanos e material. É o retrato do partido moderno albergado num texto constitucional.

No Brasil, conforme registro de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] até 1946, nenhuma das Constituições se preocupou com os partidos, A de 18 de setembro foi a primeira a fazê-lo. Cuidou ela, porém, apenas de impor limitações à ação e ao programa dos partidos, no art. 141, § 13, o qual vedava a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem. (2001:119)

A constitucionalização dos partidos seguiu um caminho natural devido à importância que essa instituição angariou em sua trajetória histórica. O seu papel no exercício da democracia moderna exigiu a regulamentação dos partidos. Hoje, estamos diante de Estados de partidos políticos com grandes e importantes tarefas no cenário político eleitoral, e assistimos a uma interferência importante dos partidos em diversos setores da sociedade. A grandeza das suas funções não poderia ficar à margem da Carta Política dos Estados. Sobre isso falaremos mais à frente nesse estudo.

3. Principais funções

Como já foi referido linhas atrás, o partido político nasce de afinidades, espontânea e sociologicamente dentro de um contexto – a democracia indireta – em que esse tipo de agremiação assume um papel fundamental. Em virtude do avanço

histórico, natural e inexorável do sistema de representação política, percebe-se quão relevantes são as funções dos partidos.

Logicamente que tais funções se revestem de um caráter, muitas vezes, teórico, que ao serem analisadas atentamente e comparadas com o sistema político vigente, constata-se que não são devidamente exercidas. No Brasil, v.g., são constantes as críticas aos partidos atualmente existentes, críticas estas, aliás, que se repetem ao longo da nossa história, com maior ou menor vigor. Os partidos brasileiros

não estão à altura da missão que a democracia pelos partidos lhes impõe. Não passam de conglomerados decorrentes de exigências eleitorais, sem programa definido e, o que é muito pior, sem vida própria. Permanecem eles vazios, como corpos sem alma (FERREIRA Filho, 2001:123).

Por isso, ao falarmos das funções dos partidos, temos que ter em mente que essas são, na verdade, aspirações e elaborações teóricas que precisam ganhar vida, sejam efetivamente aplicadas na prática, para que tenham os efeitos desejados.

Não obstante, as principais funções dos partidos políticos seriam:

- (a) conduzir a vontade popular;
- (b) assegurar a disputa política;
- (c) enquadramento dos eleitores e dos eleitos;
- (d) estruturação das opções políticas, dos governos e das oposições;
- (e) educar para a responsabilidade cívica;
- (f) servir de elo entre o governo e a opinião pública;
- (g) selecionar quadros para o governo;
- (h) difundir ou divulgar a política do governo e controlar as políticas públicas;
- (i) servir de instrumento de frenagem e amortização das tensões sociais no momento eleitoral;
- (j) e conceber novas visões do mundo.

Como se vê, são múltiplas e extremamente relevantes as funções dos partidos. Embora toda essa gama de possibilidades de atuação possa ser facilmente criticável quando se examina a atuação efetiva dos partidos, não se pode reduzir a sua importância e nem olvidar a contribuição dada até agora pelos partidos em favor da democracia. Assim:

La historia obliga a concluir que existe una conexión causal entre los partidos políticos y la integración de la massa electoral en el proceso del poder por medio de la ampliación del sufragio. (...) El partido político se hace necesario, y, en realidad, indispensable para organizar y activar la voluntad política de la massa electoral (LOWENSTEIN, 1965: 94)

Devemos destacar, dentre as muitas funções do partido político, aquela que lhe assegura o papel de intermediário entre a massa eleitoral e o governo. Sabemos quão difícil é para o eleitor manifestar seu pensamento e fazer chegar a sua vontade

ao governante. Se não houvesse partidos, essa via de comunicação estaria ainda mais obstruída. Na condução da vontade do eleitor, portanto, é que robustece e ganha importância a função do partido. Este tema, certamente, merece maiores digressões, e será examinado a seguir.

III. OS PARTIDOS E A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

“A democracia é impossível sem os partidos políticos” (BONAVIDES, 2006: 377).

A frase acima, de autoria de Paulo Bonavides, parece um tanto quanto pretensiosa e pode levar alguém a questionar se ela é, realmente, verdadeira. De nossa parte, não pretendemos apresentar um discurso em defesa dos partidos políticos, para concluir que não seria possível viver sem eles. Neste tópico de nosso trabalho, procuraremos tão somente estabelecer um liame entre a representação política e o papel dos partidos, discorrendo sobre a simbiose entre esses dois institutos.

Se a democracia seria possível ou não sem os partidos políticos é discussão de cunho mais filosófico do que jurídico, e não deve ser abordada neste breve estudo. Mas, o que se conclui é que a representação política deve muito aos partidos e estes somente existem em razão da primeira. *“Sob o regime do sufrágio universal, os partidos são tão inevitáveis quanto as ondas do oceano”* (SAIT, 1938: 519).

Conforme bem leciona Mônica Herman Salem Caggiano,

(...) representação política corresponde a um sistema. Um arranjo político-constitucional em cujos quadros os governantes são eleitos pelos integrantes do corpo social e considerados seus representantes. No contexto moldado por este arranjo, o povo não tem qualquer interferência direta no jogo cotidiano da política, no âmbito do qual atua por intermédio de seus representantes – pelos parlamentares eleitos, reunidos nas Casas Legislativas. (CAGGIANO, 1987: 42)

Constatada a impossibilidade do exercício da democracia direta, os pensadores tentam, desde então, obter uma fórmula que a substitua da melhor maneira possível, sendo uma delas a representação política na democracia indireta.

A representação não somente promete uma solução para o velho problema da democracia como também aponta para a origem de um problema inteiramente novo: a concretização indevida ou materialização. Nenhuma instituição de política usual pode-se transubstanciar no povo dos Estados Unidos (ACKERMAN, 2006:253).

Conforme restou demonstrado, então, o partido político se encaixa dentro da representação política (democracia indireta), e ao longo da história a sua função vem se robustecendo, pois é peça-chave no processo eleitoral.

A representação política passa a ter *status* de doutrina política constitucional no século XVIII, pela sistematização do regime representativo, pela obra de Montesquieu (O Espírito das Leis).

O avanço da representação política se deveu à constatação da inviabilidade prática da democracia direta. Combinada com essa premissa, soma-se o efeito dos ideais revolucionários franceses do século XVIII, que ganhou espaço ao postular que a nação fosse devidamente representada no poder político, com a defesa do mandato livre.

É nesse espaço – entreaberto pelo instituto da representação em substituição à democracia direta – que entra a figura do partido:

Na evolução do modelo democrático pautado na idéia de representação, novo impacto é produzido pela introdução da figura do *partido político* que detona mais uma etapa na construção ideológica do princípio, a esse passo não mais demarcado como processo de seleção de governantes, mas como uma verdadeira opção entre programas governamentais – programas partidários (CAGGIANO, 1987:17).

Conclui-se, assim, que a representação política não dispensa a participação dos partidos políticos. Ao contrário, favorece grandemente a estes, já que os partidos entram como mediadores entre representantes e representados.

IV. A IMPORTÂNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA A DEMOCRACIA

Estabelecida a função dos partidos no cenário da representação política, cabe agora analisar a importância dessa participação para a democracia (não custa ressaltar que ao mencionarmos democracia, estamos falando da democracia indireta).

Creemos que um aspecto bastante relevante nessa relação entre partidos políticos e democracia, diz respeito à representação das minorias. E, além, evidentemente, do processo eleitoral, essa representação se perfaz de várias maneiras. Já que não é possível a democracia direta, os representantes devem estar compromissados com os eleitores e o fazem pela vinculação aos princípios ideológicos, pelo programa, pela fidelidade partidária. É o sistema que se vai consagrando, nas grandes nações e deve ser instaurado no Brasil. Os partidos devem ser responsáveis pelo preparo, seleção, eleição e fiscalização das elites dirigentes governamentais e o governo eleito deve governar segundo a vontade popular.

Os partidos políticos são importantes para assegurar na política uma igualdade dos representados. Essa igualdade política encontra realização através dos partidos políticos, que organizam a conquista e o exercício do poder político. A democracia é considerada como o regime pelo qual os governantes são escolhidos pelos governados, por meio de eleições livres e diretas, e através da necessária e salutar interferência dos partidos políticos.

O governo da maioria implica na existência de minorias, representadas por seus partidos políticos de oposição, com possibilidade de alternância no poder. Pressupõe o pluripartidarismo, e a vivência das oposições. As vontades coletivas devem se expressar no uso das liberdades políticas.

Ao analisarmos as funções dos partidos em tópico anterior, pudemos constatar quão relevante pode ser a atuação dos partidos, tanto para as majorias quanto para a minorias das massas eleitorais. Os partidos podem, a título de exemplo, assegurar uma disputa política no processo eleitoral, dando vez e voz às minorias, selecionar quadros para ocupar cargos no governo e servir de elo entre o governo e a opinião pública.

Além disso, os partidos são importantes para a democracia, pois os regimes democráticos apresentam-se sob múltiplas formas, mas têm em comum os seguintes princípios fundamentais: legitimidade do poder, organização de um Estado de Direito, responsabilidade de governantes e governados e governo da maioria, o que sugere instituições políticas aptas a assegurar tais princípios, sendo uma dessas instituições os partidos políticos.

Nesse diapasão, como foi visto, instituiu-se o princípio da representatividade, através do qual o Povo delega aos seus representantes, livremente eleitos, o poder de deliberar e agir em seu nome. Só o Povo, entretanto, é o titular do poder, e os governantes devem ser escolhidos por eleições diretas, sempre presentes os partidos políticos.

Grandes organizações populares representativas da opinião pública, nas democracias modernas, devem ser os partidos políticos os instrumentos naturais para a conquista e o exercício do poder.

A energia política latente no ambiente social deve ser polarizada através dos partidos políticos e essa força deve embasar e sustentar continuamente os sistemas de órgãos que constituem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Devem ser os grandes canais condutores da expressão da vontade popular junto aos governantes e das deliberações destes aos governados, em contínuo processo de interação.

Enfim, os partidos políticos devem ser o grande instrumental democrático como expressões dos ideais dos grupos representativos da Sociedade. Esses ideais devem ser consubstanciados em programas de ação governamental e possibilitarem a formação, a escolha e a orientação dos dirigentes, em ação política continuada, sob a fiscalização dos governados, estes os detentores da soberania popular. Eis aí onde reside a importância dos partidos para a democracia.

V. DESENVOLVIMENTO E PARTIDOS POLÍTICOS

Para se chegar à constatação da existência de um liame claro entre desenvolvimento e partidos políticos, mister se faz expor os fatores que compõem essa relação.

O desenvolvimento de uma nação passa, necessariamente, pela política adotada pelo respectivo Estado. Se este pratica uma política econômica desenvolvimentista, com justa distribuição de rendas e riquezas, oferece serviços públicos de qualidade e controla bem os seus gastos, o desenvolvimento da nação acontecerá. Se, ao contrário, o poder público impõe uma política que arrocha a economia do país, gasta exageradamente os recursos públicos, permite desníveis sociais em larga escala etc., a população sofrerá as consequências disso. E para alterar uma situação desfavorável na economia do país, que está a impedir seu desenvolvimento, ou para manter um desenvolvimento sustentável, a população – massa eleitoral – exerce um papel decisivo. Isto porque a regulação da economia se faz pela política. E, como já enfatizado, não se faz política sem partidos. Aí está a relação entre desenvolvimento e partidos políticos.

Não há dúvidas de que os partidos auxiliam – ou devem auxiliar – na governabilidade, a fim de possibilitar o desenvolvimento pelo Estado. Mesmo a oposição exerce papel fundamental na política de governo e pode bem contribuir para se alcançar um desenvolvimento econômico:

Organizações estáveis, direcionadas a arremeter e coordenar a participação nas atividades governamentais, consagra o partido sede das mais receptivas ao desempenho da ação oposicionista. (...) Mas, convém registrar, é um controle responsável, consciente do fato de que, sensibilizada a opinião pública, conquistado o corpo eleitoral, a ela, oposição, caberá implantar sua política governamental, pautada na linha crítica que a conduziu ao poder (CAGGIANO, 1995:77-79).

A função de intermediação política exercida pelos partidos é que lhe dá a responsabilidade – parcial, é claro – pela conduta da política econômica, já que, em última análise, está representando o povo no governo:

Uma das consequências da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se por intermédio deles, que, desse modo, estão de permeio entre o povo e o governo, mas não sentido de simples intermediários entre dois pólos opostos ou alheios entre si, mas como um instrumento por meio do qual o povo governa. Dir-se-ia – em tese, ao menos – que o povo participa do poder por meio dos partidos políticos. Deverão servir de instrumento para a atuação política do cidadão, visando a influir na condução da gestão dos negócios políticos do Estado (SILVA, 2005:242).

Os partidos políticos permitem a conjugação de esforços para a condução de projetos de desenvolvimento em nível nacional, o que seria praticamente impossível de efetivar-se sem a participação dessas agremiações. Diante de um Estado inerte, os partidos podem aglutinar forças políticas interessadas em destravar os mecanismos de desenvolvimento econômico, em conjunto com o apelo nacional e popular expresso em manifestações massivas mudancistas, muitas vezes exigidas pela maioria

da nação, vencendo obstáculos que somente podem ser superados pelo agrupamento de forças políticas e sociais representadas pelos partidos.

Enfim, inútil seria manter um sistema democrático que obstasse o desenvolvimento da nação. Nesse sentido, numa crise econômica, por exemplo, os partidos podem e devem dar grande contribuição ao desenvolvimento.

VI. CONCLUSÃO

Tentando sintetizar as análises apresentadas no presente estudo, alinhavamos a seguir as conclusões que dele podem ser extraídas.

Ao estudar a evolução dos partidos políticos, constata-se que esse tipo de agremiação, em seu sentido moderno, é relativamente jovem, tendo nascido somente no ano de 1835: Antes disso, existiam “*tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, grupos parlamentares, mas nenhum partido propriamente dito.*” (DUVERGER, 1970:19).

A evolução dos partidos imitou a estrutura da religião, que forneceu as bases para a sua organização, inspirada na hierarquia de certas religiões, em especial a igreja católica, com as suas paróquias e sistema de escolha dos seus representantes.

Na história de sua criação formal, os partidos experimentaram, sinteticamente, quatro fases: (1) na primeira delas, tais agremiações foram objeto de hostilidades e dura oposição, não angariando qualquer tipo de simpatia entre o povo; (2) em seguida, na segunda fase, foram quase que completamente ignorados, relegados a um plano de meros figurantes, sem qualquer expressão política; (3) na terceira fase, os partidos adquiriram alguma relevância no cenário político e foram, então, legalizados e regulamentados; (4) e na quarta fase, enfim, alcançaram o seu apogeu, vindo a florescer até chegarem à constitucionalização, devido à importância que adquiriam para a política.

A constitucionalização dos partidos políticos aconteceu logo após a Segunda Guerra Mundial, numa remodelação do cenário político que o mundo experimentou. Em virtude da importância que vieram a adquirir, verificou-se a necessidade de uma regulamentação superior, além da lei ordinária. Por isso, os partidos passaram a figurar nos textos constitucionais da maioria dos países.

A disciplina jurídica dos partidos políticos foi elevada à categoria do direito constitucional em grande parte devido à interferência dos mesmos em diversos setores da sociedade, incluindo o nível governamental, criando uma verdadeira simbiose entre eleitores e eleitos.

Além disso, ao se estudar a grandeza das funções dos partidos, constata-se a sua importância e essencialidade para a vida política. Dentre essas competências, as que procuramos destacar seriam aquelas que permitem aos partidos servirem de

intermediários entre eleitores e eleitos, entre governantes e opinião pública; aquelas que dão condições aos partidos para interferir e colaborar com o governo e orientar suas políticas públicas; aquelas que visam assegurar a disputa política; as que educam o eleitor; e as que conduzem a vontade do povo.

Partidos e representação política. Essa relação foi claramente demonstrada no presente estudo. Constatada, historicamente, a inviabilidade do exercício da democracia direta, os partidos entrariam no espaço entreaberto pelo instituto da representação política, no cenário da democracia indireta.

O papel dos partidos políticos se mostra fundamental para o bom desempenho na representação política, uma vez que auxiliará na formação do Poder Legislativo, que, por sua vez, elaborará as leis de um país. E a necessidade de ter uma boa representação e, conseqüentemente, um bom Parlamento já era reconhecida, no Século XVIII, até mesmo por Emmanuel Joseph Sieyès: “*os caracteres de uma boa representação são essenciais para a formação de uma boa legislatura*” (2001:41).

Os partidos políticos têm a missão de aproximar o cidadão do governante:

A sociedade moderna, portanto, abre um enorme leque de instituições representativas com o intuito de torná-las eficazes, por estarem próximas dos indivíduos. Neste sentido, os partidos políticos dividem a representatividade com associações de bairros, sindicatos, imprensa, igreja, universidade, empresas organizações profissionais, etc..(LEITÃO, 1989:206)

Nesse sistema político, a democracia, os partidos ganham em importância, chegando alguns autores a asseverarem que a “*democracia é impossível sem os partidos*” (BONAVIDES, 2006: 377). Sem ignorar que os partidos sofrem com vários defeitos que atualmente apresentam, ressaltamos a sua relevante missão no cenário político.

Tais aspectos negativos, não obstante comprometam o seu desiderato, não devem toldar o potencial dos partidos políticos para colaborar com o Estado democrático de direito. E este escopo deve ser perseguido, ao mesmo tempo, que as suas deficiências devem ser corrigidas e supridas.

Em auxílio à democracia, os partidos colaboram na representação das minorias, tentando assegurar a sua participação política. Prestam-se ainda a conquistar uma igualdade na disputa eleitoral em relação aos representados. Laboram juntamente com outras instituições no sentido de resguardar princípios fundamentais – políticos, econômicos e sociais. E os partidos, ainda, procuram representar a opinião popular.

E não devemos nos contentar com uma democracia estéril, sem que este sistema político traga resultados práticos ao povo, contribuindo para o seu desenvolvimento. Nesse sentido, os partidos, além de serem colaboradores da democracia, devem servir ao propósito de buscar um desenvolvimento do povo, de modo que esta chegue a uma condição de dignidade em todos os aspectos da vida.

Procuramos demonstrar que existe uma relação entre desenvolvimento e partidos políticos, sendo muito difícil que uma nação democrática alcance um desenvolvimento sem a colaboração dos partidos.

E como se daria essa conexão? A regulação da economia e os instrumentos do desenvolvimento econômico se materializam pelas mãos da política. “*O desenvolvimento do Estado moderno caracteriza-se por uma crescente tendência à regimentação jurídica das questões econômicas*” (KELSEN, 2000:274). E não se faz política, sem partidos. Estes, por via reflexa ou mesmo diretamente, colaboram na condução da política econômica.

Nesse sentido, não se pode desprezar nem mesmo os partidos de oposição, já que estes dão igualmente sua contribuição, seja fiscalizando o governo, seja mobilizando a sociedade civil ou ainda colaborando em projetos de desenvolvimento do país.

Como se vê, por mais críticas que possa ser levantadas quando aos partidos políticos, muitas delas realmente fundamentadas, não se pode esquecer-se das suas relevantes funções, do seu papel perante a sociedade e da sua importância para a democracia e para o desenvolvimento de um povo.

Aos críticos dos partidos, que chegam a advogar a sua extinção, que são incapazes de propor mudanças que visem ao aperfeiçoamento dessas instituições democráticas, devolvemos tais críticas com as indagações provocativas de DUVERGER, com as quais fecha a sua primorosa obra sobre partidos políticos:

Seria, no entanto, satisfatório um regime sem partidos? Eis a verdadeira questão. Seria a opinião melhor representada se os candidatos enfrentassem, individualmente, os eleitores, sem estes poderem conhecer, na realidade, as tendências daqueles? Seria a liberdade melhor preservada se o Governo tivesse ante si, apenas, indivíduos esparsos, não coligados em formações políticas? (1970:456)

Todos aqueles que conhecem ou procuram estudar os partidos políticos, certamente, irão responder negativamente as perguntas acima. E o presente estudo procurou dar algum embasamento nesse sentido, e esperamos tal resultado tenha sido alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, O Povo Soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo, Malheiros, 13 ed., 2006.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas Eleitorais X Representação Política, São Paulo, Ed. Senado Federal, 1987.

_____. Oposição na Política: propostas para uma rearquitetura da Democracia. São Paulo, Angelotti, 1995.

DUVERGER, Maurice. Os Partidos Políticos. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 27. ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. Democracia, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LEITÃO, Claudia. A crise dos partidos políticos brasileiros. Fortaleza, Tipoprogresso, 1989.

LOWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Trad. Alfredo G. Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède de. Do Espírito das Leis. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo, Ediouro, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social: princípios de direito político. Trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella, São Paulo, RT, 2002.

SAIT, Edward McChesney. *Political Institutions. A preface*, New York, 1938.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa: *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 4. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, São Paulo, Malheiros, 2005.

REGIMES JURÍDICOS REGULATÓRIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL: CONTRATOS DE O&G, PROPRIEDADE DOS HIDROCARBONETOS E CONTROLE DE ESTOQUES

Carolina Leister¹

SUMÁRIO

I – Introdução. II – Objetivos. III – Relevância da Pesquisa. IV – Do Gênero Contrato Administrativo. V – Primeiro Marco Regulatório: A Emenda Constitucional n.º 9 e a Lei n.º 9.478/1997. VI – Segundo Marco Regulatório: as Leis n.º 12.351/2010, n.º 12.276/2010 e n.º 12.304/2010. VII – Análise comparativa dos marcos regulatórios. VIII – Notas conclusivas.

RESUMO:

O objetivo desse artigo é analisar os dois marcos regulatórios vigentes hodiernamente para o setor de petróleo e gás natural, o primeiro calcado na Emenda Constitucional n.º 9 e Lei N.º 9.479/1997, o segundo na Lei n.º 12.351/2010, Lei n.º 12.304/2010 e Lei n.º 12.276/2010. Nosso foco será a etapa de exploração e produção (upstream) da indústria de petróleo e gás natural. A justificativa em favor da manutenção dos dois modelos tem como base a atribuição de conteúdo empírico ao conceito de interesse público pautado no modelo espacial do voto de Downs e no teorema do median voter que indica que a sociedade prefere cestas de combinações entre Estado e Mercado para desenvolver e fazer progredir setores da atividade econômica, em vez de setores desenvolvidos apenas pelo Estado ou pelo Mercado. Além disso, a manutenção simultânea dos dois marcos permite tornar as estruturas institucionais pátrias mais adaptadas às diferentes circunstâncias exploratórias encontradas, blocos envolvendo altos riscos exploratórios sendo explorados via contratos de concessão, blocos com baixos riscos, por meio de contratos de partilha de produção. Na análise dos dois marcos regulatórios abordaremos as seguintes dimensões: (i) o direito de propriedade sobre os hidrocarbonetos pelos setores público e privado em cada regime contratual; (ii) os modelos de contratos administrativos envolvidos em cada caso, ou seja, concessão ou partilha de produção; (iii) a renda auferida e a destinação dos recursos na atividade petrolífera.

ABSTRACT:

The aim of this paper is to analyze the two regulatory frameworks existing currently for the oil and gas, the first based on the Constitutional Amendment Act n.º 9 and Law n.º 9.479/1997, the second in the Law n.º 12.351/2010, Law n.º 12.304/2010 and Law n.º 12.276/2010. Our focus will be the stage of exploration and production (upstream) of the oil and gas. The reason in favor of maintaining the two regulatory framework is based on the assignment of empirical content to the concept of public interest guided by the spatial model of voting and median voter theorem of Downs that states that society prefers baskets combinations between state and market to develop and advance economic sectors rather than industries developed only by the State or the Market. Moreover, the maintenance of two framework makes the underlying institutional structures homelands more adapted to different circumstances exploratory found, involving high risk exploration blocks being explored through concession contracts, blocks with low risk through production sharing contracts. In

¹ Professora Adjunto I. Escola Paulista de Política, Economia e Negócios EPPEN – UNIFESP

the analysis of two regulatory frameworks will cover the following dimensions: (i) the right of ownership of hydrocarbons by the public and private sectors in each contractual arrangement, (ii) the models of administrative contracts involved in each case, i.e., concession contracts or sharing production, (iii) the income earned and the allocation of resources in the oil sector.

Palavras-chaves: Exploração & Produção de Petróleo. Regimes Jurídicos Regulatórios. Concessão. Partilha de Produção. Contratos de O&G

Keywords: Exploration & Production Oil. Legal Regulatory Regimes. Concession Contracts. Production Sharing Contracts. Oil & Gas Contracts

I – INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é *analisar e comparar os regimes jurídicos regulatórios para a indústria de exploração, produção e distribuição de petróleo e gás natural no Brasil* previstos, o primeiro, pela Emenda Constitucional nº 9 (doravante EC nº 9) e Lei nº 9.478/1997, e, o segundo, pela Lei nº 12.351/2010, Lei nº 12.304/2010 e Lei nº 12.276/2010, respectivamente, regime prévio e subsequente às descobertas das bacias de Lula (ex-Tupi), Iara, Guará, Parque das Baleias, Júpiter, Bem-Te-Vi, Caramba, Parati e Carioca no pré-sal brasileiro², com foco: **(i) no direito de propriedade sobre os hidrocarbonetos pelos setores público e privado em cada regime; (ii) nos modelos de contratos administrativos envolvidos em cada caso; (iii) na destinação dos recursos auferidos**³. A indústria do petróleo e gás natural pode ser dividida nos seguintes segmentos: (i) *upstream*, que trata das atividades de exploração e produção (doravante E&P) do petróleo e gás natural; (ii) *midstream*, que envolve as atividades de transporte e refino; (iii) *downstream*, consiste na distribuição dos derivados de petróleo e gás. Nosso foco será o primeiro deles, a E&P ou *upstream*.

A partir do século XVIII, com a emergência do Estado e do Mercado como instituições organizadoras da atividade produtiva, teóricos da área do direito, da política e da economia têm procurado definir os tamanhos ótimos dos setores público e privado no intuito de maximizar tanto eficiência alocativa quanto eficiência distributiva (CAROLINA LEISTER, 2005). Sob este escopo, a primeira tese a ser endossada nesse artigo sustenta a complementaridade entre esses setores. Seguem-se os pressupostos dessa tese. Tanto a complementaridade quanto os tamanhos relativos dos setores público e privado podem ser mensurados pela porção da riqueza nacional, o produto

² Essas descobertas representaram um ponto de inflexão no discurso do então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, que antes dessas descobertas lançou-se em uma campanha internacional em favor das fontes energéticas renováveis como o biodiesel, e, após o conhecimento das gigantescas jazidas de petróleo no pré-sal brasileiro, passou a adotar um discurso favorável à sua exploração. Essa tendência se manteve no governo Dilma Rousseff.

³ A última notícia sobre o pré-sal refere-se a descoberta de novas jazidas no prospecto de Carcará com volumes que podem chegar aqueles atingidos pela bacia de Lula (ex-Tupi).

interno bruto (doravante PIB) capturada por cada um desses setores⁴, de modo que, quanto mais Estado (maior porcentagem do PIB em suas mãos), menos mercado (menor porcentagem da riqueza nacional que é recurso finito), e, igualmente, quanto mais mercado, menos Estado⁵. Dotados os agentes que compõem cada um desses dois setores, público e privado, das propriedades da racionalidade e autointeresse, portanto, reagindo positivamente ao incentivo *riqueza*, cada qual tenderá a envidar esforços no intuito de capturar para si, e para o setor ao qual pertence, uma maior porção do PIB. Sendo o PIB um recurso finito, os tamanhos relativos dos setores público e privado dependerão do resultado do jogo de forças de seus agentes, por óbvio, variável ao longo do tempo. Esta variação implica, outrossim, a possibilidade de se admitir múltiplos equilíbrios entre esses setores em função das diferentes contingências encontradas tanto por força de condições internas do país quanto internacionais.

Relativamente à complementaridade o publicista CAIO TÁCITO (1997) já tem prelecionado a respeito ao defender a tese de que a tendência do direito público brasileiro é pendular entre Estado e Mercado como agente central na organização da economia nacional no que tange à oferta de serviços públicos (ou de utilidade pública) no Brasil. Nesse particular, o pêndulo voltou-se para o setor público no período colonial, passando a pender para o setor privado após o advento da república, com vistas a mobilizar capital privado no intuito de explorar atividades de interesse coletivo. O retorno do pêndulo, prevalecendo novamente o setor público, ocorreu na década de 20 do século passado, quando o Estado passou a ofertar serviços de previdência social, e, na sequência, na década de 30, com a promulgação da Constituição Federal de 1934, nossa primeira constituição social, com a criação de uma série de empresas públicas tanto para ofertar serviços públicos e sociais, implementando direitos sociais, quanto para intervir no domínio econômico, fazendo valer a noção de Estado-Produtor (BUCHANAN, 1975).

Volta a pender para o setor privado no final da década de 70, com o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto nº 83.740/1979), que procurou restringir a criação de novas estatais e transferir para o setor privado suas empresas públicas. O retorno à democracia após o período da ditadura militar, e o advento da Constituição Cidadã, em 1988, não chegaram a reverter esse quadro, segundo TÁCITO. Com o governo de Fernando Henrique Cardoso, inclusive, o programa de privatização adquiriu novas forças e novos ares: sai o Estado-Produtor, entra o Estado-Regulador⁶.

⁴ Impende ressaltar que esta abordagem toma como base teórica as teorias regulatórias da captura de PELTZMAN (1976) e STIGLER (1971).

⁵ Em princípio, o tamanho do Estado é definido não apenas pela carga tributária, devendo-se somar a esta, outrossim, as receitas originárias auferidas pelo ente público.

⁶ Impende ressaltar, nada obstante, que nos países não desenvolvidos, a onda neoliberal emplaca menos em razão do papel da ideologia, mas muito mais por força da incapacidade de autofinanciamento do setor público, endividado que estava por conta dos empréstimos contraídos durante a vigência da política econômica keynesiana para que pudesse financiar o desenvolvimento e a construção do parque industrial desses países, que passaram por tardia revolução industrial. Este foi o caso do Brasil.

Nesse particular, adotar-se-á aqui a tese de MARQUES NETO (2002a), segundo a qual o Estado-Produtor e o Estado-Regulador não são excludentes, antes, inversamente proporcionais, no sentido de que quanto menos o Estado interfere diretamente no domínio econômico, mais recursos disponibiliza para seu planejamento e coordenação. Essa tese parece ser endossada pelo modelo espacial do voto de DOWNS (1999), que constrói uma hipótese simplificadora que reduz todo o espectro ideológico *esquerda-direita* a um espaço unidimensional.

A direita pretende refletir a proporção da atividade econômica deixada a cargo da economia de mercado, a esquerda, a proporção da atividade econômica planejada pelo Estado⁷. É cediço que enquanto a competição política na vida real consiste em uma série de posições sobre um vasto campo de questões políticas, para DOWNS todas essas questões, *verbi gratia*, saúde, educação, segurança, tecnologia, podem ser reduzidas a uma questão ideológica, que pode ser expressa como: o eleitor prefere que algum bem, serviço ou fim seja fornecido pelo governo ou pelo setor privado? A preferência do eleitor é revelada através de seu voto em um candidato/partido localizado em algum ponto do espectro ideológico.

As posições dos eleitores poderiam ser representadas no mesmo espectro ideológico, com eleitores com preferências estatistas mais próximos da esquerda, e eleitores de preferências privatistas próximos da direita. Sem adentrar na abordagem downsiana, e adiantando sua conclusão mais relevante, a decisão eleitoral, conforme as preferências dos eleitores, tenderá a selecionar o partido localizado ao centro do espectro eleitoral, portanto, definindo interesse público como a preferência do eleitorado por um *mix* entre Estado e Mercado na oferta de bens e serviços⁸. O poder preditivo do modelo é capaz de explicar tanto a tendência do PSDB em direção ao centro, o que levou à vitória de Fernando Henrique Cardoso em 1994 e 1998, quanto a mesma tendência adotada pelo PT posteriormente e que tornou vitorioso Luis Inácio Lula da Silva nas eleições de 2002 e 2006. No que aqui nos importa, o teorema do *median voter* indica que a preferência do eleitorado tomado como um todo, e definido aqui como interesse público⁹, é por um papel complementar entre Estado e Mercado, quer dizer, por alguns bens e serviços ofertados pelo Mercado (em geral bens privados, divisíveis e excludentes) e outros bens e serviços ofertados pelo Estado

⁷ Em síntese, planejamento econômico descentralizado a cargo da economia de mercado liberal; planejamento econômico centralizado capitaneado pelo Estado.

⁸ Esta conclusão derivada do modelo espacial do voto de DOWNS é nomeada na literatura como teorema do *median voter*. Abordei este tema em CAROLINA LEISTER (2012).

⁹ Em ambos, modelo espacial do voto e direito o interesse público constitui-se no contraponto ao interesse individual ou privado, ainda que o interesse público possa ser dito formado a partir das preferências e interesses individuais. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2008) ressalta que interesse público inclui os interesses privados, sem, contudo, se reduzir a eles: implica porque não pode ser definido como algo diferente desses interesses privados, não se reduz a eles porque o interesse público não se forma a partir da somatória simples dos interesses privados.

(aqui bens públicos, definido no sentido econômico, e não jurídico, como não rivais e não excludentes), ou ainda, por uma combinação da atividade de ambos na oferta de um mesmo bem ou serviço, caso das atividades econômicas empreendidas por particulares, mas reguladas pelo Estado e das Parcerias Público-Privadas (doravante PPPs)¹⁰. Uma vez definida esta tendência do eleitorado, refletindo esta uma primeira tentativa de aproximação para definir interesse público a partir de um modelo teórico, sua calibração fina requer a construção de cenários sociais, políticos, econômicos e institucionais cujos dados possam ser buscados nos fatos e atos ocorridos em um determinado período histórico, e, principalmente, da consideração das preferências e interesses dos indivíduos dessa sociedade¹¹. Importa-nos por ora saber que a maximização do interesse público é, mormente, o objetivo geral a ser alcançado com a regulação estatal sobre a economia.

II – OBJETIVOS

Este trabalho se propõe a analisar comparativamente os fundamentos e consequências dos marcos regulatórios na IPGN previstos na Lei nº 9.478/1997 e na Lei nº 12.351/2010 sob perspectiva de seus respectivos: (i) regimes de direitos de propriedade sobre os hidrocarbonetos, (ii) contratos administrativos de concessão ou partilha de produção, (iii) na destinação dos recursos auferidos. Por fim, a partir da metodologia acima explicitada pretendemos nos aproximar de uma definição de interesse público pautada nos critérios de eficiência alocativa e eficiência distributiva, vetores da concepção econômica de desenvolvimento, que encontra assento constitucional em seu artigo 3º, *in verbis*:

¹⁰ A conclusão downsiana poderia ser, igualmente, obtida admitindo-se Estado e Mercado como dois bens discretos, e o axioma da convexidade da teoria do consumidor, esta última sustentando curvas de indiferença convexas por força da preferência do consumidor (aqui eleitor) em não se especializar no consumo de um único bem, mas preferir consumir cestas com bens diversos.

¹¹ Em última instância, o modelo de Downs poderia mais apropriadamente ser chamado Modelo DOWNS-HOTELLING. HOTELLING aplica raciocínio similar àquele que DOWNS adota para a política para trabalhar estruturas de mercados com competição imperfeita, *in casu*, monopólio competitivo. No modelo de HOTELLING (1929), a competição entre as empresas tenderá a levar à homogeneização de produto, e, portanto, na impossibilidade das empresas imporem preços. Para tentar manter algum poder de mercado, as empresas tenderão a criar diferenciação marginal de produto, *i.e.*, acrescentando pequenas diferenças entre seus produtos que serão substitutos imperfeitos para seus consumidores, podendo, em alguma medida, impor preço. No âmbito da política essa diferenciação significa que embora os partidos tendem a migrar para uma posição de centro no espectro ideológico, buscarão manter alguma distância entre si para capturar mais eleitores. Naquilo que nos interessa aqui, e como veremos adiante, essa diferenciação permite criar os modelos de concessão e partilha de produção para a E&P de petróleo e gás natural, permitindo variar o *mix* Estado e Mercado (em termos econômicos permitindo a construção de *um conjunto de cestas com combinações variadas de Estado e Mercado*).

- Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II – garantir o desenvolvimento nacional;
 - III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em razão desta necessidade maior de compreender o novo marco regulatório, aquele estabelecido para o pré-sal e outras áreas estratégicas relativamente ao marco vigente desde 1997 com a Lei nº 9.478, assumimo-lo como *dado* em nossa pesquisa, *i.e.*, como fato e objeto de decisão política tomada, e procuramos compreender, de um lado, sua consistência relativamente aos princípios constitucionais, não apenas aqueles que fornecem o enquadre para o regime jurídico pátrio da IPGN, mas, igualmente, dos fins eleitos nas normas programáticas da Constituição como aqueles a serem cumpridos pela República Federativa do Brasil, e, de outro, sua adequação à geopolítica e economia interna e internacional que tem elevado a indústria de energia, desde a Primeira Revolução Industrial, em meados do século XVIII, e, em particular, a IPGN, no século XIX com a Segunda Revolução Industrial, a fator chave na independência e desenvolvimento de um país, como denunciado em 1936 no Brasil pelo autor de *O Escândalo do Petróleo*:

O caso do petróleo prende-se ao caso do petróleo em geral. Esse produto é o sangue da terra; é a alma da indústria moderna; é a eficiência do poder militar; é a soberania; é a dominação. Tê-lo, é ter o Sesamo abridor de todas as portas. Não tê-lo, é ser escravo. Daí a fúria moderna na luta pelo petróleo (MONTEIRO LOBATO, 1936).

Em nossa análise procuraremos compreender o que se pretende realizar em termos dos fins eleitos na constituição e que não se traduz nem pode ser reduzido univocamente ao retorno ou satisfação financeira, este objetivo podendo ser alcançado dentro do modelo de concessão vigente¹². Nosso argumento toma, outrossim, por analogia, a tradição da política de valorização do café retomada recentemente¹³,

¹² Segundo BASTOS e SENA (2010), em análise comparativa dos modelos de concessão e partilha, não se justifica, em termos financeiros, a incorporação de novo marco regulatório para o pré-sal e outras áreas estratégicas, podendo, o modelo regulatório de concessão, por simples alteração da forma de cálculo nas participações especiais, promover o aumento da arrecadação do Estado neste setor de atividades, garantindo, mormente, a segurança jurídica e os investimentos na indústria petrolífera. Contrariando suas conclusões, nossa análise pretende demonstrar que o novo marco regulatório, à época daquela análise apenas constando como projeto de lei, justifica-se e pode ser explicado se adotarmos uma concepção menos reducionista que aquela em que se pautaram BASTOS e SENA, *i.e.*, exclusivamente financeira, para defender o modelo de concessão.

¹³ A este respeito, consultar <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-09-09/governo-investira-r-1-bilhao-na-formacao-de-estoques-de-cafe>. Última consulta em 07/04/2012.

ainda que corrigindo seus erros do passado¹⁴. Por aqui, e segundo o método analítico de solução de problemas (CHIAPPIN, 1996), na construção teórica da representação do problema tomaremos, em nossa análise, o enquadre constitucional como nosso dado teórico, a economia e a geopolítica hodiernos como dados empíricos, e o novo marco como a hipótese-solução do problema de cumprir os fins eleitos pela Constituição Federal de 1988 (doravante CF88) como aqueles da República Federativa do Brasil, dadas as circunstâncias geopolíticas que elevaram o petróleo a recurso estratégico, portanto, descaracterizando-o como simples *commodity* (BERCOVICI, 2011). A estratégia de solução, tomados os dados e a hipótese, é construir a demonstração que vai dos primeiros (dados teóricos e empíricos) à segunda (hipótese de solução), e, para tanto, lançaremos mão do método fornecido pela *Law & Economics*, i.e., a análise das consequências das leis, em particular suas consequências econômicas de longo prazo, procurando produzir Ciência do Direito, mas com um forte viés teórico pouco adotado nas análises jurídicas acerca do tema em apreço¹⁵.

III – RELEVÂNCIA DA PESQUISA

É cediça a **importância geopolítica** da garantia de controle e independência sobre os recursos energéticos para a soberania e desenvolvimento de um país, *ut supra dixit*, MONTEIRO LOBATO (1936)¹⁶. Quanto à **importância econômica** do petróleo, relativamente à matriz energética *lato sensu*, dois fatores (dentre tantos) podem ser trazidos à colação: (i) sua escassez relativa e distribuição desigual pelo globo, permitindo a criação de um mercado de petróleo; (ii) o excedente de produção a um baixo custo que esta fonte energética dispõe sobre as demais (SAUER, 2011). Quanto ao primeiro, SAUER comenta haver recursos energéticos mais abundantes e disponíveis que o petróleo no globo, e.g., o carvão, o urânio e a energia solar. Nada obstante, explica o professor:

¹⁴ A completa análise da retomada dos estoques públicos para o setor cafeeiro e de outras *commodities* agrícolas via Companhia Nacional de Abastecimento (doravante CONAB) está sendo elaborada por mim e outros pesquisadores, em particular a partir das ideias do professor CHIAPPIN, no grupo de pesquisa de *Economia e Direito do Estado* do departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo e a ser brevemente publicada.

¹⁵ Este viés inclui tanto a metodologia da *Law & Economics* quanto os recursos da abordagem analítica de solução de problemas. A este respeito consultar CHIAPPIN (1996).

¹⁶ A este respeito, impende salientar que se à época de Lobato o raciocínio apontava já nessa direção no que tange aos recursos energéticos, o que não dizer das circunstâncias hodiernas, quando o aumento da escassez de recursos não apenas energéticos, mas de recursos naturais de modo mais amplo, tem sido razão para a nova onda de guerras que perturbam a ordem internacional. A este respeito, consultar <http://geopoliticadopetroleo.wordpress.com/category/guerras-por-petroleo/> e <http://jornaldedebates.uol.com.br/debate/os-eua-exportam-democracia/artigo/guerra-petroleo/4662>. Última consulta em 07/04/2012.

[...], em função do papel que o petróleo assumiu no sistema urbano-industrial que emergiu da Revolução Industrial, nenhum recurso energético natural contribuiu mais que ele para fazer a roda do consumo girar (ILDO SAUER, 2011, p. xix).

Assim sendo, a importância prevalectente do petróleo relativamente aos demais recursos energéticos nos parece ser não apenas uma decorrência da tecnologia mais desenvolvida em torno de seu processo de transformação energética (tecnologia pouco sofisticada na transformação de outros recursos como a energia solar, esta última associada ao modelo rural-agrícola de produção, antes que o urbano-industrial do petróleo, como afirma SAUER), mas, outrossim, por força justamente de sua escassez e distribuição desigual, além da possibilidade de sua apropriação individualizada fazendo dele um bem privado (*leia-se*, bem privado em sentido econômico, *i.e.*, bem rival e excludente), características que propiciaram a criação de um mercado para o petróleo, considerando-se a escassez e a individualização fatores-chave para engendrar a criação de um mercado. Quanto ao segundo aspecto, o excedente de produção propiciado pelo petróleo, a razão custo/excedente de produção era, nos primórdios da indústria do petróleo, de 1/100 barris, hodiernamente, por força do aumento da escassez desse recurso energético, figurando como 1/30 barris (SAUER, 2011), levando ao aumento de seu preço e, por aí, ao aumento do incentivo para produzi-lo, ainda que sob condições de exploração menos auspiciosas, como aquelas prevalectentes em alto-mar e em grandes profundidades, caso do pré-sal.

Nada obstante esses argumentos, o foco mais especioso acerca da relevância do estudo do novo marco regulatório recém-aprovado para a E&P do petróleo no pré-sal e outras áreas consideradas estratégicas, cumpre destacar: (i) não apenas o montante das reservas nas jazidas recém-descobertas (e a serem descobertas) na plataforma continental brasileira, (ii) mas, também, a possibilidade impar de transformar um recurso não renovável em recurso renovável, *i.e.*, propiciar, por meio do novo marco, a vinculação da riqueza extraída da E&P de petróleo ao cumprimento dos fins previstos nas normas programáticas contidas na CF88¹⁷. Para tanto, o novo marco regulatório fundado no modelo de partilha de produção e no Fundo Social mostra-se ideal ao cumprimento desses objetivos, e isto por várias razões dentre as quais: (i) a relevância geopolítica e econômica adquirida pelos recursos energéticos, e dentre estes, com especial ênfase, o petróleo; (ii) porque permite ao governo auferir um maior controle de preço sobre esta riqueza, e isto se valendo da experiência obtida da política de valorização do café calcada no controle de estoques e vazão do recurso no mercado controlando sua oferta, e por aí, um melhor preço (controle financeiro intertemporal ou de longo prazo)

¹⁷ Se, como afirma SOUZA (1997), o petróleo explica em grande medida porque os Estados Unidos se tornaram a maior potência mundial, e, de outro lado, porque a economia brasileira não floresceu no mesmo período, o otimismo gerado pela descoberta do pré-sal, e, em particular o montante de suas reservas, não parece sem propósito, podendo, mesmo, levar o Brasil a tornar-se potência mundial no próximo século.

por meio da titularização de parte do petróleo explorado através do modelo de partilha de produção (excedente em óleo a ser partilhado entre União e contratada), e em decorrência disto, da possibilidade de fazer estoque¹⁸, além do contingenciamento de sua receita por meio do Fundo Social¹⁹; (iii) porque o novo marco apresenta uma mecânica jurídica e econômica mais afeita à vinculação da receita auferida da E&P do petróleo à específica produção de uma utilidade pública (MARQUES NETO, 2008), *i.e.*, na melhoria das condições de vida e bem-estar da população de modo geral (controle social), ao criar um regime de controle dos dividendos da E&P do petróleo menos afeito ao comportamento de *rent-seeking* (KRUEGER, 1974; TULLOCK, 1989), *in casu*, por meio da criação do Fundo Social relativamente ao modelo de concessão e pagamentos especiais aos entes públicos vigentes para as demais áreas que não as do pré-sal e outras consideradas estratégicas²⁰. Esses aspectos serão explorados adiante quando tratarmos do novo marco regulatório.

IV – DO GÊNERO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O objetivo deste capítulo é apresentar, com alguma brevidade, o gênero *contrato administrativo*, restando aos capítulos subsequentes a apreciação em espécie dos contratos administrativos incorporados aos dois marcos regulatórios pátrios para a IPGN, quais sejam, contrato de concessão e contrato de partilha de produção. Para realizar nosso intento, endosso a posição mais moderna dos publicistas, *i.e.*, o

¹⁸ Índícios dessa política de estoques podem ser encontrados cotidianamente na mídia, e.g., na recente notícia dada pela FOLHA DE S. PAULO de que a Unibraspe, empresa de armazenamento de combustível, pretende construir novas unidades de armazenamento no Rio Grande do Sul (Esteio) e São Paulo (Paulínia), com investimentos da ordem de 70 milhões de reais, em razão de pesquisas feitas por ela junto a Petrobras indicando demanda por esses centros de armazenamento. In.: FOLHA DE S. PAULO. Petróleo Armazenado. B2-Mercado, Domingo, 08/07/2012.

¹⁹ Como afirmam BASTOS E SENA (2010), em termos puramente financeiros não há grandes diferenças entre os modelos de concessão e partilha de produção na E&P do petróleo. Nada obstante, segundo VIEGAS, o mecanismo de formação de preço desse recurso energético apresenta peculiaridades, divergindo amplamente na sua determinação de curto, cujo determinante é a demanda Q_D e longo prazo, quando o determinante de relevo passa a ser o custo, particularmente, conforme afirma SAUER, se atentarmos para a variação dos diferentes custos unitários de cada país para a produção do barril de petróleo.

Em razão desta peculiaridade a questão da análise comparativa dos dois marcos regulatórios vigentes para a indústria de petróleo não se reduz a simples análise financeira, antes à análise financeira intertemporal que o processo de formação de preço insito à indústria petrolífera propicia. É nesse sentido que podemos afirmar que *a riqueza não é o recurso auferido pela E&P do petróleo, a riqueza é o petróleo de per se*.

²⁰ A estratégia do novo marco é construir uma apropriação mais inteligente do excedente de produção do petróleo por meio do controle de sua oferta via a apropriação *in natura* do bem *petróleo*, sendo este um dos traços marcantes do novo marco. O segundo traço diferenciador do novo marco é vincular o excedente obtido daí a uma engenhosa mecânica que o atrela a uma política de longo prazo de transformação de um bem não renovável, o petróleo, em um bem renovável por meio do Fundo Social.

cabimento ou admissibilidade dos contratos no âmbito da Administração Pública (MARQUES NETO, 2009; SUNDFELD, 1994), que se contrapõe aquela para a qual a Administração não firma relações obrigacionais com os particulares (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, 2002). A noção geral de contrato pode ser definida como:

acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos (...) um negócio jurídico bilateral e comutativo, i.e., realizado entre pelo menos duas pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens (MEIRELLES, 1987, p. 149).

Os contratos administrativos, espécie do gênero contrato bilateral (MARQUES NETO, 2009, p. 75), apresentam, segundo SUNDFELD (1994, p. 212), as mesmas características gerais dos contratos, como *ut supra citatio*, voluntariedade, sinalagma e obrigatoriedade²¹. Para além dessas características comuns a todos os contratos bilaterais, os contratos administrativos apresentam algumas peculiaridades, em particular a presença das chamadas *cláusulas de exorbitância*. Conforme preleciona MUKAI, os contratos administrativos são compostos de dois tipos de cláusulas, a saber: (i) as cláusulas de serviço ou regulamentares; (ii) as cláusulas de equilíbrio econômico-financeiras. Segundo MUKAI, *in verbis*:

As primeiras dizem respeito à forma de execução dos serviços (...). Somente essas cláusulas podem sofrer a incidência do poder de alteração unilateral por parte da Administração, mediante a recomposição dos preços pactuados.

As segundas se referem aos encargos da Administração, de ordem financeira, e são inalteráveis, em regra, a não ser por acordo das partes (MUKAI, 2008, p. 152).

Veja-se, conforme citação acima, que podemos diferenciar dois tipos de cláusulas nos contratos administrativos, as exorbitantes, cuja característica essencial é sua possibilidade de mudança unilateral pela Administração Pública, e as de equilíbrio econômico-financeiras, cuja essência é ser imutável, ou, talvez mais apropriadamente, cuja mutabilidade depende de um prévio acordo de vontades, de ter essa repactuação como condição a bilateralidade das vontades. Por óbvio que, exigindo como condição o acordo consensual de vontades, sua estabilidade é maior do que as cláusulas de exorbitância, essas últimas mais sujeitas a modificações, visto a possibilidade de alteração pela Administração não depender do aceite do contratante particular. E, ainda, conveniente ressaltar, no caso das cláusulas de exorbitância dos contratos administrativos, a mutabilidade deve ser respaldada no interesse público, apenas este interesse vocacionado a motivar a mutabilidade desses contratos (MARQUES NETO,

²¹ Posição da qual discorda CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem o contrato administrativo é ato jurídico unilateral.

2002b). Por esta razão afirmar SUNDFELD (1994) que o contrato administrativo é um contrato com maior grau de indeterminação relativamente aos demais contratos²².

A justificativa para a maior mutabilidade ou indeterminação nos contratos administrativos prelecionada por SUNDFELD decorre da necessidade de sua aderência estrita (dos contratos) à satisfação do interesse público. E o interesse público, por sua vez, é conceito dinâmico, *i.e.*, tem seu conteúdo variando ao longo do tempo. Em remate, se o interesse público tem seu conteúdo variando ao longo do tempo, o mesmo se pode afirmar dos contratos que o procuram operacionalizar/satisfazer (ao interesse público). Oportuno, pois, apresentar a *raison d'être* de ser o interesse público variável. E este o é por, pelo menos duas razões: (i) por ser o interesse público formado por uma combinação de interesses privados; (ii) por dever serem analisadas, na composição do interesse público, as projeções dos possíveis cursos de ação a serem tomados pelo governo na satisfação desse interesse público, *i.e.*, suas consequências.

Ao largo das considerações atinentes ao gênero *contrato administrativo*, e antes de adentrarmos na temática dos contratos administrativos em espécie para o setor petrolífero nacional, cumpre, mormente, aportarmos na matéria relativa ao marco regulatório, ambiente jurídico que coordena, por meio de estrutura normativa própria, as relações de um determinado setor da economia, cuja operação é considerada de interesse pelo Estado. MARQUES NETO (2006), a respeito da prevalecente tendência de intervenção indireta do Estado na atividade econômica (regulação) por sobre a via de intervenção direta do Estado (atuação do Estado no mercado por meio de empresas estatais), dimana, *in verbis*:

A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância (MARQUES NETO, 2006, p. 75).

Destacamos, nesse particular, a necessidade da atribuição de um fundamento que possibilite a justificação de mudanças no ambiente jurídico de determinado setor econômico, *i.e.*, em seu marco regulatório. MARTINS (2006, p 75-99) que elaborou um trabalho relativo à regulação da IPGN, em particular da mudança encetada a partir da EC nº 9, quando o setor petrolífero deixou de ser monopólio da União e passou a ser desenvolvido por meio de concessões, trata dos fundamentos para que o Estado venha a regular um dado setor da economia. Na seara de VISCUSI, VERNON

²² A diferença entre os contratos privados e os contratos administrativos apresentada por SUNDFELD reportar-se-ia, nesse particular, com bastante exatidão à tipologia contratual já apregoada pela teoria econômica dos contratos, que distingue os contratos completos, em que todas as suas cláusulas são previamente definidas, e os contratos incompletos, aqueles nos quais parcela de suas avenças vai se construindo ao longo do tempo, *i.e.*, enquanto perdurar a relação contratual. A esse respeito consultar OLIVER HART (2002).

E HARRINGTON, MARTINS trata da matéria, diferenciando primordialmente regulação e regulação econômica, a primeira consistindo *no uso do poder do Estado com o fito de restringir as decisões dos agentes econômicos*, a segunda, como *restrições promovidas pelo agente estatal visando atingir preço, quantidade e condições de entrada e saída do mercado* (MARTINS, 2006, p. 81). Uma maneira talvez mais acertada de promover esta distinção (assim me parece) seria distinguir a regulação sob a perspectiva econômica e sob a ótica jurídica. Por regulação a economia *mainstream* tem entendido a atuação do Estado visando evitar os efeitos deletérios produzidos por um mercado de estrutura monopolista (sempre que o monopólio for natural), e aí sim, identificamos as restrições adstritas pela autora, *garantir preço e quantidade* (ofertada). A regulação sob a perspectiva jurídica, como bem andou MARQUES NETO, *ut supra dixit*, é a atuação do Estado nos setores econômicos *produtores de utilidades dotadas de essencialidade e relevância*. Em particular aqui, setores econômicos constitucionalmente eleitos como serviços públicos.

Talvez esta segunda definição possa ser associada ao conceito de regulação sob a perspectiva *lata* apresentada por MARTINS. De toda sorte, os conceitos jurídico e econômico de regulação não guardam entre si relação de irmandade necessária. Na definição de MARTINS, regulação e regulação econômica se distinguem apenas pelo fim das restrições pretendidas pelo Estado em um dado setor econômico, na primeira, visando restringir comportamento dos agentes econômicos em sentido lato, na segunda buscando auferir definição de preço, quantidade ofertada e condições de entrada e saída. A diferença entre regulação econômica e jurídica refere-se, senão, ao objeto ou atividade econômica ao qual se aplica, se a estruturas de mercados de monopólio natural (perspectiva econômica) ou há atividades econômicas ligadas à oferta de serviço público (perspectiva jurídica).

Adiante, em sua investigação, a autora, de modo percuciente, distingue motivos e justificativas da regulação. Os primeiros explicam porque ela existe, os segundos, quando deve existir. Por outras palavras, trata da distinção entre teorias positivas da regulação (motivos), também chamadas teorias econômicas ou teorias positivas da regulação, e teorias normativas da regulação (justificativas). Por teorias positivas da regulação devemos entender as teorias da captura, também nomeadas teorias do *rent-seeking*. Explicam elas que a regulação existe porque há uma demanda por regulação da parte dos regulados, que, com esta pretendem criar barreiras de entrada para aquele setor de mercado. Seus textos seminais podem ser buscados em STIGLER (1971) e PELTZMAN (1976). Inobstante, as teorias do *rent-seeking* remontam aos textos de TULLOCK (1987) e KRUEGER (1974). (De se notar que a teoria do *rent-seeking* aplica-se a âmbitos menos estreitos que a teoria econômica ou positiva da regulação.)

Aposta a estas, temos a categoria das teorias normativas da regulação, que justificam quando a regulação *deve ser* empreendida pelo Estado. Deste lado, figuram as teorias que tratam das falhas de mercado, prevendo elas que, nestes

casos, cabe adotar a regulação visando atingir otimalidade econômica²³. A principal falha de mercado justificadora da regulação é a estrutura de mercado monopolística (monopólio natural). Essas teorias preveem outras falhas de mercado justificadoras da regulação, em especial, a presença de externalidades, que ocorre quando o custo de produzir o bem não é totalmente incorporado ao sistema de sua precificação, restando custos não precificados para a sociedade ou para não consumidores do bem. Uma das teorias normativas do interesse público aventada por MARTINS é a teoria do interesse público, para a qual se justifica a regulação sempre que se pode satisfazer as necessidades humanas com o menor custo possível para os particulares. MARTINS (2006) nos adverte, inobstante, que se justifica a regulação apenas quando *se considera o sacrifício de todos, e não apenas do empresário*. Na apreciação pretendida por MARTINS, a mudança no marco regulatório promovida pela EC nº 9 e Lei nº 9.478/1997, justifica-se em termos da necessidade de se criar um mercado competitivo para o setor petrolífero (designado pela autora como *regulação para concorrência*), ou antes, com o visio de eliminar o monopólio da União nessa atividade econômica. Por óbvio, a busca por mercado competitivo é, de *per se*, meio. No caso do setor petrolífero, a autora identifica como fim último a busca por maiores investimentos no setor, e, por aí, pelo aumento na capacidade produtiva e na oferta do produto. BASTOS E SENA identificam essa mesma variável para explicar (embora a mim me pareça que eles pretendem, antes, justificar) a modificação do marco regulatório, do monopólio para a concessão com a EC nº 9:

‘Como foi mostrado durante o trabalho, a abertura do mercado brasileiro de petróleo em suas fases de exploração e produção, anteriormente monopólio da Petrobras, mostrou-se fundamental para o aumento dos investimentos e do desenvolvimento da indústria petrolífera, fortalecendo a participação do petróleo na economia, a segurança no abastecimento’(BASTOS E SENA, 2010, p. 66).

Tudo o que acabamos de apresentar é atinente às justificativas ou explicações apresentadas por alguns autores para a modificação no marco regulatório engendrado em 1997, do monopólio para a concessão. Relativamente à mudança no marco regulatório envolvendo contratos de concessão para aqueles de partilha de produção em 2010, *i.e.*, após a descoberta das reservas do pré-sal, a bibliografia é menos extensa em razão do curto espaço de tempo em que vige. LIMA (2011) pretende justificar a modificação dos regimes contratuais com base no risco, e, para tanto, lança mão da seguinte tabela a qual apresento a seguir:

²³ A origem etimológica da perspectiva normativa da regulação é anterior à positiva e pode ser buscada nos textos de BAUMOL (1952), SAMUELSON (1954), BATOR (1958).

Tabela 1 – Riscos e recompensas nos diversos regimes contratuais

Regime	Empresa	Governo
Concessão	Todo o risco e boa recompensa	Recompensa é função da produção e do preço
Partilha de produção	Todo o risco e parte da produção	Nenhum risco e parte da produção
Contrato de prestação de serviço	Nenhum risco e remuneração fixa	Todo o risco e toda a produção
Joint venture	Parte do risco e parte da produção	Parte do risco e parte da produção

Fonte: Paulo Cesar Ribeiro Lima. Pré-Sal: o novo marco legal e a capitalização da Petrobrás. Rio de Janeiro, Synergia, 2011, p 15²⁴.

Verifica-se, de suas considerações, que as condições envolvidas na costura do novo marco regulatório parecem divergir daquelas adstritas à modificação promovida pela EC nº 9, naquele caso, a busca por capturar maiores investimentos para o setor, e, por aí, maior oferta de petróleo, agora, menores custos de produção. O ambiente mudou, é fato. Com a descoberta das reservas do pré-sal novos horizontes foram abertos para o setor petrolífero, em especial, como afirma LIMA, pela redução do risco exploratório nessas áreas (leia-se, que o menor risco não significa que não haja riscos para a extração do petróleo enterrado no pré-sal, particularmente porque estão localizados em área que apresenta desafios tecnológicos a serem vencidos para garantir a extração segura, diversamente, menor risco na visão de LIMA significa a maior chance de haver petróleo em grande quantidade e de boa qualidade nessas regiões). Uma análise mais percuciente possibilita extrair das circunstâncias dessas duas mudanças nos marcos regulatórios para o setor de petróleo, uma única metarregra para escolher o melhor regime a ser aplicado para o setor, ou ainda, para escolher quando é melhor adotar um ou outro regime, concessão ou partilha de produção, para uma determinada área de exploração. Esta metarregra pode ser interpretada como uma variante do princípio custo-benefício²⁵. De um lado, busca-se garantir maior oferta de petróleo e

²⁴ Veja-se que a diferença entre o contrato de partilha de produção e o de prestação de serviços é, para além da alocação diversa dos riscos, que na partilha são do contratado e no contrato de prestação de serviços a assunção de riscos ser toda da administração pública, uma outra diferença é que no contrato de partilha de produção aquele que contrata com a administração pública se reembolsa dos custos de investimento (em caso de descoberta de petróleo e gás natural) por meio do custo em óleo, portanto, do bem *in natura*, ao passo que no contrato de prestação de serviço, em regra, sua remuneração é monetária (*ut* WILLIAM HOGAN, FEDERICO STURZENEGGER E LAURENCE TAI (2007)).

²⁵ Acerca das regras e metarregas de tomada de decisão consultar LEISTER (2001).

derivados (era o que se buscava a época da EC Nº 9 segundo MARTINS (2006) e BASTOS E SENA (2010), de outro, minimizar os custos para o Estado de implementar este intento, conforme leitura de LIMA (2011)).

Antes da descoberta das reservas do pré-sal, os riscos exploratórios eram considerados muito maiores, posto que as chances de se descobrir jazidas de petróleo, e quando encontradas, em quantidades que pagassem os custos de sua exploração, variavam muito. Com a descoberta do pré-sal, as perfurações ora realizadas indicaram que esse risco foi reduzido visivelmente²⁶, de sorte que para obter um mesmo volume de E & P (portanto, garantir sua oferta), os custos envolvidos foram minimizados²⁷. Daí que quando os custos (riscos) envolvidos na produção e oferta de determinado montante x de petróleo eram altos, oportuno adotar um marco regulatório e regime contratual capaz de minimizar os riscos para o Estado e maximizar a oferta por meio da atração de maiores investimentos dos particulares, *i.e.*, abertura de mercado e regime de concessões, modelo contratual em que os custos são transferidos aos particulares, mas também o direito sobre a produção (se obtida) lhe é transferido, dotando o particular do direito de propriedade sobre o petróleo extraído. Diversamente, quando para auferir a mesma oferta de petróleo x o custo for baixo, muito mais empresas se interessarão por sua exploração, de sorte que sendo maior a demanda, a oferta realizada pelo governo pode ter um preço maior, *i.e.*, o governo pode optar por um regime de exploração mais favorável a si, *e.g.*, um em que detenha parcela do petróleo explorado, *in casu*, o modelo contratual de partilha de produção.

Despiciendo tratar da importância do país controlar diretamente a oferta de petróleo. Uma miríade de razões pode ser avocadas, dentre as quais: (i) a importância geopolítica adquirida por esta *commodity*, traduzida hoje, inclusive, como aumento de poder político global ou mecanismo de barganha no ambiente internacional; (ii) o papel-chave do petróleo como insumo para toda a cadeia industrial do país, colaborando na integração vertical da mesma (cadeia); (iii) o preço que hodiernamente o barril de petróleo (e as *commodities* em geral) tem alcançado no mercado internacional, de modo a possibilitar que o Estado obtenha divisas pela via da especulação com o controle direto da produção, estocando quando o preço do barril for baixo e vendendo-o quando ele estiver alto²⁸; (iv) a necessidade de se fazer controle de estoques

²⁶ A este respeito ver, *e.g.*, <http://infopetro.wordpress.com/2011/10/24/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-em-aguas-profundas-evolucao-e-tendencias-ii/>. Última consulta em 20/07/2012.

²⁷ Importantes reservas de petróleo foram descobertas na costa ocidental da África, em particular, Nigéria e Angola. Atente-se para o fato de que antes da separação, no cretáceo, do hemisfério sul-americano da costa ocidental da África, subsistia a *Gondwana*, que havia sido formada no período jurássico, e reunia América do Sul e África. De se supor que se haviam sido descobertas jazidas de petróleo na costa da Nigéria e Angola, havia boa probabilidade de se descobrir o mesmo na costa brasileira, anteriormente ligada ao continente africano, em particular se atentarmos para o fato de que a origem das maiores reservas de petróleo deu-se justamente entre o jurássico e o cretáceo.

²⁸ A este respeito lapidar o comentário de VIEGAS (2010), *in verbis*:

com vistas a evitar escassez²⁹. Muitos outros motivos poderiam ser aventados. Não é este, inobstante, o intento deste trabalho, que tem natureza jurídica, não econômica.

De toda sorte, cabe ressaltar que o princípio custo-benefício pode incorporar, no processo decisório, e na parcela de seus benefícios (aqui para o Estado), em razão da nova calibragem entre demanda e oferta posterior à descoberta do pré-sal, não apenas a garantia na oferta de petróleo, mas também a propriedade sobre um tal recurso, tão valioso hodiernamente, seja por sua importância econômica, seja geopolítica/geoestratégica. Consideradas as novas circunstâncias, *i.e.*, o menor risco exploratório do pré-sal e o novo e vantajoso patamar obtido pelo Estado nas negociações com particulares visando a E&P deste setor, e por aí a obtenção de um novo equilíbrio entre oferta e demanda nos contratos no setor de petróleo, faz sentido a mudança do marco regulatório, por força do princípio econômico custo-benefício supramencionado, para as áreas do pré-sal e outras consideradas estratégicas. Lembrando que o regime anterior, o de concessões, não deixou de existir. O ambiente jurídico que temos obtido hodiernamente é formado por uma plêiade de regimes, concessão e partilha de produção, para além da cessão onerosa de direitos à Petrobras (esta incluída no marco regulatório desenhado e aprovado em 2010), riqueza jurídica esta que pode permitir ao Estado adotar metaregras para a escolha do regime jurídico mais apropriado para a E&P de uma determinada área de exploração.

Primeiramente, cabe questionar a necessidade de se estabelecer uma modificação constitucional para que possam ser admitidas mudanças nos marcos regulatórios. Por óbvio que no caso da mudança proporcionada pela EC nº 9, a necessidade

‘O preço do petróleo, no curto prazo, não é tão influenciado pelos custos de produção como é pela demanda do mercado, o que pode ser visto nas frequentes variações de preço que apresenta em períodos relativamente curtos de tempo. Essa dinâmica não decorre de mudanças repentinas de custos de produção, mas de alterações na demanda. Todavia, no longo prazo, mesmo que haja uma renda econômica permanente, o preço do petróleo deve guardar alguma proporção com os custos, pois a medida que o petróleo de extração barata se exaure, é necessário buscar novas reservas em locais de mais difícil acesso e, em condições de exploração mais adversas. Nesse caso é de se esperar que o preço do barril suba, sem prejuízo de flutuações no curto prazo, com eventuais quedas de preço.’ (VIEGAS, 2010, p 10, nota 8).

Ora, se no curto prazo encontramos grande volatilidade no preço do barril de petróleo, de se esperar que o Estado, caso tenha a propriedade sobre o recurso, explore as vantagens de se especular sobre essas variações visando auferir maior lucro para si. A Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) que podia mais, por reunir os maiores exportadores de petróleo, fez mais, *i.e.*, garantiu o preço mínimo do barril a patamares vantajosos para si.

²⁹ A este respeito, de se ressaltar o trabalho de COLIN CLARK (2005) sobre recursos naturais que indica que uma das soluções para o problema da escassez de recursos naturais pugnadas por HARDIN GARRETT, e representado no problema da tragédia dos comuns, qual seja esta solução, a privatização, pode não ser saída adequada para o caso de recursos naturais, visto que a privatização pode levar, simplesmente, ao esaurimento do recurso natural, demonstrando CLARK ser necessário o controle e a gestão do recurso pelo Estado. Ver também HARDIN GARRETT (1968).

da emenda deu-se porque, em âmbito constitucional previamente à EC, a constituição definia que a IPGN deveria ser operado sob regime de monopólio pelo Estado, *status* este modificado pela EC supra referida, que admitiu (e mesmo determinou) que o setor deveria ser operado sob o regime de concessão. Afora questões desse porte, a alteração de um marco regulatório por outro não parece ser matéria constitucional, em particular quando não se pretende excluir o marco anterior, apenas criando alternativas jurídicas a ele (por óbvio, alternativas não inquinadas do vício da inconstitucionalidade) *e.g.*, novos modelos contratuais, ou quando a modificação do marco regulatório traz modificações nos modelos de contratos administrativos vigentes (igualmente, desde que consistentes com a Constituição), *e.g.*, modificando o regramento do regime contratual vigente. Para tanto, suficiente a proposição e aprovação de leis, como foi o caso da última mudança realizada por mor da Lei nº 12.351/2010, Lei nº 12.304/2010 e Lei nº 12.276/2010. Mas quando é o caso de serem propostas e aprovadas tais leis que promovam alterações no marco regulatório vigente dentro do mesmo ambiente constitucional? Nossa hipótese é que salvo a necessidade de mudanças constitucionais para promover essas alterações em um marco regulatório, faz-se necessário fazê-lo por lei, e esta, por sua vez, deve ser embasada no interesse público, que aqui temos identificado à solução apontada pelo *median voter*. Por outras palavras, basta a decisão democrática encetada por regras majoritárias para fazer mudar um marco regulatório.

Inobstante, de se observar as consequências derivadas do teorema do *median voter*, em particular, a tendência demonstrada por este de o interesse público tenda a promover soluções que dividem a oferta de bens e serviços entre setor público e privado, portanto, mantendo-se a produção e oferta de alguns bens e serviços sob o alvedrio do mercado (em particular os bens e serviços privados), e outros sob o talante do Estado (notadamente, bens e serviços públicos). Regimes puros como o liberalismo ou socialismo, onde a produção e oferta de bens e serviços sejam, em sua totalidade, ou pelo setor privado ou apenas pelo setor público, não parecem ser soluções identificadas pelo teorema do *median voter*. Nossa Constituição parece seguir esta tendência, conforma admoesta-nos MARTINS:

‘Como descrito, a Constituição Federal de 1988 abriga alguns valores eminentemente capitalistas, mas não estabeleceu um regime ideológico puro. Os principais valores do regime capitalista puro, quais sejam, a livre iniciativa e a propriedade privada, são temperados pelas previsões constitucionais expressas de necessidade de autorização ou concessão para o exercício de certas atividades e da função social a ser conferida à propriedade (MARTINS, 2006, p. 63).

Por força dessas ilações, verificamos, por conseguinte, que as mudanças empreendidas no marco regulatório desde a EC nº 9 tenderam a migrar para esta combinação ou *mix* entre Estado e Mercado, ou, igualmente, setor público e privado. Primeiramente, com a EC supramencionada, permitindo a operação desta indústria pela iniciativa privada

por meio do regime de concessões, mais adiante, quando da descoberta do pré-sal, e, por aí, da melhoria das condições de barganha do Estado no desenho dos novos contratos administrativos (este aumento do poder de barganha do Estado sendo devido ao menor risco associado à descoberta de jazidas nessa região), aumentando-se o papel deste (o Estado) no setor petrolífero, apresentando aquele movimento pendular entre setores público e privado na economia de que nos fala CAIO TÁCITO (1997), mas sem adotar soluções extremas, concentrando-se apenas na solução estatal, ou somente na privatista, o que viria na contramão dos fundamentos aqui arrolados pautados no teorema do *median voter*. Veja-se que desde a abolição do monopólio as soluções, tanto a referendada por Fernando Henrique Cardoso (EC nº 9 e Lei nº 9.479/1997) quanto a apresentada por Luis Inácio Lula da Silva (Lei nº 12.351/2010, Lei nº 12.304/2010 e Lei nº 12.276/2010) são soluções que contemplam a combinação do setor público e privado para operar a IPGN³⁰.

Por conseguinte, a despeito das possíveis críticas que possam ser endereçadas à última mudança do marco regulatório, aquela em que se propõe o modelo contratual de partilha de produção, esta solução é consentânea aos fundamentos ínsitos ao modelo espacial do voto e seu teorema do *median voter*, pois embora seu equilíbrio possa pender em maior medida para algum aumento no papel do Estado na indústria petrolífera, de se verificar que o governo não retomou o modelo monopolista para a IPGN, nem mesmo por meio de um subterfúgio, a adoção de contratos de prestação de serviços. Esta solução mostra-se, neste sentido, bastante favorável à manutenção segurança jurídica pátria para a IPGN, diferente do que pretendem afirmar alguns críticos às reformas atinentes ao marco regulatório para a IPGN por mor da Lei nº 12.351/2010, Lei nº 12.304/2010 e Lei nº 12.276/2010. Finalmente, cumpre ressaltar que a adoção do sistema misto³¹ com a manutenção dessas duas propostas, concessão para localidades envolvendo maior risco exploratório e partilha para regiões com baixo risco, contemplam a proposta ínsita ao teorema do *median voter*, ambas desenhando (permito-me aqui adotar a terminologia da teoria do consumidor) *cestas* contendo variações de parcerias entre o Estado e o Mercado na E&P da IPGN, antes que adotando posições extremas, ou apenas Estado, ou apenas Mercado, no desenvolvimento dessa atividade³². E a manutenção do sistema misto cumpre

³⁰ Podemos pensar que, ao lado do regime totalmente estatal de monopólio, poderíamos ter aquele em que vigem os contratos de prestação de serviços, solução que, no panorama de debates atual, tem sido defendida por ILDO SAUER. No outro polo, a solução puramente privatista pode ser identificada como aquela do modelo norte-americano adotado nas áreas de exploração *onshore*.

³¹ Entende-se por sistema misto a adoção simultânea dos modelos contratuais de concessão e partilha de produção para a E&P da IPGN. Além do Brasil, a Rússia também adota o sistema misto para o setor.

³² O modelo espacial do voto de DOWNS e seu teorema do *median voter*, assim como a teoria do consumidor e suas curvas de indiferença côncavas, indicam que tanto o eleitor quanto o consumidor preferem combinações de opções. Na teoria do consumidor consultar VARIAN (2003, p. 35-55).

No âmbito da política isto significa que o interesse público tenderá a preferir essas combinações aos extremos ou Estado ou Mercado na gestão de uma atividade. A este respeito consultar LEISTER (2005).

ainda a função de ajustar os modelos de contratos administrativos às características e riscos geológicos envolvidos nos blocos oferecidos pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (doravante ANP), em particular se se considerar que, mesmo no pré-sal, existem poços secos, como afirmou recentemente o diretor de E&P da Petrobras José Formigli³³.

V – PRIMEIRO MARCO REGULATÓRIO: A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9 E A LEI Nº 9.478/1997

Averiguamos alhures que os contratos administrativos, relativamente ao gênero contrato, apresenta como elemento caracterizador a existência de cláusulas favoráveis à Administração Pública, também chamadas cláusulas exorbitantes ou de exorbitância. Inobstante, *ut supra dixit*, mantém sua natureza contratual ao garantir o núcleo econômico do contrato, qual seja ele, a cláusula do reequilíbrio econômico financeiro. No que tange aos contratos administrativos de concessão de direitos de E&P de petróleo ora em apreço, estes pertencem à espécie contratos de delegação, *i.e.*, contratos administrativos nos quais a Administração Pública transfere para um particular uma obrigação de operar uma utilidade pública a ser explorada por ele, particular, em nome próprio, mas fazendo-se por vezes da Administração Pública³⁴.

Nesses contratos, em regra, o objeto contratual não tem seus lindes rigorosamente estreitados pelo ente público. Este, em vez disso, desenha metas de desempenho ou objetivos a serem alcançados com o particular contratado por meio do contrato. Ainda, nesses contratos a Administração tende a transferir ao particular a responsabilidade na elaboração detalhada do projeto, e, por aí, dar ao particular a responsabilidade de cingir, ele, particular, os limites do objeto a ser executado. Sustenta MARQUES NETO que a natureza deste contrato não se caracteriza por ser propriamente comutativo, visto que, por meio dele, não se instaura o sinalagma direto entre as partes, antes, obrigações que também se espraiam como direitos de terceiros. Desta forma, trata-se de um contrato multilateral, não bilateral. (Em um contrato de concessão, *e.g.*, a administração pública trava um vínculo com o particular, mas as disposições desse contrato prescrevem obrigações do concessionário para com seus usuários, relações entre usuários e prestador delegatário, ou seja, envolve um campo de normatividade contratual, um campo de obrigações criadas não a partir da norma legal, mas da norma contratual que vincula mais partes que aquelas que se vinculam

³³ <http://www.estadao.com.br/noticias/geral/pre-sal-tambem-registrou-pocos-secos-dizformigli.912043.0.htm>. Última consulta em 13 de agosto de 2012.

³⁴ Segundo prelecionou MARQUES NETO em sua disciplina Contratos Administrativos, lecionada em 2011 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

nas relações obrigacionais tradicionais.) Dessume-se daí que a regulação das condutas nesses contratos extrapolam as partes contratantes, pois deles emergem direitos e obrigações para terceiros externos ao contrato, de sorte que sua regulação é realizada por órgãos específicos, as agências reguladoras, que regulam os interesses daqueles que transcendem as partes contratantes, ou terceiros usuários do serviço (no caso do setor em apreço, os consumidores de petróleo e seus derivados) ou terceiros que possam vir a sofrer danos decorrentes das atividades objeto do contrato. Desta forma, segundo MARQUES NETO, trata-se de uma assunção de riscos mais robusta ao particular. A duração dessa espécie de contrato administrativo é geralmente de longo prazo, e envolve objetos mais complexos. Relativamente ao regime econômico financeiro, este não é tão rigoroso e garantista quanto em outras espécies de contratos administrativos, pois, nessa espécie de contrato, é muito comum que o particular contratante assuma parte dos riscos da atividade objeto do contrato.

Dimensões jurídicas do contrato de concessão

Relativamente aos contratos de óleo e gás (doravante contratos de O&G), iremos nos ater a três dimensões jurídicas desses contratos, quais sejam: (i) direitos; (ii) obrigações; (iii) riscos. Para além dessas dimensões, analisaremos a dimensão jurídico-econômica relativa à destinação dos recursos provenientes da E&P do petróleo. A seguir, *ut supra dixit*, trabalharemos essas dimensões nos contratos administrativos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás. Para recortarmos essas dimensões, tomaremos como parâmetro, mormente, a Lei nº 9.478/1997 e o modelo de contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural presente no site da ANP³⁵. Sempre que necessário para a análise, outros documentos serão considerados, sendo oportunamente referidos neste texto.

(I) Direitos Das Partes

O contrato de concessão tem como objeto a cessão de direitos. No que tange ao ente público, por disposição constitucional, a União é proprietária dos recursos minerais presentes no subsolo, *in verbis*:

Art. 20. São bens da União:

.....omissis.....

³⁵ Encontrado no site: http://www.anp.gov.br/brnd/round9/round9/pre_edital/minuta_contrato.pdf. Última consulta em 13/08/2012.

IX – OS RECURSOS MINERAIS, INCLUSIVE OS DO SUBSOLO

Adota-se, pois, o regime dominial, segundo o qual é de propriedade do Estado os recursos minerais, incluindo os energéticos, do subsolo. Além desse direito, aventamos como direito da União o monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, além de outros hidrocarbonetos fluidos presentes em território nacional (*ut art. 177, I da CF88 e art. 4º da Lei nº 9.478/1997*) e todo o direito de E&P de petróleo e gás natural em território nacional (*ut art. 8º e 21 da Lei nº 9.478/1997*), podendo fazê-lo sob regime de concessão (ou partilha de produção, a partir da Lei nº 12.351/2010). Com o contrato de concessão, o ente público transfere para o particular o direito de E&P o petróleo e o gás natural nas áreas delimitadas (blocos) no contrato. De sorte que o particular, por meio do contrato de concessão, obtém o direito de E&P petróleo e gás natural da região delimitada, ou, por outras palavras, obtém a propriedade do petróleo E&P daquele bloco objeto do contrato. Em contrapartida, este deve ao Estado o pagamento de participações governamentais como forma de remunerá-lo pela cessão do direito de E&P. Essas participações são, nos contratos de concessão: (i) bônus de assinatura³⁶; (ii) *royalties*³⁷; (iii) participação especial³⁸; (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área. O bônus de assinatura é considerado parte do risco exploratório, pois deve ser pago logo ao principiar o empreendimento e é independente do resultado da E&P, devendo seu montante ser fixado pelo ofertante, respeitado o valor mínimo da ANP. Os *royalties*, por sua vez, não são parte do risco geológico, visto que o valor a ser pago deve ser proporcional à produção. Esses são, pois, os principais direitos das partes, de um lado, do particular, a propriedade do petróleo explorado e produzido, de outro, do Estado, o direito às participações governamentais.

(II) Obrigações Das Partes

(a) Obrigações Decorrentes da Lei nº 9.478/1997

Para além das obrigações principais correlatas aos direitos supramencionados, *i.e.*, a obrigação do particular de pagar as participações governamentais e do

³⁶ Segundo o Decreto 2.705/1998, *in verbis*:

Art 9º O bônus de assinatura, previsto no inciso I do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, corresponderá ao montante ofertado pelo licitante vencedor na proposta para obtenção da concessão de petróleo ou gás natural, não podendo ser inferior ao valor mínimo fixado pela ANP no edital da licitação.

³⁷ *Royalties* são compensações pagas ao Estado e envolvem o *tradeoff* entre produção atual e receita futura.

³⁸ Participação Especial é uma compensação paga quando o bloco sob concessão atingir grande volume de produção ou rentabilidade.

Estado de transferir a área objeto do contrato para que o particular venha a E&P petróleo e gás natural, uma série de outras obrigações acessórias estão apençadas ao contrato de concessão³⁹. A seguir apresentamos as obrigações das partes contratantes extraídas da Lei nº 9.478/1997. Primeiramente, cabe salientar que o Conselho Nacional de Política Energética (doravante CNPE) é responsável por propor políticas energéticas nacionais ao Presidente da República, ao passo que cabe à ANP implementar essas políticas. A primeira instância é, pois, um órgão de formulação, sendo presidida pelo Ministro das Minas e Energia, a segunda, um órgão de execução. Suas atribuições estão arroladas, respectivamente, nos artigos 2º (CNPE) e art. 8º, 8º A e 9º (ANP) da Lei nº 9.478/1997. As atribuições aventadas são obrigações do ente estatal descritas pela lei, algumas delas relacionadas aos contratos de concessão a serem firmados junto aos particulares, *e.g.*:

Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

....omissis.....

VIII – definir os blocos a serem objeto de concessão ou partilha de produção;

X – induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX.

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

....omissis.....

II – promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão ou contratação sob o regime de partilha de produção das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

VII – fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

Relativamente aos concessionários (ou candidatos à), extraem-se da referida lei as seguintes obrigações: (i) qualificação técnica, econômica e jurídica (*ut art. 25*

³⁹ A análise mais pormenorizada das obrigações principais do concessionário, os pagamentos governamentais, será tratada adiante.

da Lei nº 9.478/1997); (ii) obrigação de explorar, e, em caso de descoberta, produzir petróleo e gás natural no bloco conferido pelo contrato, obtendo a propriedade desses bens uma vez extraídos e com o pagamento dos encargos tributários incidentes e participações legais e/ou contratuais (*ut art. 26 da lei*); (iii) apresentação de planos e projetos de desenvolvimento e produção (art. 26, § 1º da lei); (iv) obrigação de arcar com os custos de retirada dos equipamentos e bens não objetos de reversão por qualquer que seja o motivo da extinção do contrato de concessão (*ut art. 28, §2º*); (v) a obrigação de indenizar nos casos de desapropriação ou servidão que sejam necessárias para a realização do contrato (art. 37, V); (vi) a obrigação de prestar garantias (art. 43, V); (vii) a obrigação de apresentar relatórios, dados e informações acerca das atividades realizadas (art. 43, VIII); além das obrigações contratuais referidas no artigo 44 da Lei nº 9.478/1997, *in verbis*:

Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

I – adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente;

II – comunicar à ANP, imediatamente, a descoberta de qualquer jazida de petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos ou de outros minerais;

III – realizar a avaliação da descoberta nos termos do programa submetido à ANP, apresentando relatório de comercialidade e declarando seu interesse no desenvolvimento do campo;

IV – submeter à ANP o plano de desenvolvimento de campo declarado comercial, contendo o cronograma e a estimativa de investimento;

V – responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades de exploração, desenvolvimento e produção contratadas, devendo ressarcir à ANP ou à União os ônus que venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

VI – adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.

Além dessas obrigações, *ut supra dixit*, são as principais obrigações do concessionários o pagamento das participações governamentais, essas obrigações extraídas da Lei nº 9.478/1997, Seção VI – Das Participações, que não será reproduzida aqui. Assim sendo, são essas as principais atribuições imputadas ao concessionário contratado decorrentes da referida lei.

(b) Obrigações Decorrentes do Contrato de Concessão

No que tange ao contrato de concessão *de per se*, se vencida a licitação, o concessionário vencedor adquire o direito de contratar com a administração pública, e esta a obrigação de contratar apenas o licitante vencedor do certame. Relativamente às demais obrigações da administração pública, afora a obrigação principal do contrato, a cessão de direitos de E&P de petróleo e gás natural dos blocos licitados com exclusividade para o licitante vencedor, suas demais obrigações estão ligadas às atribuições da ANP, *e.g.*, a obrigação de avaliar e aprovar os programas e planos de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção apresentados pelo concessionário dentro dos prazos estipulados pelo contrato. Lembrando aqui, *ut supra dixit*, que nos contratos de concessão, em regra, a elaboração dos programas e planos de trabalho recai, em grande medida, sob o particular contratado, desonerando-se a administração pública, assim, de detalhar as atividades a serem executadas pelo particular. Com essa desoneração da parte da administração pública, os programas e planos apresentados pelo particular contratado na realização das atividades de E&P de petróleo e gás natural, uma vez aprovados pela ANP, vinculam o particular, *i.e.*, criam para ele obrigações. Os programas e planos os quais temos nos referidos são (*ut* cláusula trigésima quarta do modelo de contrato de concessão da ANP): (i) planos de avaliação e de desenvolvimento⁴⁰; (ii) programa anual de trabalho e orçamento⁴¹ e programa anual de produção⁴², programa exploratório mínimo, programa de desativação das instalações; (iii) relatório final de avaliação de descoberta de petróleo e gás natural⁴³.

Além desses programas e planos, o concessionário está vinculado a cumprir, na realização de suas atividades, as consideradas melhores práticas da indústria do petróleo em todo o mundo, obrigação esta especificada no corpo do contrato de concessão (*ut* modelo de contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural da ANP). Outras obrigações extraídas do modelo do contrato referido são: (i) as notificações de descoberta (ou de não descoberta, findo o período exploratório), de comercialidade (designada *declaração de comercialidade*), de encerramento das fases de exploração, desenvolvimento e produção, de encerramento de suas atividades, de devolução dos campos objetos do contrato, além de outras notificações a serem prestadas à ANP relativas às suas atividades e dos dados e informações colhidos através de suas pesquisas. Uma outra obrigação de suma importância é a obrigação do concessionário de contratar fornecedores locais (cláusula de conteúdo local, *ut* cláusula vigésima do modelo do contrato de concessão

⁴⁰ Cujas regulamentações para apresentação desses planos estão dispostas, respectivamente, na Portaria ANP 259/2000 e Portaria ANP 90/2000.

⁴¹ O regulamento técnico do programa anual de trabalho e orçamento pode ser encontrado na Portaria ANP 123/2000.

⁴² Cujas regulamentações técnicas são apresentadas na Portaria ANP 100/2000.

⁴³ Regulamentação Técnica na Portaria ANP 259/2000 revogada pela Resolução ANP 31/2011.

da ANP)⁴⁴. São, também, obrigações do concessionário a busca pela preservação do meio ambiente, além de seu compromisso por envidar esforços para evitar causar danos e prejuízo a este por meio de suas atividades (*ut* cláusula vigésima primeira do modelo contratual supra referido). O concessionário deve manter seguros para todas as suas atividades conforme exigidos pela legislação pátria. Por óbvio, as obrigações principais do contrato, quais sejam, o pagamento das participações governamentais, também estão previstas no contrato (*ut* modelo de contrato de concessão da ANP, Capítulo V). Inclui-se, também, nas obrigações do concessionário uma cláusula de confidencialidade, que o obriga a manter sob confidencialidade os dados e informações obtidos ou produzidos como resultados das operações da concessionária e do contrato, salvo se permitido pela ANP ou se forem estes dados de domínio público (*ut* cláusula trigésima terceira do modelo de contrato de concessão da ANP).

(III) Riscos

(a) Espécies de Riscos

Os riscos, segundo o vocabulário jurídico de DE PLÁCIDO E SILVA (2007, Verbebe *Risco*, p. 1238), diferente da obrigação, que tendem a ser certas ou a termo (salvo nas condicionais), estão ligados à possibilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto que possa vir a dar causa a um dano ou prejuízo para si ou para terceiros. Os principais riscos no caso dos contratos de O&G são os que se seguem: (i) riscos exploratórios; (ii) riscos geológicos; (iii) riscos de engenharia; (iv) riscos relacionados com o preço das commodities; (v) riscos de financiamento; (vi) riscos cambiais; (vii) riscos regulatórios. Além desses, temos as circunstâncias gerais: força maior, caso fortuito e fato do príncipe. Os riscos exploratórios estão relacionados à possibilidade de se existir ou não petróleo em uma determinada região (SILVA, 2010). Nesse sentido, *ut supra dixit*, o bônus de assinatura está embutido no risco exploratório, pois deve ser pago na assinatura do contrato de concessão e independentemente de existir ou não

⁴⁴ Acerca dessa obrigação, algumas críticas têm sido veiculadas na imprensa, e.g., aquela da REVISTA EXAME, *in verbis*:

O tema “conteúdo local” virou tabu no setor. (...) Depois de 2003, as encomendas de plataformas passaram a ser feitas no Brasil e o Ministério de Minas e Energia passou a definir índices mínimos de conteúdo local para cada novo bloco leiloado.

O descompasso entre a dinâmica do setor e os índices de nacionalização definidos pelo governo ficou mais evidente em 2007, após a descoberta do pré-sal, que multiplicou a demanda por serviços e equipamentos. A situação relatada pelo executivo de uma petroleira ilustra parte das dificuldades: “Há dois meses tentei encomendar equipamentos que só preciso receber daqui a quatro anos, mas o fornecedor não consegue garantir a exigência de conteúdo local”. (ROBERTA PADUAN. O Maior Desafio do País. O petróleo do pré-sal guarda uma oportunidade de ouro para o avanço da economia brasileira – desde que o país não se perca em meio à sua grandeza. Ed. 1.019. Ano 46. n° 12, 27/06/2012, p. 48.)

petróleo na área concedida⁴⁵. Riscos geológicos, por sua vez, segundo SILVA (2010), relaciona-se com a presença do sistema petrolífero, *i.e.*, à existência dos parâmetros geológicos que determinam a possibilidade de haver petróleo em uma dada região (*e.g.*, presença de rocha geradora, rocha reservatório, trapa, etc., itens geológicos necessários para a geração e formação de reservas de petróleo).

Os riscos de engenharia, por sua vez, são comumente relacionados às operações de prospecção, perfuração e produção de petróleo e gás natural e estão ligados a danos nos equipamentos, sejam danos materiais decorrentes de suas operações sejam aqueles provocados por força de ocorrências na natureza. Por esta razão, enquanto os riscos exploratórios e geológicos tendem a se associar à fase de exploração, os riscos de engenharia podem ser mais frequentemente associados à fase de produção. Resta mencionar ainda uma série de riscos não geológicos, dentre os quais os riscos políticos e os econômicos. Dentre os econômicos aventamos os riscos relacionados com o preço das *commodities*, os riscos de financiamento e os riscos cambiais. Dentre os políticos, os riscos regulatórios relacionados à insegurança jurídica no âmbito da regulação estatal de uma atividade econômica. Os riscos relacionados aos preços das *commodities* envolvem a variação do preço das *commodities* no mercado. Como vimos, no caso do petróleo, pode haver grande volatilidade no preço dessa *commodity* no curto prazo, de modo que o preço do barril de petróleo pode cair muito em um dado momento t_0 , não compensando sua extração e produção (ainda que, como vimos, no longo prazo, considerando o *continuum* temporal $t_0 - t_n$, o preço do barril de petróleo vincule-se aos custos de sua produção, e menos à demanda). O risco financeiro trata da maior ou menor dificuldade de uma empresa obter recursos ao longo do tempo para rolar suas dívidas⁴⁶. O risco cambial, por sua vez, diz respeito à volatilidade das moedas estrangeiras em face da moeda nacional. Assim, se uma empresa brasileira contrata um fornecedor estrangeiro para montar suas plataformas marítimas, uma variação no valor da moeda estrangeira pode aumentar grandemente a contraprestação da empresa nacional à estrangeira no ato da entrega das plataformas ou quando acordado o pagamento. Em geral, riscos cambiais são protegidos por um seguro especial chamado *hedging* contratado pela concessionária particular.

Outros riscos a serem considerados nos contratos de O&G são os de força maior, caso fortuito e fato do príncipe. Caso fortuito trata de fatos cuja ocorrência se deve à natureza, *e.g.*, a ocorrência de um tsunami. Força maior, de outro modo, trata de fatos que são consequência de ações humanas, a greve podendo ser um bom exemplo aí. Por fim, fato do príncipe envolve sempre uma ação da administração

⁴⁵ De se ressaltar que esses são os riscos minimizados nas áreas do pré-sal, visto que nessa região as chances de se encontrar petróleo são muito maiores.

⁴⁶ Geralmente encargo da empresa concessionária. Mesmo o BNDES não tem linhas de crédito específicas para as grandes empresas de E&P, apenas para seus fornecedores.

pública de índole geral, *e.g.*, o aumento de um tributo, que pode impactar negativamente um contrato administrativo, alterando seu equilíbrio econômico-financeiro. De se ressaltar que o fato do príncipe se caracteriza por ser, invariavelmente, um fato da administração, porém externo ao contrato. A seguir trataremos desses riscos para as partes.

(b) Riscos para as Partes

Todo contrato prevê uma alocação de riscos entre as partes contratantes. Não é diferente no contrato administrativo. A seguir trataremos da alocação de riscos nos contratos de O&G. Com base na Lei nº 9.478/1997, são imputados ao concessionário particular os riscos relativos à E&P do petróleo e gás natural, *in verbis*:

Art. 26. **A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco**, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes. Grifos nossos.

Portanto, os riscos exploratórios, geológicos e de engenharia, ligados às fases de exploração, desenvolvimento e produção, ficam atribuídos ao concessionário por disposição legal. Em âmbito contratual, conforme o modelo de contrato de concessão da ANP, outrossim, a assunção dos riscos operacionais pertence ao concessionário, como dispõe a cláusula segunda, dois ponto dois, cito:

Custos e Riscos Associados à Execução das Operações

2.2.O Concessionário assumirá sempre, em caráter exclusivo, todos os custos e riscos relacionados com a execução das Operações e suas consequências, cabendo-lhe, como única e exclusiva contrapartida, a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e por ele recebidos no Ponto de Medição da Produção, nos termos deste Contrato, com sujeição aos encargos relativos aos tributos e às compensações financeiras detalhadas no ANEXO V – Participações Governamentais e de Terceiros, e da legislação brasileira aplicável.

Inobstante, no âmbito das participações governamentais, o poder público concedente, embora não seja responsável pelos riscos operacionais ligados à E&P de petróleo, admite a dedução no valor dos *royalties* a serem pagos, em razão dos riscos operacionais, a saber:

Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º **Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo** para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção. Grifos nossos.

Desta feita, ainda que o bônus de assinatura possa estar incluído nos riscos de operação, posto ser um valor a ser pago na assinatura do contrato e não devolvido caso não venha a ser descoberto petróleo e/ou gás natural naquela região ou caso a quantidade e qualidade do petróleo e/ou gás natural não compensem a sua extração, os *royalties* e as participações especiais, ainda que haja um patamar mínimo devido pelo concessionário ao poder concedente, são proporcionais aos riscos e à produção das áreas concedidas, não devendo, pois, serem plenamente incorporados aos riscos operacionais suportados pelo concessionário. Poderíamos mesmo falar que o custo ligado ao bônus de assinatura é um custo fixo a ser pago pelo concessionário, ao passo que *royalties* e participações especiais pertencem à classe dos custos variáveis, a depender do sucesso da E&P⁴⁷. No mais, o poder concedente não arca com quaisquer custos operacionais, salvo os abatimentos admitidos por lei para *royalties* e participações especiais.

No que concerne aos riscos ligados à força maior e caso fortuito, a Lei nº 9.478/1997 nada dispõe. Inobstante, o modelo de contrato de concessão da ANP admite a exoneração das responsabilidades de qualquer das partes contratantes nas circunstâncias de ocorrência de caso fortuito ou força maior, como se segue:

Cláusula Trigésima Segunda

Caso Fortuito e Força Maior

Exoneração Total ou Parcial

32.1.As Partes somente deixarão de responder pelo cumprimento das obrigações assumidas neste Contrato nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, na forma do artigo 393 do Código Civil. A exoneração do devedor aqui prevista dar-se-á exclusivamente com relação às obrigações do contrato cujo adimplemento se tornar impossível em virtude da força maior ou caso fortuito, reconhecido pela ANP.

No que tange ao caso fortuito e força maior, esta é a solução que tem sido adotada em âmbito contratual geral, estando, inclusive, prevista no Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

⁴⁷ De se ressaltar que os custos fixos na IPGN tendem a ser muito maiores que seus custos variáveis e quem, comumente, suporta os custos fixos nos contratos de concessão são as empresas privadas concessionárias e não o governo. A este respeito consultar ANDRÉ CANELAS (2004).

Verifica-se, daí, que os riscos relacionados à álea contratual, quais sejam eles, os riscos operacionais envolvidos nos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (conforme modelo da ANP), imputam-se ao concessionário particular. Com relação aos riscos classificados como pertencentes à álea extracontratual, CUNHA LIMA (2011) tem afirmado ser aplicável aos contratos de concessão na IPGN a teoria da imprevisão, *i.e.*, valeria a cláusula *rebus sic stantibus*. Com efeito, para os contratos administrativos, *ut supra dixit*, está previsto um princípio (ou cláusula) que garante o reequilíbrio do núcleo econômico financeiro do contrato nos casos da ocorrência de fato superveniente que possa superonerar uma das partes contratantes. Em particular, nos casos envolvendo riscos regulatórios ou fato do príncipe, cujo veículo causador da superoneração venha a ser o próprio Estado, seria o caso de se aplicar o princípio do reequilíbrio econômico financeiro, visando restabelecer o equilíbrio contratual. O princípio econômico financeiro tem sede constitucional, estando previsto no art. 37, XXI, *in verbis*:

Art. 37.....omissis.....

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Grifos nossos.

Este princípio previsto na Carta Maior apresenta desdobramento na Lei nº 8.666/1993, se aplica como garantia suplementar do particular não apenas nos casos envolvendo o desequilíbrio provocado por força das cláusulas de exorbitância que prerrogam ao poder público o direito de modificar unilateralmente o contrato, mas, igualmente, nos casos envolvendo fatores extracontratuais que podem engendrar esse desequilíbrio. Segundo MARQUES NETO⁴⁸, todo contrato é um balanço entre risco e preço, de modo que inexistindo uma garantia ao particular de que ele será protegido de fatos supervenientes incertos, o particular, ainda assim, poderá pactuar com a administração pública, mas, neste caso, sabendo o particular que se imputará exclusivamente a ele o risco de poder se tornar oneroso o contrato por fatores supervenientes, ele, então, tenderá a embutir o risco no preço. Portanto, o regime de proteção do equilíbrio econômico financeiro leva a administração pública a absorver maiores riscos (afinal é o único ente capaz de distribuir mais eficiente o risco, já que

⁴⁸ Essas considerações foram apresentadas pelo professor Marques Neto em sua disciplina Contratos Administrativos lecionada no primeiro semestre de 2011 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

o faz entre toda a sociedade) para não ter que pagar a *priori* por um ônus que só vai ocorrer se o fato tomar lugar. Dispõe a Lei nº 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[omissis]

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Inobstante essa disposição legal, caso esteja previsto no contrato que o evento superveniente ocorrido corresponde a uma álea contratual atribuída ao particular, não será aplicado o dever de recompor o equilíbrio econômico financeiro, porque o equilíbrio se refere às condições previstas no edital. Se o particular assumiu o ônus para um evento, então, para este evento ele não terá direito ao equilíbrio econômico financeiro. Omissis o contrato, a regra é que a administração pública assuma o dever de recompor o equilíbrio no caso de fatos de consequências imprevisíveis ou previsíveis e de custos calculáveis.

Dessume-se dessas ilações que se com maior propriedade, os riscos causados pelo poder público por força da álea extracontratual, aqui riscos regulatórios e fato do príncipe, podem ser imputados ao poder concedente, omissis o contrato, o mesmo se poderia dizer dos riscos ligados à variação do preço das *commodities*, dos riscos de financiamento e os riscos cambiais, ainda quando sua ocorrência não puder ser imputada ao poder público. Não obstante, como vimos, sendo os contratos de concessão espécie de contrato administrativo em que maior assunção de riscos é atribuída ao concessionário privado, muito comum que nessa espécie contratual os riscos econômicos, dentre os quais riscos relativos aos preços das *commodities* e riscos cambiais⁴⁹, lhe sejam imputados (ao concessionário) nos contratos administrativos de concessão relativos à IPGN, forçando o concessionário particular a contratar instrumentos

⁴⁹ De se ressaltar que os riscos cambiais subsistem apenas por força do curso forçado da moeda. De todo modo, não faria sentido o governo arcar diretamente com os riscos cambiais já que ele tem poder e dispõe de instrumentos monetários para manipular o câmbio.

financeiros de *hedge* no mercado futuro de petróleo⁵⁰ para se precaver dos prejuízos causados por eventual superveniência de eventos que aumentem a volatilidade no preço do petróleo e gás natural no mercado internacional prejudicando⁵¹. E isto é ainda mais verdadeiro para os casos de álea extracontratual, mas que estejam ligadas às atividades características da IPGN, visto que, segundo RIBEIRO, os riscos da atividade tendem a ser, geralmente, imputados àquele que lucra com a atividade, aqui (no caso do contrato de concessão de petróleo em que o particular fica com a propriedade do petróleo e gás natural), o concessionário. A este respeito, RIBEIRO comenta:

‘Todavia, uma empresa deverá assumir os riscos do empreendimento, isto é, os riscos que advêm de ter o serviço em funcionamento, pois caberá a quem teve lucro na atividade ressarcir os danos que a mesma atividade ocasionou’ (RIBEIRO, 2010, p. 104).

E, ainda, como no caso do contrato de concessão, a propriedade do petróleo e do gás natural extraídos é do particular, de modo que é responsabilidade sua a comercialização desses bens, todos os riscos associados a esta comercialização (em particular os riscos ligados ao preço das *commodities*), por óbvio, ser-lhe-ão imputados, visto ser ele que lucra com a atividade comercial⁵². Finalmente, a assunção desses riscos ao particular, que vê a necessidade de contratar seguros de *hedge* para riscos econômicos deverá encarecer o valor do contrato de concessão para a administração pública, visto que, independente de quem arca com os riscos, caso a assunção recaia sobre o concessionário, este tenderá a incluir esses riscos no preço do contrato, a não ser que o governo estabeleça uma política de preços mínimos que possa garantir um retorno mínimo ao particular⁵³.

⁵⁰ A este respeito, VALLE FREITAS citando PINTO JR. e S. L. FERNANDES comenta:

‘O segundo aspecto é o desenvolvimento de mercados futuros e as mudanças na forma de comercialização. Para reduzir o impacto da volatilidade das taxas de câmbio e de juros, foram desenvolvidas inovações para a diminuição de riscos financeiros. Dentre essas inovações, destacaram-se a substituição relativa dos contratos de longo prazo e a ampliação do mercado spot. A volatilidade dos preços após o segundo choque levou, ainda, ao desenvolvimento dos mercados futuros de óleo bruto e de práticas de cobertura contra flutuações, o hedge. Essas inovações financeiras foram boas para as decisões de investimento e dificultaram o fortalecimento do poder de mercado. O mercado spot dificultou o estabelecimento de preços de referência e o hedge fez o preço do petróleo variar dentro de uma faixa larga, de US\$ 13 a US\$ 21 (Pinto Jr. e Fernandes, 1998)’ (FREITAS, 2003, p. 43).

⁵¹ A Petrobras, e.g., lança mão desse expediente visando precaver-se desses riscos.

⁵² Não há porque o Estado se responsabilizar por esses riscos já que não é o proprietário do hidrocarboneto extraído e não participa de sua comercialização salvo para garantir o cumprimento da cláusula da obrigação de fornecimento para o mercado interno. Inobstante, como veremos, o Estado pode internalizar esses riscos como no caso da constituição de um Fundo para destinação dos recursos advenientes da IPGN.

⁵³ Nesse sentido, a política de preço mínimo funciona como uma espécie de contrato de *hedge* entre o governo e o produtor evitando que a excessiva volatilidade no preço das *commodities* possa vir a prejudicar o produtor.

(IV) Pagamentos Governamentais e Destinação dos Recursos

Os pagamentos governamentais são encargos fiscais sem natureza tributária e constituem-se na obrigação principal a ser cumprida pelo concessionário no contrato de concessão para E&P do petróleo e gás natural. Os pagamentos são, segundo a Lei nº 9.478/1997, de quatro espécies, *ut art. 45*:

Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

- I – bônus de assinatura;
- II – royalties;
- III – participação especial;
- IV – pagamento pela ocupação ou retenção de área.

§ 1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

O bônus de assinatura é o valor a ser pago pelo particular vencedor da licitação no momento da celebração do contrato, devendo ser feito em parcela única. Como vimos, podem ser incluídos como custos de operação e é pago independentemente de haver descoberta de petróleo e gás natural no bloco licitado, portanto, não tem qualquer relação com a produção Segundo BASTOS E SENA (2010) seu valor guarda relação com o número de blocos licitados e sua caracterização geológica. Parte de seu valor é destinado a ANP e o restante é endereçado ao Tesouro Nacional. Os *royalties* e as participações são tratados, segundo o Decreto nº 2.705/1998, como compensações financeiras. Seu valor depende da produção atingida pelo campo. Os *royalties* tem alíquota entre 5% e 10% do valor da produção de petróleo ou gás e incide sobre o faturamento⁵⁴. As participações especiais são devidas apenas no caso de campos que atingem grande produtividade e incidem não sobre o faturamento, mas sobre a receita bruta descontado os *royalties*, investimentos na exploração, custos operacionais, depreciação e tributos previstos na legislação vigente. Sua alíquota pode chegar a 40% a depender do volume e do tempo de produção e da localização do campo. Por serem consideradas compensações financeiras, *royalties* e participações especiais são, em grande medida, destinados aos Estados e Municípios produtores (áreas *onshore*) ou confrontantes com a plataforma continental (áreas *offshore*). Conforme a Lei nº 7.990/1989 a parcela dos *royalties* que representar cinco por cento da produção é distribuída do seguinte modo:

⁵⁴ *Royalties* com alíquota abaixo de 10% são admitidos apenas se a ANP entender que os custos da E&P na área a ser concedida forem considerados altos e o retorno da produtividade baixo.

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:

I – 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;

II – 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;

III – 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

.....

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

Conforme a Lei nº 9.478/1997, a parcela que exceder os cinco por cento tem distribuição destinada da seguinte forma:

Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

I – quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção;

b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção;

c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;

d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias;

II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

- a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
- c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;
- d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;
- f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.

Já as participações especiais seguem a seguinte distribuição conforme dispõe a Lei nº 9.478/1997, *in verbis*:

Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

§ 2º Os recursos da participação especial serão distribuídos na seguinte proporção:

I – 40% (quarenta por cento) ao Ministério de Minas e Energia, sendo 70% (setenta por cento) para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incisos II e III do art. 8º desta Lei, e pelo MME, 15% (quinze por cento) para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% (quinze por cento) para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional;

II – 10% (dez por cento) ao Ministério do Meio Ambiente, destinados, preferencialmente, ao desenvolvimento das seguintes atividades de gestão ambiental relacionadas à cadeia produtiva do petróleo, incluindo as consequências de sua utilização:

- a) modelos e instrumentos de gestão, controle (fiscalização, monitoramento, licenciamento e instrumentos voluntários), planejamento e ordenamento do uso sustentável dos espaços e dos recursos naturais;
 - b) estudos e estratégias de conservação ambiental, uso sustentável dos recursos naturais e recuperação de danos ambientais;
 - c) novas práticas e tecnologias menos poluentes e otimização de sistemas de controle de poluição, incluindo eficiência energética e ações consorciadas para o tratamento de resíduos e rejeitos oleosos e outras substâncias nocivas e perigosas;
 - d) definição de estratégias e estudos de monitoramento ambiental sistemático, agregando o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental específicos, na escala das bacias sedimentares;
 - e) sistemas de contingência que incluam prevenção, controle e combate e resposta à poluição por óleo;
 - f) mapeamento de áreas sensíveis a derramamentos de óleo nas águas jurisdicionais brasileiras;
 - g) estudos e projetos de prevenção de emissões de gases de efeito estufa para a atmosfera, assim como para mitigação da mudança do clima e adaptação à mudança do clima e seus efeitos, considerando-se como mitigação a redução de emissão de gases de efeito estufa e o aumento da capacidade de remoção de carbono pelos sumidouros e, como adaptação as iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima;
 - h) estudos e projetos de prevenção, controle e remediação relacionados ao desmatamento e à poluição atmosférica;
 - i) iniciativas de fortalecimento do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA;
- III – quarenta por cento para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção;
- IV – dez por cento para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção.

Verifica-se daí, que grande parte da destinação dos recursos auferidos na forma de *royalties* e participações especiais (pagamentos esses que representam o maior valor obtido pelo governo com a concessão para a fase de E&P da IPGN), vai para os Estados e Municípios produtores ou confrontantes com as áreas de produção (em se tratando da produção desenvolvida na plataforma continental). Finalmente, o pagamento obtido pelo governo do concessionário pela retenção de área se caracteriza como um aluguel do espaço utilizado nas atividades de E&P e depende do tamanho e localização do bloco licitado, suas características geológicas, a fase em que se encontram as operações, dentre outros parâmetros a serem fixados pela ANP e explicitados no edital. O destino desse recurso é a ANP, *ut art. 16 da Lei nº 9.478/1997, in verbis*:

Art. 16. Os recursos provenientes da participação governamental prevista no inciso IV do art. 45, nos termos do art. 51, destinar-se-ão ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe são conferidas nesta Lei.

Para além dos pagamentos governamentais, a IPGN é fonte de encargos tributários, dentre os quais o imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), PIS e COFINS, imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), imposto sobre serviços (ISS), impostos sobre produtos industrializados (IPI), imposto sobre importação (II) e contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), que recai sobre a comercialização de combustíveis. Quanto ao imposto de exportação (IE), cumpre observar que a exportação de petróleo e derivados é isenta de IE.

(VI) Segundo marco regulatório: As leis n.º 12.351/2010, n.º 12.276/2010 e n.º 12.304/2010

Convém ressaltar que para o contrato de partilha de produção a ser apresentado neste capítulo, ainda não possuímos nenhum modelo fornecido pela ANP, pois nenhum contrato foi firmado sob o novo marco regulatório. Estamos por realizar a 11ª rodada de licitações de blocos exploratórios de petróleo e gás, talvez em setembro próximo (2012), mas ainda sob o regime de concessão, pois não estão incluídas áreas do pré-sal⁵⁵. A 12ª rodada a ser realizada no ano vindouro, caso não haja atrasos, é que incluirá áreas do pré-sal possivelmente sob o novo marco regulatório. Por conseguinte, apenas ali poderemos ter um modelo de contrato de partilha de produção pátrio a ser analisado. Inobstante, a Lei 12.351/2010 permite-nos já adiantar um esboço do desenho desses contratos segundo as dimensões jurídicas trabalhadas no capítulo prévio, quais sejam, direitos, obrigações e riscos, para além da dimensão jurídico-econômica relativa à destinação dos recursos oriundos da E&P do petróleo.

Dimensões Jurídicas do Contrato de Partilha de Produção

(I) Direitos das Partes

Relativamente aos direitos das partes, mantém-se a propriedade do petróleo enterrado atribuída à União, bem como o direito de exploração e produção,

⁵⁵ <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,cnpe-aprova-realizacao-da-11-rodada-da-anp-para-setembro,64657,0.htm>. Última consulta em 31/07/2012.

ainda que esta possa delegar essas atividades a terceiros sob os regimes de concessão ou partilha de produção (*ut* art. 20 e 177 da CF88). Por conseguinte, em termos das dotações iniciais, o novo marco regulatório em nada modifica o marco anterior. Segundo BASTOS E SENA (2010, p. 49) *a característica marcante dos PSC's se expressa na propriedade dos hidrocarbonetos produzidos* (PSC's sigla em inglês para *production share contract*, ou seja, contrato de partilha de produção). Ou seja, por força do contrato de partilha, os hidrocarbonetos extraídos são de propriedade compartilhada entre o contratante público e o particular. No contrato de concessão, embora o petróleo enterrado fosse de propriedade da União, uma vez extraído, sua propriedade era transferida ao contratante particular, restando como compensação ao ente público receber os pagamentos governamentais. Inobstante, a parcela dos hidrocarbonetos produzidos a ser repartida é aquela denominada excedente em óleo, e é direito da União auferir desse excedente em óleo um percentual mínimo. Segundo a Lei nº 12.351/2010, *in verbis*:

'Art. 2º. Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

[omissis]

III – excedente em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43.

Além de parcela da produção de hidrocarbonetos extraídos, são devidas à União as seguintes compensações: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties* (*ut* art. 42 da Lei nº 12.351/2010). Nesse contrato, portanto, não são devidas as participações especiais, pagamento proporcional à produtividade do bloco de exploração, em caso desta assumir volumes substanciais.

Ao contratante particular, detém este, a partir da celebração do contrato de partilha de produção, os seguintes direitos, a saber: (i) o direito à apropriação do custo em óleo; (ii) da produção correspondente aos royalties devidos; (iii) de parcela do excedente em óleo (*ut*, art. 2º, II, da Lei nº 12.351/2010). A referida lei define o custo em óleo:

'Art. 2º. Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

[omissis]

II – custo em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato.

Embora o custo em óleo permita à empresa se ressarcir dos investimentos feitos na E&P, esta compensação é um direito que o contratado adquire se, e somente se, houver descoberta comercial, como salienta a citação supra. No que tange ao bônus de assinatura, de se ressaltar que seu custo não pode ser incorporado ao custo em óleo, portanto, faz parte do risco exploratório a ser assumido pelo contratado. Os *royalties* não estão incluídos no custo em óleo nem no excedente em óleo, mas são descontados antes que venha a ser calculado o excedente em óleo. Inobstante, caso não venha a ser feita nenhuma descoberta comercial, como os *royalties* são uma compensação pela exploração de hidrocarbonetos, estes não serão devidos pelo contratado particular. Com base na referida lei, esses são os principais direitos imputados às partes contratantes no contrato de partilha de produção⁵⁶.

(II) Obrigações das Partes

Enquanto o contrato de concessão pode ser caracterizado como um contrato de cessão de direitos, o contrato de partilha de produção tem como natureza ser um contrato de associação, *i.e.*, um em que o ente público e o particular se associam com vistas a explorar em conjunto uma atividade econômica que se dará na forma de um consórcio envolvendo a empresa pública que representa os interesses da União e a Petrobras mais o contratado (a Petrobras possui garantia de participação mínima, quando não for a única vencedora da licitação), ou apenas o consórcio entre a empresa pública e a Petrobras se esta for a única vencedora ou for dispensada a licitação. O consórcio formado será gerido por um comitê operacional no qual metade dos integrantes é indicada pela empresa pública que representa os interesses da União. Os outros membros representarão os demais consorciados. Esse comitê tem por atribuições: (i) definir os planos de exploração submetidos à ANP; (ii) definir o plano de avaliação de descoberta submetido à ANP; (iii) declarar a comercialidade das jazidas descobertas e definir o plano de desenvolvimento; (iv) elaborar os programas anuais de trabalho e produção submetidos à ANP; (v) analisar e aprovar os orçamentos relativos às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção previstos nos contratos; (vi) supervisionar as operações e aprovar a contabilização dos custos realizados; (vii) definir os termos dos acordos de individualização da produção com o titular da área adjacente quando necessário realizar a unitização.

⁵⁶ No que tange às partes contratantes, podemos identificar o importante papel atribuído à Petrobras, que deverá ser a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, além de ser a contratada principal ou contratada junto com a vencedora da licitação constituindo com esta um consórcio para a E&P de hidrocarbonetos (*ut* art. 2º VII da Lei nº 12.351/2010), garantida sua participação mínima, conforme art. 20 da lei. A União, por sua vez, é representada no contrato pela empresa pública referida no art. 8º, §1º da Lei nº 12.351/2010.

As obrigações principais decorrentes do contrato de partilha de produção são, para o contratado privado, arcar com os custos de investimento na E&P de hidrocarbonetos, para a Petrobras, enquanto operadora (*i.e.*, para além de contratada⁵⁷), sua obrigação consiste na realização das atividades de E&P em todas as áreas do pré-sal e outras consideradas estratégicas, e, para o ente público, excepcionalmente nos contratos de partilha de produção, diferente dos contratos de concessão quando os custos eram arcados integralmente pelo contratado particular, admite a Lei nº 12.351/2010, em seu art. 6º, parágrafo único, que a União possa arcar com parcela dos investimentos na E&P por meio de fundo específico criado para tal fim. Acerca dessas obrigações, dispõe o art. 6º da referida lei, *in verbis*:

Art. 6º. Os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha de produção serão integralmente suportados pelo contratado, cabendo-lhe, no caso de descoberta comercial, a sua restituição nos termos do inciso II do art. 2º.

Parágrafo Único. A União, por intermédio de fundo específico criado por lei, poderá participar dos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua participação nos termos do respectivo contrato.

Além de poder obrigar-se a participar dos investimentos e riscos da atividade, permissão dada pela lei, *ut supra dixit*, outros órgãos da União possuem uma série de competências relativas aos contratos de partilha de produção. Cabe ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), relativamente aos contratos, definir o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha, os parâmetros técnicos e econômicos desses contratos e estabelecer a delimitação das áreas classificadas como estratégicas. Ao Ministério de Minas e Energia, igualmente no que tange ao contrato de partilha de produção, cabe: propor ao CNPE as áreas a ser objeto de contrato de concessão ou partilha de produção, propor os parâmetros técnicos e econômicos relativos para definir o excedente em óleo, propor o percentual mínimo do excedente em óleo devido à União, propor a participação mínima da Petrobras, não inferior a 30%, propor os critérios para cálculo e apropriação do custo em óleo, propor o conteúdo local mínimo a ser exigido do contratado, propor o valor do bônus de assinatura, além de estabelecer as diretrizes a serem observadas pela ANP para desenhar a licitação, as minutas dos editais e os contratos de partilha, elaborar o relatório sobre as atividades operadas sob o regime de partilha de produção. Quanto à ANP são suas

⁵⁷ De se ressaltar que a Petrobras poderá: (i) ser contratada diretamente, dispensada a licitação, conforme art. 12 da Lei nº 12.351/2010; (ii) ser a única contratada se vencedora na licitação; (iii) ser contratada como participante de um consórcio no qual tem garantia de participação mínima.

competências relativas aos contratos de partilha de produção realizar os estudos técnicos para delimitar os blocos objetos dos contratos de partilha de produção, elaborar minutas dos contratos e produzir os editais, promover as licitações, analisar os planos e programas apresentados pelo contratado e regular as atividades operadas sob o regime de partilha de produção.

São obrigações do contratado apresentar: (i) os planos de exploração, avaliação e desenvolvimento da produção; (ii) os programas anuais de trabalho e de produção relativo aos blocos contratados sob regime de partilha; (iii) o programa exploratório mínimo e os investimentos estimados correlatos. É também obrigação do contratado apresentar as garantias a serem por ele prestadas, além de fornecer os relatórios e informações relativos à execução do contrato, fornecer inventário periódico sobre as emissões de gases estufas, apresentar planos de contingência quanto a acidentes por vazamento de hidrocarbonetos, realizar auditoria ambiental durante toda sua atividade operacional, remover os equipamentos e bens não objetos de reversão findo o contrato além de reparar ou indenizar danos decorrentes de suas atividades além de promover atos de recuperação ambiental. Além disso, é obrigação do contratado pagar a participação de até 1% do valor da produção de petróleo ou gás natural ao proprietário da terra nos blocos situados em áreas *onshore*. Quanto à Petrobras, são suas obrigações, na qualidade de operadora (para além de suas obrigações de contratada única ou em consórcio com outras contratadas): (i) informar a descoberta de jazidas de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto perante o comitê operacional do consórcio e a ANP; (ii) submeter ao comitê o plano de avaliação da descoberta de petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos fluidos para determinar sua comercialidade; (iii) avaliar a descoberta das jazidas e apresentar relatórios de comercialidade ao comitê operacional; (iv) submeter ao comitê operacional o plano de desenvolvimento da produção do campo, os planos de trabalho e de produção com os respectivos cronogramas e orçamentos; (v) adotar as melhores práticas na indústria do petróleo em suas atividades; (vi) encaminhar ao comitê operacional do consórcio todos os documentos relativos às atividades realizadas. Ressalte-se que, segundo a Lei nº 12.351/2010, a Petrobras é a operadora única dos campos de exploração do pré-sal e outras áreas estratégicas (*ut* art. 2º, VI da referida lei). Essa disposição não é sem propósito. Segundo BASTOS E SENA, nos países que adotam o regime de partilha de produção a empresa petrolífera nacional faz parte do empreendimento e participa da gestão de suas atividades com o propósito de auferir conhecimentos e tecnologias da empresa petrolífera contratada. Seu objetivo é claro, como afirmam os autores:

‘Portanto, é notório que a eventual adoção deste sistema é de crucial importância, principalmente para aqueles países que não possuem o desenvolvimento tecnológico necessário para a exploração de suas reservas devido às dificuldades impostas pelo ambiente operacional’ (BASTOS E SENA, 2010, p. 50).

(III) Riscos

A seguir trataremos da alocação de riscos prevista no contrato administrativo *partilha de produção* para a IPGN. Relativamente aos riscos, apresentamos no capítulo anterior, para a análise dos contratos de concessão de E&P na IPGN, os seguintes tipos de riscos: (i) riscos exploratórios; (ii) riscos geológicos; (iii) riscos de engenharia; (iv) riscos atinentes aos preços das *commodities* no mercado internacional; (v) riscos de financiamento; (vi) riscos cambiais; (vii) riscos regulatórios; (viii) força maior; (ix) caso fortuito; (x) fato do príncipe. Dentre esses, os riscos exploratórios, geológicos e de engenharia são classificados como riscos operacionais da E&P, riscos regulatórios e fato do príncipe podem ser classificados como riscos políticos. Finalmente, riscos ligados aos preços das *commodities* no mercado externo, riscos de financiamento e riscos cambiais classificam-se como riscos econômicos. Nos contratos de E&P, os riscos operacionais pertencem à álea contratual. Os demais se classificam como álea extracontratual. Riscos de engenharia são riscos ligados a prejuízos da operação de máquinas e equipamentos, riscos exploratórios tratam da possibilidade ou impossibilidade de descoberta de petróleo em dada região, riscos geológicos incluem as características geológicas da região, se favoráveis ou não à existência de jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos. Riscos regulatórios ligam-se à maior ou menor segurança jurídica dos marcos regulatórios existentes para o setor. Fato do príncipe, diz respeito a ocorrência de fatos causados pela autoridade pública sem relação direta com o contrato administrativo mas que o atinge levando à superoneração de uma das partes. Caso fortuito e força maior referem-se à ocorrência de fatos ou atos da álea extracontratual que tornam a execução do contrato difícil ou impossível⁵⁸. Riscos relativos aos preços das *commodities* relacionam-se à variação do barril de petróleo no curto prazo que pode prejudicar o produtor, haja visto que o custo fixo da IPGN é muito alto. Riscos cambiais dizem respeito à variação do valor da moeda nacional relativamente às demais moedas. Finalmente, riscos financeiros tratam da maior ou menor dificuldade da empresa captar recursos para se financiar.

Vimos anteriormente que a Lei nº 12.351/2010, diferente da Lei nº 9.478/1997, admite que a União participe do investimento nas fases de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção nas áreas do pré-sal e outras consideradas estratégicas (*ut* art. 6º, parágrafo único) e, por aí, dos riscos associados à sua participação, conforme definido no contrato. Desta feita, embora o *caput* do art. 6º impute ao contratado todos os custos associados ao cumprimento do contrato, e pelo art. 1º, I da Lei nº 12.351/2010, todos os riscos relativos ao cumprimento das etapas

⁵⁸ Danos ambientais e com pessoal comumente podem ser incluídos como prejuízos causados por riscos de engenharia, caso fortuito e força maior. Em todos esses casos a responsabilidade da contratada particular é objetiva. A este respeito consultar RIBEIRO (2010).

de exploração, avaliação, desenvolvimento e exploração, se o contrato de partilha de produção diversamente dispuser, esses custos (e os riscos relativos à operação) poderão ser compartilhados entre a União e o contratado. De todo modo, no caso de descoberta o contrato de partilha de produção prevê a compensação, por meio do custo em óleo devido ao contratado, dos riscos operacionais assumidos por ele até um limite máximo⁵⁹. Além dessa compensação, importante ressaltar que as áreas do pré-sal e outras áreas consideradas estratégicas são caracterizadas por possuírem baixo risco exploratório, *i.e.*, pela alta probabilidade de ali ser encontrado petróleo e gás natural, e elevado potencial de produção, portanto, jazidas cuja exploração é economicamente viável. É justamente por mor desse baixo risco exploratório e da alta produtividade associada a essas regiões que se escolheu adotar na sua E&P contratos de partilha de produção, antes que contratos de concessão. Ou seja, como os riscos exploratórios são baixos, essas áreas têm um *valor de mercado* maior, portanto, fazendo jus a que o Estado adote modelos contratuais com cláusulas mais benéficas para si. No caso dos contratos de partilha de produção, esse benefício é traduzido pela propriedade de parte do excedente em óleo que é produzido nessas regiões.

No que tange ao caso fortuito e força maior, a Lei nº 12.351/1997 é lacunosa, inobstante, como vimos da análise prévia, riscos associados a caso fortuito e força maior são comumente tratados no próprio teor do contrato. No modelo de contrato de partilha de produção disponibilizado pela ANP (*in casu*, um modelo contratual da República Democrática de São Tomé e Príncipe) nos casos envolvendo força maior o contratado é isentado do cumprimento de todos os atos para os quais a força maior é considerada impeditiva⁶⁰. A álea extracontratual política, *i.e.*, riscos regulatórios e fato do príncipe, por ter o ente público dado causa a eles, tende ele a suportar seus riscos. No caso dos contratos administrativos, o princípio ou cláusula do reequilíbrio econômico financeiro admite esta possibilidade visando evitar que o contratado possa ser superonerado por medidas tomadas pelo contratante público. No que tange aos riscos financeiros e cambiais, como o contratante público também pode participar dos investimentos no empreendimento, esses riscos serão compartilhados pelo contratante público e o contratado na medida de sua participação no investimento⁶¹.

⁵⁹ No que tange aos riscos, o modelo de contrato de partilha de produção adotado na Angola, segundo BASTOS e SENA, *in verbis*:

'Desta forma, a Oil Company explora a área a seu próprio risco e custo e recebe parte dos hidrocarbonetos produzidos como compensação pelo risco. Assim, caso os hidrocarbonetos não sejam encontrados ou as reservas não sejam comercializáveis, o contrato termina sem qualquer direito à Oil Company de recuperar seus custos' (BASTOS e SENA, 2010, p. 50).

⁶⁰ <http://www.anp-stp.gov.st/pt/wp-content/uploads/2009/11/Modelo-Contrato-Partilha-Produ%C3%A7%C3%A3o1.pdf>, p. 35. Última consulta em 01/08/2012.

⁶¹ Ainda, e como veremos, com a instituição do Fundo Social o governo pode internalizar boa parte dos riscos cambiais que podem incidir sobre a economia interna por força da apreciação cambial decorrente atividade da IPGN.

Finalmente, riscos relativos à comercialização do petróleo e gás natural, *i.e.*, riscos relativos ao preço das *commodities* no mercado internacional, tendem a ser suportados por quem detém a propriedade desses recursos energéticos. No caso do contrato de concessão, a propriedade do petróleo e gás natural extraído é do contratado, portanto, a assunção desses riscos é a eles imputada, de modo que este, para minimizar a volatilidade nos preços do barril de petróleo no curto prazo tenderá a se proteger por meio de seguros de *hedge*. No caso dos contratos de partilha de produção, a propriedade do recurso extraído é compartilhada, portanto, os riscos relativos à volatilidade dos preços do petróleo tenderão a ser compartilhados na medida do montante de óleo que cada uma das partes do contrato obtém como propriedade. O governo, por óbvio, por meio de políticas de controle da vazão de estoques tem condições de minimizar essa volatilidade nos preços dessas *commodities* energéticas, podendo, mesmo, auferir maiores lucros a partir do comércio do barril de petróleo controlando a oferta nos períodos de preços baixos e dando vazão a ela quando os preços estiverem mais altos⁶².

(IV) Pagamentos Governamentais e Fundo Social

Está previsto no contrato de partilha de produção os seguintes pagamentos governamentais, *ut* Lei nº 12.351/2010:

Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais:

I – royalties; e

II – bônus de assinatura.

§ 1º Os royalties correspondem à compensação financeira pela exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada sua inclusão no cálculo do custo em óleo.

§ 2º O bônus de assinatura não integra o custo em óleo, corresponde a valor fixo devido à União pelo contratado e será estabelecido pelo contrato de partilha de produção, devendo ser pago no ato de sua assinatura.

Verifica-se do disposto acima que no contrato de partilha de produção não está previsto o pagamento de participações especiais. Quanto ao pagamento pela

⁶² A volatilidade do preço do barril de petróleo no curto prazo (mas seu preço no longo prazo vinculado ao custo da produção) possibilita que o ente público, com a apropriação do bem *in natura*, controle seus estoques de modo a especular com o preço garantindo preço mínimo e maior rendimento e apropriação do excedente de produção do petróleo relativamente ao modelo de concessão, de modo a minimizar os riscos relativos à volatilidade do preço das *commodities* no mercado internacional.

ocupação ou retenção de área, em razão das áreas do pré-sal se situarem na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, estes não são devidos, excepcionado o pagamento de participação correspondente a 1% da produção de petróleo ou gás natural ao proprietário da terra onde se localiza o bloco, se considerado área estratégica, e, portanto, submetido ao contrato de partilha (*ut art. 43 da Lei nº 12.351/2010*). De se ressaltar, outrossim, que a referida Lei não define a alíquota dos *royalties*.

Pelo artigo 64 da Lei nº 12.351/2010 estabelecia-se uma nova distribuição dos *royalties*. Afora a participação da União e daquela destinada aos municípios em que se realizam as operações de embarque e desembarque, a parcela restante seria destinada, meio a meio: (i) para um fundo especial que distribuiria os recursos entre todos os Estados e Distrito Federal; (ii) a outra metade para um fundo especial que distribuiria essa parcela entre todos os Municípios. Esse artigo, inobstante, foi vetado pelo Presidente da República, mantendo-se a distribuição dos *royalties* e participações especiais vigentes tanto para as áreas do pré-sal que foram objeto de concessão quanto para as áreas do pré-sal cedidas à Petrobras (LIMA, 2011, p. 43). Para além desses pagamentos governamentais, igualmente aqui, são devidos os encargos tributários aplicáveis à IPGN, a saber: IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, ICMS, ISS, IPI, II e CIDE.

De fundamental importância na Lei nº 12.351/2010 é a instituição de um Fundo Social conforme artigo 47 e seguintes da lei. Para tratar dessa matéria, principiaremos com a análise de TORRES acerca dos fundos especiais para depois nos afastarmos dele traçando a diferença do fundo social previsto na Lei nº 12.351/2010 relativamente aqueles fundos⁶³. TORRES (2012) caracteriza os fundos especiais como instrumentos de descentralização da administração financeira, permitindo a distribuição de receitas tributárias para as unidades subnacionais. Trata-se, segundo ele, de um mecanismo fiscal do regime de participações, participações estas que podem ser: (i) incondicionadas, quando entregues diretamente ao beneficiário e não vinculadas a uma despesa específica; (ii) condicionadas, quando, por meio do fundo, portanto indiretamente, se distribui receita aos beneficiários, mas vinculada a determinada receita. Por conseguinte, por esta classificação, os fundos se caracterizam por ser uma receita vinculada. A Lei nº 4.320/1964 assim define os fundos especiais:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Como o art. 167, IV da CF88 impede a vinculação da receita de imposto a fundo, os valores tributários encaminhados ao fundo, em regra, são as receitas

⁶³ TORRES. Os Fundos Especiais. Artigo encontrado na página: <http://www.abmp.org.br/textos/228.htm>. Último acesso em 06/08/2012.

decorrentes das contribuições. Ainda, segundo TORRES, os fundos especiais são instrumentos contábeis caracterizados como entes despersonalizados constituídos por uma universalidade de recursos vinculados a uma despesa (TORRES, 2012). Inobstante a caracterização exemplar de TORRES, convém apresentar algumas notas diferenciadoras do Fundo Social previsto na Lei nº 12.351/2010. Em primeiro lugar, a criação desse fundo visa à centralização da gestão das receitas e despesas, como afirma FREITAS, ao contrário dos fundos especiais comentados por TORRES, que se constituem em instrumentos de descentralização fiscal (FREITAS, 2009). Desta forma, ao contrário do marco regulatório da Lei nº 9.478/1997, em que a maior parte da receita proveniente dos pagamentos governamentais, *royalties* e participações especiais, é pulverizada, sendo destinada a Estados e Municípios, e em particular aqueles no qual se desenvolve a E&P da IPGN, o Fundo Social procura centralizar em um instrumento contábil único as receitas provenientes da E&P da IPGN. Uma segunda nota diferenciadora é que as receitas do Fundo Social não são de natureza tributária, antes são participações governamentais devidas pelo contratado nos contratos de partilha de produção. De semelhante, o Fundo Social e os fundos especiais possuem a vinculação da despesa, como dispõe a Lei nº 12.351/2010, *in verbis*:

Art. 47. É criado o Fundo Social – FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento:

I – da educação;

II – da cultura;

III – do esporte;

IV – da saúde pública;

V – da ciência e tecnologia;

VI – do meio ambiente; e

VII – de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

§ 1º Os programas e projetos de que trata o caput observarão o plano plurianual – PPA, a lei de diretrizes orçamentárias – LDO e as respectivas dotações consignadas na lei orçamentária anual – LOA.

Relativamente à fonte de suas receitas, são estas: (i) parte do valor do bônus de assinatura auferido dos contratos de partilha de produção; (ii) parte dos royalties cabíveis à União, excetuando-se as destinadas aos seus órgãos específicos; (iii) receitas decorrentes da comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos; (iv) retornos das aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; (v) outros recursos destinados por lei ao fundo. Com relação aos fundos, FREITAS (2012) distingue dois

modelos principais: (i) fundos de estabilização; (ii) fundos de poupança. Os primeiros constituem em um mecanismo de política fiscal, permitindo expandir a economia em momentos de crise com os recursos do fundo e capturar receita para o fundo nos momentos de crescimento. Os últimos têm por foco acumular recursos para as gerações futuras, e, ainda mais, permite a vinculação de recursos visando transformar um bem não renovável (petróleo, gás e outros hidrocarbonetos) em um bem renovável (e.g., educação). O Fundo Social previsto na Lei nº 12.351/2010 é um instrumento de poupança de longo prazo, como dispõe o art. 48, I da referida lei.

Ainda com relação ao Fundo Social, sua receita será gerida por um Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social (doravante CGFFS), cuja função é estabelecer: (i) o valor a ser resgatado anualmente do fundo; (ii) a rentabilidade mínima esperada; (iii) os riscos a serem assumidos nos investimentos e condições de sua minimização; (iv) os valores mínimos e máximo a serem investidos no exterior e no país; (v) o quantum de capitalização mínima a ser atingida antes que as transferências para os objetivos definidos na lei sejam feitas. Quanto às despesas, estas serão geridas pelo Conselho Deliberativo do Fundo Social (doravante CDFS), que tem por principal atribuição avaliar os programas e projetos a serem financiados com os retornos de capital sacados do fundo (*ut* art. 51 da lei e art. 58, §4º da Lei nº 12.351/2010).

VII – ANÁLISE COMPARATIVA DOS MARCOS REGULATÓRIOS

(i) Dos Contratos de Concessão e Partilha de Produção e Direitos de Propriedade sobre os Hidrocarbonetos

Verificamos, nos capítulos prévios, as diferentes assunções de direitos, obrigações e riscos para os contratantes público e privado nos contratos vigentes em cada um dos marcos regulatórios, o contrato de concessão no marco constituído sobre os diplomas da EC nº 9 e Lei nº 9.478/1997, e o contrato de partilha de produção no marco formado pelas Leis nº 12.351/2010, nº 12.304/2010 e nº 12.276/2010. No tocante aos direitos de propriedade sobre os hidrocarbonetos encontramos grande diferença nos dois modelos contratuais: (i) na concessão a propriedade do petróleo enterrado é da União (*ut* art. 20, IX da CF88), mas, por meio do contrato, é transferida *em sua totalidade* ao concessionário que explora o bloco objeto da concessão, que, por sua vez, compensa financeiramente o ente público pela E&P de um recurso finito por meio das participações governamentais (bônus de assinatura, *royalties*, participações especiais e pagamento pela ocupação ou retenção de área); (ii) na partilha de produção, outrossim, a propriedade do petróleo enterrado é da União, mas o contrato transfere ao contratado apenas parcela da propriedade do petróleo explorado (*i.e.*, do bem *in natura*), o custo em óleo, que

se configura como a remuneração dos custos exploratórios incorridos pela contratada no caso da descoberta e petróleo e gás natural comercializável, mais parcela do excedente em óleo, o lucro que a contratada auferir de suas atividades de extração, desenvolvimento e produção do petróleo e gás natural. A outra parcela do petróleo ou gás extraído é de propriedade da União. Dada essa diferente imputação da propriedade do óleo e gás nos dois modelos contratuais, resta saber a que interessa ao ente público manter a propriedade dessa *commodity in natura*.

Com MONTEIRO LOBATO (1936), averiguamos a importância geopolítica da garantia de controle e independência sobre os recursos energéticos para a soberania e desenvolvimento de um país, e, inclusive, segundo BERCOVICI (2011), tendo deixado de ser considerado simples *commodity* para ser elevado à categoria de recurso estratégico. Quanto à importância econômica do petróleo frente às demais fontes de energia que compõem a matriz energética global, dois pontos parecem importantes: (i) sua escassez relativa e distribuição desigual pelo globo, permitindo a criação de um mercado de petróleo; (ii) o excedente de produção a um baixo custo que esta fonte energética dispõe sobre as demais. Assim sendo, a importância assumida pelo petróleo relativamente aos demais recursos energéticos decorre não apenas da tecnologia mais desenvolvida em torno de seu processo de transformação energética, mas também em razão de sua escassez e distribuição desigual, além da possibilidade de sua apropriação individualizada fazendo dele um bem privado (em seu sentido econômico), características que propiciaram a criação de um mercado para o petróleo, considerando-se a escassez e a individualização fatores-chave para engendrar a criação de um mercado. Quanto ao segundo ponto, o excedente de produção propiciado pelo petróleo, a razão custo/excedente de produção, embora tenha caído, desde o início da exploração, de 1/100 barris para 1/30 barris, ainda é bastante superior aos seus concorrentes energéticos⁶⁴. Em síntese, países quem detêm a propriedade desse recurso natural, auferem, igualmente, poder político e poder econômico. Inobstante, perguntamo-nos na sequência se as rendas obtidas da E&P na IPGN não seriam suficientes para angariar poder político e econômico. Na atual conjuntura, com o ainda ausente plano B, *i.e.*, sem dispor de um recurso energético alternativo com semelhante excedente de produção e importância na cadeia produtiva atual, parece que a propriedade sobre o recurso é, ainda, fundamental.

⁶⁴ Nesse sentido, os geólogos têm afirmado que a despeito dos custos e riscos envolvidos no pré-sal, ao preço que está hoje o barril, ele é plenamente comercializável. Porém, caso seu preço venha a cair, é possível que a E&P do petróleo nessa região torne-se desinteressante para as empresas petrolíferas. Por aí temos mais um argumento em favor da manutenção dos dois marcos regulatórios vigentes hodiernamente, *i.e.*, a possibilidade de alocar diversamente direitos, obrigações e riscos nos diferentes modelos contratuais, concessão ou partilha, criando incentivos discriminatórios para as empresas a depender do bloco a ser explorado.

Por óbvio, não interessa apenas estocar o petróleo, em vez de transformá-lo em renda, mesmo porque novas tecnologias podem surgir que venham a derrubar o preço do barril e levar ao desperdício dessa fonte de riqueza, o petróleo. Inobstante, a renda não pode ser entendida aqui como a simples tradução de uma *commodity* em valor monetário. Assim entenderam BASTOS e SENA (2010), para os quais a instituição de um novo marco regulatório dispendo sobre contratos de partilha de produção traria apenas insegurança jurídica, visto que sob o marco regulatório anterior em que vigiam os contratos de concessão, se poderia aumentar os valores por meio da alteração da forma de cálculo das participações especiais (alteração levada a cabo pelos autores). Uma série de argumentos poderiam ser aventados acerca desta candente questão. Inobstante termos tratado de alguns deles ao longo deste trabalho, trataremos nesse ponto de apenas um deles, que para nós parece ser de importância sem par: a necessidade de nosso país construir uma cadeia produtiva envolvendo não apenas a integração vertical de toda a indústria do petróleo, mas, também, dada a importância econômica desse recurso para toda a cadeia produtiva, de reconstruir toda a cadeia produtiva do país, de modo a não apenas evitar a desindustrialização (doença holandesa), mas, ainda, *descommoditizar* a produção nacional, passando a produzir e exportar não apenas *commodities*, mas bens de maior valor agregado. Nesse sentido, fugiríamos do modelo agroexportador criado para o país desde o Brasil Colônia. Caso venhamos a exportar o óleo cru, a riqueza proporcionada pelo petróleo brasileiro será grandemente granjeada pelos países industrialmente desenvolvidos, que nos venderão bens de maior valor agregado produzidos com o petróleo brasileiro. Para que evitemos nos tornar uma fazenda para China e outras grandes potências, poderemos, diversamente, adotar como estratégia desenvolver nossa cadeia produtiva nacional a partir da produção desse insumo de importância impar, o petróleo. E, ainda mais, com a promoção da integração vertical de toda a cadeia produtiva da IPGN capitaneada pelo Estado, poderíamos vender não óleo cru, mas derivados do petróleo de maior valor agregado como os combustíveis (gasolina, diesel), querosene, parafina, solventes, lubrificantes, nafta, GLP, asfalto e produtos petroquímicos (que substituem grande quantidade de matérias-primas, e.g., algodão, celulose, couro, lã, madeira, marfim, metais, vidro) ou, ainda, outros bens produzidos a partir desses derivados, fomentando toda a indústria nacional.

Vale ressaltar que essa estratégia é uma tentativa de *deshomogeneizar* esta *commodity*, o petróleo, que, por ser um bem homogêneo de *per se* como o são em regra as *commodities*, e por aí, por ter ser preço determinado pela oferta e demanda no mercado internacional, ou seja, sem que o produtor tenha qualquer poder de mercado no sentido de impor preço e auferir maiores lucros, faz com que o produtor perca grande parte de seu lucro para aqueles países que detém tecnologia e fabricam, a partir dos insumos vendidos por ele, produtos de maior valor agregado. De se ressaltar que o maior valor agregado incorporado aos produtos depende da diferenciação

ou *deshomogeneização* da produção e da economia. Nesse particular, o modelo de HOTELLING (1929, p. 45 e ss.) aponta para a relevância da diferenciação de produtos, e, por aí, produzir, por meio da diferenciação, poder de monopólio (em estrutura de mercado de monopólio competitivo).

Explica-se. O investimento da indústria em diferenciação de produtos é capaz de garantir-lhes a produção de bens não homogêneos, em um mercado competitivo, e, deste modo, lhes dá ensejo para manter alguma margem de poder na determinação de preço no mercado (poder econômico ou de mercado). Em contrapartida, mas justamente em razão do interesse privado dos produtores em auferir maiores lucros capturando parcela do excedente do consumidor, pode-se auferir como efeito secundário, não buscado intencionalmente pelo interesse privado, mas ainda mais fundamental que este, o progresso científico e tecnológico, e, por meio deste, o incremento no bem-estar social, em se supondo que a tecnologia propicia o incremento de bem-estar da população, v.g., através do desenvolvimento, produção e comercialização de medicamentos farmacológicos mais poderosos e/ou menos nocivos no tratamento de doenças preexistentes, como no caso do câncer. Parece, pois, plausível supor ter-se aqui uma daquelas felizes, porém raras, circunstâncias econômicas em que a satisfação do interesse privado parece engendrar, automaticamente, o incremento do interesse público, como apresentou SMITH na obra *A Riqueza das Nações*. No caso do petróleo, essa diferenciação de produto implica a produção de bens de maior valor agregado, derivados do petróleo, a serem utilizados na indústria nacional diferenciando a produção desta para o mercado interno ou para exportá-los a um melhor preço. Nesse sentido, toda a cadeia produtiva envolvendo a IPGN é composta de tecnologias-chave que se resvalam para os demais setores da cadeia produtiva nacional melhorando o desempenho de toda a indústria e atividade produtiva brasileira. Por esta razão, a integração vertical da IPGN é fundamental para o país alocar recurso entre tecnologias as quais não se domina, pois permite ao setor público, carente de recursos, investir seletivamente apenas nas tecnologias-chave, dentre as quais aquelas ligadas à IPGN, deixando para o setor privado os investimentos em tecnologias marginais⁶⁵. Essas tecnologias-chave visam solucionar problemas envolvendo gargalos tecnológicos.

Caso o Brasil adote a teoria das vantagens comparativas de DAVID RICARDO, nunca deixará de produzir *commodities*, transformando-se em uma fazenda para o resto do mundo. Averbá CHIAPPIN:

‘É imprescindível também evitar um “tratado de Methuem” com a China e optar pelo desenvolvimento tecnológico e industrial e pela educação com

⁶⁵ Define-se aqui por tecnologia-chave aquelas tecnologias não maduras de impacto potencial de médio e longo prazo com horizonte de maturação progressivo e utilização industrial plena. A definição me foi fornecida pelo professor CHIAPPIN. STEINBRUCH tem se referido a um conceito de conteúdo semelhante que nomeia de setores transversais.

período integral e rede de universidades. A integração física, econômica e política da América do Sul e a Amazônia Azul devem ser feitas em conjunto com a superação das desigualdades sociais e regionais internas e externas' ⁶⁶.

No que tange à sua política industrial nacional e sua inserção no mercado internacional, duas dimensões devem ser consideradas: (i) a endógena ou interna, que deve responder à questão de como distribuir recursos escassos em áreas onde, em termos de vantagens comparativas somos piores, e isto significa investir em áreas cujos retornos não serão imediatos, mas de longo prazo; (ii) a exógena ou externa, relativa à busca por um posicionamento estratégico internacional com base nas vantagens comparativas. Caso o país atente apenas para a dimensão exógena, *ut supra dixit*, nos tornaremos dependentes de tecnologia externa e venderemos apenas *commodities*. Por óbvio que no curto prazo o investimento nos setores de atividades em que possuímos vantagens comparativas é que nos deve dar retorno imediato e divisas. Inobstante, a estratégia do governo deve ser em uma política industrial de mais longo alcance, buscando selecionar as tecnologias chave que poderão alavancar todo o setor produtivo, e, para tanto, o domínio de toda a cadeia produtiva da IPGN é essencial.

VALLE FREITAS aponta que a integração vertical constitui-se em uma das mais importantes estratégias empresariais do setor petrolífero (2003). A adequação dessa estratégia às empresas do setor decorre, fundamentalmente, da busca pela distribuição dos riscos, que variam em cada uma das etapas da cadeia produtiva da IPGN, permitindo à empresa auferir riscos e ganhos médios. Segundo a autora:

'Ou seja, tenta-se compensar a intensidade de capital, os altos riscos e o longo período de maturação das etapas iniciais da cadeia, com a maior rentabilidade das etapas finais Integradas verticalmente, as empresas garantem o acesso à matéria prima, ao mesmo tempo em que diminuem os riscos. Ao invés de buscarmos uma margem de lucro para cada etapa da cadeia, as empresas verticalmente integradas passam a maximizar o retorno da cadeia de petróleo como um todo' (VALLE FREITAS, 2003, p. 22-23).

Uma das vantagens que podem ser auferidas do novo marco, conforme comentam BASTOS E SENA (2010), é que nos países que adotam o regime de partilha de produção a empresa petroleira nacional faz parte do empreendimento e participa da gestão de suas atividades com o propósito de incorporar conhecimentos e tecnologias de outras empresas petrolíferas contratadas (no caso da formação de consórcios), fortalecendo a integração vertical da IPGN no país. Parece que foi justamente isso que se buscou obter quando o novo marco deu à Petrobras participação mínima de 30% no consórcio vencedor do certame. Outra condição dos contratos de partilha de produção diz respeito ao conteúdo local mínimo, aqui, outra medida visando fortalecer

⁶⁶ J. R. N^o CHIAPPIN. As tecnologias das organizações sociais. *Jornal Gente da FEA*, junho de 2011. Encontrado na página: <http://www.fea.usp.br/noticias.php?i=735>. Última consulta em 14/08/2012.

a integração vertical de toda a cadeia produtiva da IPGN, fomentando, inclusive, a inovação tecnológica nas atividades em que atuam os fornecedores indiretos das empresas petrolíferas. Por todas essas razões, de se ressaltar que a propriedade do petróleo confere ao ente público o poder de realizar política industrial visando diferenciação de produto, tanto por meio da agregação de valor através da produção dos derivados do petróleo quanto no uso dos derivados como insumos para o restante da cadeia produtiva nacional, que passa a dispor desse recurso a preços definidos pelo governo, em vez de ficar ao sabor do preço do barril no mercado internacional; e, ainda, com a diferenciação ou deshomogeneização dessa *commodity*, por meio da agregação de valor ao produto, permite ao país auferir maiores lucros com essa riqueza, conferindo poder de mercado à indústria nacional, e, ao Estado, a possibilidade de fomentar toda sua cadeia produtiva através do desenvolvimento das tecnologias chave ligadas à IPGN.

Com relação aos outros aspectos dos contratos de concessão e partilha de produção, não nos delongaremos a respeito, pois estes foram tratados nos capítulos respectivos que abordaram essas matérias. Inobstante, cumpre trazer à colação algumas notas diferenciadoras marcantes de cada modelo contratual. No que tange às obrigações, o contrato de concessão obriga o concessionário a compensar financeiramente o ente público pela E&P de um recurso finito por meio das participações governamentais, portanto, em moeda. Diversamente, no contrato de partilha de produção, a despeito de se manter o pagamento pelo contratado do bônus de assinatura e dos *royalties*, as participações especiais não são devidas. Por outro lado, parcela do excedente em óleo extraído deverá ser repassado para a União, portanto, o pagamento aqui é *in natura* (e, por óbvio, somente é devido no caso de descoberta comercializável). Quanto às obrigações acessórias, declarações de descoberta, entrega de planos, programas e projetos de extração, desenvolvimento, produção, os modelos contratuais não apresentam grandes diferenças entre si. De se ressaltar, contudo, a obrigatoriedade da licitante vencedora, no caso do contrato de partilha, efetuar consórcio com a Petrobras e a Pré-Sal Petróleo S.A., ambas empresas públicas, a primeira sociedade de economia mista (portanto, empresa pública de direito privado), a segunda uma empresa estatal pública. Além dessa, outra obrigação acessória importante é a obrigação da empresa contratada possuir parcela de seus fornecedores pertencentes à indústria nacional (conteúdo local mínimo), condição que, como vimos, visa fomentar a indústria nacional.

No que tange à assunção dos riscos, os operacionais incluindo exploratórios, geológicos e de engenharia, estes recairão, qualquer que seja o modelo contratual de E&P de petróleo e gás natural, exclusivamente sobre o contratado. Inobstante, o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 12.351/2010 dispõe diversamente para o caso do contrato de partilha de produção, *in verbis*:

Art. 6º Os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha de produção serão integralmente suportados pelo contratado, cabendo-

lhe, no caso de descoberta comercial, a sua restituição nos termos do inciso II do art. 2º.

Parágrafo único. A União, por intermédio de fundo específico criado por lei, poderá participar dos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua participação, nos termos do respectivo contrato.

Riscos políticos, incluindo os regulatórios, em tese, como vimos, deveriam ser suportados pelo ente público, já que ele é que os deu causa, qualquer que seja o contrato de O&G, concessão ou partilha⁶⁷. Inobstante, na prática, é muito comum que o contratado particular venha a arcar com os riscos políticos e regulatórios, ainda quando o ente público, nos processos de nacionalização na indústria petrolífera de seu país, tenha se comprometido pela via contratual a compensar a empresa contratada⁶⁸. No que concerne aos riscos econômicos, em particular o risco associado ao preço das *commodities*, em regra estes são suportados pelo contratado particular, qualquer que seja o modelo contratual adotado na E&P. Inobstante, como parcela da produção é de propriedade do Estado (o excedente em óleo), este deve buscar mecanismos para se proteger da volatilidade do preço do petróleo no mercado *spot*. Contudo, o governo tem melhores condições de estocar e dar vazão controlada à *commodity* vendendo mais nos períodos de alta de preços e estocando o petróleo nos períodos de baixa. No que tange aos riscos cambiais, o contratado particular, no contrato de concessão arca com esses riscos, podendo dele se proteger por meio dos contratos de *hedge*. O ente público, contudo, dispõe de mecanismos mais poderosos, dentre os quais internalizar o risco cambial através da criação de um fundo que receba as rendas do petróleo e invista apenas ou prioritariamente em ativos externos, como veremos a seguir. Isso não significa que o ente público suporte esses riscos, antes ele o internaliza. Essa temática será tema da nossa próxima seção.

(II) Rendas do Petróleo e sua Destinação

No que concerne às rendas auferidas dos contratos para a E&P da IPGN, concessão ou partilha de produção, seguimos de perto a hialina e percuciente análise apresentada por FREITAS (2009). Segundo sua perspectiva, podemos colocar a questão envolvendo o pagamento dos *royalties* e participações especiais (por constituírem o

⁶⁷ Essa assunção pode mesmo ser derivada da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, ainda que se trate de uma álea extracontratual devida à Administração Pública.

⁶⁸ A despeito, e.g., das promessas feitas pelo governo boliviano à Petrobras, no caso do conflito do gás envolvendo Brasil *versus* Bolívia, a dificuldade de conseguir fixar uma indenização justa (e depois vê-la paga) por mor da expropriação via nacionalização tem sido matéria constante noticiada pela imprensa internacional.

maior montante da renda auferida do petróleo, *i.e.*, cerca de 90% da renda do petróleo obtido dos pagamentos governamentais) para os Estados e Municípios produtores ou confrontantes nos contratos de concessão (60% do valor desses pagamentos é destinado a esses Estados/Municípios), de um lado, e da instituição de um Fundo Social a partir das receitas auferidas da E&P do petróleo nos contratos de partilha de produção, de outro, como uma questão envolvendo o dilema descentralização *versus* centralização financeira. Em favor da descentralização e do pagamento preferencial aos Estados e Municípios produtores ou confrontantes no regime fiscal vigente na Lei nº 9.478/1997 está a ideia de indenizar essas localidades pelos danos que a IPGN tende a engendrar, ou, por outras palavras, internalizar ou precificar as externalidades produzidas por essa indústria. Em favor da centralização no regime fiscal previsto no novo marco regulatório (Lei nº 12.351/2010) reside a dotação de um enfeixamento de poderes à União que lhe permitem mais apropriadamente coordenar as políticas fiscal e monetária, em particular buscando internalizar as consequências adversas ocasionadas por mor das rendas auferidas da indústria de hidrocarbonetos, *e.g.*, o aumento dos gastos públicos, a apreciação cambial e a doença holandesa (desindustrialização)⁶⁹.

Segundo FREITAS (2009), os pagamentos governamentais podem ser compreendidos de diversas formas, e essas diferentes interpretações podem implicar em uma distribuição de recursos bastante diversa. Caso se entenda que esses pagamentos são indenizações decorrentes dos prejuízos engendrados da indústria do petróleo (*e.g.*, danos ambientais⁷⁰, aumento da demanda por serviços públicos, não recolhimento do ICMS sobre a produção de petróleo, visto ser ele tributado em seu destino, etc.) onde ela desenvolve suas atividades, faz todo sentido que os Estados e Municípios produtores e confrontantes recebam a maior parcela dos recursos. Caso esses pagamentos sejam entendidos como compensação ao proprietário pela extração de um bem não renovável, então o maior montante do valor auferido da prospecção do petróleo deveria ser destinado à União. Relativamente ao primeiro entendimento, FREITAS (2009) admoesta-nos que a indenização aos Estados e Municípios produtores ou confrontantes deve depender do montante dos danos produzidos pela indústria de hidrocarbonetos: quanto maiores os danos, maior a indenização devida, quanto menor, menos essas localidades precisam receber para se compensarem dos prejuízos da IPGN. FREITAS (2009) apresenta em sua análise uma séria de tabelas que apontam

⁶⁹ Como vimos, em regra os riscos cambiais são alocados para o contratante particular nos contratos de O&G. Com o Fundo Social os riscos cambiais seriam, em grande medida, internalizados pela União.

⁷⁰ De se lembrar de que, na ocorrência de danos ambientais, o contratado causador do dano é condenado a indenizar os prejuízos. Inobstante, o teto da multa aplicada pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) atualmente é da ordem de R\$ 50 milhões (esse teto foi, recentemente, aplicado à Chevron pelo IBAMA), o que, relativamente aos prejuízos provocados, é valor insignificante. Por outro lado, os corpos d'água são capazes, em grande medida, de autorregenerar-se naturalmente da poluição causada pela indústria do petróleo, ainda que, por óbvio, essa capacidade não seja infinita.

que a distribuição dos *royalties* e participações especiais entre os anos de 2000 e 2007 concentra-se nas localidades em que estão as jazidas dos minerais, *in verbis*:

‘Cinco estados (RJ, RN, BA, ES e AM) recebem mais de 90% do que é distribuído a título de royalties, sendo que somente o Rio de Janeiro fez jus a 66% das receitas no período. Em relação às participações especiais a concentração territorial é ainda maior, com o Rio de Janeiro recebendo isoladamente 98% das receitas. Observe-se que as participações especiais são devidas somente para campos de alta produtividade. Por isso, se a exploração da camada do pré-sal prosperar, deverá ocorrer uma concentração ainda mais forte de receitas, uma vez que muitos campos produtores são confrontantes a municípios do Rio de Janeiro’ (FREITAS, 2009, p. 16).

No âmbito dos Municípios, POSTALI (2007) concluiu que a renda do petróleo endereçada a essas localidades não serviu para o desenvolvimento da região, não levando ao crescimento do PIB *per capita*. Quanto à União, esta fez jus a 39% das receitas dos *royalties* e participações especiais que a Lei nº 9.478/1997 vincula a ministérios específicos como o Ministério da Ciência e Tecnologia, o Ministério de Minas e Energia e o Ministério do Meio Ambiente. Inobstante a destinação dada pela lei, esses recursos não estão sendo endereçados para os ministérios, tendo antes contribuído para gerar o superávit primário.

Na sequência de sua análise, FREITAS (2009) apresenta os argumentos favoráveis à descentralização, mas relativiza-os um a um. Os argumentos apresentados em favor da descentralização e suas contestações seguem-se. Quanto ao argumento que afirma que se está a alienar um recurso público finito, FREITAS (2009) indica que sua extração não é senão uma troca entre ativos materiais por financeiros, mas que a propriedade das reservas petrolíferas é a União, não os Estados/Municípios. O segundo argumento, acerca dos impactos ambientais, é acatado por FREITAS (2009). O autor, contudo, sustenta que o ideal é que eles fossem pagos apenas quando da ocorrência dos danos, embora admita que isto levaria a uma proliferação de ações judiciais gerando insegurança jurídica, de modo que o pagamento antecipado decorrentes apenas da possibilidade de haver dano é plenamente justificado, mas afirma que o ideal seria que o montante a ser pago fosse fixo e por volume de petróleo extraído. Relativiza ainda este argumento no caso da extração realizar-se na plataforma continental, visto que nesses casos os danos para os Estados e Municípios tendem a ser negligenciáveis dependendo da distância do litoral em que as atividades de extração ocorrem.

Um terceiro argumento em favor da indenização de Estados e Municípios produtores e confrontantes seria o aumento da demanda por serviços públicos, pois uma maior população se deslocaria para essas regiões em busca de oportunidades no setor petrolífero. A este respeito, FREITAS (2009) contra-argumenta apresentando duas razões, primeiro, que a população é atraída não para as regiões produtoras, mas para as localidades que desempenham atividades de apoio à exploração,

portanto que a receita deveria ir para essas regiões e não para as localidades produtoras, e, segundo, que as atividades ligadas à exploração de petróleo tendem a aumentar a arrecadação, de modo que a maior demanda por serviços públicos poderia ser financiada pelos tributos gerados da circulação de renda nessas localidades. Um quarto argumento em prol da descentralização das receitas auferidas da exploração de petróleo é a ocupação de espaço pelas atividades petrolíferas que poderiam ser utilizados no desenvolvimento de outras atividades econômicas. FREITAS (2009) lembra que no caso da exploração realizada na plataforma continental esse argumento é sem propósito, e mesmo nas áreas *onshore* dificilmente as atividades exploratórias de hidrocarbonetos provoquem congestionamento. Um quinto argumento, que uma maior distribuição de renda auferida das regiões produtoras lhe devam ser destinadas para evitar movimentos separatistas, não parece se aplicar ao caso brasileiro, segundo FREITAS (2009).

O último argumento favorável à distribuição de um maior montante dos *royalties* e participações especiais para as regiões produtoras seria o de prepará-las para quando a atividade petrolífera fosse encerrada nessas regiões, visto ser este recurso finito. FREITAS (2009) se contrapõe a esse argumento afirmando: (i) que a queda de produção não é repentina, mas paulatina, e que ademais, por ser culturalmente homogênea a emigração das populações dessas regiões para outras no país em busca de novas oportunidades não se caracteriza como prejuízo de grande monta; (ii) que a possibilidade de diversificação de sua economia é muito mais limitada nos Estados e Municípios que no nível federal, portanto, fazendo este jus a um maior montante da renda obtida com a extração de hidrocarbonetos. Toda essa argumentação e contra-argumentação leva FREITAS (2009) a concluir que os argumentos em favor da descentralização dos recursos são bastante frágeis, salvo no caso do segundo argumento relativo à indenização dos Estados e Municípios produtores por danos ambientais. Quanto aos argumentos contrários à descentralização, FREITAS (2009) aponta três: (i) a menor capacidade dos entes subnacionais administrarem o caixa gerado com as receitas de petróleo, com consequente aumento nos gastos públicos desses entes; (ii) a geração de distorções na economia, já que os entes beneficiários podem oferecer condições mais vantajosas para outras empresas se instalarem em sua região; (iii) a geração de desequilíbrios horizontais, aumentando as desigualdades regionais. O segundo argumento é derrubado por FREITAS (2009) que afirma que a guerra fiscal não ocorre apenas nas áreas produtoras de petróleo, e, além do mais, a competição entre jurisdições podem ser mesmo útil para derrubar a carga tributária do país. Os dois outros argumentos, contudo, são pontos bastante favoráveis à centralização fiscal, o primeiro porque indica que a União possui mecanismos mais efetivos para realizar controle de fluxo de caixa, e por aí coordenar de forma mais eficiente as políticas fiscal e monetária; o terceiro argumento porque um dos objetivos da República Federativa do Brasil é justamente reduzir as desigualdades regionais, de modo que

uma distribuição das receitas do petróleo mais igualitária entre as regiões seria mais favorável ao cumprimento desse objetivo.

Com relação à exploração de recursos naturais, FREITAS (2009) apresenta três principais desafios ao governo: (i) flutuação das receitas em razão da volatilidade do preço desses recursos; (ii) o fato do petróleo ser um recurso finito; (iii) o grande aporte de recursos externos sobre a taxa de câmbio. Pelo primeiro, o desafio é controlar o fluxo de caixa do governo, que sofreria grande variação. Pelo segundo, o desafio é o país se preparar para quando o recurso se esgotar. FREITAS (2009) comenta que esses dois desafios podem ser atacados por meio da instituição de fundos soberanos. O terceiro desafio seria evitar a doença holandesa, *i.e.*, a desindustrialização decorrente da apreciação cambial resultado do aporte de receitas do petróleo. Inobstante, FREITAS (2009) argumenta que a apreciação cambial não é decorrência necessária das receitas com exportações de petróleo, e, ainda, que a desindustrialização não é um mal de *per se*, *i.e.*, mesmo que prejudique a indústria nacional não significa decréscimo de bem-estar da população. Quanto aos fundos soberanos, FREITAS (2009) trabalha com dois tipos básicos: (i) fundos de estabilização; (ii) fundos de poupança. Vimos alhures que os primeiros são instrumentos fiscais para expandir ou contrair a economia aportando recursos na economia em momentos de crise e resgatando receita para o fundo nos momentos de expansão. Os fundos de poupança visam transformar um recurso não renovável em um recurso renovável garantindo renda para as gerações futuras. Quanto aos fundos, a primeira questão levantada por FREITAS é que estes não propiciam a disciplina fiscal, antes, países com disciplina fiscal é que tendem a adotar tais fundos. Por conseguinte, verifica-se que a relação de causalidade é inversa àquela do senso comum. O argumento aventado por ele em favor da instituição de um fundo no Brasil que possa receber a renda do petróleo é político, não econômico:

‘Apesar de não haver, do ponto de vista econômico, uma vantagem clara em se instituir um fundo (seja de poupança ou de estabilização), as vantagens do ponto de vista da economia política são mais eficientes: a instituição de um fundo é uma forma de reduzir as pressões políticas por aumento dos gastos públicos, especialmente quando há aumento de receita. Ao se estabelecer regras relativamente automáticas de repasses para o fundo, reduz-se sensivelmente o custo da barganha política. Além disso, quando há regras claras de aplicação e saque de recursos, o fundo contribui para uma maior transparência das contas públicas’ (FREITAS, 2009, p. 42).

Definido o tipo de fundo, a questão seguinte tratada por FREITAS (2009) refere-se a quais ativos devem compor cada tipo de fundo. Principia diferenciando os ativos que preferencialmente compõem um fundo de estabilização, nesse caso ativos de curto prazo, baixo risco e de grande liquidez, e aqueles que compõem um fundo de poupança, aqui, ativos com retorno de longo prazo e de maior risco. Advertimos que aplicações do fundo de estabilização em ativos do setor privado nacional

não são aconselháveis porque vão contra a proposta desse fundo que é justamente implementar políticas anticíclicas (ou seja, retirar recursos da economia quando ela está aquecida por força da entrada de recursos provenientes da renda do petróleo e injetar recursos quando os preços do petróleo caem gerando um encolhimento da economia). Segundo FREITAS:

'A literatura recomenda que os ativos dos fundos deveriam ser, majoritariamente, constituídos de ativos externos' (FREITAS, 2009, p. 43).

Além dessa advertência, o investimento em ativos externos tenderá a evitar, no curto e médio prazo ao menos, uma apreciação cambial proveniente das rendas do petróleo na economia nacional. Aplicando as rendas do petróleo no fundo no exterior procura o governo, pois, internalizar os riscos cambiais, que como vimos no caso dos dois contratos, concessão e partilha, tendem a recair sobre o contratante particular. Quanto à apreciação cambial pergunta-se FREITAS (2009) se ela é de todo ruim, *i.e.*, se ela produz a desindustrialização nacional (doença holandesa) e se essa desindustrialização é um mal. Primeiro FREITAS (2009) comenta que a desindustrialização pode não ser um mal de *per se* se no agregado a sociedade obtém incremento de bem-estar, ainda que alguns setores da sociedade sejam prejudicados. Para o autor, a relação entre a apreciação cambial e o decréscimo de bem-estar social é verdadeira apenas se consideradas outras hipóteses auxiliares, *e.g.*, que o setor produtor não petrolífero possui mais capacidade de crescimento que o petrolífero. Inobstante, a indústria petrolífera demanda desenvolvimento de tecnologia em diversas áreas, o que tenderá a aumentar a produtividade em diversos setores. Em segundo lugar, o autor coloca a questão quanto a se os investimentos do fundo em educação e infraestrutura não levariam a uma apreciação cambial não querida e reitera que os ganhos auferidos desse investimento tenderão a se resvalar para toda a economia, mais do que compensando os prejuízos da apreciação cambial. Finalmente, o autor se pergunta se haveriam formas de se minimizar os prejuízos à indústria exportadora no caso da apreciação cambial e apresenta-nos uma série de ações que poderiam privilegiar o setor exportador mais do que a economia voltada para o consumo interno, *e.g.*, investimentos em infraestrutura, subsídios para determinados setores produtivos exportadores, etc., amenizando os impactos da apreciação cambial sobre o setor exportador.

Em remate, FREITAS (2009) nos apresenta algumas de suas conclusões, mostrando-se favorável à instituição de um fundo com maior centralização da gestão fiscal dos recursos auferidos do setor de petróleo, em particular pelas seguintes razões a seguir elencadas: (i) a propriedade do petróleo atribuída à União pela CF88; (ii) que as indenizações por possíveis danos ambientais da IPGN aos entes subnacionais devem ser pagas, porém tendo como base para identificar o montante a ser pago a produção e não o preço do petróleo, e, ainda, apenas quando as atividades da IPGN não se desenvolvam na plataforma continental, porque, neste caso, os danos são

desconsideráveis; (iii) que o pagamento das compensações para entes subnacionais por força do argumento da demanda maior por serviços públicos não se sustenta, pois nada indica que a população dos municípios que recebem *royalties* aumente em maior medida que o de outros municípios, e mesmo que isso ocorra, isso deve dinamizar a economia da região e aumentar a arrecadação que, por si só, poderia fazer frente ao aumento nos gastos públicos da localidade; (iv) que a diversificação da economia para evitar a dependência econômica do petróleo pode ser melhor implementada pela União que por Estados e Municípios; (v) que a pulverização dos recursos prejudica a adequação das políticas fiscal e monetária pela União; (vi) que os entes subnacionais não dispõem de instrumentos para lidar com a volatilidade dos preços do petróleo. Por essas razões mostra-se favorável à compensação dos Estados e Municípios, particularmente para indenizar possíveis acidentes ambientais decorrentes da IPGN. Todavia, essa indenização deve ser calculada com base na produtividade do campo. FREITAS (2009), ainda, mostra-se favorável à instituição de um fundo que canalize as receitas auferidas da atividade petrolífera. No caso do Brasil, defende a adoção de um fundo de poupança, visto que o país já dispõe de mecanismos institucionais e econômicos afinados para implementar políticas anticíclicas. Defende, ainda, a aplicação dos recursos do fundo prioritariamente em ativos do exterior para minimizar a apreciação cambial e que investimentos em educação e infraestrutura, além de plenamente justificados do ponto de vista das carências do país e da desigualdade social e regional, mesmo que possam provocar essa apreciação, os custos da apreciação cambial devem ser considerados relativamente aos ganhos que se pode auferir desses investimentos para a economia nacional, em particular se se direcionar os investimentos para os setores produtivos exportadores, antes que aquele de bens não comercializáveis, *i.e.*, consumidos pelo mercado interno.

A análise realizada por FREITAS (2009) mostrou-se acurada e suas projeções se concretizaram com a Lei nº 12.351/2010, através da instituição do Fundo Social, um fundo de poupança⁷¹, tipo de fundo sugerido por ele, e voltado para a aplicação de ativos externos, internalizando, em alguma medida, riscos cambiais decorrentes da variação no preço do barril de petróleo no mercado internacional:

⁷¹ Nem todos concordam com essa caracterização. GIOVANI R. LOSS comenta que, pela Lei nº 12.351/2010 não dá para saber ao certo a natureza do Fundo Social:

'Pela proposta do Governo, não se sabe se o Fundo Social será primordialmente um fundo de estabilização ou de poupança. Entre os objetivos do fundo, segundo o projeto de lei, estão, ao mesmo tempo: (i) oferecer fonte regular de recursos para o desenvolvimento social, na forma de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental; e (ii) mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de produção e exploração de petróleo e de outros recursos não renováveis, que seriam características dos fundos de estabilização; e (iii) constituir poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União, o que seria característica de um fundo de poupança' (LOSS, 2011, p. 131.)

Art. 50. A política de investimentos do FS tem por objetivo buscar a rentabilidade, a segurança e a liquidez de suas aplicações e assegurar sua sustentabilidade econômica e financeira para o cumprimento das finalidades definidas nos arts. 47 e 48.

Parágrafo único. Os investimentos e aplicações do FS serão destinados preferencialmente a ativos no exterior, com a finalidade de mitigar a volatilidade de renda e de preços na economia nacional.

Além disso, os investimentos serão feitos prioritariamente nas áreas de educação e inovação, áreas estratégicas capazes de difundir seus ganhos para toda a economia, além de buscar pela redução da pobreza garantindo que a riqueza possa ser melhor distribuída para toda a população, em vez de levar a ganhos de apenas alguns, caso do modelo hodierno em que os *royalties* e participações especiais são distribuídos prioritariamente para as regiões produtoras (*ut* art. 47 da Lei nº 12.351/2010). Finalmente, o legislador não descuro da minimização do impacto das flutuações de renda e preços na economia nacional, de modo que o fundo deverá funcionar como um mecanismo de controle e vazão das rendas do petróleo na economia nacional (e por aí poderíamos dizer que o Fundo Social é, igualmente, um fundo de estabilização, não de poupança, contudo, apenas o retorno dos investimentos, e não o principal, é que será utilizado para financiar projetos que visem ao desenvolvimento social). A título de ilustração da mecânica de funcionamento do fundo, adotamos a metáfora do modelo hidráulico dos reservatórios de controle das cheias (denominados em sentido *lato* como *piscinões*) que retêm água nos dias de grandes chuvas e permite controlar sua vazão gradualmente, evitando, assim, as inundações. Para tanto, em um reservatório de controle, basta que a estrutura de entrada seja maior do que a estrutura de saída, como mostrado a seguir:



Figura 3 – Estrutura dos Reservatórios de Controle das Cheias

A mesma mecânica dos reservatórios de controle das cheias pode ser aplicada ao Fundo Social, sua função é capturar as rendas auferidas do petróleo em vez de despejá-las na economia, e dar a ela um escoamento contínuo, porém

controlado, evitando a apreciação cambial, e por aí, a desindustrialização, e grandes flutuações na economia decorrentes da volatilidade dos preços do barril de petróleo. Convém ressaltar que esta política pode ser implementada apenas caso o Fundo seja instituído, e, para além do Fundo, se porção substantiva da renda auferida na IPGN seja centralizada na mão da União, em vez de pulverizada através da destinação específica para Estados e Municípios produtores/confrontantes. FREITAS (2009), em seu texto, evitou a análise acerca da justiça ou injustiça da distribuição hodierna dos *royalties* e participações especiais, em particular a distribuição a alguns entes subnacionais em detrimento de outros⁷². Inobstante, uma série de autores têm procurado debater a candente questão acerca dessa distribuição das rendas petrolíferas⁷³, apontando para essa injustiça, inclusive, porque a CF88 dispõe como sendo a União a proprietária dos recursos minerais energéticos, e, ainda que se advogue em favor da descentralização na distribuição da receita auferida desses recursos, essa distribuição deveria ser entre todos os entes da federação, não devendo ser destinada apenas para os Estados e Municípios produtores/confrontantes⁷⁴. De qualquer forma, no que tange à E&P de petróleo e gás natural nas áreas *offshore* do pré-sal, sua renda está destinada por lei ao Fundo Social. Quanto à mecânica de funcionamento do Fundo, para além da metáfora dos reservatórios de controle das cheias, um exemplo histórico ilustrativo dos benefícios que a instituição do Fundo pode auferir é a política de valorização do café, a seguir esboçada.

A Política de Valorização do Café e o Fundo Social

A política de valorização do café foi uma política econômica que vigorou durante a República Velha, de 1906 a 1930, e durante a Era Vargas de 1930 a 1945. No período da República Velha de 1906 e 1930, essa política foi implementada nos anos de 1906, 1917 e 1921. O modelo agroexportador do Brasil, em vigor desde sua descoberta, encontrou na produção de café, em meados do século XIX, sua nova e grande mercadoria de exportação. A perfeita adaptação dessa planta às condições de solo, de ampla fronteira de terras, de clima, com a tradição agrícola, aliado aos novos hábitos trazidos pela também crescente urbanização nos Estados Unidos e Europa, e, do mesmo modo, no Brasil, assim como

⁷² E o que é ainda pior, a Lei nº 9.478/1997 é silente quanto ao destino dos investimentos a serem feitos com a renda do petróleo, dando um cheque em branco para que os entes subnacionais gastem esses recursos como bem queiram.

⁷³ A este respeito consultar, e.g., AFONSO E GOBETTI (2008, p. 231-269).

⁷⁴ E isso para além da questão acerca da ineficiência dessa distribuição localizada desses recursos, questão esta tratada por FREITAS (2009).

ao desenvolvimento das tecnologias de transporte, reduzindo seu custo, geraram um cenário extremamente favorável tanto à demanda quanto à oferta dessa bebida energética, que levaram a uma sistemático e crescente aumento de produção ao longo do século XIX transformando o Brasil no seu maior produtor mundial, e, tendo o café como seu principal produto de exportação. O resultado dessa convergência de cenários internos e externos foi uma superprodução do café, já no final do século XIX, com a oferta cada vez maior do que a demanda, esta última uma demanda inelástica. As outras características econômicas do ambiente tornaram esse problema ainda mais complexo, como a política cambial, a I Guerra Mundial e o surgimento de novos produtores concorrentes tanto internos como externos. Como consequência do crescente aumento dos excedentes de produção os preços do café começaram a cair.

Neste contexto, tanto os agentes da produção quanto da comercialização e distribuição no Brasil, começaram a articular e desenvolver uma política de defesa e proteção do setor cafeeiro. Essa política inicialmente imposta pela oligarquia cafeeira ao governo central foi posteriormente entendida e evoluiu não como uma política de interesses específicos de uma classe econômica, pela sua participação quase dominante na economia do país, mas como uma política de interesse público, uma vez a estabilidade dos preços, o nível de emprego e a renda da economia dependiam predominantemente da atividade cafeeira como o principal produto do PIB brasileiro e também de suas exportações. A natureza dessa política econômica consistia basicamente em uma política de preços mínimos, vinculada a preços internacionais competitivos, associada a uma política de garantias para os empréstimos a ela associada assim como de uma política de armazenagem ou estocagem do café decorrentes do comprometimento da compra e armazenamento dos excedentes da produção. O modelo desta política de valorização do café era simples, em termos de ideia, pois, consistia em estocar o excedente da produção, que ocorria nos períodos da colheita, e viesse a forçar o preço abaixo um determinado preço mínimo, e, então, pela manipulação dessa variável estoque procurava-se liberar de modo controlado e calibrado quantidades de café ao longo do tempo, principalmente, nas entressafas, de tal modo a manter o preço mínimo, ou mesmo, fazer com que esse preço pudesse subir por uma oferta menor do produto.

Trata-se aqui, em termos mais abstratos, do modelo hidráulico considerado acima, que consiste em se ter um recipiente, uma caixa d'água, utilizado para estocar um determinado volume no qual pode se controlar tanto a taxa de entrada quando a taxa de saída, de tal modo que se procura principalmente manter um controle da taxa de saída que vai sendo ajustada para atender as necessidades contingenciais na medida certa. Se quisermos formalizar esse raciocínio, teríamos:

Taxa de Entrada – Taxa de Saída = Variação do Volume Estocado.

Onde a principal variável a ser controlada é a taxa de saída⁷⁵. Com essa estratégia política econômica de preços mínimos e armazenamento buscava-se resolver o problema tradicional da agricultura que são aqueles de riscos relacionados a preços, clima, e ciclos de produção. A literatura da história econômica do Brasil considera que essa política de valorização do café, adotada também por Vargas, foi a responsável pela acumulação do capital que se tornou fundamental para o processo de industrialização do Brasil assumido na Era Vargas de modo consciente como um projeto de política econômica de industrialização. Para outros, tratava-se de uma política que concentrava os resultados positivos nas mãos de uma classe pequena, socializando os resultados negativos, pois a política de valorização dependia de combinação da política de preços mínimos com a política cambial cujo mecanismo também não era outra coisa que uma forma de política de controle de entradas e saídas de um estoque (o mercado interno)⁷⁶.

Assim como a política de valorização do café, que procurava controlar os estoques dessa *commodity* e dar a ela uma vazão controlada, o mesmo se procura obter com o Fundo Social (*ut* art. 48 da Lei nº 12.351/2010), ou seja, captar a receita advinda da E&P de petróleo no pré-sal para o Fundo cujos investimentos são prioritariamente em ativos do exterior, evitando despejar excesso de recursos na economia nacional, e investir apenas o retorno de capital em projetos nacionais, *in verbis*:

Art. 51. Os recursos do FS para aplicação nos programas e projetos a que se refere o art. 47 deverão ser os resultantes do retorno sobre o capital.

Parágrafo único. Constituído o FS e garantida a sua sustentabilidade econômica e financeira, o Poder Executivo, na forma da lei, poderá propor o uso de percentual de recursos do principal para a aplicação nas finalidades previstas no art. 47, na etapa inicial de formação de poupança do fundo. Grifos nossos.

Com o objetivo de funcionar como um mecanismo semelhante à política econômica de valorização do café, portanto, com um mecanismo de estoque e vazão controlada, que podemos afirmar que o Fundo Social é tanto um fundo de poupança, investindo o principal em ativos no exterior, quanto um fundo de estabilização, investindo apenas o retorno de capital em projetos nacionais que possam levar ao

⁷⁵ Com isso, minimiza-se o ciclo de vida porque se estoca na safra/colheita liberando na entressafra, de modo até contínuo se se quiser. Essa é a ideia central do agronegócio, que transforma a agricultura em uma produção industrial onde a produção é homogênea e contínua. Daí se explica o sucesso do setor de carne aviário porque o ciclo de vida aí é curto. No setor bovino essa minimização é muito mais complicada porque mesmo com o congelamento e a produção de enlatados temos o elemento perecível.

⁷⁶ Alias, pode-se atribuir ao repúdio a essa política de valorização a ascensão da Era Vargas e o desenvolvimento de um projeto de uma política de desenvolvimento industrial.

desenvolvimento social, evitando despejar a renda auferida no pré-sal no mercado interno e, por aí, evitar os males da maldição do petróleo, *e.g.*, a valorização cambial, a desindustrialização (doença holandesa) e o desequilíbrio do fluxo de caixa e por aí, da política fiscal e monetária. Quanto à busca por este resultado, Loss comenta:

‘Explorando a questão da maldição do petróleo, Hartwick procurou identificar condições teóricas que ligam as rendas dos recursos naturais à sustentabilidade econômica.

Segundo esse autor, um país é capaz de manter um nível de consumo per capita constante, ou seja, não sofrer as consequências da maldição do petróleo, desde que invista uma certa porção da renda mineral total em capital reprodutível físico e humano. Esse resultado ficou conhecido na literatura como regra de Hartwick’ (Loss, 2011, p. 127).

Desta forma, a respeito do Fundo Social, colocamo-nos favorável à centralização fiscal das receitas do petróleo no pré-sal, posição defendida por FREITAS (2009). Para além da consistência dessa posição relativamente ao enquadre constitucional, que dá a propriedade dos recursos minerais energéticos à União, e, consequência lógica, destinar-lhe-ia as receitas auferidas de sua extração, verificamos que a União dispõe de melhores condições para tratar dos prejuízos econômicos decorrentes da maldição do petróleo, condições estas potencializadas com a instituição do Fundo, que, como vimos, pode se tornar um mecanismo bastante eficiente para controlar os fluxos de renda dessa atividade. Para além dessas benesses, vimos, por outro lado, que a distribuição dos *royalties* e participações especiais para os Estados e Municípios produtores/confrontantes característico do marco regulatório envolvendo a EC nº 9 e Lei nº 9.478/1997 não ensejou a melhoria do bem-estar dessas populações, e, como argumentou FREITAS (2009), salvo pelo pagamento a título de indenização por possíveis danos ambientais, as demais razões que justificam o pagamento prioritário para essas localidades não se sustentam em uma análise mais detalhada.

Um último ponto deve ser aventado relativamente à lei que institui o Fundo Social, este referente à possibilidade de captura (comportamento de *rent-seeking*) dos recursos do Fundo, em particular, segundo comenta Loss (2011, p. 130), por força do *nível de discricionariedade conferido ao Poder Executivo*. Primeiro porque, segundo a lei, tanto a composição quanto o funcionamento do CGFFS e do CDFS dar-se-ão por ato do poder executivo, de modo que não são independentes nem blindados das pressões políticas. Em segundo lugar, adverte-nos Loss, porque uma série de decisões quanto aos investimentos, *e.g.*, limites das aplicações (se no exterior ou no país), rentabilidade mínima esperada, tipo e nível de risco serão discricionárias, e não vinculadas ou definidas em lei (*ut art. 53*), e mesmo os gastos são definidos discricionariamente ainda que dentro de um enquadre de planos de metas (*ut art. 58*). Desta forma, a Lei nº 12.351/2010 institui o Fundo, porém não os mecanismos

que o possam blindar contra os interesses privados, e por aí, a captura de uma renda que é de toda a sociedade para o atendimento de apenas alguns. A este respeito, Loss comenta:

‘Toda essa discricionariedade proposta pelo Governo pode resultar em prejuízos futuros para a sociedade. Ainda que exista um sistema de controle das decisões do fundo, como é proposto no projeto, o questionamento das decisões governamentais a posteriori é deficitário, já que a abrangência da revisão, mesmo que judicial, das decisões administrativas discricionárias é limitada e, sua possibilidade jurídica, até mesmo questionada.

Nesse sentido, ainda que seja louvável a iniciativa do Governo Federal de estabelecimento de um fundo soberano de petróleo, o projeto de Lei nº 5.440/09 não parece ser dotado de instrumentos que permitam minimizar que decisões equivocadas sejam tomadas, além de criar um cenário favorável à corrupção e ao tráfico de influências’ (Loss, 2011, p. 131).

VIII. NOTAS CONCLUSIVAS

Nesse artigo procuramos abordar os dois marcos regulatórios vigentes simultaneamente para as atividades de E&P da IPGN, em particular os modelos contratuais de cada um dos marcos, concessão e partilha de produção, destacando: (i) a propriedade dos hidrocarbonetos em cada modelo contratual; (ii) os direitos, obrigações e riscos de cada modelo contratual; (iii) as receitas petrolíferas auferidas em cada caso bem como sua destinação. Verificamos que a nota caracterizadora do contrato de partilha, relativamente ao contrato de concessão, e a garantia de parcela da propriedade dos hidrocarbonetos extraídos para o ente público. Lembrando que no contrato de concessão a propriedade do petróleo enterrado era da União por disposição constitucional, mas que era transferida ao concessionário por força desse contrato. Dessa nota diferenciadora, presume-se que a União tem interesse em manter a propriedade sobre os hidrocarbonetos. Isso pode ser obtido nos contratos de partilha porque se assume que os riscos exploratórios na área do pré-sal e outras áreas estratégicas exploradas sob este modelo contratual são considerados baixos, aumentando o poder de barganha do ente público. Inobstante, pleiteamos em favor da manutenção simultânea dos dois marcos regulatórios, ambos satisfazendo uma específica atribuição de conteúdo empírico ao interesse público, aquela do teorema do *median voter*, que indica que a sociedade prefere combinações de Estado e Mercado no fomento de muitos ramos da economia, *in casu*, o setor petrolífero. Em termos econômicos, a sociedade prefere cestas que variam no *mix* de combinações entre Estado e Mercado para desenvolver a economia, ao invés de extremos, *i.e.*, a economia sendo gerida ou apenas pelo Estado ou apenas pelo Mercado. Neste caso, a manutenção desses dois marcos possibilita ajustar o modelo contratual às especificidades dos blocos objeto de licitação, quer ele

envolva mais riscos exploratórios, cabendo aí adotar o modelo de contrato de concessão, ou menores riscos exploratórios, valendo aqui o modelo de contrato de partilha. Como ambos os modelos combinam diversamente Estado e Mercado, ambos deitam raízes e encontram fundamento no conceito de interesse público calcado na atribuição de conteúdo empírico proporcionada pelo teorema do *median voter*.

Quanto ao destino das receitas presente em cada marco, advogamos em favor da centralização das mesmas por meio da instituição de um Fundo, *in casu*, o Fundo Social, em particular porque este se constitui em um mecanismo adequado para conter os danos trazidos pela renda petrolífera, a chamada *maldição do petróleo*, *e.g.*, a apreciação cambial e a desindustrialização. Inobstante as vantagens que podem ser auferidas por meio do fundo, procuramos mostrar que a lei é lacunosa quanto a uma série de questões acerca dos investimentos e dos gastos a serem feitos, para além de não dar independência para as instâncias decisórias que deverão gerir o fundo relativamente ao poder executivo, portanto, vindo botar a perder as vantagens que poderiam ser auferidas do fundo por força de sua não blindagem das pressões políticas, e por aí, da possibilidade de captura dessas rendas via comportamento de *rent-seeking*. Finalmente, verificamos que a importante questão acerca da razão do Estado buscar manter a propriedade sobre os hidrocarbonetos extraídos pode ser respondida ao se considerar que a cadeia produtiva do petróleo demanda e é plena de tecnologias chave com possibilidade de expandir seus ganhos para toda a indústria, fomentando toda a cadeia produtiva nacional e possibilitando ao país deixar de exportar apenas *commodities*, passando a produzir e exportar bens de maior valor agregado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislação Consultada

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

DECRETO Nº 83.740 DE 1979.

DECRETO Nº 2.705 DE 1998.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9 DE 1995.

LEI Nº 9.478 DE 1997.

LEI Nº 12.351 DE 2010.

LEI Nº 12.304 DE 2010.

LEI Nº 12.276 DE 2010.

Portaria ANP 259/2000.

Portaria ANP 90/2000.

Portaria ANP 123/2000.

Portaria ANP 100/2000.

Portaria ANP 259/2000 (revogada pela Resolução ANP 31/2011).

Obras e artigos de periódicos

AFONSO, JOSÉ ROBERTO RODRIGUES; GOBETTI, SÉRGIO WULFF. Rendas do Petróleo no Brasil: alguns aspectos fiscais e federativos. Rio de Janeiro, *Revista do BNDES*, 15 (30), dez. 2008, p. 231-269.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1979.

BASTOS, RICARDO FAGUNDES; SENA, RICHARD ALMEIDA DE. Uma Análise Comparativa entre os Modelos de Concessão e de Partilha do Setor Petrolífero. Monografia de Conclusão de Curso, Curso de Engenharia do Petróleo – Escola Politécnica da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

BATOR, FRANCIS. The Anatomy of Market Failure, *The Quarterly Journal of Economics*, 72 (3), 1958, p. 351-379.

BAUMOL, WILLIAM. Welfare Economics and the Theory of the State. Cambridge, Harvard University Press, 1952.

BERCOVICI, GILBERTO. Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais. São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2011.

BUCHANAN, JAMES MCGILL. The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan. Chicago, University of Chicago Press, 1975.

CANELAS, ANDRÉ. Investimentos em Exploração e Produção após a Abertura da Indústria Petrolífera no Brasil: Impactos Econômicos. Monografia de Bacharelado. Instituto de Economia Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

CHIAPPIN, JOSÉ RAYMUNDO NOVAES. Racionalidade, Decisão, Solução de Problemas e o Programa Racionalista. *Ciência e Filosofia*, nº 5, 1996, p. 155-219.

CHIAPPIN, JOSÉ RAYMUNDO NOVAES. **As tecnologias das organizações sociais. Jornal Gente da FEA, junho de 2011. Encontrado na página:** <http://www.fea.usp.br/noticias.php?i=735>. Última consulta em 14/08/2012.

CLARK, COLIN WHITCOMB. Mathematical Bioeconomics: The Optimal Management of Renewable Resources. John Wiley Professio, 2005.

CUNHA LIMA, RAYSSA. Aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos de concessão da indústria do petróleo e gás natural. *Revista Âmbito Jurídico*. 85 (XIV), Fevereiro de 2011. Encontrado na página: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8961&revistacaderno=4. Última consulta em 16/08/2012.

DOWNS, ANTHONY. Uma Teoria Econômica da Democracia. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

FREITAS, PAULO SPRINGER DE. Rendas do Petróleo, Questão Federativa e Instituição de Fundo Soberano. Texto para Discussão 53. Brasília, Centro de Estudos da Consultoria do Senado

Federal, fevereiro de 2009. Encontrado na página: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD53-Paulo_Springer.pdf. Última consulta em 06/08/2012.

GARRETT, HARDIN. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, 162 (3859), 13 de dezembro de 1968, pp. 1243-1248.

GOMES, CARLOS JACQUES VIEIRA. O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha de produção. Texto para Discussão 55. Brasília, Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, março de 2009. Encontrado na página: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD55-CarlosJacquesVieira.pdf. Última consulta em 16/08/2012.

HOGAN, WILLIAM; STURZENEGGER, FEDERICO; TAI, LAURENCE. Contracts in natural resources: a primer. Version: October 6, 2007. In.: http://www.hks.harvard.edu/fs/whogan/Populism_Nat_Res/Populism_Agenda_files/HST_Intro_101007.pdf. Última consulta em 07/04/2012.

HOTELLING, HAROLD. Stability in Competition, *Economic Journal*, 39 (153), março de 1929, p. 41-57

KRUEGER, ANNE OSBORN. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, 64, 1974, pp. 291-303.

LEISTER, CAROLINA. Programa de Pesquisa da Racionalidade e Teoria da Decisão: Racionalidade e Teoria da Decisão Adaptativa. Dissertação de Mestrado. Departamento de Filosofia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2001.

LEISTER, CAROLINA. Social Choice e Public Choice: o problema da agregação e o cálculo das regras de decisão coletiva como fórmulas de alocação/ distribuição de recursos. Tese de Doutorado, Departamento de Filosofia – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2005.

LEISTER, CAROLINA. Controle de constitucionalidade, regras majoritárias e *median voter*: a possibilidade de um equilíbrio natural na separação de Poderes. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 915, p. 129-149, 2012.

LIMA, PAULO CESAR RIBEIRO. Pré-Sal: o novo marco legal e a capitalização da Petrobrás. Rio de Janeiro, Synergia, 2011.

LOSS, GIOVANI R. *Dutch Disease e os Fundos Soberanos de Petróleo e Gás*. In.: Alexandre Santos de Aragão (coord.). Direito do Petróleo e de outras Fontes de Energia. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2011, pp. 109-134.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. Reequilíbrio Econômico-Financeiro por Atraso na Execução de Obras. *Boletim de Licitações e Contratos*, Ed. NDJ., 12, 2001, p. 732-742.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, nº 228, abr./jun., 2002, p. 13-29.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo, Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In.: Carlos Ari Sundfeld (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo, Malheiros, 2006.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Tese de Livre Docência. Departamento de Direito Administrativo – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARQUES NETO, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. São Paulo, *Revista do Advogado*, AASP, 107, 2009, p. 74-82.

MARTINS, DANIELA COUTO. A Regulação da Indústria do Petróleo: segundo o modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte, Fórum, 2006.

MEIRELLES, HELY LOPES. Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 149.

MONTEIRO LOBATO, JOSÉ BENTO RENATO. O escândalo do petróleo. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1. ed., 1936.

MUKAI, TOSHIO. Licitação e Contratos Públicos. 8. ed., Rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008.

PELTZMAN, SAM. Toward a more general theory of regulation. *Journal of Law and Economics*, 19,1976, p. 211-240.

POSTALI, FERNANDO ANTÔNIO SLAIBE. Efeitos da Distribuição de *royalties* do petróleo sobre o crescimento dos municípios no Brasil. In: XXXV Encontro Nacional de Economia ANPEC – Associação de Centros de Pós-Graduação em Economia, 2007, Recife. Anais do XXXV Encontro Nacional de Economia ANPEC – Associação de Centros de Pós-graduação em Economia, 2007.

RIBEIRO, ELAINE. Direito do Petróleo Gás e Energia. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

SAARI, DONALD G. Decision and Elections: Explaining the Unexpected. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

SAMUELSON, PAUL. The Pure Theory of Public Expenditure. *Review of Economics and Statistics*, 36, November 1954, p. 387-389

SAUER, ILDO. Prefácio. In.: Pré-Sal: o novo marco legal e a capitalização da Petrobras. Paulo César Ribeiro Lima. Rio de Janeiro, Synergia, 2011, p. 9-27.

SILVA, RÉGIS YUZO MORI DA. Proposta de metodologia de avaliação de portfólio por opções reais, considerando o valor da informação: um estudo de caso em exploração de petróleo. Dissertação de Mestrado. Escola de Pós-Graduação em Economia. Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, ROBERTO G. DE. Petróleo: Histórias das Descobertas e o Potencial Brasileiro. Niterói, RJ, Muiraquitã, 1997

STIGLER, JOSEPH. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1971, p. 3-21.

SUNDFELD, CARLOS ARI. Licitação e Contrato Administrativo de Acordo com as Leis nº 8.666/93 e nº 8.883/94. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 197-214.

SUNDFELD, CARLOS ARI. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In.: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, SBDP e Malheiros, 2006.

TÁCITO, CAIO. O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 92 (334), abr.-jun-1997, p. 11-18.

TORRES, RICARDO LOBO. Os Fundos Especiais. Artigo encontrado na página: <http://www.abmp.org.br/textos/228.htm>. Último acesso em 06/08/2012.

TULLOCK, GORDON. "Rent-Seeking." In.: *New Palgrave Dictionary of Economics*, 4, 1987, p. 147-149.

TULLOCK, GORDON. *The Economics of Special Privilege and Rent-Seeking*. Boston & Dordrecht, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1989.

VALLE FREITAS, KÁTIA REGINA DO. As Estratégias Empresariais de Cooperação e Integração Vertical: O Caso da Indústria de Petróleo do Brasil. Monografia de Bacharelado. Instituto de Economia Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003.

VARIAN, HAL R. *Microeconomia. Princípios Básicos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2003, p. 35-55.

VIEGAS, PAULO ROBERTO ALONSO. A Precificação do Barril Enterrado de Petróleo na Cessão de Direitos de Exploração destinada à Petrobras. Textos para Discussão nº 78, Centro de Estudos da Consultoria do Senado, Outubro, 2010. Encontrado na página: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD78-PauloViegas.pdf. Última consulta em 17/08/2012.

Sites consultados

ANDRADE, RENATO. CNPE aprova a realização da 11ª rodada da ANP para setembro.

<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,cnpe-aprova-realizacao-da-11-rodada-da-da-anp-para-setembro,64657,0.htm>. Última consulta em 31/07/2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural. http://www.anp.gov.br/brnd/round9/round9/pre_ edital/minuta_contrato.pdf. Última consulta em 13/08/2012.

GRUPO ECONOMIA ENERGIA. BLOG INFOPETRO. Exploração e produção de petróleo e gás em águas profundas: evolução e tendências II. <http://infopetro.wordpress.com/2011/10/24/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-em-aguas-profundas-evolucao-e-tendencias-ii/>. Última consulta em 20/07/2012.

MACEDO, DANILO. Governo investirá R\$ 1 bilhão na formação de estoques de café. <http://agencia-brasil.ebc.com.br/noticia/2009-09-09/governo-investira-r-1-bilhao-na-formacao-de-estoques-de-cafe>. Última consulta em 07/04/2012.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Contrato de Partilha de Produção. http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada1/Relat_I-4de8.pdf. Última consulta em 17/07/2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Modelo de Contrato de Partilha de Produção. <http://www.anp-stp.gov.br/pt/wp-content/uploads/2009/11/Modelo-Contrato-Partilha-Produ%C3%A7%C3%A3o1.pdf>, p. 35. Última consulta em 01/08/2012.

Dicionários

BOLSA DE MERCADORIAS E FUTURO – BOVESPA. No Investidor – Dicionário de Finanças da Bolsa de Mercadorias e Futuro – Bovespa. <http://www.enfin.com.br/bolsa/main.php>. Verbete *Mercado Futuro*. Última consulta em 21/07/2012.

SILVA, DE PLÁCIDO E. Vocabulário Jurídico. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, Forense, 2007. Verbete *Risco*.

Revistas e jornais da grande imprensa:

FOLHA DE S. PAULO. Petróleo Armazenado. Mercado, Domingo, 08 de julho de 2012, B-2.

PADUAN, ROBERTA. O Maior Desafio do País. O petróleo do pré-sal guarda uma oportunidade de ouro para o avanço da economia brasileira – desde que o país não se perca em meio à sua grandeza. Revista Exame. São Paulo, Editora Abril, Ano 46, nº 12, 27 de junho de 2012, p. 48.

AUTUAÇÕES CONCORRENTES E AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS: A DISCIPLINA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011

Competing Assessments and Environmental Administrative violations: the discipline of Complementary Law n.º 140/2011

Lucas de Faria Rodrigues^{1,2}

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O Poder de Polícia Ambiental; 3. O Fundamento do Poder de Polícia Ambiental; 4. Algumas notas sobre a competência material comum em matéria Ambiental; 5. A responsabilidade administrativa ambiental: um retrato normativo das infrações e sanções administrativas; 6. Fixação do problema de pesquisa, sua contextualização e a (possível) resposta normativa; 6.1. Regulamentação anterior à Lei Complementar nº 140/2011; 6.2. Regulamentação conferida pela Lei Complementar nº 140/2011; 6.2.1. As Peculiaridades que cercaram a redação do artigo 17, parágrafo 3º, da lei complementar nº 140/2012; 6.2.2. Um significado possível ao artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2012; 6.2.3. Lei Complementar nº 140/2011: A solução de todos os problemas?; 6.2.4. Os casos não abrangidos pela regra do artigo 17, § 3º, da Lei Complementar nº 140/2011; 7. Considerações Finais; 8. Bibliografia.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o problema das autuações concorrentes em matéria ambiental, efetivadas por entes federativos distintos, recaindo sobre a prática do mesmo ato. Como premissa, reconhece-se a existência de um princípio que veda autuações reiteradas – princípio do *non bis in idem*. A partir daí, procurou-se delinear um panorama normativo sobre a questão, em especial após a edição da Lei Complementar nº 140/2011. Embora a referida norma tenha tratado especificamente da questão, trouxe outros problemas, que são enfrentados neste artigo.

ABSTRACT

This study aims to investigate the problem of competing environmental assessments, carried out by different federal entities, falling upon the practice of the same act. As a premise, it is recognized that there is a principle which prohibits repeated assessments – the principle of *non bis in idem*. From there, we tried to outline a normative view on the issue, especially after the publication of Complementary Law nº 140/2011. Although this law has addressed specifically the issue, brought other problems, which are addressed in this article.

Palavras-chaves: Poder de polícia. Responsabilidade administrativa ambiental. *Non bis in idem*. Repartição de competências. Lei Complementar nº 140/2011.

Keywords: Police power. Administrative environmental responsibility. *Non bis in idem*. Competences division. Complementary Law nº 140/2011.

¹ Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Especialista em Direito Ambiental pela ESPGE/SP. Procurador do Estado de São Paulo.

² O presente artigo decorre de pesquisa realizada no âmbito da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPE), que resultou na elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso, homônimo (não publicado). Vale salientar que as opiniões do autor contidas neste trabalho representam sua posição pessoal sobre o tema.

1. INTRODUÇÃO

A prática da Procuradoria Geral do Estado nos confronta, cotidianamente, com questões jurídicas intrincadas, que demandam grande reflexão por parte daqueles que as operam. Não poderia ser diferente com o Direito Ambiental. Este trabalho nasceu da constatação de um problema comum nas autuações das infrações administrativas ambientais e procurou propor uma saída, ciente das dificuldades que lhe são inerentes.

Como enfrentar situações nas quais há o reconhecimento da infração administrativa por mais de um ente federado, em razão da prática do mesmo ato infracional?³ Em outras palavras: em casos como este, qual sanção prevalecerá?

Se por um lado é intuitiva a necessidade de uma resposta estatal a esta situação, em especial diante do princípio que veda a punição reiterada – *non bis in idem*⁴ –, por outro, a solução deste *imbróglío* não é facilitada pelo legislador. Mais do que isto, a indagação sobre qual sanção deve prevalecer não se esgota em si mesma, pois outras tantas subsidiárias decorrem desta primeira, como veremos ao longo da exposição.

Nesse ponto, a recente Lei Complementar nº 140/2011, em um primeiro momento, pareceu trazer um alento em questões como esta. Porém, na sua confrontação com a prática da Administração, mostrou ter trazido, igualmente, novas inquietações. A indigitada norma foi responsável por conferir contornos mais precisos ao problema das autuações concorrentes, embora tenha criado outros tantos, como veremos adiante. Assim, caminharemos por terrenos tortuosos, sobre os quais a doutrina pouco avançou e, quando o fez, foi de forma muito tímida. Em verdade, o artigo pretende construir um sentido para a lei, por ser o diploma ainda muito recente.

É com base nesta proposta que esperamos apresentar soluções concretas para os problemas das autuações múltiplas. Por certo, estas não serão as únicas saídas possíveis, mas serão aquelas que, dentro do arcabouço jurídico posto, nos parecem as mais adequadas e seguras.

³ Ao longo do trabalho faremos referência ao mesmo fato ou ao mesmo ato infracional, ambas as expressões, aqui, significando a mesma situação. O fato jurídico é todo aquele “capaz de gerar direitos, transformá-los ou modificá-los e extingui-los” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 601), abrangendo no seu conceito, portanto, o de ato jurídico, entendido como o fato jurídico voluntário, “executado pela vontade do homem”. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 601)

⁴ Segundo Silva, o *non bis in idem* significa “*não duas vezes sobre a mesma coisa*, é a locução latina empregada para significar que não se devem aplicar duas penas sobre a mesma falta. Seria *acumulação de penas*, que não se permite. E, assim, a pessoa que já foi condenada por uma falta, por esta mesma falta não deve ser perseguida, para que se lhe queira impor nova penalidade” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 958).

2. O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O poder de polícia, de forma geral, pode ser identificado como “a prerrogativa de direito público que, calcada em lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”⁵. Quando se menciona na definição “interesses da coletividade”, isto tem implicações de duas ordens. A primeira é a própria tradução do poder de polícia: “[...] o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados”⁶. É, portanto, a representação de uma das características básicas do Direito Administrativo⁷. A segunda – e não menos importante – é a abertura da expressão “interesses da coletividade”, que se sujeita ao enquadramento de diversas matérias sobre as quais o Poder Público é chamado a atuar – saúde, tranquilidade, meio ambiente, trânsito, etc.⁸.

Assim, ao falarmos em **poder de polícia ambiental** não estamos fazendo referência a uma prerrogativa autônoma, com características peculiares. Ao contrário, trata-se do mesmo poder de polícia, cujo objeto de incidência está limitado às matérias ambientais.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 83 (2010).

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, p. 115.

⁷ Importante trazer à baila a lição de Mello sobre este postulado: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 69)

⁸ O espaço deste artigo não permite avançarmos sobre questões mais específicas, sobre as quais nos debruçamos no Trabalho mais amplo efetuado junto à ESPGE. Lá tivemos oportunidade de abordar a crise reconhecida pela doutrina sobre o conceito clássico de poder de polícia. Por certo, este não é o objeto de perquirição, porém, foi relevante reconhecer que hoje existe entre os especialistas um forte movimento no sentido de se reconhecer o **Direito Administrativo Sancionador** como um ramo autônomo dentro do Direito Administrativo, dogmaticamente distinto do velho e já defasado poder de polícia.

Embora não tenhamos negado esta autonomia – pelo contrário, buscaremos muitas respostas nesta disciplina –, reconhecemos a íntima relação entre poder de polícia e o Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas não são ligadas exclusivamente ao poder de polícia, mas também decorrem de outras relações travadas pela Administração Pública – como, por exemplo, a disciplinar. Se for certo que “o poder sancionador [...] adentra a teoria da sanção e ganha corpo no Direito Administrativo” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Parecer*, p. 28), não deve perder de vista suas origens.

A relação de polícia é e continuará sendo uma das formas de instar a aplicação de sanções, tal como a relação disciplinar. Neste sentido, o Direito Administrativo Sancionador seria necessário para instrumentalizar tanto uma, quanto outra. E, neste ponto, haverá uma proximidade ao “Direito Penal, ou ao Direito Punitivo, repleto de garantias, aplicando-se-lhe os princípios de Direito Penal por simetria, no que couberem, respeitados certos matizes” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Parecer*, p. 28). Porém, reconhecer a autonomia do Direito Administrativo Sancionador não é o mesmo que reconhecer a sua desvinculação, ao menos em parte, ao poder de polícia.

Vale mencionar, neste particular, a clássica lição de Machado:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício da atividade econômica ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza⁹.

Há, reconhecidamente, diversas formas de manifestação desta prerrogativa no Direito Ambiental. Contudo, tendo em vista nosso objeto de pesquisa, delimitado ainda na introdução, importa-nos a fiscalização e a aplicação de sanções administrativas em matéria ambiental.

3. O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

Se a supremacia do interesse público sobre o privado pode ser considerado o fundamento principiológico do poder de polícia, não podemos deixar de mencionar seu principal fundamento normativo: a Constituição Federal.

A Carta de 1988 é relevante por duas razões capitais neste ponto. Uma quando distribui as competências materiais, no artigo 23. Outra quando trata especificamente do meio ambiente, no artigo 225.

É fato notório e inquestionável que a Constituição Federal é a regra matriz de distribuição de competências aos entes federados. E não poderia ser diferente com relação às matérias ambientais. Deste modo, a Carta previu, no tocante ao meio ambiente, as competências **material**, comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – artigo 23, incisos VI, VII e XI¹⁰ – e **legislativa**, concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal – artigo 24, incisos VI e VIII¹¹.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 385.

¹⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; [...]” (BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 ago. 2012).

¹¹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...]”

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

Esse conjunto de normas serve como fundamento tanto para o exercício efetivo do poder de polícia ambiental – competência material –, como para a edição de normas sobre o tema – competência legislativa. Porém, a consequência mais importante destes dispositivos, em especial em razão da nossa proposta inicial, é a possibilidade de todos os entes federados exercerem poder de polícia e, portanto, executarem a fiscalização ambiental.

Por outro lado, se o fundamento geral do exercício do poder de polícia em matéria ambiental está nas disposições sobre competências – materiais e legislativas –, podemos afirmar que o fundamento específico encontra-se no artigo 225 da Constituição Federal. O seu parágrafo 1º menciona diversas atribuições do Poder Público, facilmente identificáveis como manifestação do poder de polícia ambiental, como, por exemplo, fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético – inciso II –; exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental – inciso IV –; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente – inciso V.

Não obstante, o dispositivo merecedor de maior destaque, sobretudo diante do objeto do artigo, é o parágrafo 3º do artigo 225, que fundamenta a *tríplice responsabilidade ambiental* – civil, administrativa e penal. Segundo o referido preceito, as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹². Grande parte da doutrina reconhece neste comando a independência das esferas de responsabilização¹³. Assim:

a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, já que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, administrativa e civil¹⁴.

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

[...]” (BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 ago. 2012).

¹² BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

¹³ Por todos, Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*, p.679; MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, p. 874; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, p. 308/309.

¹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, p. 877.

4. ALGUMAS NOTAS SOBRE A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM EM MATÉRIA AMBIENTAL

Mencionamos no item anterior que a competência comum, trazida no artigo 23 da Constituição Federal, é um dos pilares do poder de polícia ambiental. Em razão da relevância deste assunto para o desenvolvimento do artigo, prudente cuidar um pouco mais detidamente de alguns aspectos que o cercam.

Como afirmamos anteriormente, algumas matérias eleitas pelo constituinte tiveram sua execução delegada a todos os integrantes da Federação brasileira, impondo uma “*concorrência de atuação nas matérias que o dispositivo arrola*”¹⁵. Como sustenta Lobo, “*na competência comum ocorre uma descentralização de encargos em matérias de grande relevância social, que não podem ser prejudicadas por questões de limites e espaços de competência*”¹⁶.

Entretanto, o artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal traz um balizamento para esta competência comum, traduzido no seguinte comando:

Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional¹⁷.

Para sua correta compreensão, o artigo 23, parágrafo único, demanda a análise de duas situações distintas, traduzidas em duas questões.

A primeira diz respeito à eventual inexistência desta lei complementar. Diante disto, é possível indagar: os entes federados devem exercitar plenamente a competência prevista no artigo 23? Parece-nos que sim, e aqui estamos acompanhados de boa parcela da doutrina.

Não nos afigura, pois, que as competências são deveres. Nunca será demais repetir que exercem os entes políticos, enumerados nos artigos pré-mencionados, função. E função é “atividade de quem não é dono” (Cirne Lima), seu desempenho é obrigatório.

Entendidas as normas constitucionais como dotadas de eficácia e, em várias das hipóteses, com retificação expressa de outras normas constitucionais como são as veiculadas no arts. 216, V e 225 *caput*, §§ 1º e 2º, verificamos que as pessoas enumeradas no art. 23 devem exercitar plenamente a competência

¹⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 113.

¹⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988*, p. 100 *apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 113.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

constitucional, mesmo sem se configurar a cooperação, que deverá ser, se editada fosse a lei complementar¹⁸.

Assim, a edição de lei complementar não é pressuposto para o exercício das atribuições previstas no artigo 23 da Constituição Federal, conforme também afirmam Vitta¹⁹ e Ferreira²⁰.

A segunda situação decorrente do artigo 23, parágrafo único, diz respeito aos limites deste comando. Vale indagar: qual o conteúdo possível desta lei complementar?

O artigo 23 trouxe, junto da competência comum, o dever de cooperação. O constituinte, como não poderia deixar de ser, demonstrou, com o comando contido no parágrafo único, o intuito de afastar atuações fragmentadas, excludentes e, por que não, sobrepostas. São determinações decorrentes do próprio modelo do federalismo de cooperação adotado no Brasil²¹, caracterizado, dentre outras, pela necessidade de “*atuação conjunta e coordenada de todas as esferas de Poder na provisão de serviços essenciais e no exercício de algumas atividades necessárias ao bem-estar da população*”²². O federalismo cooperativo:

não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentre os níveis autônomos de poder²³, razão pela qual sua finalidade é justamente a “promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas²⁴”.

Quando a Constituição menciona “cooperação” e “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, devemos interpretar a regra como uma imposição à União – enquanto detentora da competência para editar normas gerais nacionais²⁵ – do dever de delimitar a competência descrita no artigo 23,

¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Discriminação Constitucional das Competências Ambientais – Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais*, p. 46.

¹⁹ Cf. VITTA, Heraldo Garcia. *Da Divisão de Competências das Pessoas Políticas e o Meio Ambiente*, p. 98.

²⁰ Cf. FERREIRA, Helene Sivini. *Competências Ambientais*, p. 239.

²¹ Segundo Krell, o “Brasil seguiu o modelo do federalismo *cooperativo*, o que, segundo Bercovici, ‘se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implantação de políticas públicas, como o estruturado pelo Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional’, o que torna o federalismo cooperativo ‘o federalismo adequado ao Estado Social’”. (KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, p. 48-49)

²² GRECO, Leonardo. *Competências Constitucionais em Matéria Ambiental*, p. 24.

²³ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, p. 57.

²⁴ *Ibid.*, p. 57.

²⁵ Como salienta Almeida, a União deve “expedir, além das normas gerais para o âmbito nacional, também normas específicas voltadas à sua própria Administração”. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 133). Ataliba faz distinção entre normas nacionais e normas

harmonizando a execução daquelas atividades. Deve, portanto, evitar conflitos e, sobretudo, racionalizar a sua execução. Assim, o artigo 23 não se refere à “*titularidade de serviços ou ações administrativas*”²⁶, porém, ao contrário, aponta para “a necessidade de definição de estratégias para implementação cooperada e integrada de medidas que expressem o alcance de finalidades comuns aos diversos entes federativos”²⁷.

A Carta da República prevê, no parágrafo único do art. 23, a edição de lei complementar federal, que disciplinará a cooperação entre os entes para a realização desses objetivos comuns. A óbvia finalidade é evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios²⁸.

Almeida é ainda mais precisa ao delimitar o conteúdo destas leis complementares. Assevera que estas normas “*não retiram da União o comando geral no campo das competências materiais comuns, a partir do comando legislativo que lhe pertence*”²⁹. E prossegue a autora afirmando caber a tais leis “*fixar as bases políticas e as normas operacionais disciplinadoras da forma de execução dos serviços e atividades cometidos concorrentemente a todas as entidades federadas*”³⁰⁻³¹.

É diante desse quadro que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado. Em pelo menos duas ocasiões a Corte se manifestou sobre o parágrafo único do artigo 23. Do julgado mais recente, de 2006, vale reproduzir a ementa:

federais (ou leis nacionais e leis federais). Para o autor, “as normas gerais são **leis nacionais**”, são “leis que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer pessoa política, mas transcendem aos três”. Assim, tais normas não se confundem com a “**lei federal**, estadual ou municipal e têm seu campo próprio e específico, excludente das outras três e reciprocamente”. (ATALIBA, Geraldo. *Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro*, p. 131-132).

²⁶ DINO NETO, Nicolao. *Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais*, p. 11.

²⁷ *Ibid.*, p. 11.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 954.

²⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 117.

³⁰ *Ibid.*, p. 117.

³¹ Mesmo Bastos, ainda que de forma crítica, reconhece o papel da União na delimitação destas competências: “[...] não vá o constituinte estadual se entusiasmar pensando que, sobre todas essas tarefas, poderá o Estado impor o cunho próprio da sua autonomia. Não! Isso porque, nos termos do parágrafo único, a lei complementar fixará normas para a cooperação, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Vale dizer, mais uma vez se assiste ao predomínio da deslealdade. Dá-se com uma mão, retira-se com a outra. Mesmo no cumprimento dessas tarefas, os Estados não estarão imunes à obediência a uma legislação federal que, sob a generosa perspectiva de estabelecer uma cooperação, verdade fixará normas de maneira impositiva para todas as unidades da Federação”. (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 495)

[...]2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum **não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio**, por menos expressiva que seja, **haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas**: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei nº 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. [...]32 (grifo nosso).

Mesmo antes, em 1992, no julgamento de uma Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, confirmada anos mais tarde, o Ministro Sepúlveda Pertence já afirmava em seu voto que a autonomia dos Municípios condiciona-se “*apenas aos princípios constitucionais pertinentes e, quando for o caso, à legislação complementar federal prevista no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal*”33.

Partindo para o campo das competências ambientais, em especial daquelas ligadas ao exercício do poder de polícia, a lei complementar prevista neste artigo ganha mais importância.

Ora, a principal norma sobre a divisão das atribuições constitucionais era, até edição da Lei Complementar nº 140/2011, uma Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Resolução CONAMA nº 237/1997, demonstrando a fragilidade desta regulamentação, sobretudo diante do texto constitucional34. Havia grandes dúvidas sobre a constitucionalidade e a legalidade desta resolução. Necessitava-se, por isto mesmo, de normas claras sobre licenciamento, fiscalização e outras questões afetas às competências materiais. Tratar-se-ia, portanto, de lei voltada a dar segurança aos seus destinatários e também ao Poder Público, cujas atribuições estariam minuciosamente delimitadas.

A prática demonstrava a existência de inúmeros conflitos de competência, fragilizando os atos produzidos, que podiam ser questionados mais facilmente no Judiciário, dificultando sua operacionalização. Problemas relacionados à competência

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2544 – RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 28/06/2006. DJ 17/11/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 770 – MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 26/08/1992. DJ 25/09/1992. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346594>.

34 A competência normativa do CONAMA está fundamentada na LPNMA (Lei Federal nº 6.938/1981), no seu artigo 8º. A norma atribuiu ao Colegiado a competência de “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (artigo 8º, inciso VII). Reconhecemos que o tema é absolutamente controverso na doutrina especializada, com autores defendendo a constitucionalidade e outros defendendo a inconstitucionalidade desta prerrogativa. Entretanto, este não é o objeto de nossa pesquisa, razão pela qual não aprofundaremos a discussão neste particular.

proporcionavam a alocação ineficiente de recursos públicos (em especial por constantes sobreposições de atuação), dificultavam o controle social e, principalmente, colocavam em risco a própria proteção do meio ambiente.

Diante deste quadro foi editada a Lei Complementar nº 140/2011, fundada no referido dispositivo constitucional, para atender à sua determinação mais de 23 anos depois da promulgação da Constituição Federal. Mesmo antes da sua publicação, inúmeros autores de Direito Ambiental defendiam a importância em se editar norma com tal teor. Cite-se, neste particular, Freitas:

A prática vem revelando extrema dificuldade em separar a competência dos entes políticos nos casos concretos. [...].

É realmente muito importante tentar estabelecer princípios a respeito. Nesse campo, o papel da doutrina, em um primeiro momento, e dos tribunais, depois, revela-se decisivo. A insegurança que se cria com a indefinição a todos prejudica. Ao meio ambiente, porque a sua defesa fica indefinida e fracionada. Ao cidadão, porque não sabe a quem dirigir-se para a solução de suas pretensões e até mesmo para reivindicar ao Poder Judiciário (federal ou estadual, dependendo do órgão ambiental)^{35,36}.

Ainda para autor, seria plenamente legítimo entender que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União “*o comando geral das competências materiais*”³⁷. Dino Neto caminha no mesmo sentido, pois, para ele, “*todos os entes políticos exercem poder de polícia administrativa, sem desconsiderar, contudo, alguns critérios de distribuição de competências, a partir de diretrizes definidas em lei complementar (art. 23, parágrafo único, da CF/1988)*”³⁸. Deste modo, “*nada impede o reconhecimento de competências específicas, compartilhando-se, porém, o modo de exercício dessas atribuições, à luz do art. 23 c/c o art. 241 da CF/1988*”³⁹.

Parece-nos, portanto, que a Lei Complementar nº 140/2011, enquanto norma delimitadora das competências materiais previstas no artigo 23, é na sua essência e forma plenamente compatível com a Constituição Federal. Quando fazemos esta assertiva não estamos confrontando cada dispositivo da lei com a Carta Maior, mas discutindo a própria concepção de uma regra, infraconstitucional, delimitando competências. Nisto não há vício. Ao contrário, tal regra proporciona mais segurança jurídica ao cidadão e ao próprio Estado, além de representar a materialização da eficiência administrativa e financeira da Administração Pública.

³⁵ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, p. 79.

³⁶ No mesmo sentido, defendendo a importância de se editar uma lei complementar para regulamentar a questão: BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*, p. 96; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, p. 151.

³⁷ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *op. cit.*, p. 76.

³⁸ DINO NETO, Nicolao. *Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais*, p. 11.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

E não estamos sozinhos nesta posição. Diante da recente publicação da Lei Complementar nº 140/2011, ainda são escassas as obras e artigos abordando a norma. Destaque para Antunes:

Diante do que foi exposto, entendo que tanto a União quanto os Estados e Municípios são dotados de amplas competências ambientais, muito embora a realidade judicial tenha reduzido em muito a capacidade legislativa dos Estados e dos Municípios. Este fato é em si próprio bastante complexo, pois a prática tem demonstrado que os três níveis da administração pública não agem coordenadamente. Muito pelo contrário, é rotineira a tomada de medidas contraditórias e até mesmo antagonônicas entre eles. Isto faz com que reine, entre compreendedores e a população em geral, a mais completa perplexidade. [...]

A Lei Complementar nº 140/2011, apesar de suas dificuldades [...] é uma excelente oportunidade para que, efetivamente, o federalismo cooperativo possa funcionar e a proteção ao meio ambiente ser mais efetiva e as incertezas regulatórias possam diminuir⁴⁰⁻⁴¹.

Reconhecemos que a Lei Complementar nº 140/2011 possui imperfeições – talvez até dispositivos inconstitucionais⁴². Porém, este artigo não pretende avançar neste ponto, pois, no que é de interesse – a fiscalização – parece-nos ser a proposta da norma adequada e compatível com a Constituição Federal de 1988. Em síntese, pode-se discutir, em outra arena, se as escolhas efetuadas pelo legislador quando da edição da Lei Complementar nº 140/2011 são adequadas e convenientes, ou mesmo constitucionais ou inconstitucionais – o que não é objeto deste trabalho. Não se pode, porém, questionar a legitimidade da escolha em si, ou do ato

⁴⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 117-118.

⁴¹ É bom que se diga não ser esta uma posição unânime na Doutrina. Machado, por exemplo, analisando a Lei Complementar nº 140/2011 afirma que “excetuando as competências outorgadas pelos arts. 21, 25, 29, 29- A e 30, da Constituição, todas as atribuições de competência da Lei Complementar nº 140/2011, ficarão, em cada caso, sujeitas à livre adesão pelos entes federativos, que não podem ser constrangidos, sem violação constitucional, à abstenção do exercício da competência comum”. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 192)

⁴² Há grandes polêmicas nesta lei, sobretudo na distribuição de competências no tocante ao licenciamento ambiental. A lei complementar não utilizou o critério do interesse (nacional, regional e local) para definir as atribuições de cada ente federado. Apontou algumas atividades como sendo competência da União (artigo 7º, inciso XIV), deixou a competência dos Municípios à mercê de tipologia fixada pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente (artigo 9º, inciso XIV) e todo o restante ficou a cargo dos Estados (artigo 8º, inciso XIV). Permitiu, ainda, que mero ato do Poder Executivo (Federal) defina tipologias específicas para o licenciamento da União. Neste sentido, a norma acabou por manter a insegurança no licenciamento e por afastar a ideia de um sistema nacional de proteção ambiental, pois cada conselho estadual terá uma tipologia própria – o que for considerado de impacto local no Rio Grande do Sul, pode não ser no Paraná ou em Rondônia, v.g. Reafirmamos: este não é o objeto de pesquisa e, portanto, não o enfrentaremos diretamente. Há uma norma vigente, apresentando diretrizes para a solução de algumas questões sobre competências ambientais e, por isso, merece ser devidamente estudada.

de se escolher – vale dizer, não se pode discutir a edição de uma lei complementar definindo competências.

5. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: UM RETRATO NORMATIVO DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

No item anterior trouxemos o conceito de responsabilidade administrativa ambiental e apontamos sua base constitucional – precisamente no artigo 225, parágrafo 3º. A Constituição limita-se, porém, a apresentar o fundamento, sem efetuar maiores delineamentos – até por não ser esta a função primordial da Carta. O contorno da responsabilidade administrativa ambiental e, portanto, das infrações e sanções administrativas, está na legislação infraconstitucional.

Em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), Lei Federal nº 6.938/1981, já trazia no seu artigo 14 a previsão de sanções pelo “*não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental*”⁴³. Este tema, porém, só foi suficientemente regulamentado pela Lei Federal nº 9.605/1998, responsável por disciplinar “*sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente*” (ementa).

Dos seus oitenta e dois artigos, a Lei Federal nº 9.605/1998 reservou apenas seis às infrações administrativas. A lei, essencialmente penal, no tocante à responsabilidade administrativa se limitou a discipliná-la de forma genérica⁴⁴, permitindo a utilização de decretos e outros atos infralegais para sua regulamentação, em especial na definição dos tipos infracionais. Cabe, neste particular, mencionar a lição de Milaré:

Este é o caso da Lei nº 9.605/1998 que, de forma bastante genérica e ampla, considerou *infração administrativa* “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (art. 70, *caput*).

Trata-se de um tipo infracional aberto, que possibilita ao agente da Administração agir com ampla discricionariedade, ao buscar a subsunção do caso concreto na tipificação legal adotada, para caracterizá-lo como infração administrativa ambiental. Ora, como expresso na doutrina, essa modalidade de tipo é admitida inclusive na esfera penal, portanto, não pode haver dúvidas quanto à legalidade de sua utilização em matéria de infrações administrativas⁴⁵.

⁴³ BRASIL. Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm> Acesso em 14 ago. 2012.

⁴⁴ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Comentários ao Decreto nº 6.514/2008 (Infrações administrativas contra o meio ambiente)*, p. 02.

⁴⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, p. 894.

A jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, tem aceitado com tranquilidade as normas infralegais que regulamentam a Lei Federal nº 9.605/1998. O mesmo pode ser afirmado quanto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁷.

A Lei Federal nº 9.605/1998, no que é mais relevante para este artigo, abre o capítulo dedicado às infrações administrativas definindo-as como “*toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*” – artigo 70, caput. E prossegue: no artigo 71 traça as linhas gerais do procedimento resultante da autuação⁴⁸, com a fixação de prazos máximos de tramitação; no artigo 72 traz as espécies de sanções administrativas cabíveis; e nos artigos 73 a 76 delinea algumas peculiaridades da sanção de multa, dentre os quais está o valor mínimo e máximo admitido.

No âmbito federal a regulamentação da lei coube ao Decreto nº 6.514/2008⁴⁹ e no Estado de São Paulo à Resolução SMA nº 32/2010^{50,51}. Esta resolução, por sua vez, está amparada no Decreto Estadual nº 57.933/2012, que, no seu artigo 69, inciso

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma. Recurso Especial nº 1080613 – PR. Relator: Min. Denise Arruda. Julgamento em: 23/06/2009. Dje 10/08/2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=896957&sReg=200801758343&sData=20090810&formato=PDF

No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma. Recurso Especial nº 1137314 – MG. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 17/11/2009. Dje 04/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=896957&sReg=200801758343&sData=20090810&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 1ª Turma. Recurso Especial nº 985174 – MT. Relator: Min. Denise Arruda. Julgamento em: 05/02/2009. Dje 12/03/2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=896957&sReg=200801758343&sData=20090810&formato=PDF;

⁴⁷ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0001511-91.2010.8.26.0128. Relator: Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro. Julgamento em: 30/06/2011. Data de Registro: 06/07/2011. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5238148&svlCaptcha=CERjE>; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0001008-79.2009.8.26.0201. Relator: Renato Nalini. Julgamento em: 28/04/2011. Data de Registro: 10/05/2011. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5104093>;

⁴⁸ Quando mencionamos a “autuação” estamos fazendo referência ao ato de lavratura de um auto de infração ambiental, diante da verificação de uma infração ambiental. Trata-se de “ato administrativo contendo as informações relativas a uma situação irregular detectada”. (GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*, p. 694-695). Este mesmo ato iniciará o processo administrativo voltado à apuração da infração, no qual o autuado exercerá seu direito à defesa.

⁴⁹ BRASIL. Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 jul 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm; Acesso em 04 ago. 2012

⁵⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução da Secretaria do Meio Ambiente nº 32, de 11 de maio de 2010. Dispõe sobre infrações e sanções administrativas ambientais. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 13 mai 2010. Disponível em http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/estadual/resolucoes/2010_res_est_sma_32_.pdf; Acesso em 14 ago. 2012

⁵¹ A Resolução SMA nº 32/2010 foi alterada duas vezes, pelas Resoluções SMA nºs 78/2010 e 23/2012.

II, alínea “d”, atribuiu ao Secretário do Meio Ambiente a competência para “*definir, mediante resolução e observada a legislação pertinente, normas, critérios e procedimentos para a aplicação de penalidades administrativas decorrentes de infrações à legislação ambiental [...]*”⁵².

6. FIXAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA, SUA CONTEXTUALIZAÇÃO E A (POSSÍVEL) RESPOSTA NORMATIVA

Após o percurso teórico contemplado nos itens anteriores, essencial para o enfrentamento da questão principal do trabalho, é o momento de passarmos a ela.

Definir os critérios para a escolha da sanção prevalente, em caso de infração administrativa decorrente do mesmo fato e reconhecida por entes federativos distintos, pressupõe a fixação de três premissas.

A **primeira premissa** preceitua que para identificar a mesma infração é forçoso haver a perfeita coincidência entre os ilícitos administrativos reconhecidos – aquilo denominado por Andrade como “*tríplice identidade*”⁵³. Devem ser os mesmos *fatos, sujeitos e fundamentos*. A coincidência de fatos e sujeitos não demanda grandes digressões, pois sua compreensão é intuitiva⁵⁴; porém, para nós, o *fundamento* merece especial atenção.

Quando mencionamos *fundamento*, certamente, não estamos fazendo referência ao dispositivo do regulamento, mas à tipificação de uma conduta, em tese, por determinado diploma normativo. Normas de diferentes entes da Federação podem tipificar a mesma conduta, para proteger o mesmo bem jurídico. O melhor aqui é citar um exemplo: uma pessoa efetua supressão de vegetação sem autorização do

⁵² ESTADO DE SÃO PAULO. Decreto Estadual nº 57.933, de 02 de abril de 2012. Dispõe sobre a Política Estadual do Meio Ambiente. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 03 abr 2012. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2012/decreto%20n.57.933,%20de%2002.04.2012.htm>> Acesso em 14 ago. 2012.

⁵³ ANDRADE, Vitor Moraes de. *Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 200.

⁵⁴ O fato traduz-se na própria conduta – exemplo: cortar árvores em área considerada de preservação permanente sem a devida autorização (artigo 44 da Resolução SMA nº 32/2010). O sujeito é aquele que efetivamente pratica o ato. A definição trazida pelo artigo 2º da Resolução SMA nº 32/2010, na redação conferida ao dispositivo pela Resolução SMA nº 23/2012, é bastante ampla: “As penalidades incidirão, verificado o nexo causal entre a ação e o dano, sobre os **autores diretos e indiretos alcançando, na sua ausência e impossibilidade de identificação, proprietários do imóvel, arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores, bem como, de modo compartilhado, autoridades que se omitirem ou facilitarem, por consentimento legal, na prática do ato, na forma prevista nesta resolução**” (ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução da Secretaria do Meio Ambiente nº 23, de 16 de abril de 2012. Acrescenta e altera dispositivos da Resolução SMA nº 032, de 11 de maio de 2010. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 17 abr 2012. Disponível em <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-23-2012/>> Acesso em 06 fev. 2012).

órgão ambiental competente e acaba sendo autuada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com fulcro no artigo 43 do Decreto Federal nº 6.514/2008⁵⁵. Dias depois é autuada pela Polícia Ambiental do Estado de São Paulo, com fulcro no artigo 50 da Resolução SMA nº 32/2010, alterada neste dispositivo pela Resolução SMA nº 23/2012⁵⁶. Embora os artigos mencionados nas autuações sejam distintos, o fundamento é o mesmo, e, portanto, a infração administrativa reconhecida também⁵⁷.

Ademais, o mesmo fato e o mesmo sujeito podem dar ensejo à violação não só de normas ambientais, mas também de normas relacionadas a outras áreas de controle. Mais um exemplo. Um vazamento de petróleo em alto-mar pode ensejar a aplicação de sanção administrativa ambiental pelo IBAMA e ainda sujeitar o infrator a outras sanções relacionadas à regulação do setor de petróleo e gás, aplicadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)⁵⁸.

Importante aqui fazer uma ressalva. Para caracterizar a triplice identidade o sistema não exige que sejam as mesmas sanções aplicadas. Sanções distintas podem decorrer da mesma infração administrativa – sejam as espécies de sanções ou mesmo a intensidade. Dois exemplos ilustram bem tal observação. A **mesma conduta** é autuada por Município, que aplica uma sanção de multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), e por Estado, que aplica multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Em outro caso o Município aplica a sanção de advertência e o Estado aplica a sanção de multa. Nestas situações a identidade estará mantida e o *bis in idem* caracterizado,

⁵⁵ “Art. 43. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.” (BRASIL. Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 jul 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm> Acesso em 04 ago. 2012)

⁵⁶ “Artigo 50 – Destruir, desmatar, danificar ou explorar floresta ou qualquer tipo de vegetação nativa ou de espécies nativas plantadas, em área de reserva legal ou servidão florestal, de domínio público ou privado, sem autorização prévia do órgão ambiental competente, quando exigível, ou em desacordo com a concedida: [...]” (ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução da Secretaria do Meio Ambiente nº 23, de 16 de abril de 2012. Acrescenta e altera dispositivos da Resolução SMA nº 032, de 11 de maio de 2010. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 17 abr 2012. Disponível em <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-23-2012/>> Acesso em 06 fev. 2012)

⁵⁷ Neste exemplo, a mesma conduta foi tipificada tanto pela norma federal quanto pela norma estadual.

⁵⁸ Cf. MENDES, Priscilla. *ANP faz autuações que podem gerar multa de R\$ 100 milhões à Chevron*. G1, O Portal de Notícias da Globo, Brasília, 21 nov. 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/11/anp-faz-duas-autuacoes-que-podem-gerar-multa-de-r-100-mi-chevron.html>>. Acesso em: 06 fev. 2012.

pois a infração administrativa é a mesma, embora as sanções sejam diferentes – eis que são conceitos inconfundíveis⁵⁹.

A **segunda premissa** diz que o sistema, **independentemente de regulamentação específica**, não admite a convivência de autuações administrativas ambientais, efetuadas por entes distintos, recaindo sobre a mesma conduta infracional. Caso o infrator seja responsabilizado mais de uma vez em casos como este, há violação do princípio do *non bis in idem*. E este princípio encontra resguardo no Direito Administrativo Sancionador. Osório, em clássica obra sobre a matéria em exame, reconhece que o “*princípio da proibição do bis in idem, cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico, também atua em matéria de Direito Administrativo Sancionador*”⁶⁰. E prossegue o autor:

A proposta aqui desenhada, nesse contexto, parte, de um lado da premissa de que o princípio constitucional do *non bis in idem* pode ser reconhecido e validamente deduzido do sistema constitucional pátrio, no bojo do Estado Democrático de Direito, dentro dos esquemas normativos inerentes ao devido processo legal. É um princípio de enorme relevância, já conectado a valores fundamentais, que demanda processos argumentativos e hermenêuticos. Sua incidência há de ser paralisar atividades punitivas desproporcionais, potencialmente contraditórias, **a partir de limites à duplicidade ou à multiplicação de processos punitivos em torno de fatos unitários, aqui tomada a identidade normativa em todos seus alicerces relevantes**. Esse mesmo princípio haverá de interditar, **independentemente de densificação normativa inferior, apenamentos indevidamente cumulativos, impostos por instâncias distintas**. Para tanto, há que se ampliar a noção de identidade entre fatos, sujeitos e fundamentos [...]⁶¹. (grifo nosso)

A doutrina que se debruça sobre o estudo da teoria das infrações e sanções administrativas reconhece a incidência do referido princípio. Destes podemos citar Osório⁶², Vitta⁶³ e Ferreira⁶⁴.

⁵⁹ Infrações administrativas e sanções administrativas são conceitos distintos, embora indissociáveis. A infração administrativa “é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para a qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 847). Por outro lado, a sanção administrativa é a resultado de uma infração administrativa. Nas palavras de Oliveira, à “desobediência às normas administrativas será dado o nome de ‘infração’”, enquanto “a infração (...) segue-se a consequente sanção” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas, p. 26).

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 272.

⁶¹ Ibid., p. 291.

⁶² Idem. *Teoria da Aplicação da Norma Sancionadora*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 272.

⁶³ VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

⁶⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134.

Aliás, nesta linha, os Tribunais Superiores também têm reconhecido, recorrentemente, a incidência da proibição do *bis in idem* em processos administrativos sancionadores. Não por outro motivo foi editada a Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal, sobre a aplicação de sanções a servidores: “*É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira*”. No mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes⁶⁵. Se é certo que a maioria destes precedentes é oriunda de demandas disciplinares, não há razão para afastá-los das demais atividades administrativas sancionadoras, pois, ambas são espécies do mesmo gênero – *sanções unilaterais impostas*

⁶⁵ “MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PUBLICAÇÃO INTERNA DA PORTARIA QUE O INSTAURA. LEGALIDADE. LITISPENDÊNCIA DE PAD A APURAR O MESMO FATO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NECESSIDADE DE LICENÇA MÉDICA DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

Não gera nulidade do processo administrativo disciplinar a publicação interna da portaria que o instaura.

A existência de mais de um PAD tendente a apurar o mesmo fato não consiste em ilegalidade. **O ordenamento proíbe a dupla punição pelo mesmo fato. Princípio do *non bis in idem*.**

A perícia médica afirma que o impetrante apresentava condições ao trabalho, sendo injustificadas as faltas.

Não há elementos nos autos que revelem a necessária concessão, *ex officio*, de licença para tratamento de saúde, em prejuízo da pena de demissão. Segurança denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 3ª Seção. Mandado de Segurança nº 8658 – DF. Relator: Min. Paulo Medina. Julgamento em: 10/03/2004. DJ 29/03/2004. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=460221&rsReg=200201241310&rsData=20040329&formato=PDF); DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENAS DE SUSPENSÃO E DEMISSÃO. BIS IN IDEM E REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. VEDAÇÃO. SÚMULA 19/STF. PARECERES GQ-177 E GQ-183, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. O simples rejuízo do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei nº 8.112/90, que prevê sua revisão tão-somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público. 2. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a rejuízo do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar. 3. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula 19/STF). 4. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar. 6. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 3ª Seção. Mandado de Segurança nº 13523 – DF. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em: 13/05/2009. DJe 04/06/2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=882199&rsReg=200800904644&rsData=20090604&formato=PDF).

pela Administração –, encontrando respaldo nos mesmos princípios balizadores⁶⁶. A diferença está na sua origem – o poder de polícia ou o poder disciplinar.

A **terceira** e última premissa, aparentemente óbvia, mas não menos importante, assegura que todos os entes federativos podem exercer a **fiscalização** ambiental de forma concomitante, sobre as mesmas atividades, ações e empreendimentos. Isto é elementar para o prosseguimento, sob pena de se tornar absolutamente prescindível a investigação proposta na introdução.

Antes da edição da Lei Complementar nº 140/2011, como já tivemos oportunidade de asseverar no item 4, defendia-se que a ausência de uma norma pautada no artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal, impor a atuação de todos os atores, indistintamente. Entretanto, mesmo com o advento da mencionada lei, continua sendo viável a atuação por mais de um ente federativo, razão pela qual ainda é absolutamente pertinente a discussão ora travada.

Assim, nos próximos itens analisaremos a disciplina normativa conferida à concorrência de infrações administrativas ambientais, antes e depois de Lei Complementar nº 140/2011, procurando demonstrar como ainda é possível a existência de tal circunstância.

6.1. Regulamentação Anterior à Lei Complementar nº 140/2011

Como já tivemos oportunidade de afirmar, a ausência de lei editada com fulcro no artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal era vista por grande parte da doutrina como um consentimento à atuação de todos os atores da Federação em matéria de fiscalização ambiental. O legislador pareceu compreender bem esta lógica ao editar a Lei Federal nº 9.605/1998, pois delegou a todos os “*funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha*”, a competência para lavrar o autor de infração ambiental – artigo 70, parágrafo 1º.

⁶⁶ As sanções unilaterais impostas pela Administração, de modo geral, podem ser extroversas ou introversas. A primeira “pode ser imposta a todos os administrados em geral” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial, p. 447) e a última é aquela “que recai apenas sobre os servidores públicos” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*, p. 447). O poder de polícia ocupa-se apenas das sanções extroversas, denominadas como sanções de polícia. As sanções introversas, por serem voltadas aos servidores, são impostas pela Administração no exercício do poder disciplinar (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial, p. 362). Porém, é absolutamente inegável que há pontos de interseção entre ambas, justamente por serem espécies do mesmo gênero, como afirmado no texto. O Direito Administrativo Sancionador, mencionado em nota anterior, volta-se ao estudo das infrações e sanções administrativas, de modo geral.

Vale lembrar que o SISNAMA, mencionado pela Lei Federal nº 9.605/1998 e criado pela LPNMA, é

[...] um (a) conjunto de instituições políticas, formado pelos entes federados União, Estados, Distrito Federal e Municípios – no caso, os órgãos públicos responsáveis pela proteção do meio ambiente; (b) a partir de princípios ou idéias comuns – no caso a partir da constatação de que o meio ambiente corre grave risco de ser profundamente degradado, (c) visando um resultado – no caso, com o objetivo da manutenção e melhoria das condições ambientais de vida no planeta Terra. [...] (d) estruturado de forma organizada⁶⁷.

Nesse ponto, ao mencionar o SISNAMA, a lei acaba por incorporar o sentido atribuído pela doutrina ao artigo 23, parágrafo único, pois integra toda a Federação no processo de fiscalização. Vale uma observação: a Lei Federal nº 9.605/1998 não tem o “status” de lei complementar e, portanto, não poderia avançar naquelas áreas reservadas pela Constituição Federal.

Assim, seja pela disciplina constitucional, seja pela disciplina específica da Lei Federal nº 9.605/1998, antes da vigência da Lei Complementar nº 140/2011 era plenamente viável existir sanções administrativas concomitantes decorrentes do mesmo fato, aplicadas por entes distintos.

Previendo esta situação, a Lei Federal nº 9.605/1998 acabou por discipliná-la parcialmente, mas esteve distante de solucionar todos os problemas. Segundo o artigo 76, o “*pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência*”⁶⁸. Paralelamente, com base neste dispositivo, o Decreto Federal nº 6.514/2008 foi ainda mais longe, ampliando a abrangência do comando:

Art. 12. O pagamento de multa por infração ambiental imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a aplicação de penalidade pecuniária pelo órgão federal, em decorrência do mesmo fato, respeitados os limites estabelecidos neste Decreto.

Parágrafo único. Somente o efetivo pagamento da multa será considerado para efeito da substituição de que trata o caput, não sendo admitida para esta finalidade a celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta ou outra forma de compromisso de regularização da infração ou composição de dano, salvo se deste também participar o órgão ambiental federal.

⁶⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Conflitos de Competência entre as Esferas Federal, Estadual e Municipal no Sistema Nacional de Meio Ambiente: Uma visão geral*, p. 396.

⁶⁸ BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em 14 ago. 2012.

Embora a norma tenha enfrentado tal impasse, não o solucionou de forma satisfatória. Eis alguns problemas da regulamentação:

a. Resumia-se à aplicação da multa, uma das diversas sanções cabíveis. Assim, somente a aplicação da sanção de multa obstaría a aplicação de outra da mesma espécie. Deveras, a sanção de multa é a mais recorrente, porém, não podemos ignorar que em determinadas situações as sanções aplicadas em razão do mesmo fato podem ser distintas – uma advertência e uma multa, v.g. –, circunstância ignorada pela norma;

b. O dispositivo versava sobre a concorrência de multas aplicadas pela União, de um lado, e pelos Estados ou Municípios, de outro; porém, não havia qualquer menção à concorrência de sanções entre Estados e Municípios;

c. O *bis in idem* estaria configurado somente com o efetivo pagamento da multa, não com a mera imposição de uma sanção por Estados ou Municípios;

d. O dispositivo utilizou erroneamente a expressão “*mesma hipótese de incidência*” e não “*mesmo fato*”, o que, se considerado literalmente, tornaria praticamente inaplicável a regra ali contida⁶⁹. Com esta redação, a lei “*praticamente frustrou sua própria eficácia, vez que dificilmente a tipificação de condutas puníveis por parte dos demais entes federados corresponderá à idêntica hipótese de incidência prevista na legislação federal*”⁷⁰.

Com efeito, é possível presumir que os problemas decorrentes da regulamentação anterior – acima listados – foram alguns dos motivos indutores da disciplina conferida pela Lei Complementar nº 140/2011 – a Lei Federal nº 9.605/1998 não resolvia diversos conflitos existentes.

6.2. Regulamentação Conferida pela Lei Complementar nº 140/2011

A discussão sobre uma lei complementar editada com fundamento no artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal, para regulamentar a cooperação entre os entes federados em matéria ambiental, iniciou-se no Congresso Nacional com um Projeto de Lei Complementar, apresentado pelo Deputado Sarney Filho, em 20 de fevereiro de 2003 – o PLP 12/2003⁷¹. Entretanto, o projeto somente foi efetivamente

⁶⁹ Basta ver que o artigo 12 do Decreto Federal nº 6.514/2008 substituiu os termos ao regulamentar o dispositivo, solucionando, ainda que de modo questionável, o problema.

⁷⁰ CARNEIRO, Ricardo. *Responsabilidade Administrativa Ambiental: Sua Natureza Subjetiva e os Exatos Contornos do Princípio do Non Bis In Idem*, p.603.

⁷¹ Dados retirados do site da Câmara dos Deputados, relativos à tramitação do PLP 12/2003, disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104885>. Acesso em 14 dez. 2012.

transformado em lei – após inúmeras discussões e substitutivos – em novembro de 2011 (mais de oito anos depois).

Como já afirmamos anteriormente, a Lei Complementar nº 140/2011 veio atender a um anseio comum entre os especialistas, além, por certo, do Poder Público, de empreendedores e dos cidadãos em geral. Com ela deixa de existir o maior argumento para a atuação indiscriminada de todos os entes em matéria de fiscalização ambiental. A questão agora despertada passa a ser se, diante da nova disciplina legal, ainda é possível existir mais de um ente federado autuando o mesmo ato infracional. Parece-nos que a resposta a esta indagação é positiva. Vejamos agora o porquê.

A pretexto de estabelecer normas para a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios naquilo que denomina “ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum” de proteção ao meio ambiente – artigo 1º, *caput*⁷²–, a Lei Complementar acabou por conferir determinadas atribuições a cada um dos atores envolvidos. Outorgou a cada um destes entes funções bastante específicas, listadas nos artigos 7º, 8º e 9º. Nestes dispositivos, dentre outras “ações administrativas”, a lei definiu a figura competente para a promoção do licenciamento ambiental e para a execução da fiscalização sobre atividades e empreendimentos.

É relevante mencionar o licenciamento, pois a norma o vinculou à sistemática de fiscalização⁷³. Assim, conferiu à União o dever de “exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente” tenha sido atribuída a ela – artigo 7º, inciso XIII⁷⁴. Fez o mesmo com Estados e Municípios – artigo 8º, inciso XIII e artigo 9º, inciso XIII⁷⁵. À primeira vista,

⁷² BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁷³ Cabe salientar que o texto original não previa a vinculação entre licenciamento e fiscalização, que acabou vigorando com a Lei Complementar nº 140/2011 (é o que se verifica da redação original do PLP 12/2003, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=114375&filename=PLP+12/2003, acessado em 14 dez. 2012).

⁷⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁷⁵ Art. 8º São ações administrativas dos Estados: [...]

XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados; [...]

Art. 9º – São ações administrativas dos Municípios: [...]

XIII – exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município; [...]” (BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao

portanto, a Lei Complementar teria solucionado a questão do *bis in idem* de forma drástica, definindo campos de fiscalização para cada ente, conforme a competência para o licenciamento e excluindo os demais desta atividade.

A lei, porém, deve ser lida de forma sistemática⁷⁶. Para compreendermos o real alcance destas regras é preciso buscar elementos mais adiante, no artigo 17. O dispositivo preceitua no *caput* caber ao

órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada⁷⁷.

Já o parágrafo 2º prescreve que

Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis⁷⁸.

Até aí nenhuma novidade em relação aos artigos antecedentes. No entanto, o parágrafo 3º traz um recurso inesperado, diante da construção anterior da norma. Estabelece que

O disposto no *caput* deste artigo **não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*.**⁷⁹ (g. n.)

meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012).

⁷⁶ Segundo Maximiliano, o processo sistemático de interpretação consiste em “comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 104).

⁷⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁷⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁷⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do

Antes de avançarmos no exame do dispositivo, cabe efetuar uma breve contextualização, para ser possível, a partir daí, apresentar nossa leitura sobre o comando.

6.2.1. As peculiaridades que cercaram a redação do Artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2012

Em 16 de dezembro de 2009, mais de 6 (seis) anos depois da apresentação do PLP 12/2003, a Câmara dos Deputados o aprovou, com uma redação bastante diferente daquela que acabou vigorando, destacada no tópico anterior. Vale citar o texto do artigo 17, na versão final remetida ao Senado Federal⁸⁰:

Art. 17. [...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, **sendo nulo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que não detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput.**⁸¹

Já no Senado Federal, o texto da Câmara dos Deputados foi integralmente aprovado, com a apresentação de duas emendas de redação. Uma delas modificou este dispositivo para atribuir a redação efetivamente aprovada e constante da Lei Complementar nº 140/2011. Qual o motivo desta manobra? O Regimento Comum do Congresso Nacional, no seu artigo 135, assegura que a “*retificação de incorreções de linguagem, feita pela Câmara revisora, desde que não altere o sentido da proposição, não constitui emenda que exija sua volta à Câmara iniciadora*”⁸². Caso o Senado Federal entendesse ter alterado substancialmente o conteúdo da norma, deveria remeter o projeto novamente à Casa iniciadora – retardando, ainda mais, a aprovação do estatuto.

Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁸⁰ Texto do projeto de lei encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=728046&filename=RDF+1+%3D%3E+PLP+12/2003. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸¹ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁸² BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN, (texto consolidado até 2010) e normas conexas*, p. 48.

A indagação agora passa a ser como o Supremo Tribunal Federal irá solucionar a questão, à medida que já foi proposta a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.757, postulando a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 140/2011, dentre outros argumentos, por vício formal em razão da modificação do artigo 17⁸³.

O relevante de todo este alarido é a própria discussão travada quando da apreciação da emenda de redação mencionada – verificada no Diário do Senado Federal do dia 27 de outubro de 2011⁸⁴. A interpretação conferida pelos Senadores, a despeito da suposta inconstitucionalidade da alteração redacional do artigo, demonstra que os parlamentares acreditavam estar aprovando um mecanismo de solução para eventuais conflitos entre autos de infração incidentes sobre o mesmo fato. Segundo o Senador Randolfe Rodrigues “*havia algo que anteriormente era nulo e que passa a ser permitido pela modificação*”⁸⁵. Embora reconheça alguns problemas na nova redação, o Senador Rodrigo Rollemberg identificou uma melhora “ *muito grande*”⁸⁶ com a emenda, pois a redação da Câmara era “*catastrófica*”, eis que, com ela, “*poderíamos fechar o IBAMA*”⁸⁷. Por fim, a Senadora Kátia Abreu afirma: “*Nós precisamos ter uma opção. Duas multas no mesmo lugar, qual vai prevalecer? O pacto federativo. Nós precisamos que prevaleça [...] aquele que deu o licenciamento*”⁸⁸.

Em suma, para nós, a mudança promovida pelo Senado Federal veio apenas para reforçar a ideia de que todos podem atuar, estabelecendo apenas uma regra de solução de conflito entre autuações concorrentes. Isto ficou evidenciado quando a Casa Legislativa retirou do texto a “*nulidade*” dos autos de infração lavrados pelo

⁸³ Os pareceres da Advocacia Geral da União, da Advocacia do Senado Federal e do Ministério Público Federal apontam a **constitucionalidade** formal do dispositivo, manifestando-se contrariamente ao pleito apresentado na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4757– é o que se verifica do processo eletrônico, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4224704>. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸⁴ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal* nº 181. Brasília: Distrito Federal, 18 out. 2011, disponível em: <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2011&paginaDireta=44195>. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸⁵ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal* nº 181. Brasília: Distrito Federal, 18 out. 2011, p. 44204, disponível em <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2011&paginaDireta=44195>. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸⁶ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal* nº 181. Brasília: Distrito Federal, 18 out. 2011, p. 44207, disponível em <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2011&paginaDireta=44195>. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸⁷ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal* nº 181. Brasília: Distrito Federal, 18 out. 2011, p. 44207, disponível em <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2011&paginaDireta=44195>. Acesso em 14 dez. 2012.

⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. *Diário do Senado Federal* nº 181. Brasília: Distrito Federal, 18 out. 2011, p. 44207, disponível em <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=27/10/2011&paginaDireta=44195>. Acesso em 14 dez. 2012.

ente que não possua competência para autorizar ou licenciar. Ao contrário da “nulidade” – que incorpora um sentido de exclusão dos demais atores –, a norma utilizou a “prevalência” – incluindo-os, mas conferindo certa racionalidade na sua atuação⁸⁹.

6.2.2. Um significado possível ao Artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2012

A partir da leitura proposta neste trabalho, o intuito da lei é inequívoco: estabelecer a quem compete **primordialmente** efetuar a fiscalização, mas sem afastar a competência dos demais entes. Em verdade, a primeira parte do artigo 17, § 3º, reconheceu a possibilidade de autuações provenientes de mais de um ente sobre o mesmo fato – “o disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização”⁹⁰. Tanto é assim que na segunda parte apresenta uma possível solução para o problema – prevalecerá “o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput”. A grande celeuma agora está em como interpretar esta regra que, a despeito de propor uma saída ao *bis in idem*, gerou outros tantos problemas para o intérprete.

No mais, não parece haver outra leitura possível para o dispositivo. Se não fosse este o objetivo do legislador, certamente não haveria necessidade do comando trazido no § 3º. Quisesse afastar completamente a possibilidade de atuação do ente **sem** competência para licenciar ou autorizar, não teria inserido esta disposição.

Neste contexto, vale mencionar uma interpretação conferida ao artigo 17, lançada em *amicus curiae* apresentado pela Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4757, defendendo a constitucionalidade integral da Lei Complementar nº 140/2011⁹¹. No documento, embora se afirme a possibilidade de fiscalização nos três níveis da Federação, defende-se que a competência para autuação segue a competência para autorizar ou licenciar **em todos os casos**. Assim, os entes sem esta atribuição poderiam fiscalizar, mas estariam limitados à imposição de medidas acautelatórias e à posterior comunicação ao órgão competente – consoante regra esculpida no § 2º, do artigo 17.

⁸⁹ Vale ressaltar mais uma vez: não estamos nos propondo a discutir a constitucionalidade da alteração redacional promovida pelo Senado, mas discutindo o dispositivo em si e a sua possível interpretação.

⁹⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum de proteção ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 dez 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm> Acesso em 05 ago. 2012.

⁹¹ Informações extraídas do processo eletrônico, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4224704>. Acesso em: 19 dez. 2012

Com base nesta interpretação, afirmam que o § 3º não permitiria a existência de mais de um auto de infração lavrado por entes distintos em razão do mesmo fato, pois quando o comando fala em “prevalência” faria referência à predominância de um auto de infração sobre medidas acautelatórias.

Discordamos veementemente desta interpretação. Conquanto possa haver na doutrina mais recente uma diferenciação entre medida de polícia e sanção de polícia, a Lei Federal nº 9.605/1998 definiu diversas medidas acautelatórias como **sanções** administrativas. Vale dizer que **legalmente** algumas providências administrativas destinadas a evitar, mitigar ou cessar o dano ambiental foram consideradas como sanções administrativas – artigo 72⁹²⁻⁹³.

Nesse ponto, cabe mencionar a lição de Carvalho Filho:

Modernamente, tem sido feita – corretamente, diga-se de passagem – distinção entre sanções de polícia e medidas de polícia. Sanções são aquelas que espelham uma punição efetivamente aplicada à pessoa que houver infringido a norma administrativa, ao passo que medidas são as providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada. **Em algumas circunstâncias, a mesma conduta administrativa pode caracterizar-se como uma ou outra modalidade, sempre considerando o que a lei tiver previsto para enfrentar a referida situação.** É o caso, para exemplificar, da interdição de estabelecimento: tanto pode ser um ato punitivo direto pela prática de infração grave, como pode ser medida administrativa, adotada em face da prática de infração para a qual a lei previu sanção direta.⁹⁴ (grifo nosso)

Por serem consideradas sanções – **conforme definição legal** –, exige-se para sua imposição o devido **auto de infração** e o consequente processo administrativo – no qual se assegurará ao autuado o exercício das suas prerrogativas constitucionais de defesa. Não obstante o esforço em diferenciá-las conceitualmente, sobretudo diante da redação trazida pelo artigo 101 do Decreto Federal nº 6.514/2008⁹⁵, há de se

⁹² BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em: 19 dez. 2012.

⁹³ São elas: a apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades.

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 101/102 (2009).

⁹⁵ O artigo 101 do Decreto Federal nº 6.514/2008 reproduz algumas sanções administrativas, assim definidas pela Lei Federal nº 9.605/1998, e as define como “medidas administrativas”. Para nós, este manobra não tem o condão de afastar a natureza conferida por lei (Cf. BRASIL. Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente.

reconhecer o tratamento dado pela lei. Deste modo, ao contrário daquilo afirmado no *amicus curiae*, na prática falar-se-á na prevalência de um auto de infração sobre outro auto de infração anteriormente lavrado. Quem defende o contrário contraria determinação legal e ignora a prática das autuações administrativas⁹⁶.

Por outro lado, fosse o intuito da norma limitar as autuações exclusivamente ao órgão competente para licenciar ou autorizar, o dispositivo teria afastado expressamente a possibilidade de autuação dos entes sem tal atribuição, como fazia a redação original da Câmara dos Deputados⁹⁷ – previa-se a **nulidade** do auto lavrado por ente incompetente. Quando se modificou este sentido, a norma trouxe de volta a possibilidade de autuações pelos três entes, valendo-se apenas de um critério para solução de eventuais conflitos.

Por fim, assumir que o § 3.º permite a fiscalização de todos os entes, mas limita a atuação à aplicação de “medidas acautelatórias”, seria contraditório em si mesmo, pois a norma teria admitido o mais – a fiscalização –, mas não teria dado os instrumentos para tanto. Tal interpretação seria desprovida de resultado prático e tornaria a norma absolutamente ineficaz – não é razoável imaginar uma operação de fiscalização de órgão sem atribuição para licenciar ou autorizar, com movimentação de toda a máquina administrativa, se, ao final, ele somente poderá impor medidas acautelatórias e comunicar o órgão competente.

Permitir a todos exercer plenamente a atribuição de fiscalização, autuando as infrações ambientais, em nada contraria o espírito da Lei Complementar nº 140/2011, porque ela estabeleceu um critério de prevalência dos autos de infração eventualmente conflitantes e principalmente porque, ao organizar as competências comuns, trouxe instrumentos para possibilitar a cooperação entre os diversos atores. Mais do que definir regras estanques de competência fiscalizatória, a Lei Complementar desejou dos atores envolvidos nestas tarefas a cooperação e o diálogo, de modo a solucionar eventuais conflitos decorrentes de autuações sobrepostas.

Neste quadro, indagará o mais atento: então qual é o sentido do artigo 17, parágrafo 2º? Dois seriam os principais. O primeiro é a possibilidade de o ente sem competência primária para fiscalizar limitar-se a aplicar as sanções necessárias para evitar, cessar ou mitigar a degradação ambiental, comunicando em seguida o órgão competente, deixando de aplicar outras eventuais sanções – situação na qual não será possível falar-se em prevaricação, improbidade ou mesmo falta funcional. O segundo

Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 jul 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm> Acesso em: 19 dez. 2012).

⁹⁶ No Estado de São Paulo sanções como a de embargo são aplicadas no próprio auto de infração que reconhece a infração administrativa.

⁹⁷ Alterada posteriormente no Senado Federal, como afirmado no item anterior.

diz respeito à possibilidade, conferida pelo dispositivo, de se adotar medidas de efeitos práticos definitivos – como a demolição ou a destruição de produtos –, mesmo se o ente não tiver a competência primária. Nestes casos será incabível falar em prevalência de auto de infração, pois o resultado da primeira sanção já estará consumado, não aceitando retorno ao *status quo ante*⁹⁸.

6.2.3. Lei Complementar nº 140/2011: A solução de todos os problemas?

Não, a Lei Complementar nº 140/2011 definitivamente não representa a solução de todos os problemas para as autuações concorrentes. Inegável, porém, ter trazido uma diretriz de enfrentamento da maior parte deles, cabendo ao intérprete construir as respostas exigidas pelas peculiaridades de cada concreto. Decerto, a norma comportará inúmeras alternativas quando da atribuição de sentido aos seus preceitos. Neste trabalho apresentaremos uma das leituras possíveis da lei, reconhecendo, desde já, a existência de inúmeros outros caminhos⁹⁹.

Há, aqui também, uma premissa a ser fixada, tendo em vista toda a base teórica trilhada até este momento. Esta asserção pode ser sintetizada na seguinte fórmula: há um sentido maior para o conjunto de regras voltadas à fiscalização contidas na Lei Complementar nº 140/2011, em especial no artigo 17, § 3.º. Este comando não foi inserido sem propósito na lei, ao contrário, há uma escolha legislativa clara. O legislador poderia ter circunscrito a competência de fiscalização exclusivamente a um ou outro ente, conforme a atividade fiscalizada¹⁰⁰, mas não o fez. Cuidou de manter competência a todos, estabelecendo um critério de prevalência dos autos de infração. Fez com isto uma espécie de escala de prioridade na definição do ente fiscalizador – um com competência primária (ente com atribuição de fiscalização ou licenciamento) e os demais com competência subsidiária. Esta orientação o aplicador deve ter sempre em vista, sob pena de, a pretexto de interpretar, acabar por alterar sobremaneira a finalidade e próprio sentido da norma posta¹⁰¹.

⁹⁸ Avançaremos mais neste ponto nos capítulos subsequentes.

⁹⁹ Neste ponto cabe ressaltar a escassez de doutrina sobre a recente lei.

¹⁰⁰ Trouxemos nos capítulos anteriores a posição do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a competência comum não impõe a execução das atividades simultaneamente pela três entidades federativas, conforme os termos da lei complementar prevista pelo parágrafo único do artigo 23. A doutrina, mesmo de forma não unânime, também advoga a viabilidade de se limitar a atuação dos entes, por meio do estabelecimento de campos claros de competência.

¹⁰¹ Ora, “o elemento literal, a letra da lei, constitui sempre ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional, infraconstitucional ou até mesmo de índole contratual”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 182.

Tendo isto em vista, passemos a analisar o dispositivo mais detidamente, com foco nos problemas práticos dele decorrentes, com o fim de apontar soluções, sempre tendo como norte a síntese do comando – havendo autuações efetuadas por entes distintos, sobre o mesmo fato, prevalecerá o auto lavrado pelo órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização.

A grande peculiaridade das autuações concorrentes é que, embora decorrentes do mesmo fato, podem acontecer em momentos distintos ou mesmo terem processos com duração também diferentes. Isto trará consequências relevantes na solução de cada concreto. Pode ocorrer, não raro, de o infrator ser autuado por um ente, ter uma sanção aplicada – como a multa, v.g. – e, posteriormente, ser novamente autuado. O que fazer em casos como este?

Nos termos do artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2011, se **quem primeiro autuou** for o órgão competente para licenciar ou autorizar a atividade, não restarão grandes problemas. Quando da segunda autuação, o autuado, em defesa, apontará para a autoridade administrativa o primeiro auto de infração, demonstrando que a competência subsidiária, naquele caso, não deverá prevalecer. Não é necessário sequer que o primeiro auto de infração esteja definitivamente constituído – pode, por exemplo, estar com recurso pendente de julgamento. A mera existência do auto demonstra que o ente com a competência “primária” de fiscalização efetivamente atuou, esgotando a necessidade de um segundo ente movimentar sua máquina¹⁰². Ora, a lei fala em prevalência do **auto de infração**, não da infração ou da sanção administrativa. Em casos como este, no qual não haja ainda um procedimento findo, admite-se, até mesmo, que o infrator tenha sua defesa acolhida no mérito e nem mesmo subsista a infração – mesmo aí ele terá sido autuado e aquele auto terá prevalecido, obstando novas cominações em face daquele fato.

¹⁰²O Ministério Público Federal, na manifestação proferida nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4757, defende que a prevalência do auto de infração lavrado pela autoridade com competência para licenciar ou autorizar somente se dê quando o ato seja **suficiente para cessar ou impedir o dano ambiental**. Vale dizer: para o Parquet, é forçoso não apenas exercer a competência de fiscalização, mas exercer de forma adequada. Particularmente discordamos deste ponto. Havendo problemas na constituição do auto de infração, caberá aos órgãos de controle – como é o Ministério Público – e a eventuais interessados promoverem a responsabilização dos agentes envolvidos e **a anulação do ato**, até mesmo por desvio de finalidade. Porém, não é em razão de possíveis – e hipotéticos – desvios que poderá se impor uma interpretação como esta. Os equívocos e as irregularidades devem ser combatidos na seara adequada. (Informações extraídas do processo eletrônico, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4224704>. Acesso em 14 dez. 2012)

Os pareceres da Advocacia Geral da União, da Advocacia do Senado Federal e do Ministério Público Federal apontam a **constitucionalidade** formal do dispositivo, manifestando-se contrariamente ao pleito apresentado na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4757 – é o que se verifica do processo eletrônico, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4224704>. Acesso em: 14 dez. 2012.

A dificuldade repousa na situação oposta: se quem primeiro autuou **não** é o órgão competente para licenciar ou autorizar. Aqui, certamente, acontecerá grande parte dos debates, sobremaneira se a sanção cominada for a de multa – por envolver valores em pecúnia – ou uma sanção considerada irreversível, em razão do resultado prático gerado – como é caso da sanção de demolição ou destruição do produto. Vale destacar que as demais sanções listadas no artigo 72 da Lei Federal nº 9.605/1998 tendem a não gerar a mesma celeuma, pois podem facilmente ser revertidas¹⁰³.

Igualmente nestes casos, para nós, a norma é inequívoca: prevalecerá o segundo auto de infração, desde que lavrado por quem detenha a competência, em razão da absoluta clareza do comando normativo.

Nessa configuração, alguns desdobramentos também devem ser considerados. Caso o primeiro auto de infração ainda não esteja definitivamente constituído – com um processo administrativo pendente – caberá ao autuado informar à autoridade administrativa sobre a existência desta nova autuação. A ação pode ser efetuada dentro de seus prazos específicos de defesa, ou por mera petição, consoante regra esculpida na Constituição Federal – artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”¹⁰⁴. Caso o primeiro auto de infração esteja já constituído, o caminho será muito parecido. Deverá buscar o cancelamento do auto junto ao ente sem competência primária para fiscalizar ou licenciar, porque assim a lei determina, quando fixa o critério de prevalência. Em tal situação, valores eventualmente pagos em razão da sanção de multa deverão ser restituídos pela Administração, por haver fundamento legal para tanto.

Parece-nos, porém, haver um limite temporal para esta segunda autuação, seja ela efetuada por aquele detentor de competência para licenciar ou autorizar ou por aquele sem competência: a prescrição. Esgotado o prazo prescricional, sem que a Administração tenha apurado a prática de infração administrativa, não haverá mais como se falar em aplicação da regra trazida no artigo 17, parágrafo 3º, da Lei

¹⁰³ Dentre aquelas passíveis de reversão podemos mencionar: advertência; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; suspensão parcial ou total de atividades; e restritiva de direitos.

¹⁰⁴ **Constituição Federal de 1988:**

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[...]” (BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 ago. 2012).

Complementar nº 140/2011. Prevalecerá a primeira autuação, pois a segunda sequer existirá validamente, em razão da extinção de pretensão punitiva do Estado.

Críticos dirão que a interpretação conferida ao artigo 17 poderia ferir o princípio da segurança jurídica, à medida que o autuado não sabe se determinada autuação será futuramente mantida ou não. Ousamos discordar desta vertente, pois, agora, o cidadão conhece de antemão a regra do jogo. No passado, ficava à mercê das múltiplas autuações, sem saber, ao certo, como proceder. Deparava-se com inúmeras teses jurídicas, cada uma em um sentido, e via, no mais das vezes, sua demanda parar no Judiciário. Cada ente federativo, antes da Lei Complementar nº 140/2011, poderia defender o seu auto de infração, independentemente da existência de outros. A única exceção era a multa aplicada pela União, nos exatos termos do artigo 76 da Lei Federal nº 9.605/1998, já mencionado anteriormente. Não havia, portanto, apontamento de solução definitiva. Naquele cenário, sim, havia absoluta insegurança para o autuado. A regra de hoje pode não ser a melhor, mas traz um caminho para a resolução das infrações justapostas. Ademais, ainda que o infrator só venha a ser autuado pelo ente competente primariamente em um segundo momento, terá seus direitos assegurados, por exemplo, mediante devolução de eventuais valores pagos.

Adotar outra interpretação seria tornar letra morta o texto legal e contrariar a finalidade do diploma normativo atribuída pelo legislador¹⁰⁵ e, principalmente, extraída da Constituição Federal, no artigo 23, parágrafo único. Não nos parece haver, neste mecanismo, qualquer vício de inconstitucionalidade material¹⁰⁶ que imponha uma leitura diferenciada, relativizando o seu sentido.

Também não se pode esvaziar o comando normativo sob o argumento de um enfraquecimento do IBAMA, ente competente para fiscalizar no âmbito da União. Alega-se, aqui e acolá, ter se reduzido drasticamente o campo de atuação da autarquia federal, talvez o ente mais bem estruturado em âmbito nacional para este fim; porém, com base nesta simples alegação, não é possível impor uma interpretação voltada exclusivamente a favorecer a prática da autarquia. Quem assim pensa incorre em equívoco de duas ordens. Em primeiro lugar, traz a constatação de um problema prático decorrente da aplicação da lei para contrapor interpretação jurídica. Esta questão factual, concreta, merece ser tratada em outra seara. Se o órgão competente não exerce corretamente sua atribuição, deverá sofrer as ações pertinentes dos órgãos de controle – como é o Ministério Público, v. g.. Se isso não for suficiente, caberá ao legislador alterar esta sistemática, modificando a lei – trata-se de escolha política legítima do Poder Legislativo, embora dela possamos discordar. Osório, embora

¹⁰⁵ Como se pôde notar nas discussões travadas no Senado Federal, quando da aprovação da lei, mencionada em capítulo deste trabalho.

¹⁰⁶ Como já apontamos, discutir-se-á no Supremo Tribunal Federal se há na redação do artigo 17, parágrafo 3º, algum vício de inconstitucionalidade formal, em razão da mudança do texto na Casa revisora, sem retorno à Casa iniciadora.

discorrendo sobre outro ponto, critica o uso da ideologia como forma de impor uma interpretação, quando na verdade o problema encontra-se na má gestão pública de instituições de controle. E afirma:

Pensar num plano ideal de funcionamento das Instituições, a partir de reformas políticas possíveis, talvez seja uma alternativa mais idônea e factível do que suportar essas estruturas arcaicas (em muitos aspectos relevantes) do Poder Executivo e, em medidas distintas, de outras Instituições e legitimá-las através de discursos normativos inflamados, cheios de aparente idealismo contra nichos históricos de impunidades. **Há que se ter cautela para que o idealismo não se transforme em ingenuidade ou que o discurso jurídico não seja instrumentalizado por interesses obscuros**¹⁰⁷.

Em segundo lugar, quem assim pensa ignora o principal sentido da norma: se apresenta diretriz voltada ao autuado, também apresenta – talvez até em maior medida – diretriz ao Poder Público, de cooperação. Este ponto, em especial, merece maior atenção.

Como afirmamos, mais do que distribuir competências, o artigo 23 instituiu verdadeira diretiva voltada à cooperação entre os entes federativos. Tal espírito é não só o fundamento da Lei Complementar nº 140/2011, como também constitui parte do seu corpo de normas. O artigo 4º listou diversos instrumentos voltados à cooperação e o artigo 5º possibilitou ao ente federativo, até mesmo, delegar a execução de ações administrativas de sua alçada. O objetivo da lei complementar nunca foi o de estabelecer separações estanques de competências, mas, em verdade, de racionalizar a execução das atividades ligadas à proteção do meio ambiente. Cabe aos atores envolvidos sentarem à mesa e efetivarem um diálogo sério e constante, no qual se estabeleçam linhas e campos claros de atuação. Nesta seara será possível – e também legítimo – considerar eventuais deficiências de um ou outro, ou mesmo as potencialidades de outros tantos. Esta é a melhor saída para se evitar atuações sobrepostas. Com estes instrumentos de cooperação também se permite imaginar o estabelecimento de uma comunicação contínua entre os entes envolvidos na fiscalização – com a plena troca de informações –, de modo a possibilitar ao agente público ter conhecimento prévio sobre a lavratura de um auto ou mesmo, diante da constatação de uma infração, noticiá-la imediatamente ao órgão competente primariamente para fiscalizar. Assim, antes de utilizar o suposto enfraquecimento do IBAMA como argumento para criticar a lei, é preciso compreender o seu verdadeiro intuito.

Não se diga, ainda, que a competência de fiscalização mencionada pela norma seria atinente apenas às atividades já efetivamente licenciadas ou autorizadas. O texto normativo é bastante claro neste sentido ao restringir a fiscalização às *“atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente,*

¹⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 284.

*for cometida*¹⁰⁸, em cada caso, à União, aos Estados e aos Municípios. Vale dizer que a Lei Complementar atrela a competência de fiscalização a outro conjunto de competências – de autorizar ou licenciar, mas não a um ato administrativo específico – a autorização ou a licença.

Dirão os mais atentos que o artigo 17, *caput*, fala em competência para fiscalizar o empreendimento ou atividade “licenciada ou autorizada”, transmitindo um sentido de que a regra ali esculpida valeria somente para aqueles empreendimentos e atividades detentoras do ato administrativo – a licença ou a autorização. Esta interpretação deve, porém, ser prontamente atacada, por ignorar o sentido da norma, se lida sistematicamente. Ora, os artigos 7º, inciso XIII; 8º, inciso XIII; e 9º, inciso XIII, utilizaram técnica redacional absolutamente distinta ao inaugurarem a disciplina da fiscalização; como dito, vincularam a atividade a outro conjunto de competências, não a uma atividade específica ou a um ato administrativo. O mesmo pode ser afirmado quanto ao parágrafo 3º do próprio artigo 17. O comando ali contido fala na prevalência do auto lavrado pelo órgão “que detenha a **atribuição** de licenciamento ou autorização”, não ao órgão que tenha efetivamente licenciado ou autorizado. A leitura conjunta da norma leva à conclusão de que a regra de competência fiscalizatória vale independentemente de a atividade já ter sido licenciada ou autorizada, bastando possuir em tese a competência, ainda que não exercida. Ademais, quisesse vincular a regra de fiscalização apenas aos empreendimentos e atividades já licenciados ou autorizados, a norma teria reduzido efeito concreto, deixando de atender à sua finalidade essencial de evitar conflitos e racionalizar a atuação administrativa. Grande parte das autuações ocorre em face de situações nas quais ainda não há os referidos atos administrativos.

Cabe, por fim, trazer ao debate algumas peculiaridades da norma.

Em primeiro lugar, a competência dos Municípios para licenciar não está definida de antemão pela Lei Complementar nº 140/2011. Segundo o artigo 9º, inciso XIV, alínea “a”, caberá aos Municípios licenciar as atividades cujos impactos sejam de âmbito local, nos termos de tipologia definida pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente. Assim, em razão da vinculação prevista pelo estatuto, a competência de fiscalização dos Municípios também dependerá desta deliberação dos colegiados estaduais para ser definida.

Em segundo lugar, há também as situações de licenciamento “supletivo”, instaurado em caso de decurso de prazo para manifestação do órgão ambiental – artigo 14, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2011 – e quando inexistir órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no ente federativo competente – artigo 15, da Lei Complementar nº 140/2011. Outra possibilidade de deslocamento

¹⁰⁸ Mesma redação contida nos artigos 7º, inciso XIII; 8º, inciso XIII; e 9º, inciso XIII, todos da Lei Complementar nº 140/2011.

de competência é a delegação da execução de atividades administrativas previstas na lei complementar – inclusive as de licenciamento e autorização – a outro ente federativo, autorizada pelo artigo 5º da norma. Parece-nos, em casos como este, que a competência primária para fiscalizar também se desloca, vale dizer que todos podem fiscalizar, mas havendo conflito, prevalecerá o auto lavrado por quem detiver a competência supletiva ou delegada.

Esta leitura decorre da própria busca do elemento teleológico no processo interpretativo – a finalidade da lei. “*O espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita*”¹⁰⁹. Ora, a ideia de atrelar a fiscalização ao licenciamento explica-se por uma razão irrefutável, o fato de o ente licenciador ou autorizador possuir maiores informações sobre aquela determinada situação. E não é só. Se um ente já licenciou ou habitualmente licencia atividades como a fiscalizada, certamente terá mais subsídios técnicos para avaliá-las. Portanto, há, nesta interpretação também, um objetivo de racionalizar a atuação do Poder Público, como é toda a estrutura da norma.

Por fim, se a questão da multa está equacionada, ainda restaria indagar sobre as sanções irreversíveis citadas alhures. Quando mencionamos tais sanções, o fizemos por ser o seu resultado, no mais das vezes, de recuperação impossível – demolição de uma casa construída em área protegida, sem licença, v.g. No caso das sanções concorrentes, o problema se instauraria se a primeira sanção fosse uma pena irreversível, aplicada por ente sem a competência primária, pois mesmo diante do posterior cancelamento este auto de infração já teria gerado efeitos inalteráveis. Se o espaço fosse voltado para uma recomendação, o melhor seria que somente o ente com competência primária aplicasse tal sanção, ou, sendo aquele com competência subsidiária, comunicasse o primeiro para a adoção das medidas necessárias, até como forma de prestigiar a orientação central da norma já referida, a cooperação.

A prática, porém, nem sempre será assim. A Lei Complementar nº 140/2011 traz a resposta para tal problema, mesmo sem o fazer explicitamente. O artigo 17, parágrafo 2º, assegura ao ente federativo com conhecimento do fato a prerrogativa de determinar medidas para evitar, cessar ou mitigar a degradação da qualidade ambiental. Conjugue-se esta regra ao comando do parágrafo 3º – pelo qual todos os entes podem fiscalizar – e temos as sanções de demolição e destruição como medidas voltadas ao atendimento do disposto no parágrafo 2º. Assim, a norma teria autorizado que o ente, mesmo sem competência primária, adote aquelas sanções, pois sempre destinadas a combater práticas causadoras de degradação da qualidade ambiental. Com a demolição se interrompe ou se mitiga uma degradação e com a destruição do produto se evita a degradação, à medida que serve como desestímulo a práticas

¹⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125.

semelhantes. Com isto, prevaleceria o auto lavrado posteriormente, porém, a primeira sanção, cujos efeitos práticos já teriam ocorrido, não demandaria sua reversão.

6.2.4. Os casos não abrangidos pela regra do Artigo 17, § 3º, da Lei Complementar nº 140/2011

Antes de finalizar, cabe destacar uma última peculiaridade: os casos não abrangidos pela regra do artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2011. Como já dissemos, a norma não solucionou todos os problemas relacionados às autuações múltiplas. Duas situações merecem destaque neste particular. A primeira é identificada quando há duas autuações pelo mesmo fato e nenhuma delas é efetuada pelo ente com competência primária para fiscalizar. A segunda ocorre quando a infração, explícita ou implicitamente, não envolve atividade passível de licenciamento ou autorização.

Recorremos aos exemplos para bem ilustrar tais circunstâncias. No primeiro caso, imaginemos um dano causado à Unidade de Conservação Federal e aquela ação é autuada por Município e Estado. No segundo caso, imaginemos uma autuação por caçar no Estado de São Paulo, violando a regra trazida pelo artigo 24 da Resolução SMA nº 32/2010 – a caça é vedada pela Constituição do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 204. Portanto, tal atividade, de caça, não é passível de ser autorizada ou licenciada. Como solucionar tais problemas se a regra do artigo 17, parágrafo 3º, não os resolve?

É por esta razão que entendemos não estar revogado tacitamente o artigo 76 da Lei Federal nº 9.605/1998 – a Lei Complementar nº 140/2011 não abarcou todas as hipóteses de concorrência de infrações. Assim, diante da não incidência da lei complementar devemos nos voltar ao antigo comando da Lei Federal nº 9.605/1998.

Entretanto, esta regra possui problemas, como já apontamos neste capítulo. Mesmo aplicável excepcionalmente, esbarraria em uma dificuldade: o dispositivo versa sobre a concorrência de multas aplicadas pela União, de um lado, e pelos Estados ou Municípios, de outro. Não há nenhuma menção à concorrência de sanções entre Estados e Municípios. Ademais, restringe-se à sanção de multa. Restaria, ainda assim, os demais casos, quando a sanção envolvida não for a da multa e mesmo quando as autuações concorrentes forem entre Estado e Município.

A solução para tais casos repousa, na posição por nós encampada, nos próprios princípios do Direito Administrativo Sancionador. Como afirmado, o princípio do *non bis in idem* não só é reconhecido por grande parcela da doutrina, como aplicado pelos Tribunais Superiores em procedimentos administrativos sancionadores. Há, portanto, um norte para fixar a infração prevalente, bastando definir o momento em que o princípio incidirá, na falta de uma determinação legal neste sentido. Havendo

uma infração definitivamente constituída – vale dizer, findo o processo administrativo decorrente do auto lavrado –, com um ato jurídico perfeito, surgirá uma barreira para a nova autuação. É neste exato instante que o princípio emergirá e obstará a constituição da segunda autuação, evidentemente exigindo para tanto que a primeira tenha sido validamente reconhecida – por órgão competente, investido daquela prerrogativa – e seja regular, respeitando as regras procedimentais e princípios incidentes na matéria. Esta interpretação, aliás, é a mesma adotada na já referida súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, ao vedar a segunda punição no processo administrativo disciplinar¹¹⁰.

O mais crítico dirá que esta visão contraria o sentido trazido pela Lei Complementar nº 140/2011 – e por nós defendido –, pois, o princípio do *non bis in idem* para a norma não obsta a segunda autuação, mas apenas apresenta uma resposta estatal no sentido de apontar qual o auto de infração prevalecerá. Não há qualquer incompatibilidade entre estas visões. Na situação versada pelo artigo 17, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 140/2011, o legislador deu contornos concretos para o princípio do *non bis in idem*, sem afastar sua incidência. “É possível à jurisprudência criar regras processuais ou procedimentais que potencializem o *non bis in idem* [...] independentemente de previsões em textos legais ou constitucionais”¹¹¹. Porém, é “igualmente possível a intermediação legislativa no detalhamento das formas procedimentais para discussão e alegação do *non bis in idem* [...]”¹¹².

Quando o legislador não apresenta um critério, parece-nos que o princípio do *non bis in idem* surge como verdadeira barreira à segunda autuação estatal. Se em princípio todos os entes possuem competência para fiscalizar e a lei complementar que poderia delimitá-la não o fez em determinadas situações, é o princípio do *non bis in idem* que servirá de parâmetro para a definição do auto prevalente¹¹³.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seria absolutamente despiendo reproduzir, em forma de tópicos resumidos, as conclusões lançadas ao longo do texto. Como palavra final, cabe salientar que mesmo um estudo aprofundado, de ponto bastante específico das infrações

¹¹⁰ Por certo a súmula vigora de longa data, desde 1963, razão pela qual devemos emprestar um sentido ao seu comando, mas sem nos desprendermos da realidade constitucional e legal atualmente vigente no Brasil.

¹¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 287.

¹¹² *Ibid.*, p. 287.

¹¹³ Este entendimento tem como seus principais pontos de sustentação a súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal e o critério temporal. Reconhecemos, entretanto, que em matéria ambiental poderá haver uma tendência para utilização do princípio da subsidiariedade, o que significaria na prática critério muito semelhante àquele trazido pelo artigo 76 da Lei Federal nº 9.605/1998.

ambientais, pode não ser suficiente para esgotar o tema, sobretudo diante do grande número de situações fáticas colocadas diante do intérprete. A nossa proposta de enfrentamento destas questões não busca ser definitiva. Pretende, em verdade, ser mais uma contribuição para o debate, ainda não acabado sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vitor Morais de. *Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado. Direitos Difusos e Coletivos. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2085. Acesso em 17 de mar. 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Comentários ao Decreto nº 6.514/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Ambiental*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Leis Nacionais e Lei Federais no Regime Constitucional Brasileiro. In: PRADE, Péricles. *Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

BARCELOS, Ana Paula de. *Controle Social, Informação e Estado Federal. A Interpretação das Competências Político-administrativas Comuns*. Disponível em <http://jurisnet.com.br/artigos/apb01.pdf>. Acesso em 07 jul. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN, (texto consolidado até 2010) e normas conexas*. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegComum_Normas_Conexas.pdf. Acesso em: 14dez. 2012.

CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade Administrativa Ambiental: Sua Natureza Subjetiva e os Exatos Contornos do Princípios do Non Bis In Idem. In: WERNEK, Mário; SILVA, Bruno Campos; MOURÃO, Henrique A.; MORAES, Marcus Vinicius Ferreira de; OLIVEIRA, Walter Soares. (coord.). *Direito Ambiental visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINO NETO, Nicolao. *Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais*. In: Revista dos Tribunais On-Line – Revista de Direito Ambiental. São Paulo: n° 62, abril-junho, 2011. Disponível em <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 31 mai. 2012.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria Geral da Infração Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Heline Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Saraiva: 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discriminação Constitucional das Competências Ambientais – Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais*. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: n° 35, p. 39-55, julho-setembro, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Leonardo. *Competências Constitucionais em Matéria Ambiental*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: vol. 687, p. 23-33, janeiro, 1993.

KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Priscilla. *ANP faz autuações que podem gerar multa de R\$ 100 milhões à Chevron*. G1, O Portal de Notícias da Globo, Brasília, 21 nov. 2011. Disponível em < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/11/anp-faz-duas-autuacoes-que-podem-gerar-multa-de-r-100-mi-chevron.html> >. Acesso em: 06 fev. 2012.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Parecer*. Rio de Janeiro, fevereiro de 2008. Disponível em <http://www.telebrasil.org.br/Mat%C3%A9ria%20-%20Va%20Parecer%20do%20Parecerista.pdf>. Acesso em 17 mar. 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Conflitos de Competência entre as Esferas Federal, Estadual e Municipal no Sistema Nacional de Meio Ambiente: Uma visão geral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Da Divisão de Competências das Pessoas Políticas e o Meio Ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: n° 10, p. 93-101, abril-junho, 1998.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Compliance commitment agreement and the precautionary principle

Desirée Ramos Mansano¹

SUMÁRIO

I. Introdução; II. Aspectos históricos e legislativos; III. Compromisso de ajustamento de conduta; 3.1. Natureza jurídica; 3.2. Legitimidade e ratificação; 3.3. Obrigações; 3.4. Cláusula Penal; IV. Princípio da Precaução; V. Compromisso de ajustamento de conduta como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente e Reflexos Penais; Considerações Finais. Bibliografia.

RESUMO

O trabalho analisa o compromisso de ajustamento de conduta, introduzido na Lei de Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, como importante mecanismo de defesa do meio ambiente, que se configura em típica manifestação do princípio da precaução, pois possibilita formalização de acordos para intervenção mais ágil em casos de ameaça ou lesão ao meio ambiente. Para que alcance esta finalidade, é fundamental que seja inserido no artigo 9º da Lei nº 6.938/81, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, ao lado do licenciamento, zoneamento e outros. É imprescindível, ainda, regulamentação específica para fixar limites e formas mínimas de cumprimento de obrigações, compensações, indenizações e cláusulas penais pelas pessoas jurídicas de direito público e privado, bem como inter-relação entre responsabilidade civil e penal.

ABSTRACT

This monograph examines the Compliance Commitment Agreement as introduced by the Code of Consumer Protection, in the Law of Public Civil Action, as an important tool in defense of the environment, and reflects the precautionary principle, that enables quickly interventions in environmental threats or damages. Regarding to attain this objective, it should be inserted into article 9 of Law nº 6.938/81, to be used as an implement in the National Environment Policy along with licensing and zoning. It is also indispensable to create specific regulations in order to set limits and conditions for the fulfilment of obligations, as well as environmental compensation, indemnities and penalty clauses, by legal entities under public law. These specific regulations may also be a link between civil and criminal liability.

Palavras-chaves: Compromisso. Precaução. Acordo. Regulamentação.

Keywords: Commitment. Precaution. Agreement. Regulation.

¹ Advogada, Executiva Pública e Assessora da Presidência da *Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP)*. Graduada em Letras (Português/Inglês) e bacharel em Direito, pós-graduada em Direito Contratual, especialista em Ciências e Técnicas de Governo e em Direito Ambiental e Pós-Graduada pela ESPGE na área de Direito Ambiental, Turma 2010/2011.

I. INTRODUÇÃO

Os grandes desastres ecológicos que extrapolam fronteiras e causam mortalidade de espécimes da flora e fauna, o aquecimento global, as mudanças climáticas e o próprio comprometimento da sobrevivência da vida humana colocaram corporações e empresas mundiais no foco da prevenção ambiental.

Isso porque estas pessoas jurídicas são os agentes que, no desenvolvimento de suas atividades, quase sempre acabam por atingir vítimas indeterminadas, sem arcar com as consequências de seus atos.

A percepção de que o ser humano, sua qualidade de vida e sua saúde física e mental são diretamente afetados pela poluição e degradação dos recursos naturais, artificiais e culturais, tornou o meio ambiente centro de preocupações e alvo de uma visão mais protecionista.

Para atingir a efetiva proteção do meio ambiente, foi preciso superar barreiras contundentes advindas do imprescindível e irreversível desenvolvimento econômico e industrial, para compatibilizá-las com medidas de prevenção e repressão, como garantia de um progresso sustentável.

A adoção de legislação mais aprimorada e rigorosa, contemplando responsabilidade civil e penal, educação ambiental e sustentabilidade, passou a ser foco no mundo, com o fim de minimizar conflitos entre o homem e o meio ambiente.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano² foi a primeira concentração de esforços para alcançar esse novo paradigma e consolidou diretrizes de contenção, a partir da constatação de problemas comuns aos países signatários, como: crescimento demográfico, dilapidação de recursos naturais, crescimento econômico e industrialização.

Segue-se a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente – Rio 92, na qual há uma preocupação mais sólida com a criação de legislações específicas, nacionais e internacionais, para responsabilização e indenização, reconhecendo-se as diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Os Estados Nacionais são estimulados a priorizar legislações mais protetivas, em harmonia com o desenvolvimento econômico sustentável, mediante cooperação global, para salvaguarda do planeta e utilização mais racional e menos predatória dos recursos naturais.

A partir daí, seguem-se outros encontros de cunho ambiental, para desenvolver ações e políticas, sem avanços significativos, culminando com a Conferência Rio + 20, em 2012, cujas conclusões foram lançadas no documento “O futuro que queremos”, de 27/07/2012.

² Realizada no ano de 1972, em Estocolmo, que resultou na elaboração de documento “Declaração da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Humano”.

No Brasil, há clara evolução legislativa, verificando-se uma transição da proteção exclusiva ao cidadão e suas relações pessoais, para a guarda do meio ambiente, enquanto necessário à exploração pelo homem, na busca de seu desenvolvimento econômico-social.³

A Constituição Federal erigiu a proteção do meio ambiente à condição de direito difuso e transindividual, de terceira geração, bem jurídico de uso comum do povo e fundamental da pessoa humana.

Porém, a efetividade dessa proteção é alcançada na implementação dos procedimentos previstos na legislação infraconstitucional, que garantem que atividades poluidoras não se iniciem, não se perpetuem, ou sejam cessadas com a maior brevidade possível.

Ao lado das tutelas civil e penal do meio ambiente, as providências de caráter administrativo e extrajudicial estruturadas em normativos específicos se mostram muito eficientes e concretizam o princípio da precaução ambiental.

Embora o Compromisso de Ajustamento de Conduta tenha sido concebido sob a égide da lei consumerista, sua utilização é de vital importância para a proteção ambiental, já que compõe conflitos, reprime demandas judiciais, propicia intervenções mais céleres em atividades poluidoras, além de garantir compensações que contribuem para a melhoria do meio ambiente.

Nesse trabalho, o Compromisso é analisado a partir da proteção mundial, compatibilizada com o arcabouço legislativo interno, com foco na pessoa jurídica que integra o polo passivo, realçando-se especificidades da pessoa jurídica de direito público.

É abordada a necessidade de um esforço mais contundente dos órgãos legitimados, em especial do mais atuante que é o Ministério Público, no sentido de gerar compromissos com exigências mais factíveis e aderentes aos casos concretos, que ensejam cumprimento espontâneo de medidas preventivas e influenciam positivamente em políticas públicas.

Pretendeu-se demonstrar que o princípio da precaução é parte da essência do compromisso, diante de sua natureza acautelatória, que impacta positivamente a proteção ao meio ambiente, evitando prejuízos para as partes, para terceiros e para o próprio objeto perseguido pelo interesse público, devendo ser inserido como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, no artigo 9º da Lei nº 6.938/81.

³ BONALUME, Wilson Luiz. Crimes contra o Meio Ambiente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Vol. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1325 – o autor registra a existência de dois momentos legislativos: pré-ambiental e ambiental.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS

A primeira manifestação articulada entre países do mundo, visando à proteção do meio ambiente é oriunda da citada Conferência de Estocolmo, na qual foram fixados princípios básicos e destacada a condição do homem como agente ativo e passivo da sustentabilidade, com atuação na busca do equilíbrio entre as “*exigências da economia e as da ecologia*”.⁴

Ou seja, aos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade e qualidade de vida, decorrentes de um meio ambiente saudável, a que faz jus a coletividade, corresponde uma obrigação dessa mesma coletividade, de proteção, preservação e melhoria ambiental.

A despeito da densidade do documento, por ocasião da Conferência Rio 92, constatou-se que quase nada foi feito, e passou-se a reconhecer a importância das normas jurídicas para harmonizar ações e reprimir abusos ambientais, nos seguintes princípios:

Princípio 10. Deve ser proporcionado acesso aos procedimentos judiciais e administrativos, incluindo compensação e reparação.

Princípio 11. Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. [...]

Princípio 13. Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas [...].

Por isso, Milaré registra que toda iniciativa para tentar estabelecer equivalência entre demandas da humanidade e saúde do planeta deve ser privilegiada, incluindo medidas reguladoras e sancionadoras, nas quais é essencial o papel do Direito⁵.

De fato, diante dos problemas cada vez mais frequentes, que ultrapassam fronteiras e são protagonizados por empresas, com forte poderio econômico e político, primordial a posição do Direito Ambiental na produção de normas e princípios jurídicos ambientais.

Essencial conceituar o Direito Ambiental, na lição de Paulo Affonso Leme Machado:

Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. [...] não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção, de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.⁶

⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, 2006. In: <http://www.stf.gov.br>

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente A Gestão Ambiental em Foco*. p.1036.

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme – *Direito Ambiental Brasileiro*. p. 58.

Para Paulo Antunes, “Direito Ambiental é um direito fundamental de garantia à sadia qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais.”⁷

Segundo Édis Milaré, é:

um complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.⁸

Das definições supracitadas, pode-se concluir que o Direito Ambiental é um ramo autônomo do direito, informado por regras e princípios próprios sistematizados, destinados à proteção e preservação do meio ambiente integrado, com foco no ser humano e na qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

A preocupação com a sanidade ambiental, com a regulação das atividades humanas, com o desenvolvimento econômico, com a garantia da qualidade de vida e sustentabilidade, alcançou o foco claro e direcionado de hoje a partir de 1981, com a Lei nº 6.938, de 31/08/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

Sem menosprezar a importância da legislação esparsa vigente (proteção para caça, pesca, florestas, águas e outras), a PNMA pode ser considerada um divisor de águas na evolução do Direito Ambiental Brasileiro, porque trouxe conceitos de meio ambiente e poluição, fixou instrumentos, definiu objetivos e diretrizes e elencou princípios.

O art. 2º dessa lei compatibiliza desenvolvimento e preservação, ao estabelecer como objetivo primordial:

a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana [...].

A Constituição Federal, por sua vez, recepcionando a PNMA, classifica o meio ambiente como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”⁹, passando a considerá-lo como nova categoria de direito. Um direito de terceira geração, transindividual, ou coletivo e, portanto, nem público e nem privado.

Trata-se de nova postura, que reforça a responsabilidade compartilhada desse bem, implicando na proteção do direito à fundamental vida e na limitação do poder estatal, exigindo comprometimento e padrões de comportamento por parte do Estado e da sociedade civil, para tutela dos direitos coletivos e composição dos

⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*, 2010. In: FACIN, Andréa Minussi. *Meio Ambiente e Direitos Humanos*. Elaborado em 11/200. Atualizado em 08/2002. <http://www.jusnavigandi.com.br>.

⁸ MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente A Gestão Ambiental em Foco*. 2011, p. 1062.

⁹ Constituição Federal, artigo 225, caput.

conflitos deles decorrentes, em consecução ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990) conceitua direitos ou interesses difusos e coletivos, respectivamente, como:

transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.¹⁰

Para resguardar a efetividade desse direito, a PNMA introduziu a responsabilidade civil objetiva ambiental (§1º do art. 14), que dispensa comprovação de dolo ou culpa para imputação de condenação e obrigação de indenizar ou reparar danos ao meio ambiente.

Esse delineamento foi reiterado pelo §3º do artigo 225 da Carta Magna e pelo artigo 927 do Novo Código Civil¹¹, que positivaram a dispensa do elemento subjetivo.

Assim, é suficiente que ao dano causado corresponda uma ação ou omissão, ficando evidenciado o nexo de causalidade, para gerar responsabilidade civil e obrigação de preservar, garantir, recuperar, restaurar o bem ambiental, ou indenizar.

Do ponto de vista processual, a mais antiga ferramenta de tutela coletiva é a ação popular (Lei nº 4.717, de 29/06/1965), cujo escopo jurídico foi alterado pelo inciso LXXIII do artigo 5º da Lei Maior, para permitir anulação de ato lesivo ao meio ambiente.

Adicionalmente, temos o Mandado de Segurança Coletivo (inciso LXX), o Mandado de Injunção (inciso LXXI) e, também, as Ações de Jurisdição Constitucional: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigos 102 e 103).¹²

Na prática, é inexpressiva a utilização dos meios indicados, para resguardar o meio ambiente, restando tal papel para a ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24/07/1985 (alterada pela Lei nº 8.078, de 11/09/1990 – CDC).

Essa lei detalha as condições em que se instaura e se desenvolve o inquérito civil e prevê a possibilidade de se entabular compromissos de ajustamento de conduta, elencando os legitimados para atuar, dentre os quais, o Ministério Público.

¹⁰ Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11/09/90, artigo 81.

¹¹ Art. 225. §3º “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Art. 927 “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹² AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Op.cit.*, p.56.

O §1º do artigo 14 da PMNA já conferia tal prerrogativa ao Ministério Público Estadual e Federal e o inciso III do artigo 129 constitucional reforça essa função institucional.

Com certeza, o Ministério Público é o maior protagonista das ações civis públicas¹³, já que para o desenvolvimento desse mister lhe foi atribuída competência exclusiva investigatória para instauração e condução do inquérito civil¹⁴.

Apesar de não ser indispensável para a propositura da ação judicial, a prévia instauração do inquérito civil permite ao *parquet* conhecer minuciosamente os fatos sob investigação, para formação de sua convicção quanto à eventual iniciação da lide, arquivamento do processo, celebração de compromisso com o infrator¹⁵, ou arquivamento por inexistência de provas, sendo possível a expedição de recomendações ao investigado.

O conceito, etapas, condições de iniciativa e condução, instrução, provas, prazos, conclusão, recursos, e demais detalhes da tramitação do inquérito civil constam de leis específicas no âmbito federal (Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993, Lei nº 8.265, de 12/02/1993, e Resolução nº 23, de 17/09/2007) e no âmbito estadual (Lei Complementar nº 734, de 26/11/1993 e Ato Normativo nº 484, de 05/10/2006 – CPJ).

De acordo com essa regra:

O inquérito civil é procedimento investigatório, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.¹⁶

O inquérito civil abrange três pilares: “*preventivo*”, de “caráter intimidativo”, que pode levar ao compromisso; “*reparatório*”, que pode gerar ação civil pública; e “*repressivo*”, voltado para o a persecução penal.¹⁷

Seguindo a doutrina, o inquérito civil é derivado do inquérito policial e, portanto, procedimento administrativo de caráter extrajudicial, investigativo e

¹³ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit., p.56. “No ano de 2010, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou 2.506 novas ações civis públicas. No ano de 2011, foram propostas 3.264 ações desta natureza.

¹⁴ Constituição Federal, artigo 129, inciso III e §1º do art. 8º da Lei nº 7.347/85.

¹⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit., p. 67/68. “De abril de 2010 a março de 2012 foram instaurados 22.994 inquéritos civis no âmbito do Ministério Público de São Paulo, sendo 12.126 apenas no ano de 2011.” “Em 2006, o Ministério Público Bandeirante instaurou 2.288 inquéritos civis e 1.901 procedimentos preparatórios na área do meio ambiente e urbanismo, totalizando 16.677 inquéritos civis em andamento e 20.787 procedimentos preparatórios, quanto a esta matéria.”

¹⁶ Resolução 23/2007 CNMP, Resolução 87/2006 CSMPF e Ato Normativo 484/2006 CPJ SP.

¹⁷ MILARÉ, Édis. Op. cit., p. 1359.

inquisitorial, com o objetivo de determinar a autoria e a materialidade dos fatos, no qual se busca a formação da prova¹⁸, o que torna evidente a absoluta impossibilidade de aplicação de pena, sendo desnecessária a instalação do contraditório e ampla defesa.¹⁹

Dessa forma, coligidas as provas necessárias e se dispondo o investigado a corrigir a conduta lesiva, a melhor alternativa para proteção ambiental será sempre o compromisso, nos termos da recomendação expressa do Ministério Público de São Paulo.²⁰

O arquivamento do inquérito civil por inexistência de justo motivo para propositura de ação²¹ ou em razão da formalização do compromisso, após cumprimento das obrigações pactuadas, está sujeito à homologação pelo órgão superior do Ministério Público.²²

III. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O surgimento dos chamados direitos transindividuais ou indisponíveis, que afetam coletividades e não têm caráter patrimonial, sendo verdadeiros direitos sociais, tem como consequência primordial a necessidade de amplo acesso à justiça por pessoas físicas, pessoas jurídicas, sociedade civil e órgãos públicos, como dispõe o artigo 225 da Constituição Federal.

A proteção desses direitos, que visam garantir a qualidade de vida, no presente e no futuro, se efetiva quando seus titulares dispõem de meios e ações para proteção, preservação, restauração, manejo, fiscalização, definição de espaços e de estudos prévios, controle e educação ambiental, elencados nos termos do §1º.

Embora se dirija ao Poder Público, a simples leitura dos incisos deixa clara a extensão da responsabilidade à sociedade civil, pela abrangência das atividades de produção, comércio, pesquisa e manejo de áreas verdes e ecológicas, fauna e flora.

¹⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, 3. ed., RJ: Ed. Forense, 2011, p. 75.

¹⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV.

²⁰ Manual de Atuação Funcional MPSP art. 357: “Atentar para a possibilidade de formalização de compromisso de ajustamento de conduta do responsável, no bojo do inquérito civil, desde que o fato objeto da investigação esteja devidamente esclarecido, para adequação de sua conduta às exigências legais, impondo-lhe o cumprimento das obrigações à prevenção, cessação e reparação do dano.”

²¹ Súmula 12 – Aviso 140/2004 C.S.M.P. “Sujeita-se à homologação do Conselho Superior qualquer promoção de arquivamento de inquérito civil ou de peças de informação, bem como o indeferimento de representação, que contenha peças de informação, alusivos à defesa de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos.”

²² Súmula 4 – Aviso 140/2004 C.S.M.P: “Tendo havido compromisso de ajustamento que atenda integralmente à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito.”

Ademais, na concretização do exercício protetivo ao meio ambiente, foi estabelecida no § 3º, a tríplice responsabilidade nas áreas administrativa, penal e civil objetiva, independentes entre si, seguindo-se o contido no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que introduz a possibilidade de composições extrajudiciais de conflitos por violação ou ameaça de violação a direitos indisponíveis, mediante compromisso de ajustamento de conduta.

Com base nesse artigo, fica viabilizada a composição, ou conciliação entre os órgãos legitimados e os responsáveis por violações ou ameaças a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em inquéritos civis presididos pelo Ministério Público, ou em decorrência de outros procedimentos administrativos de iniciativa de órgãos competentes.

O compromisso é um incontestável avanço na tutela dos direitos transindividuais, devendo ser buscada sua utilização pelos órgãos legitimados sempre que possível, no intuito de agilizar a cessação do dano, ou vetar seu início, em honra ao princípio da precaução que é supedâneo do direito ambiental.

Essa a posição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região do Rio de Janeiro:

[...] O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta é readequar e conformar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico em vigor, [...] A expressão 'ajustamento de conduta', tal como empregada pelo legislador ao se referir ao TAC, é emblemática, eis que 'o instituto se propõe unicamente a fazer com que as pessoas físicas e jurídicas possam se adequar ao que determina a legislação'.²³

Os doutrinadores concordam com a importância do instrumento, que permite resgatar o direito violado ou em risco, sem que seja necessário se socorrer do Poder Judiciário, no qual inexistente previsibilidade de tempo para que se efetive a prestação judicial, sendo que esta última poderá não corresponder ao esperado.²⁴

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao reconhecer o compromisso como título executivo extrajudicial, por força do § 6º do artigo 5º da Lei nº 7347/85, cuja finalidade é encerrar ou prevenir conflitos e proteger direitos transindividuais, significando, a cessação de atos ilícitos e, em última instância, o desestímulo à reiteração de práticas lesivas.

Trata-se de uma negociação, ou composição extrajudicial de conflito, para estabelecer obrigações decorrentes de responsabilidade civil objetiva por violação ao patrimônio ambiental, na qual figuram o poluidor como compromissário e o órgão tomador como comprometente (Ministério Público ou demais legitimados).

²³ Apelação cível 2004.51.09.000483-0/RJ3 TRF 2ª Reg., Rel.: Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 16/04/2009, p. 38/39.

²⁴ Nesse sentido, Fernando R.V.Akaoui, Geisa A.Rodrigues, Édis Milaré. In: Op. cit., p. 73, 46 e 1380.

Destarte, a negociação deve recair sobre a melhor forma de cumprimento da obrigação, devendo levar em conta o interesse protegido, a repercussão social e as condições do compromissário, podendo, até mesmo, influenciar em políticas públicas. Em outras palavras, há que se fixar no acordo obrigações que atendam ao comando da lei, mas não pesem sobremaneira sobre o compromissário.²⁵

Apesar da característica de indisponibilidade inerente aos direitos transindividuais, que versam sobre conteúdos não patrimoniais, o legislador houve por bem inserir a possibilidade de conciliação no intuito de proteção, já que a tutela mais rápida e menos onerosa, no caso do meio ambiente, é essencial para cessar ou reparar eventual impacto.

No dizer de Geisa Rodrigues, o compromisso só atende a seu valor se for *“um meio econômico, breve e justo de solução”*, rechaçando o *“excessivo formalismo”* que torna o ajuste *“mais dispendioso e demorado”*, ou cria *“óbices que limitem sua operosidade imediata”*.²⁶

O compromisso não pressupõe homologação judicial para produzir efeitos, mas se submetido a tal procedimento, transmuda o título executivo em judicial. Em qualquer das situações, seu descumprimento enseja propositura imediata de ação de execução, dispensando o processo de conhecimento.

Apesar de não serem considerados compromissos em sentido estrito, nada obsta a que se realizem composições no curso do processo judicial, ao final da demanda, após prolação da decisão de primeiro ou segundo grau, ou até em fase de execução de sentença ou acórdão, sob idêntico fundamento legal e igual teor, mesmo que seja menos profícuo o resultado, em comparação com o que seria obtido desde o início da ocorrência. Nesse caso, se configurará um acordo judicial e respectivo título, passível de execução imediata.

3.1. Natureza Jurídica

Partindo-se da premissa de que toda legislação que disciplina acordos, transações, contratos e outras composições é majoritária de direito privado, com o objetivo de regular relações individuais sobre bens patrimoniais²⁷, é bastante complexa e polêmica a natureza jurídica do compromisso de conduta e sua aplicação na tutela dos bens transindividuais.

²⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. p.100/103.

²⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit., p.105.

²⁷ Código Civil – Art. 840 – É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Art. 841 – Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Além disso, considerando que o compromisso deveria conter todas as medidas, ações e demais cominações adequadas à solução do conflito, da idêntica forma ao que ocorreria numa ação judicial, não seria lícito, ao órgão tomador tergiversar sobre qualquer parte destas.

Levando em conta a indisponibilidade do direito e a inexistência do cunho patrimonial, uma corrente minoritária de autores entende que o compromisso se configura em “*ato jurídico de reconhecimento da violação ou ameaça de violação de um direito transindividual*”.²⁸

Seria ato jurídico porque só há manifestação de vontade unilateral, exclusiva do interessado em firmar compromisso, devendo o órgão legitimado cumprir a lei e exigir o que seria devido na propositura de ação, essa a razão da expressão “tomar o compromisso”.²⁹

Ana Luiza Nery discorda e afirma que no ato jurídico, a vontade se subsume à norma, sem margem para estruturação de uma relação negocial, não podendo o compromisso “*ser imposto ao compromissário, nem este pode exigir do órgão público sua celebração*”, configurando-se “*como ato jurídico stricto sensu*”.³⁰

Outra corrente vislumbra o compromisso como acordo em sentido estrito, onde não há concessões, prevalecendo o enquadramento da conduta aos termos da lei. Caso contrário, havendo concessões, se configurará uma transação.

Paulo Affonso Machado prefere a classificação de acordo, que se traduz em “*celebração de ajuste*”³¹ e para Akaoui é acordo, no qual podem, ou não, haver concessões: “*Em caso positivo, diante do permissivo legal, estaremos diante do instituto da transação [...]. Em caso negativo, posto que indisponível o seu objeto, então estaremos diante do que convenciamos denominar de acordo em sentido estrito. [...]*”³²

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ) reforça essa corrente:

[...] Como se trata de acordo em sentido estrito, tendo como objeto direitos e bens indisponíveis, é perfeitamente legítima e constitucional tal limitação. [...] Daí a impossibilidade de se confundir o compromisso de ajustamento de

²⁸ Paulo Cezar Pinheiro e José dos Santos Carvalho Pinto. In: RODRIGUES, Geisa A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, p. 124/125.

²⁹ Posição de José dos Santos Carvalho Pinto. *Idem*.

³⁰ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*, São Paulo: RT, 2010, p. 99.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. p.397.

³² AKAOUI, Fernando R.V. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, p.80.

conduta com a transação, este instituto típico do Direito Civil, relacionado aos interesses disponíveis.³³

Na concepção daqueles que entendem o compromisso como negócio jurídico, pressupondo manifestação de vontades³⁴, é unânime a necessidade de adequação da conduta à lei, mas persistem controvérsias quanto ao conteúdo. Pode ser negócio jurídico de caráter declarativo; pode extinguir, modificar ou constituir direitos e obrigações; ou pode buscar eliminar incertezas para cumprimento da determinação legal.

Como não pode recair sobre bens patrimoniais, só há viabilidade de concessões quanto às condições de cumprimento da obrigação, o que não elide o elemento volitivo das partes.

O interessado manifesta vontade de sanar a conduta investigada e o órgão legitimado, por meio de seu poder discricionário de conveniência e oportunidade, celebra o compromisso. A composição que encerra o conflito é espécie de conciliação, cujo resultado é o mesmo que seria obtido com o processo judicial.³⁵

Mas, para a grande maioria dos aplicadores do direito, o compromisso de conduta se insere na categoria de transação³⁶, anômala ou *sui generis*, que objetiva resguardar direitos transindividuais, sem se desnaturar de sua finalidade de composição de conflitos e de encerramento de demandas, mediante convergência de vontades.

Seria transação em que pode haver concessões mútuas, atinentes apenas às condições de tempo, modo e lugar de cumprimento da prestação, e não sobre o próprio bem tutelado. Embora diferente da típica transação civil, deve ser considerada como bilateral, porque de um lado há o interessado em cessar a conduta lesiva ou perigosa e de outro há o órgão legitimado em restabelecer a ordem pública e defender o direito violado.

Fernando Grella admite que ao afastar o caráter de transação, estar-se-á privilegiando tutelas intransigentes e, portanto, se impedindo a negociação para alcançar melhor resultado.³⁷

³³ TRF 2ª Região, Apelação Cível 2004.51.09.000483-0/RJ3. Rel.: Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJU 16/04/2009, p. 38/39.

³⁴ Nesse sentido: Hindemburgo Chateaubriand Filho, Roberto Senise Lisboa, e outros. In: RODRIGUES, Geisa A. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, p. 123.

³⁵ RODRIGUES, Geisa A. Op. cit., p. 126, 129, 130, 132.

³⁶ Nesse sentido: Daniel Roberto Fink, Nelson Nery, Édis Milaré, Patrícia Pizzol, Rodolfo de Camargo Mancuso, e outros. In: NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação *híbrida* e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*, p. 105.

³⁷ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Op. cit., p. 107.

Édis Milaré ressalta que se trata de “*mecanismo de solução de conflitos, com natureza jurídica de transação*”, cujas “*medidas acauteladoras*” *previnem litígio ou lhe põe fim [...]*.”³⁸

Ana Luiza Nery conclui que o compromisso “*é transação híbrida*”, “*por cuja forma se encontra e melhor solução para evitar ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.*”³⁹

Apontada a posição da maioria expressiva dos doutrinadores, sem prejuízo de outras isoladas, imperativo extrair que o traço que permeia a todas é o indiscutível fundamento do compromisso de proteção aos direitos transindividuais, cujo objetivo é encerrar ou evitar a continuidade da lesão, no qual a vontade do órgão público tomador não existe, ou é mínima, e para o compromissário, a manifestação de vontade é restrita à conformação legal.

Toda a controvérsia se funda na conjunção de vontades, na voluntariedade, no poder de realizar e aceitar a obrigação dessa ou daquela maneira, ou seja, mediante disposições sobre o bem tutelado.

Oportuna a abordagem do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”:

O ajustamento de conduta não pode ser imposto ao compromissário, nem este pode exigir do órgão público sua celebração. Não pode, portanto, ser configurado como negócio jurídico unilateral, já que este dispensa que a manifestação de vontade que o integra seja receptícia, tem existência e eficácia autônoma e não supõe nem provoca reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos. A bilateralidade é fundamental, [...]”⁴⁰

Assim, não há como negar que o compromisso tem natureza jurídica de acordo em sentido amplo, no qual se insere uma negociação na qual as partes devem criar consenso, convergência de vontades, cada qual nos limites de sua atuação, com escopo de garantir a proteção do bem, além de enquadrar a conduta do infrator à lei e encerrar o conflito.

É negócio jurídico bilateral, que não se confunde com transação típica de caráter civil ou contrato, pois inexistente cunho econômico ou patrimonial, ou autonomia de tomador e compromissário sobre o direito, restringindo suas concessões às possibilidades jurídicas.

O poder do órgão público, a toda a evidência, é extremamente limitado, porque atua sobre direitos indisponíveis, em nome da coletividade, como verdadeiro substituto processual, ficando sua vontade restrita ao interesse público e aos princípios inerentes à sua função pública e balizadores do direito ambiental, como

³⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*. p. 1382.

³⁹ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Op. cit.* p. 114.

⁴⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1382.

precaução e poluidor-pagador, bem como aos específicos contornos do caso concreto, que melhor se prestarem à proteção ambiental.

3.2. Legitimidade e ratificação.

O artigo 5.º da Lei nº 7.347/85 elenca os órgãos legitimados para tomar compromisso: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associações.

Parte da doutrina questiona a legitimidade das sociedades de economia mista e empresas públicas, pois apesar da presença do Estado e dos controles a que se sujeita, o regime privado traz ínsita a primazia da busca por melhores resultados financeiros, o que obriga a considerar o enquadramento constitucional: exploração da atividade econômica e prestação de serviços públicos, tornando legítimas apenas as últimas

Geisa Rodrigues inclui as agências executivas e reguladoras, órgãos como Procon e Ibama, nos limites de sua atuação, como legitimados. Por outro lado, há pacífico entendimento de que essa prerrogativa não é conferida às associações civis, que não se enquadram como órgãos públicos.

Quanto à Defensoria Pública, pendente de julgamento Ação de Inconstitucionalidade, desde 2007, sem concessão de liminar ou decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo com esse rol de legitimados, repise-se que o Ministério Público é o órgão que mais propõe e consolida compromissos, como decorrência de sua atuação nos inquéritos civis.

Quanto ao compromissário que figura no polo passivo não há restrições, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse no litígio e capacidade processual. No entanto, impõe-se considerar duas situações distintas, que não são examinadas pela doutrina:

1. O particular, que tem total liberdade de estabelecer e se adequar à melhor forma de cumprimento da prestação, valendo para este buscar condições que, sem afrontar a legislação, não lhe imponham encargos insuportáveis, que prejudiquem a sua atividade produtiva;

2. O Poder Público, que comparece ao acordo na condição de similar à do tomador, como representante do interesse público e responsável por políticas públicas; para este, a imposição de condições por demais exageradas ou descabidas podem ensejar descumprimento de obrigações afetas a outras áreas, ou o desvio de recursos do próprio bem tutelado, em decorrência do pagamento de multas ou compensações de outra natureza.

Não se pretende legitimar condutas ilegais ou irregulares de administradores públicos, mas não se pode simplesmente ignorar as limitações a que estes estão sujeitos.

Embora seja ponto polêmico a obrigatoriedade de ratificação pelo Ministério Público, de compromissos formalizados por outros órgãos, por analogia ao que determina a legislação quanto à sua interveniência no processo da ação civil pública, como fiscal da lei (§1º do artigo 5.º da Lei nº 7.347/85), na prática, isso não ocorre. Acordos com Procon, Cetesb e Secretaria do Verde e Meio Ambiente não se submetem ao crivo ministerial.

No Estado de São Paulo, os compromissos firmados pelo Ministério Público devem ser ratificados pelo Conselho Superior, por meio de homologação, sendo cláusula obrigatória do termo⁴¹, contudo, o arquivamento do inquérito civil somente se dá com o adimplemento da obrigação, devendo o Ministério Público fiscalizar seu cumprimento⁴².

Obviamente que em sede de ação civil pública ou outra ação judicial, a homologação é de competência do juiz ou tribunal em que corra o processo, ouvindo-se o representante do Ministério Público, pois não se trata de compromisso em sentido estrito, e sim de acordo e respectivo título judicial, sobrestando o arquivamento dos autos.⁴³

3.3. Obrigações

O escopo do compromisso é a solução extrajudicial do conflito sobre o meio ambiente, que abrange o enquadramento da conduta do compromissário à legislação pertinente, devendo as obrigações que o integram ser o mais abrangentes possível.

⁴¹ Ato Normativo Paulista 484/2006 CPJ – art. 84, § 3º: “Do termo de compromisso constará, obrigatoriamente, a seguinte cláusula: ‘Este compromisso produzirá efeitos legais depois de homologado o arquivamento do respectivo inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público.’”

⁴² Aviso 140/2004 C.S.M.P – Súmula 21: “Homologada pelo Conselho Superior a promoção de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, em decorrência e compromisso de ajustamento, incumbirá ao órgão do Ministério Público que o celebrou, fiscalizar o efetivo cumprimento do compromisso, do que lançará certidão nos autos.”

⁴³ Aviso 140/2004 C.S.M.P – Súmula 25: “Não há intervenção do Conselho Superior do Ministério Público quando a transação for promovida pelo Promotor de Justiça no curso de ação civil pública ou coletiva.”

Ato Normativo Paulista 484/2006 CPJ – art. 88: “Havendo ação civil pública em andamento, o compromisso será formalizado no processo respectivo, para eventual homologação por sentença, não intervindo o Conselho Superior do Ministério Público.”

Com base no artigo 84 do Código do Consumidor, os aplicadores do direito defendem que todos os pedidos que seriam obrigatórios numa ação judicial devem constar do acordo.

Porém, oportuno considerar que:

beira o truísmo afirmar que os ajustes de conduta conterão obrigações de fazer ou de não fazer coincidentes com o previsto na lei ou no contrato, que deve ser observado por força legal. Embora essa seja a primeira opção que deve ser trilhada pelo órgão legitimado, na impossibilidade, poderá “o ajustamento fixar uma obrigação de fazer, ou de não fazer diversa da estritamente prevista na norma, ou seja, uma medida sub-rogatória que atenda o mesmo resultado prático.”⁴⁴

Com certeza, o órgão público legitimado não pode dispor do objeto do compromisso, nem fazer concessões que comprometam o resultado protetivo, mas deve decidir sobre a conveniência e oportunidade de formalizar o documento visando à melhor solução para o problema, em face do princípio da precaução ambiental e dos princípios da legalidade, da finalidade e da razoabilidade, que regem a atividade pública.

Há que se ter sempre em mente que o acordo é a melhor forma de garantir a repressão, reparação, ou cessação do dano, e a continuidade da fruição do bem ambiental pela sociedade.⁴⁵ Portanto, o tomador do compromisso deve negociar quanto ao melhor modo de execução das obrigações, prazos e outras condições, com vistas à proteção integral do bem e ao cumprimento da legislação, sem perder de vista “as peculiaridades do caso concreto, e tendo em conta a capacidade econômica do infrator e o interesse da sociedade.”⁴⁶

O compromisso que não prevê todas as obrigações inarredáveis para corrigir ou reparar o dano é parcial ou insuficiente, e pressupõe complementação; o compromisso que insere obrigações que não alcancem o objetivo, é nulo de pleno direito e eivado de vício insanável.⁴⁷

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 7.347/85, o objeto do compromisso está delimitado em “*cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*”. De fato, o conteúdo mais comum do compromisso é a obrigação de fazer, por meio da qual se estanca poluição em andamento, evita-se o início, ou recupera-se o local atingido. Obrigações de não fazer também são escopos de compromissos e voltadas para a cessação de

⁴⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, p. 167.

⁴⁵ MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. In: MILARÉ, Édis. MACHADO, Paulo A. L., *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, Volume IV, SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 383 e p. 384.

⁴⁶ MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. In: op. cit..

⁴⁷ AKAOUI, Fernando R. V. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, p.119.

atividade poluidora, a fim de que o degradador passe a cumprir a lei. Não é raro que os compromissos cumulem obrigação de fazer, com obrigação de não fazer.

Sendo o pilar da proteção ambiental, evitar a degradação, quando já tenha ocorrido, ou iniciada, cessá-la no menor espaço de tempo e recuperar o meio ambiente, sem impedir o desenvolvimento, constituindo-se no próprio princípio da precaução, o compromisso seria um ato vinculado sobre o qual incide o mínimo poder discricionário.

É patente que se o objetivo protetivo não for atingido, restando descumprido o princípio da precaução, a alternativa é a recuperação do espaço poluído.

Como esse caminho nem sempre é trilhável em razão de dificuldades técnicas e financeiras, que tornam inviável a reconstituição do ambiente à sua conformação original, o legislador não se quedou inerte e inseriu na PNMA, obrigação de indenizar como alternativa.⁴⁸

A mesma previsão consta do artigo 3.º da Lei n.º 7.347/85, quando estabelece a viabilidade da condenação em dinheiro, bem como do §1º do artigo 84 da Lei n.º 8.078/90, que é taxativo para a admissibilidade da “*conversão da obrigação em perdas e danos*”, por opção do autor, se impossível a tutela específica, ou obtenção do resultado prático correspondente.

A interpretação desse panorama jurídico leva à presunção de que a indenização é a última *ratio* para resguardar o bem ambiental, servindo como opção para inibir condutas lenientes, no caso de não haver como restaurar e recuperar o bem *in natura*.

Não havendo qualquer alternativa para reconduzir o bem violado à sua condição original, o causador do dano não pode se eximir de sua obrigação, sendo-lhe atribuído um encargo monetário, como forma de desestimular a sua conduta e minorar o prejuízo causado.

A forma de indenização é controversa para a doutrina e a jurisprudência, no que tange ao pagamento em dinheiro, ou sua substituição por medida compensatória equivalente ao dano perpetrado, ainda que nos dois casos seja difícil a valoração.

Para a indenização em pecúnia, há concordância geral em se atentar para os termos do artigo 13 da Lei n.º 7.347/85, no sentido de que a indenização se destine à reconstituição dos bens lesados e reverta a fundo “*gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais*” com participação do Ministério Público e representantes de comunidade.

⁴⁸ Art. 4º. VII. à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos [...]

Art. 14. § 1º. [...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente [...]

Para atendimento das disposições desta lei, o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, atualmente Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID), foi criado no Estado de São Paulo (Lei nº 6.536, de 13/11/1989, alterada pela Lei nº 13.555, de 09/06/2009, e regulamentada pelo Decreto nº 27.070, de 08/06/1987).

Embora nenhum normativo faça alusão à obrigatoriedade de destinação dos recursos provenientes de compromissos a fundo federal ou estadual, salientam os doutrinadores (“...ao fundo deve também reverter o dinheiro resultante de obrigações pecuniárias assumidas em compromissos de ajustamento de conduta.”)⁴⁹ que a Lei nº 7.347/85 não regula o compromisso porque foi introduzido posteriormente pelo Código do Consumidor.

No âmbito federal, foi estipulado que o dinheiro depositado nos fundos deve ser empregado “na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível”, ou inexistindo essa possibilidade, deve ser aplicado na reparação ou recomposição de outro bem relacionado “com a natureza da infração ou do dano causado.”⁵⁰

Entretanto, há percepção geral de que os fundos não funcionam como deveriam, e os recursos neles depositados acabam permanecendo por muito tempo sem destinação, em prejuízo ao meio ambiente, o que vem gerando estipulações de compensações por equivalente.

Assim, o depósito que seria efetuado no fundo é substituído por obrigações de caráter ambiental em espécie, podendo incidir sobre outros bens, se o original se perdeu, ou ser cumpridas em outras áreas, como forma de indenização pelos danos causados.

Akaoui considera “a compensação por equivalente” como “transformação do valor que deveria ser depositado no fundo de reparação dos interesses difusos lesados em obrigação de coisa (s) certa(s) ou incerta(s)”, que contribui para a “manutenção do equilíbrio ecológico”.⁵¹

De qualquer forma, como todos entendem que é por demais difícil estipular obrigações semelhantes àquelas que poderiam recompor o patrimônio degradado, recomendam muita cautela na elaboração dos compromissos, até por conta da dificuldade em se calcular o valor do próprio dano ambiental.⁵²

Nesse caso, a maior preocupação é com as estipulações completamente desvirtuadas e vinculadas a ações desconexas com a área ambiental, como “doação de

⁴⁹ MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. In: Op. cit., p. 390.

⁵⁰ Decreto nº 1.306, de 09/11/1994 – artigo 7º caput e parágrafo único.

⁵¹ AKAOUI, Fernando R. V. Op. cit., p. 129.

⁵² O Ministério Público de São Paulo desenvolveu minucioso estudo a respeito da valoração do dano ambiental, no Ato PGJ 36/2011 em <http://www.mp.sp.gov.br>.

*materiais para a construção da sede do Ministério Público em determinado Município” e “doação de microcomputadores equipados e de funcionários para mão de obra (eletricista, pintor e pedreiro) para a reforma e aparelhamento do órgão ambiental de determinado Estado.”*⁵³

Em sentido oposto, outras estipulações (como “a criação de parques, áreas verdes, revegetação de mata ciliar, manutenção de viveiro de mudas e fomento de programas de educação ambiental”) são direcionadas à “*finalidade socioambiental*” revertendo “*em benefício da coletividade*”, e positivando “*medidas compensatórias*” que “*conseguem alcançar, ainda que indiretamente, uma melhoria da qualidade ambiental*”.⁵⁴

Para finalizar, há uma última modalidade de estipulação de obrigações pelos órgãos tomadores, que é a cumulação da obrigação principal, com a obrigação indenizatória devida a título de compensação ambiental, como derradeira tentativa de minimizar os efeitos do dano, que pode ser cumprida por meio de pagamento em dinheiro ou por execução de ações de caráter ambiental, mas exige concomitância com a medida para cessar o dano.

A indenização compensatória tem por fundamento o impacto sofrido pelo meio ambiente, que se vê de alguma maneira modificado para sempre, sem viabilidade de recuperação integral, mesmo com as providências adotadas, restando configurada uma perda irreversível, que enseja indenização cumulativa com ações de recuperação.

Caso contrário, ocorrendo somente um período de desestruturação, que caracteriza dano intercorrente, passível de recuperação integral a partir das obrigações de fazer, a indenização deve ser proporcional e correspondente ao prejuízo experimentado pelo tempo em que o bem ambiental deixou de ser usufruído.

Em São Paulo, as ações propostas pelo Ministério Público, em sua maioria, contêm previsão das chamadas compensações ambientais concomitantes com as obrigações de fazer e não fazer, que nada mais são do que verdadeiras indenizações pelos danos presumidos.

Na área de saneamento, essas compensações nem sempre se mostram razoáveis em termos de valores, apesar da convergência dos técnicos da área quanto à reversibilidade dos danos por lançamento de efluentes, o que justificaria uma compensação mais branda.

De toda sorte, a maioria das estipulações indenizatórias, ou compensatórias, nunca são em pecúnia, e guardam relação com o objeto do compromisso:

⁵³ MILARÉ, Édís, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. In: Op. cit., p. 392.

⁵⁴ MILARÉ, Édís, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. In Op. cit., p. 395.

1 – Restauração de recursos hídricos e corpos d'água, vegetação e solo, superficiais e subterrâneos, recuperação de mata ciliar, com plantas nativas, no local afetado e outros locais da mesma bacia hidrográfica; manutenção de áreas plantadas pelo prazo de dois anos.

2 – Fornecimento, plantio e manutenção de mudas, pelo prazo total de quatro anos.

3 – Diagnóstico da situação de áreas de preservação permanente, quanto à existência de mata ciliar e recomposição, através de mapeamento digital; reflorestamento e manutenção das áreas plantadas pelo prazo de dois anos e monitoramento por três anos.

4 – Desenvolvimento de controle de fontes de poluição difusa; controle de qualidade da água; controle de áreas de risco, de invasões, de novos empreendimentos; desenvolvimento de programas de educação ambiental.

5 – Instalação de redes de água e esgoto em bairros de baixa renda e recuperação florestal de áreas de risco e de outras áreas de proteção permanente.

6 – Montagem de programa de educação ambiental; implantação do Programa de Uso Racional da Água em prédios municipais; fornecimento de água de reúso para lavagem de ruas, logradouros públicos e rega de jardins; recuperação de áreas de preservação permanente.

7 – Intervenção paisagística e implantação de canteiros florísticos.

8 – Recuperação florestal; implantação de centro de educação ambiental e viveiro de mudas; realização de obras destinadas à expansão urbana.

Porém, não é incomum que as negociações levem muito tempo, chegando a durar meses, ou anos, em decorrência da exigência de compensações por demais onerosas, ou com objetos desconectados com a finalidade do bem tutelado, com prejuízos ao meio ambiente.

Por isso, o caráter público da prestação dos serviços e a natureza jurídica do prestador têm que ser levados em conta pelo órgão tomador, uma vez que destinar recursos para outras finalidades, por mais relevantes que sejam, ou mesmo para depósito no fundo, significa ultrajar a própria sociedade e o meio ambiente.

As discussões sobre esse ponto tornam-se tão controversas que, algumas vezes, ao se chegar ao consenso para celebração do compromisso, a obrigação de fazer já está muito próxima de seu cumprimento, restando ajustar praticamente a compensação.

Nessas situações, ocorrem exigências que nada têm a ver com a preservação do meio ambiente, significando verdadeiros desvios de finalidade, mesmo trazendo vantagens em outras áreas:

1 – Construção e operação de receptivo turístico e contratação de seus empregados.

2 – Doação de área e construção de quadra esportiva.

3 – Implantação de playground e urbanização de praça.

4 – Elaboração do plano de drenagem urbana; recuperação de balneário.

5 – Elaboração do plano de drenagem urbana; reforma de matadouro.

6 – Construção de centro de recebimento de materiais recicláveis.

7 – Depósito de R\$ 6.500.000,00 para revitalização de praias.

8 – Doação de barco a motor.

9 – Aquisição de áreas, para posterior reflorestamento.

Por mais nobre que possam parecer à primeira vista, a concordância com tais determinações significa compactuar com o atendimento a outras áreas públicas, em detrimento ao meio ambiente, podendo representar violação à legislação e aos princípios que regem a atividade pública.

O Superior Tribunal de Justiça assentou posição quanto à nulidade de termo de ajustamento de conduta obtido pelo Ministério Público, sob ameaça de crime de desobediência e sem acompanhamento de advogado, no qual foi estipulada obrigação de apresentar projeto de reflorestamento e de dar equipamento a órgão estadual (Recurso Especial nº 802.060 – RS 2005/0201062-8 – Relator Ministro Luiz Fux, 17/12/2009).

3.4. Cláusula penal

Além da cláusula de cumprimento da obrigação, cláusula indenizatória, ou de ambas, conforme o caso concreto, é obrigatório que o órgão tomador estipule cláusula penal, ou multa (§ 2º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85).

Tais multas se traduzem efetivamente em cláusulas penais, ou astreintes, conceituadas no Direito Civil como obrigações acessórias, nas quais são previstas, em nome da segurança jurídica, sanções pecuniárias para compelir o compromissário ao cumprimento do ajustado, nas condições e, principalmente, no prazo estabelecido.

São multas de natureza moratória, passíveis de exigência a partir do descumprimento da obrigação:

Súmula 23 – Aviso nº 140/2004 C.S.M.P. A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico, devendo ser fixadas “por dia de atraso na execução da obrigação”⁵⁵

Como inexistente parâmetro de estipulação, fica a critério do órgão tomador arbitrar o que entender devido, o que nem sempre é razoável, mesmo ao se sopesar a finalidade da multa. Na maioria das situações, as multas são totalmente desproporcionais em relação à obrigação principal, sem limite, ou com valor praticamente idêntico ao do investimento, não guardando relação com o benefício auferido pelo compromissário em razão da atividade.

⁵⁵ Diário Oficial do Estado de São Paulo de 02/07/2004 – fls. 78.

O órgão tomador também não leva em conta a natureza pública do compromissário e do compromisso como condicionantes para fixar o valor da multa, apesar do pagamento destas pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, assim como na compensação, se afigurar em prejuízo para a própria sociedade.

Nos exemplos abaixo, de compromissos na área de saneamento, percebe-se que não há qualquer uniformidade na definição do valor, que vai de R\$ 140,00 a R\$ 100.000,00, podendo incidir por dia de atraso ou por mês, em uma ou todas as obrigações:

1 – multas diárias de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), de 2,4 salários mínimos, de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), e multa mensal de R\$ 1.000,00 (mil reais), salvo configuração de caso fortuito e força maior, para depósito no fundo estadual.

2 – multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não podendo exceder o valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil), salvo configuração de caso fortuito e força maior, para depósito no fundo estadual.

3 – multas diferentes conforme a obrigação fixada: R\$ 100.000,00 (cem mil reais) diários para obrigações principais, salvo configuração de caso fortuito e força maior, para depósito no fundo estadual; R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) e R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para cada item de compensação.

As exigências são mais críticas quando se busca o acordo em juízo, após condenação em primeiro grau, ou em qualquer fase posterior do processo. Mesmo não se tratando de compromisso em sentido estrito, a negociação se dá com o órgão do Ministério Público, que é o autor da ação e acirra as imposições em função da fase processual.

É o caso de negociação encetada após a publicação do acórdão, em um contrato em que o faturamento não chegava a R\$ 10 milhões anuais e no qual a obrigação de fazer foi adimplida com atraso. A proposta de pagamento da multa moratória na forma de obrigações de recuperação florestal, mapeamento de mata ciliar, construção de centro de educação ambiental, de usina de reciclagem de resíduos da construção civil e de centro de materiais recicláveis, correspondentes a R\$ 4,5 milhões, não foi aceita pelo órgão ministerial, apesar da forte probabilidade de redução, na fase de recursos extremos ou no processo de execução, do valor da multa até então estimado em R\$ 50 milhões, sendo que o impasse inviabilizou o acordo, em claro prejuízo ao meio ambiente.

IV. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

No Direito Ambiental, os princípios específicos vinculam-se diretamente à proteção do meio ambiente e são passíveis de aplicação imediata, sendo inerentes à característica de irreversibilidade e reposição ao *status quo* ante o objeto tutelado.

São mandamentos incorporados ao texto constitucional e às normas legais e não meras ideias filosóficas e princípios éticos, mas princípios consubstanciados no direito positivo de um povo, num determinado momento histórico ⁵⁶.

Sem embargo da relevância dos demais princípios, o princípio da precaução deve ser considerado como a mais efetiva forma de proteção ao meio ambiente, em função de seu conteúdo abrangente, que engloba a incerteza e a dúvida incidente sobre ações prejudiciais, como elementos suficientes para obstar atividades poluidoras e exigir soluções.

Na precaução, não há certeza sobre a consequência do ato, substituindo-se o critério da certeza, pelo da probabilidade. Inexiste evidência científica absoluta do dano e comprovação do nexo causal. Basta a dúvida, o perigo e o desconhecimento do resultado.

Importa o caráter irreparável ou irreversível do dano potencial e a impossibilidade de recomposição do ambiente à idêntica situação anterior. Exige medidas por parte do Estado e da sociedade civil, para evitar o início da ocorrência, cessar o dano, ou minimizar efeitos ⁵⁷.

Pode-se admitir que o princípio da precaução agrega o princípio da prevenção, pois apesar da fundamentação, conteúdo e forma de aplicação distintos, seus objetivos são comuns, estando ligados pela atuação cautelosa e abordagem antecipada.

Apesar da natureza acautelatória de ambos, não há como negar que o princípio da precaução é uma espécie de personificação da cautela e da garantia de que transformações ao meio ambiente sejam precedidas de ações de mitigação, ou supressão de prejuízos ambientais. É prevenir e não remediar. Ação no presente para não chorar o futuro. Essa a previsão do princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente.

Nesse diapasão, constata-se que o princípio ocupa posição nuclear em grande parte das decisões judiciais e administrativas, manifestando-se por medidas e ações antecipatórias, como liminares e tutelas antecipadas, concedidas em primeira instância e confirmadas em segunda instância, focadas na prudência e na vigilância. ⁵⁸

No Tribunal de Justiça de São Paulo, é expressiva a prevalência do princípio da precaução, inclusive em relação aos outros princípios, como função social da

⁵⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Ambiente e dos Recursos Naturais*. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 405.

⁵⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Op. cit.*, 12. ed., SP: Saraiva, 2011, p. 117.

⁵⁸ São aproximadamente 1.200 (mil e duzentas) no Tribunal de Justiça de São Paulo e 700 (setecentas) no Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.gov.br>

propriedade (onerada por uma “hipoteca social”). O Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ reafirma essa postura:

[...] Fundamentalmente, sob o aspecto histórico, encontram-se inicialmente os direitos humanos de primeira geração – os direitos de liberdade (direitos civis e políticos) – relacionados com a gênese do Constitucionalismo moderno e a exigência de uma atuação estatal negativa, ou seja, um não-agir do Estado.

A segunda geração de direitos, por sua vez, surge no século XX e trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, pleiteando ações estatais positivas que provenham garantias materiais mínimas, tais como educação, saúde e proteção ao trabalhador.

[...] Os direitos de terceira geração concernem às exigências da sociedade contemporânea, tais como o ambiente, o desenvolvimento, os consumidores e as minorias. Ressalte-se, ainda, que essas três gerações de direitos humanos, em sua totalidade, orbitam em torno do Estado. [...]

A aplicação do princípio é bastante eficiente também no âmbito administrativo, pois empreendimentos viários e estruturantes somente são iniciados mediante obtenção de licenças e estudos de impacto ambiental, podendo ser paralisados se inexistentes.

Por outro lado, em homenagem à precaução, são licenciados pelos órgãos ambientais empreendimentos que propiciam maior conservação e defesa do meio ambiente.

V. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE E REFLEXOS PENAIS

Na persecução dos objetivos ambientais, a Lei nº 6.938/81 relaciona (artigo 9º) instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, que são procedimentos administrativos como: padrões de qualidade, licenciamento, zoneamento, criação de espaços protegidos, além de penalidades compensatórias ligadas à preservação ou correção de degradação ambiental.

⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: Agr. Instr. 892.898-5/6-00 – São José do Rio Preto. Acórdão de 26/03/09. Rel.: Renato Nalini; Apelação 266.237-5/0-00 – Franca. Acórdão de 12/07/2006; Agr. Instr. 851.126.5/4-00 – SP. Acórdão de 13/11/2008. Rel.: Renato Nalini. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: REsp 1.060.753 – SP (2008/0113082-6). Acórdão de 1º/12/2009. Rel.: Min. Eliana Calmon; Ag Reg 1.279 PR (2010/0139954-0). Acórdão de 16/03/2011. Rel.: Min. Ari Pargendler; AgrReg 1.564 – MA (2012/0079795-7). Acórdão de 16/05/2012. Rel.: Min. Ari Pargendler; Mandado de Segurança 16.074 – DF (2011/0012318-0). Acórdão de 09/11/2011. Rel.: Min. Arnaldo Esteves de Lima; REsp 1.223.092 – SC (2010/0217643-1). Acórdão de 06/12/2010. Rel.: Min. Castro Meira.

Segundo Celso Fiorillo, são instrumentos relevantes da efetivação do princípio da prevenção, aqui inserido o princípio da precaução (o autor não reconhece diferença entre eles): estudo de impacto ambiental, tombamento, sanções administrativas para punição com multa ponderada pela capacidade econômica de pagamento; fiscalizações, liminares, etc.⁶⁰

No âmbito processual, os meios de tutela como a Ação Civil Pública, as medidas de urgência e liminares, podem ser considerados como instrumentos da precaução.

Transferindo-se o painel delineado para o compromisso de ajustamento de conduta, não há dúvida de que o instituto se insere perfeitamente nesse contexto. A celebração de conciliação, na esfera extrajudicial, em regra, acelera o cumprimento da obrigação, sendo o resultado “*praticamente imediato*”.⁶¹

Infelizmente, o legislador não teve a visão de conceber o compromisso de ajustamento de conduta como um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, e sugerir a alteração da Lei nº 6.938/81, para constar sua previsão no artigo 9º, nos moldes do que ocorreu com a Lei de Ação Civil Pública, mesmo se tratando de instrumento essencial de proteção ao meio ambiente.

Daniel Roberto Fink garante que:

há vantagens do ajustamento de conduta em relação ao processo judicial representado pela ação civil pública. Portanto, antes de lançar mão de tão desgastante, cara e difícil solução, para o conflito ambiental, deve-se buscar a via da negociação, por meio da qual, todos encontrarão seus lugares e ao final do processo sairão muito mais fortalecidos do que se fossem obrigados a obedecer um comando frio e inexorável de uma sentença.⁶²

O compromisso é expressão do princípio da precaução, sempre com vistas a evitar grave lesão à ordem pública, a preservar o interesse social e a garantir a mais efetiva proteção ambiental, sem prejudicar o desenvolvimento econômico e social, a partir da busca de medidas antecipatórias, traduzidas nas apropriadas soluções técnicas para o caso concreto.

A proteção penal ambiental é regulada pela Constituição Federal (§ 3º do artigo 225), sendo pautada pelos pilares do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, e fundamentada nos princípios da precaução, prevenção, reparação integral do dano e poluidor-pagador, sem dissociar-se das garantias do

⁶⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p.118.

⁶¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Novos Desafios do Ministério Público na Tutela Coletiva*. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*, p. 728.

⁶² MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, p. 385.

Direito Penal (princípio da personalidade da pena, legalidade e devido processo legal), o que lhe outorga feição muito peculiar.

A responsabilidade penal, diante de seu caráter repressivo, presta-se a tutelar ofensas mais graves e lesivas, e a despertar a consciência da ilicitude, sendo a *ultima ratio* para garantir a integridade ambiental.⁶³

A relevância de que se revestem as condenações e processos penais trazem ao sujeito passivo exposição e estigma, repercutindo em sua dignidade e fama junto à sociedade, aplicando-se tal paradigma às pessoas jurídicas, que podem ver abalada sua imagem junto ao mercado, com prejuízos incalculáveis.

O caráter extremo da responsabilização penal conduz a uma limitação na sua utilização, devendo ocorrer somente quando se mostram infrutíferas, ou ineficazes, as medidas administrativas e civis.

A Lei nº 9.605/98 regulamentou tipos penais e condutas de pessoas físicas e jurídicas, possibilitando que estas últimas respondam por crime ambiental, quando houver:

- decisão do representante legal ou contratual, ou colegiado;
- interesse ou benefício da empresa (que traz vantagem econômica, lucro);
- corresponsabilidade ou participação da pessoa física (diretor, conselheiro, gerente) que integra os quadros diretivos da pessoa jurídica, inclusive por condutas omissivas.

A conformação legal exige concurso necessário da pessoa física (autoria imediata), com a obrigatória vantagem para a pessoa jurídica (autoria mediata).

Para que se configure a responsabilidade penal basta o risco, a conduta perigosa, ou mera potencialidade do dano, sendo desnecessário o efetivo prejuízo, importando o nexo de causalidade entre ação ou omissão e evento danoso que traz vantagem econômica ao ente coletivo, além da contribuição do administrador, dirigente, ou gestor na consecução do ilícito.

A culpabilidade passa a ser encarada como responsabilidade social, flexibilizando o conceito tradicional de dolo ou culpa comum às pessoas físicas. O elemento subjetivo é considerado sob o enfoque da censurabilidade da conduta, afastando-se o traço volitivo.⁶⁴

⁶³ SENISE, Ivette, In MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1275: (...) *ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto do intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social.

⁶⁴ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Culpabilidade e a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 585.

Na prática, somente o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posição firme e constante quanto à teoria da dupla imputação:⁶⁵

A inconstância dos julgados tem sido usada como forma de pressão, inclusive sobre pessoas físicas, para celebração de compromissos, em casos em que o dano ainda não ocorreu e mesmo se possível a reparação mediante compensações. Parece radical, porém é justificável para refrear condutas comprometidas com o lucro de pessoas jurídicas de direito privado.

A contrário senso, a pessoa jurídica de direito público não pode ser abarcada nessa presunção, pois o Estado não pode se beneficiar do cometimento de um crime, não se aplicando a este as disposições do citado artigo 3º da lei de crimes ambientais, quanto à vantagem e benefício do ente coletivo, sendo inócua a pena de suspensão de atividades.⁶⁶

De toda maneira, a persecução penal deveria ser impactada pelo compromisso firmado na área cível, com prévia recuperação do dano, permitindo o encerramento do processo e redução de eventual sanção, a exemplo do que disciplina o artigo 27 da Lei nº 9.605/98.

Em compromissos meramente preventivos, para impedir o início do dano ou quando este não é irreversível, a promessa de condenação penal desestimula o compromissário, que mesmo se adequando na área cível, fica à mercê de condenação criminal.⁶⁷

A ausência de regulamentação mais abrangente, que inclua causas de extinção de punibilidade, redução, ou substituição de penas, por cumprimento espontâneo da obrigação em decorrência de compromissos de conduta é bastante prejudicial e implica em decisões judiciais que permitem a persecução penal⁶⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, há que se concluir que o compromisso de ajustamento de conduta é meio de amplo acesso à justiça coletiva para tutela rápida e eficiente do

⁶⁵ Recurso Especial nº 564.960 – SC (2003/0107368-4). Acórdão de 02/06/2005. Relator: Ministro Gilson Dipp. <http://www.stj.gov.br>.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/1998. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 975.

⁶⁷ MILARÉ, Édis, *Direito do Ambiente A Gestão Ambiental em Foco*, p. 1390.

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus 61.199 BA (2006/0132542-1). Acórdão de 04/10/2007. Rel.: Min. Jane Silva; Habeas Corpus 187.043 RS (2010/0184707-0). Acórdão de 22/03/2010. Rel.: Min. Maria Thereza de Assis Moura.

direito ao meio ambiente ⁶⁹, como direito transindividual, abrangendo a dignidade da pessoa humana.

Embora seja impossível negociar sobre o próprio direito protegido, devem-se buscar condições técnicas e econômicas e prazos satisfatórios, sendo indispensável que o compromisso obtenha os *“melhores resultados na conciliação entre meio ambiente e desenvolvimento”*, incentivando *“a atuação preventiva pelo Poder Público”*, a partir da *“mitigação da unilateralidade”*.⁷⁰

As negociações têm que ser marcadas pela amplitude, devendo o poder público perseguir o cumprimento integral da obrigação de prevenir, cessar, ou reparar o dano, que se dará com o enquadramento da conduta do compromissário à lei, dentro de critérios que compatibilizem a proteção do direito com a menor onerosidade das medidas por este adotadas.

Esse é o significado e o desafio de *“mitigar a unilateralidade”* do tomador do compromisso: obter o acordo mais profícuo, sem tergiversar, fazer concessões ou renunciar ao direito, e paralelamente, sem exigir do compromissário contrapartidas excessivas, desproporcionais ou insuportáveis, que transformem a obrigação em inexecutável, no futuro. *“Assim, a um só tempo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta assegura à coletividade a recuperação integral do dano, e, ao interessado, condições que lhe permitam cumprir as obrigações dentro de suas possibilidades.”*⁷¹

A utilização do instrumento pelos órgãos legitimados, dentro de critérios da legalidade e razoabilidade, mostra-se como o melhor caminho para afastar o conflito judicial, sempre mais moroso, complexo e com desfecho muitas vezes diverso do esperado, diante da deterioração ou perda do bem ambiental.

As diferenças entre particulares, que têm total liberdade de dispor sobre bens e direitos sob sua responsabilidade, inclusive financeiros, e Poder Público, cujos representantes legais estão vinculados aos princípios da Administração Pública, devem servir de norte o órgão tomador, nas negociações.

A condição do Poder Público compromissário é similar à do Poder Público tomador, pois ambos representam o interesse público. Ao primeiro estão afetas políticas públicas e orçamentos que suportam o escopo dos trabalhos em sua esfera de atuação, não sendo plausível supor que possa concordar com a estipulação de condições inexecutáveis, ou aceitar condições em detrimento de outras obrigações que lhe sejam exigíveis.

⁶⁹ VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. Poluição Atmosférica e a Resolução CONAMA 315/02: Limites e Possibilidades na Celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres*. Volume 2. SP: Imprensa Oficial, 2009, p. 109.

⁷⁰ VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. Op. cit., p. 115.

⁷¹ MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. In: op. cit., p. 384.

Ao órgão público tomador cabe perscrutar com cuidado e parcimônia a veracidade dessas condições e exigir o máximo possível, podendo, inclusive, interferir na política pública do compromissário, gerando antecipações orçamentárias, alternância de prioridades e outras ações cabíveis. Não é tarefa fácil, mas o sucesso desse encargo advirá da consciência de que os administradores compromissários, em geral, mesmo imbuídos da função pública, têm limitações que podem ser superadas com o auxílio do órgão tomador.

A doutrina registra a relevância de implementar políticas públicas por meio de mecanismos extrajudiciais e a dificuldade em definir o limite dessa atuação, para que não se transmude em ingerência indevida no poder discricionário do Executivo. Para tanto, recomenda prudência para “*demonstrar que não há opções para o administrador a não ser adotar a medida desejada.*”⁷²

Portanto, nos casos envolvendo a área pública, como saúde e saneamento, é fundamental essa consciência e a incansável procura pelo melhor e mais rápido resultado. A busca pela composição amigável que resulte na celebração de ajustes de conduta é medida que se impõe aos órgãos legitimados, em especial ao mais atuante que é o Ministério Público.

Uma postura equilibrada e uma visão mais abrangente de que, não raramente, problemas de áreas distintas se entrelaçam e precisam ser vinculados para alcançar o resultado esperado, acaba sempre por propiciar alteração de prioridades orçamentárias e adoção de medidas mais céleres na correção de rumos ambientais.

Posturas intransigentes impedem a consolidação de acordos e prejudicam o meio ambiente, gerando propositura de ações civis públicas que se propagam indefinidamente até se chegar a um provimento judicial que poderia ter sido obtido no compromisso, ou ensejam acordo após condenação em segundo grau e antes do processo de execução, por iniciativa do compromissário e em condições mais desfavoráveis.

A formalização do compromisso, dentro dos parâmetros exigidos, significa perda do interesse de agir por parte dos órgãos legitimados, salvo se alguma obrigação não for inserida no ajuste, o que poderá ser aditado posteriormente, ou objeto de ação em apartado.

Assim, é forçoso conceber o compromisso como instrumento típico do princípio da precaução, com viés mais vantajoso, que se aperfeiçoa extrajudicialmente, por consenso das partes, dentro das melhores condições e prazos, com possibilidades mais dinâmicas de adequação a novos processos, além de funcionar como forte indutor de políticas públicas.

⁷² LEONEL, Ricardo de Barros. Novos Desafios do Ministério Público na Tutela Coletiva. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos.*, p. 730.

O êxito dessa perspectiva só é alcançado quando os órgãos públicos tomadores, que figuram sempre em posição de supremacia, por sua condição de representantes do interesse público e da coletividade, internalizam a consciência da vantagem do compromisso, despidendo-se de posturas pessoais inadequadas e substituindo-as por análises críticas e técnicas fundamentadas em dados concretos, que redundam em benefícios ambientais.

Vale dizer que exigir confissão do compromissário, desconsiderar sua capacidade econômica de cumprimento da obrigação, inserir cláusulas penais impróprias, entre outras estipulações, significa tornar remota a possibilidade de composição amigável, fazer letra morta do compromisso e, portanto, negar aceitação ao princípio da precaução.

Insistir na confissão de culpa do compromissário traduz-se em absoluta intransigência do tomador, porque não traz nenhum resultado prático no âmbito da responsabilidade civil e pode prejudicar o acordo em razão da ameaça em eventual desdobramento penal.

O sucesso do acordo repousa sobre o equilíbrio da negociação entre tomador e compromissário, que exige esforço enorme de ambos, mas sempre maior do órgão tomador, que legitimado na tutela de direito alheio, não pode renunciar ao direito indisponível.

O compromissário, a seu turno, deve evitar ou cessar a prática ilícita, vinculando-se por intermédio de obrigação de fazer, ou não fazer, e até de indenizar, dentro de suas possibilidades técnicas e econômicas.

Esse é o espírito do princípio da precaução, encontrar a solução mais apropriada para o problema, minimizando riscos e incertezas, dentro no menor espaço de tempo: *“Assim sendo, no lugar de simplesmente decidir por um dos lados, o princípio da precaução ajuda a compreender a controvérsia nas diversas esferas da vida social e estimula uma atitude reflexiva com relação à própria ciência.”*⁷³

Dessa forma, o compromisso de ajustamento de conduta, como realizador do princípio da precaução, deveria ser inserido como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, ao lado do licenciamento, da avaliação de impacto e do zoneamento ambiental.

Além disso, é indispensável fixar parâmetros e regramentos para nortear a celebração do instrumento, seja através de resoluções, avisos, súmulas ou qualquer outro ato normativo, seja pela edição de legislação específica.

A falta de critério e orientação mantém as partes num universo de insegurança e sujeitas às intempéries do momento, que induzem a estipulações nem sempre

⁷³ SETZER, Joana; GOUVEIA, Nelson da Cruz. Princípio da precaução rima com ação. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume I. SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 427.

aceitáveis, sensatas, ou coerentes, já que decorrentes de posturas pessoais, muitas vezes influenciadas por pressões políticas, situacionais, processuais e outras, que chegam a gerar ameaças criminais.

Essa insegurança jurídica reflete-se principalmente no estabelecimento das cominações por descumprimento, indenizações e compensações ambientais por danos intercorrentes ou permanentes ao meio ambiente.

No que tange às multas por inadimplemento, as variações apontam para dois extremos e não guardam relação com a amplitude da obrigação, podendo atingir ou superar o valor do principal.

Quanto à compensação, o cenário é ainda pior, verificando-se enormes distorções, que só podem ser mitigadas por normativos que regulamentem a substituição do pagamento em pecúnia por ações de cunho ambiental, que melhor protejam e resguardem o meio ambiente.

O melhor caminho é determinar que as compensações sejam feitas sempre em espécie, contemplando exclusivamente ações de melhoria ambientais e não outras áreas.

A responsabilidade penal em matéria ambiental também exige um melhor contorno legislativo, que estabeleça relação entre punição penal, ressarcimento e extensão do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 4. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros, A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental, *Revista de Direito Ambiental* 42/25, 2006. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 731.

BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia. *Florestas, Mudanças Climáticas e Serviços Ecológicos*. Volume 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 41/152, 2003. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 841.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da, Culpabilidade e a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental* 35/123, 2004. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 585.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DELALIBERA, Camila Gomes. Efetividade do Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental e Ação Penal. In: BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia. *PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011, p. 61.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 25/124, 1999. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 975.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. *Revista de Direito Ambiental* 35/26, 2004. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1111.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: MILARÉ, Édís. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental* 31/136, 2003. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

JUNIOR, Nelson Nery. Compromisso de ajustamento de conduta. *Revista dos Tribunais* 692/31, 1993. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 815.

LEONEL, Ricardo de Barros. Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva. In: MILARÉ, Édís. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 721.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público de São Paulo. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Atos/Manual%20de%20Atuacao%20Funcional.pdf> Acessado em 22/02/2013

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 305.

MEDAUAR, Odete, *Coletânea de Legislação Ambiental, Constituição Federal*. 10. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 25. ed., Malheiros Editores, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário*. 7. ed., revista, atualizada e reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos. *Revista de Direito Ambiental* 38/9, 2005. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.381.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental e as tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

MOTA, Mauricio. Princípio da precaução no Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental* 50/180, 2008. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 551.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

PEREIRA, Reginaldo; WINCKLER, Silvana Terezinha. Instrumentos de tutela administrativa do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental* 51/193, 2008. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 975.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Sugestões Práticas para o Aprimoramento do Termo de Ajustamento de Conduta em Matéria Ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres*. Volume 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p. 123.

SALLES, Carlos Alberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a proteção ao meio ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 36/51, 2001. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 701.

SANTOS, Emerson Martins dos, A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 55/82, 2005. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. Volume V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 873.

SETZER, Joana; GOUVEIA, Nelson da Cruz. Princípio da precaução rima com ação. *Revista de Direito Ambiental* 49/158, 2008. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme.

Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. Volume I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 427.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed., atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

VASQUES, Pedro Henrique Ramos Prado. Poluição Atmosférica e a Resolução CONAMA 315/02: Limites e Possibilidades na Celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental, Mudanças Climáticas e Desastres*. Volume 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009, p 109.

SÚMULAS

Súmulas 4, 12, 21, 23 e 25 do Aviso nº 140/2004 – C.S.M.P. Disponível em

<http://biblioteca.mp.sp.gov.br/PHL_IMG/AVISOS/004-sum%20csmp.pdf> Acessado em 22/02/2013

Nações Unidas. Declaração da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Humano. (Declaração de Estocolmo). 5-16 de junho de 1972. Disponível em

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acessado em 22/02/2013

DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas Sobre o Desenvolvimento Sustentável – Rio +20. *Report of the United Nations Conference on Sustainable Development*. 2012. Disponível em <<http://www.uncsd2012.org/content/documents/814UNCSD%20REPORT%20final%20revs.pdf>>. Acessado em 22/02/2013

Nações Unidas. *The Future We Want*. 2012. Disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E>. Acessado em 22/02/2013

Nações Unidas. *A 10-year framework of programmes on sustainable consumption and production patterns*. 2012. Disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/5&Lang=E>. Acessado em 22/02/2013

AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL: SUA RELEVÂNCIA NA DEMORA DAS OBRAS PÚBLICAS

ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT:
The importance on the public projects delay

Aluísio Pinna Braga¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Definição do escopo do projeto e elaboração das suas alternativas; 2.1. Abrangência; 2.2. Escopo; 2.3. Identificação das questões relevantes; 2.4. Apresentação de alternativas; 3. Processo de avaliação de impacto ambiental; 3.1. Objetivos; 3.2. Principais etapas do processo; 3.2.1. Apresentação da proposta; 3.2.2. Determinação do escopo; 3.2.3. Elaboração do estudo; 3.2.4. Avaliação técnica do estudo; 3.2.5. Audiência Pública; 3.2.6. Decisão; 3.2.7. Monitoramento e gestão ambiental; 3.2.8. Acompanhamento; 4. Tomada de decisão; 4.1. Processo decisório; 4.2. Modelo brasileiro de decisão; 4.3. Negociação e decisão; 5. O projeto “Expresso ABC” – caso prático; 6. Considerações finais; 6.1. EIA/RIMA; 6.2. Relação entre deficiências do EIA/RIMA e tempo de obtenção da LP; 6.3. Principais causas da demora na implantação do projeto. Bibliografia.

RESUMO

O trabalho procura analisar quais os principais aspectos envolvidos na avaliação do impacto ambiental, assim como procura investigar se este processo interfere de forma significativa no tempo total para a conclusão e operação dos projetos públicos do Estado de São Paulo. O texto faz uma abordagem das principais etapas envolvidas atentando para o grau de abrangência que deve ser adotado neste tipo de análise, e como proceder à identificação dos aspectos relevantes que merecerão maiores discussões. Abordamos, também, a questão da tomada de decisão, seus tipos e, principalmente, como buscar alternativas que possibilitem decidirmos pela melhor opção. Um caso prático é relatado, tendo por objetivo a ilustração do padrão de funcionamento da administração pública. Questões como gestão de informação e práticas habituais, causadoras de diversos entraves, estão destacadas no texto. Assim, o estudo procura mostrar como a questão ambiental é tratada e qual o seu grau de interferência na dinâmica de trabalho dos projetos públicos do Estado de São Paulo.

ABSTRACT

This is a study about the main aspects involved in environmental impact assessments. It shows its influence on the length of São Paulo state's projects. This paper raises the most important steps to be taken in environmental assessments, showing how deep it must be done in each step and how to identify the most important issues. It brings up the decision-making process, specifying methods and the way to make the best choices. It has a practical case that illustrates how the public administration works. Issues like bad information management and bad habits are brought up for being responsible for the delay of the projects. This paper shows how the environmental issue is treated and its importance on the length of the public projects of São Paulo state.

¹ Analista de Planejamento, Orçamento e Finanças Públicas do Estado de São Paulo (APOFP) da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional do Estado de São Paulo. Engenheiro Eletrônico, Pós-graduado em Administração e Marketing de Varejo, Especialista em Direito Ambiental pela ESPGE, Turma 2010/2011

Palavras-chaves: Estudo e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). Licenciamento. Obra. Atraso.

Keywords: Environmental impact assessment. Environmental impact report. License. Public Projects – Delay.

1. INTRODUÇÃO

A constante problemática que envolve a obtenção de licenciamentos ambientais acaba por produzir uma demora excessiva para a obtenção da licença prévia. Procuraremos destacar neste estudo as principais características envolvidas na confecção da Avaliação de Impacto Ambiental, composta pelos estudos de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA) necessários para um bom andamento na obtenção de licenças prévias. Desta forma, levantaremos os principais aspectos do EIA/RIMA, que contribuem no processo da emissão das licenças prévias (LP), responsáveis por atribuir segurança jurídica às licitações públicas.

Temos visto constantemente, através da mídia em geral, que muito tempo é perdido com discussões ambientais que se mostram capazes de engessar o processo de licenciamento. Esta questão mostra-se relevante para a realização de um processo mais célere e que, ao mesmo tempo, continue respeitando as prioridades do meio ambiente.

Há dúvidas sobre quais as principais causas de tanta demora, desde a proposta de obtenção da licença prévia até o efetivo início do funcionamento do projeto, dentre alguns dos possíveis motivos temos:

- Baixa qualidade de elaboração do EIA/RIMA;
- Baixa qualificação das equipes de análise dos órgãos governamentais;
- Falta de planejamento prévio, reduzindo demasiadamente o tempo disponível para a confecção e análise destes estudos;
- Aspectos conflitantes da legislação.

Assim, pretendemos demonstrar que o EIA/RIMA, a despeito da sua complexidade, continua sendo uma excelente ferramenta de prevenção ambiental.

Procuraremos determinar, também, se há relação direta entre o tempo para obtenção das licenças prévias e as respectivas deficiências existentes no EIA/RIMA.

Cabe destacar que será analisada a relação entre tempo de obtenção da licença prévia e o real e efetivo tempo para início das obras físicas, observando-se assim se há correlação direta entre o tempo de obtenção da licença e a sua interferência no projeto.

Objetivando uma maior elucidação, analisaremos um caso demonstrando os fatores envolvidos em uma aprovação de projeto, de forma a mostrar se há relevância significativa das dificuldades para obtenção de uma licença prévia em relação aos demais fatores que contribuem para a demora da conclusão. O nosso caso

prático trará informações dos entraves existentes, especificamente sobre o projeto “Expresso ABC” e demonstrar quais são os principais aspectos que impedem seu bom andamento. Desta forma, tendo-se a dimensão dos problemas enfrentados poderemos avaliar o grau de importância de cada um destes fatores, permitindo-nos concluir sobre a real interferência da questão ambiental no entrave do andamento e conclusão do projeto.

2. DEFINIÇÃO DO ESCOPO DO PROJETO E ELABORAÇÃO DAS SUAS ALTERNATIVAS

Inicialmente, cabe lembrar que todo processo de Avaliação de Impacto Ambiental requer um bom planejamento, definindo-se previamente os objetivos e atendendo-se para os principais aspectos relevantes, pois esta será a chave para a maior eficácia do projeto. A atenção ao alcance dos estudos desejados evitará uma dispersão prejudicial ao bom andamento do estudo.

2.1 Abrangência

Os casos já ocorridos de discussão pública nos mostram uma característica peculiar e comum a todos os projetos, os questionamentos giram em torno de poucos e altamente relevantes assuntos.

Saber aprofundar os estudos nos pontos de maior sensibilidade pública é a grande qualidade a ser buscada por um bom estudo. Esclarecer exaustivamente estes aspectos, prever, gerenciar e avaliar estes impactos, trará uma maior facilidade de aceitação das alternativas de solução propostas. Assim, o estudo deixa de ser uma compilação de dados e passa a servir como verdadeira ferramenta para a análise de informações².

2.2 Escopo

Um dos principais objetivos na determinação do escopo do projeto é a formulação das diretrizes dos estudos ambientais, sintetizado em um documento normalmente denominado no Brasil como “Termo de Referência”.

Não há uma regra fixa para a confecção deste documento, alguns são minuciosamente detalhados indicando quais os principais aspectos ambientais a serem

² SÁNCHEZ, 2011, p.135

observados, a exemplo do projeto hidroelétrico canadense em Quebec “Projeto Grande Baleia” que possui nada menos que 713 itens. Outros, por sua vez, relatam apenas os pontos de maior importância, transferindo ao empreendedor e ao respectivo consultor, a responsabilidade de terminar o trabalho realizando a escolha da metodologia e procedimentos que julgar adequado.

Apesar de não haver uma regra fixa, algumas instituições mundiais possuem modelos de termos de referência contendo as principais diretrizes a serem observadas, tais como o Banco Mundial, a Comissão Europeia e o Ministério do Meio Ambiente Brasileiro.

Em São Paulo a Resolução SMA nº42/94³ atribuiu como primeira etapa do processo de estudo a elaboração de um “Plano de Trabalho”, no qual explica qual será o conteúdo e método utilizado no pretendido diagnóstico ambiental. A Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo avaliará as manifestações feitas em Audiência Pública e estando de acordo emitirá um Termo de Referência que norteará a elaboração dos estudos. Nele constarão todas as observações necessárias para a boa elaboração dos estudos⁴.

2.3 Identificação das questões relevantes

No planejamento de um estudo torna-se necessário elaborar critérios de inclusão e de exclusão da relevância do impacto. Sendo assim, deve-se chegar à indicação de quais são os impactos relevantes. Cabe destaque principal para três aspectos que devem ser considerados para que se obtenha sucesso no estudo, observando-se:

- O grau de experiência da equipe técnica utilizada;
- A manifestação da opinião pública;
- Os requisitos legais que se apresentam diante da situação⁵.

Quanto a esse último aspecto, há um consenso mundial sobre os principais pontos de atenção que estão normalmente presentes em convenções internacionais evidenciando o seu aspecto universal e de interesse comum da humanidade. A existência dos requisitos legais reforça a garantia de que serão observados, necessária e minimamente, vários aspectos determinantes de relevância, que produzirão como resultado a elaboração das medidas mitigadoras e o diagnóstico da importância e extensão dos impactos.

³ BRASIL. Resolução SMA nº 42/94. [sine loco] Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-n%C2%B0-42-8/>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

⁴ SÁNCHEZ, 2011, p.145.

⁵ SÁNCHEZ, 2011, p.147.

Documentos de entidades intergovernamentais, reconhecidamente envolvidas nestes tipos de abordagem, podem ser utilizados para a definição dos aspectos relevantes. Citamos assim, a exemplo, a “Recomendação sobre a Conservação dos Bens Culturais Ameaçados pela Execução de Obras Públicas ou Privadas”, acatada pela Conferência Geral da Unesco de 1968 em Paris⁶.

Quanto ao conhecimento da opinião pública existem diversas formas de fazê-lo, seja por consultas escritas, pesquisas de opinião ou a Audiência Pública, dentre outros. Observamos que o perfeito conhecimento da reação pública é um requisito inicial necessário a qualquer proponente que deseje ser bem sucedido em sua empreitada. O risco de insucesso torna-se diretamente proporcional à falta de domínio do conhecimento da opinião pública. Esta, se uma vez contrária a determinado projeto é capaz de inviabilizá-lo por completo, por isto é necessária a atenção redobrada sobre esta questão.

A experiência do profissional envolvido encerra este tripé de características essenciais, sua visão e atenção serão determinantes para que se chegue a um Termo de Referência satisfatório. A inexperiência nesta questão, fatalmente ocasionará a necessidade de inúmeras Audiências Públicas, elevando de sobremaneira o quantitativo de questionamentos e, levando o foco do trabalho para searas não desejadas, desnecessárias e irrelevantes dentro de um contexto macroambiental. Uma das opções para não se perder dentro de infundáveis discussões é a departamentalização dos assuntos de forma a comporem assuntos estanque que, após sua conclusão, são novamente reagrupados para a elaboração da conclusão final.

2.4 Apresentação de alternativas

A apresentação de alternativas é derivada do perfeito entendimento dos possíveis entraves e compreensão dos desejos públicos. Em 1970, quando da elaboração da construção da estação República do metro, foi prevista a demolição do Colégio Caetano Álvares, uma escola antiga projetada pelo arquiteto Ramos de Azevedo. Diante da situação, a opinião pública colhida foi contrária a tal intervenção. Os engenheiros envolvidos afirmavam, à época, ser impossível a solução sem que se retirasse o prédio, estavam convictos de que havia apenas uma alternativa. Inconformados com a situação, ex-alunos da escola ingressaram com ação judicial visando impedir a realização de tal intervenção, obtiveram êxito, e obrigaram a empresa responsável a encontrar outra solução.

⁶ UNESCO. Recomendação Paris de Obras Públicas ou Privadas. Paris, 1968. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=239>>. Acesso em: 24 fev. 2013.

Assim, vemos que uma comparação de alternativas, neste caso, demonstrava-se totalmente necessária e que, a não observação deste importante recurso, representou uma perda de tempo valiosa dentro do projeto, comprovando que a comparação de alternativas é um dos pilares da Avaliação de Impacto Ambiental⁷.

3. PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL

A principal característica da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) é permitir a compreensão dos possíveis impactos ambientais de um determinado projeto, evitando-se assim uma potencial e significativa degradação da qualidade do meio ambiente. Com este objetivo cria-se uma série de atividades, organizadas logicamente, de forma a compor um processo de avaliação de impacto ambiental, definido detalhadamente de acordo com as peculiaridades que o estudo requer. Dentre as características deste processo destacamos:

- Constituir um conjunto estruturado de processos: procedimentos interligados que devem atender aos objetivos da AIA;
- Ser regida por lei específica;
- Ser amparado por registros documentais;
- Direcionar-se para a análise de uma proposta: deverá possuir sempre em seu horizonte a visão voltada para a proposta em questão.

Assim define Sánchez⁸:

AIA – conjunto de procedimentos concatenados de maneira lógica, com a finalidade de analisar a viabilidade ambiental de projetos, planos e programas, e fundamentar uma decisão a respeito.

Os termos “Processo de AIA” e “Sistema de AIA” são amplamente utilizados no mundo acadêmico, sendo que, por muitas vezes, são tratados como termos equivalentes. Porém, encontramos uma melhor distinção quando definimos que o sistema de AIA é o mecanismo capaz de tornar o processo de AIA operacional.

3.1 Objetivos

No início, a avaliação de impacto ambiental limitava-se aos projetos de engenharia, no entanto, com a evolução da sua abrangência, atualmente envolve os

⁷ SÁNCHEZ, 2011, p.153.

⁸ SÁNCHEZ, 2011. p.92.

planos, políticas, programas, consumo e descarte, impactos de produção e a avaliação da contribuição líquida que um projeto poderá apresentar.

O entendimento dos objetivos e propósitos da AIA mostra-se como ponto fundamental para avaliarmos quais os seus limites e alcances. Como todo instrumento de política pública, a AIA não pretende suprir todas as deficiências de um planejamento, mas sim atuar na prevenção eficaz de um dano ambiental contribuindo na tomada da decisão ambientalmente mais adequada, inclusive com a retirada de projetos que se mostrarem inviáveis.

Além disto, poderá a AIA promover, dentre outros, a reformulação de planos sugerindo alternativas mais adequadas e contribuindo para a legitimação dos projetos que apresentarem relevante viabilidade. Dentre as funções exercidas, a mais notória e pacífica é a sua capacidade de contribuir com o processo decisório, servindo de alicerce técnico, trazendo racionalidade e aplicabilidade dos princípios jurídicos administrativos da impessoalidade, moralidade pública e publicidade.

A aplicação de mais este requisito, apesar de salutar ao interesse público, não é capaz de suplantar a pressão dos interesses privados. A principal contribuição da AIA é exercida na qualidade do material produzido para a tomada de decisão, é na prevenção do dano e na capacidade de compreensão do processo que se conseguirá atuar mais eficazmente⁹.

Assim, introduz-se o conceito de viabilidade ambiental procurando-se novos caminhos, inovações e formulações capazes de encontrar as soluções harmonizatórias das demandas privadas (função direta das condições de risco aceitáveis para os investidores e a análise econômica e suas externalidades) e das ambientais.

Observamos que, normalmente, os projetos polêmicos (os que geram impactos ambientais) acabam por serem submetidos à AIA que possui como característica, ser um procedimento caro. Na hipótese dos casos não polêmicos e não impactantes, não há sentido em submetermos estes casos a todo o procedimento que envolve uma AIA, devendo ser utilizados procedimentos mais simples e baratos, como o licenciamento ambiental tradicional – aqui definido como aquele que não precisa de EIA (Estudo de Impacto Ambiental). No processo em que se desenvolve a AIA, dentre as suas várias etapas, temos a etapa da consulta pública, tendo-se o EIA/RIMA como base para o atingimento do ponto consensual entre os diversos atores participantes.

A AIA caracteriza-se, também, por ser um facilitador da futura gestão ambiental. Sendo o projeto aprovado, nele deverá estar estabelecido o cronograma de ações já anteriormente descritas no estudo de impacto ambiental. Uma vez que ajustados e modificados, em virtude das negociações, incluídas aí também as medidas

⁹ SÁNCHEZ, 2011. p. 94.

mitigatórias e compensatórias. Mesmo após a obtenção da licença o processo não se esgotará prosseguindo por todo o ciclo de vida do projeto.

3.2 PRINCIPAIS ETAPAS DO PROCESSO

3.2.1 Apresentação da proposta

O processo da AIA inicia-se quando um projeto ou proposta é apresentado para análise de uma instância com poder decisório, geralmente caracterizado em instituições governamentais. Deve-se, inicialmente, explicar qual o objeto do projeto e sua abrangência, destacando os aspectos ambientais envolvidos e os seus possíveis impactos. Uma vez constatado que o impacto potencial é de significativa relevância, dá-se início ao processo de avaliação de impacto ambiental¹⁰.

3.2.2. Determinação do escopo

Ao ser constatada a necessidade da realização de estudos de impacto ambiental, antes de iniciar-se o processo, devemos determinar qual a abrangência e a profundidade a qual compõe o objeto¹¹.

Assim sendo, analisam-se, preliminarmente, quais os possíveis impactos que o empreendimento poderá provocar e, a partir destes elementos, define-se um plano de trabalho de realização de estudos. Estes, após sua conclusão, demonstrarão a magnitude e intensidade dos potenciais impactos, como mitiga-los e qual o grau de confiabilidade das ações propostas.

A determinação da abrangência estará descrita em documento preliminar que objetiva o delineamento das principais diretrizes do estudo, amplamente conhecido como “Termo de Referência”. Este deverá ser elaborado pelo órgão ambiental a partir das informações prestadas pelo empreendedor na fase de pedido de licenciamento.

Por vezes, devido à pouca disponibilidade de pessoal, os órgãos públicos acabam por solicitar ao empreendedor que elabore o Termo de Referência de forma que reste a ele apenas a obrigação de julgá-lo e aprová-lo. Em outros casos o empreendedor, conhecedor das reais condições dos órgãos ambientais, produz o Termo de Referência sem que haja, ao menos, sido pedido, objetivando colaborar com a celeridade do processo para que obtenha a licença em prazo menor.

¹⁰ SÁNCHEZ, 2011. P. 97.

¹¹ SÁNCHEZ, 2011. P. 98.

3.2.3 *Elaboração do estudo*

A elaboração do estudo é o ponto central de todo o processo de avaliação ambiental, pois, normalmente, consome-se muito tempo e recursos estabelecendo-se um bom alicerce para a respectiva análise. Destacamos que um bom estudo poderá levar a uma boa análise, mas, com um estudo deficitário, nunca teremos a possibilidade de se chegar a uma análise satisfatória.

A equipe responsável pelo desenvolvimento dos estudos precisa englobar profissionais de diferentes áreas, de forma a termos uma visão holística da interferência produzida e da ação desejada. Dada a complexidade dos termos utilizados nestes relatórios técnicos, faz-se necessária a criação de um glossário técnico para que pessoas das várias áreas possam ler e entender tais relatórios com a segurança exigida. Decisões são tomadas baseadas nestes relatórios e a eliminação do risco de haver interpretações errôneas deve ser exaustivamente perseguida¹².

Além disto, costuma-se elaborar um resumo em linguagem simplificada (mais acessível) para a melhor compreensão do estudo feito. Desta forma qualquer pessoa que esteja interessada em compreender os aspectos ali descritos poderá fazê-lo, mesmo que não seja um técnico especializado, permitindo-se assim, a compreensão da situação apresentada. Este “resumo” denomina-se o nome de RIMA – Relatório de Impacto Ambiental.

3.2.4 *Avaliação técnica do estudo*

Após a conclusão dos estudos, estes devem ser submetidos à apreciação, visando-se a obtenção da respectiva autorização do empreendimento. Para isto ele deve ser analisado por uma terceira parte, em regra, uma equipe técnica de órgão governamental. Se contar com financiamento, deverá ser, também, submetido à equipe da instituição financeira que fornecerá o respectivo empréstimo¹³.

Desta forma verifica-se a regularidade e conformidade em relação ao Termo de Referência, observando se o estudo aborda adequadamente o escopo do projeto proposto descrevendo e interpretando os impactos potenciais e analisando as suas possíveis adequações e medidas mitigatórias que possam ser capazes de atenuar os impactos indesejáveis.

Diferentes órgãos são tradicionalmente consultados para que se chegue a uma conclusão ambiental satisfatória pelos diversos atores do processo, podendo ser

¹² SÁNCHEZ, 2011. P. 99.

¹³ SÁNCHEZ, 2011. P. 99.

constituída por uma equipe multidisciplinar ou, até mesmo, por equipe interinstitucional – diferentes órgãos especializados da administração.

Consideram-se, ainda, as manifestações apresentadas em audiência pública, que acabam por dar o “toque final” de ajuste. Se estas manifestações forem consideradas relevantes, acabarão por serem incorporadas à conclusão dos estudos.

3.2.5 Audiência pública

Trata-se de um procedimento formal que objetiva a participação pública no processo de Avaliação de Impacto Ambiental referidas nas Resoluções CONAMA 001/86¹⁴ e 009/87¹⁵, prevista para ser realizada após confecção do EIA/RIMA, documentos exigidos para as atividades modificadoras do meio ambiente. Cabe destacar que não há previsão de utilização da audiência pública para nenhum dos outros tipos de estudos.

A Audiência Pública poderá ser também promovida se solicitada pelo Ministério Público, Entidade Civil ou por cinquenta ou mais cidadãos. Sua finalidade é a de expor aos cidadãos quais as intervenções e impactos previstos, dirimindo as dúvidas e acolhendo as possíveis sugestões, às quais serão objeto de análise e considerações de forma a subsidiar o parecer final.

Conforme a complexidade do empreendimento e a demanda social por explicações, poderá haver mais do que uma audiência pública não havendo limite legal que imponha número máximo de audiências.

A crescente participação popular no processo de AIA tem demonstrado haver uma nova necessidade, a criação de audiências públicas intermediárias que permitam uma maior efetividade da participação popular.

Neste bojo, é crescente, também, a demanda pela promoção de inquéritos civis e ações civis públicas impostas pelo Ministério Público nos casos de ofensas ou zelo ambiental.

A partir da entrega pelo empreendedor do EIA/RIMA ao órgão de meio ambiente fixa-se o prazo para a solicitação para a realização de audiência pública, que deverá ser de, no mínimo, 45 dias. Ao longo do referido período é disponibilizado ao público o teor do Relatório de Impacto Ambiental. A não realização de audiência pública, nestes casos, invalidará qualquer licença que venha a ser emitida.

¹⁴ BRASIL. Resolução CONAMA nº 01/86. [sine loco] Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

¹⁵ BRASIL. Resolução CONAMA nº 09/87. [sine loco] Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

Uma vez realizada a audiência pública é lavrada uma ata que é juntada aos documentos entregues durante a audiência. Estes servirão de base para a emissão do parecer do órgão do meio ambiente e para, também, o respectivo licenciamento ambiental.

3.2.6 Decisão

Os processos decisórios da AIA estão ligados a variados modelos, normalmente mais associados à tradição política e menos às técnicas intrínsecas dos processos decisórios, propriamente dito. Em regra, a decisão final caberá à autoridade ambiental ou à autoridade da área tutelada.

A forma como se atinge a decisão poderá ser, também, através de um colegiado que conta com a participação de membros da sociedade civil, formato este comumente utilizado no Brasil.

Destacamos que o processo de AIA deveria contar, antes de sua decisão, com uma etapa de harmonização com a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE). Esta visa a uma perspectiva estratégica de longo prazo dentro de um processo cíclico e contínuo de políticas, programas e projetos.

Cabe à AAE discutir as políticas públicas de forma a se constituir quais serão as políticas ambientalmente adequadas de forma a promover a integração socioambiental, pois, a AIA tem, somente, sido direcionada prioritariamente para os projetos¹⁶.

À AAE cabe verificar a compatibilidade entre os diversos planos, como o plano de transportes, recursos hídricos e de biodiversidade. A sua harmonização e localização na ordem cronológica do tempo das suas implantações estariam, assim, atuando com a sinergia desejada dentro da AIA.

3.2.7 Monitoramento e gestão ambiental

Uma vez tomada a decisão de autorizar a implantação de um empreendimento, surge a obrigação de garantir a adoção de todas as medidas previstas. Desta forma tem-se como objetivo a redução, eliminação ou compensação dos possíveis impactos negativos ou a potencialização dos impactos positivos.

¹⁶ MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19374/politicas-publicas-e-desenvolvimento-sustentavel/2>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

Deve-se proceder à gestão ambiental e ao monitoramento durante toda a vida do empreendimento, inclusive durante a fase de desativação e fechamento, de forma a garantir o adequado monitoramento e contingenciamento dos possíveis danos ou degradações ambientais.

A gestão ambiental aqui descrita envolve todas as atividades necessárias à boa gestão da implantação e desenvolvimento do empreendimento sob o aspecto ambiental.

O monitoramento traduz-se como peça fundamental que permite confirmar se as previsões feitas aconteceram como o planejado, assim como se as suas soluções obtiveram o êxito esperado. Através dele que detectaremos eventuais necessidades de ajustes e adequações finais das medidas mitigadoras. Assim como exemplos de planos de gestão ambiental temos:

- Plano de Reordenamento Jurídico e Institucional
- Plano de combate a incêndios;
- Plano de Contingência para Derrames, Vazamentos Líquidos e Efluentes;
- Programa de Educação Ambiental.

3.2.8 Acompanhamento

Nesta atividade temos a fiscalização, supervisão e/ou auditoria. Cabe ao acompanhamento assegurar que as condições estabelecidas o licenciamento estejam sendo cumpridas. Segundo Sánchez¹⁷, caberá ao ente público, através de seus agentes, a fiscalização. A supervisão ambiental será realizada pelo empreendedor e, a auditoria, poderá caber ao ente privado ou ao público, visto que visa verificar se as medidas previstas estão sendo adequadamente executadas.

4. TOMADA DE DECISÃO

Durante todo o processo de Avaliação de Impacto há a interferência e participação de diversos personagens, cada um agregando o seu conhecimento e sua posição, de forma a reunir informações relevantes para o processo de tomada de decisão. Vários são os aspectos que precisam ser discutidos e decididos – a definição das alternativas possíveis para o projeto; as medidas mitigatórias e seu grau de eficácia; o alcance e extensão da audiência pública; quais manifestações da audiência pública serão acatadas e como justificar o não aproveitamento das demais. Mas, o principal

¹⁷ SÁNCHEZ, 2011. p.101.

ponto da questão é a aprovação do projeto e a determinação das condições para que ocorra a sua implantação.

Ao proponente, na maioria das vezes, cabe a formulação de alternativas ao projeto nos aspectos apontados pelas autoridades, indicando, inclusive, qual a alternativa de sua preferência, caso a autoridade acate mais de uma das alternativas. São discutidos também se os programas de compensações ambientais estão refletindo o interesse comum da sociedade e o interesse ambiental.

Por outras vezes há a necessidade de uma discussão mais profunda ou mais participativa, que considere diferentes visões e interesses. Nestes casos são envolvidos os demais interessados, como a opinião pública, os consultores que prestam serviços aos interessados e as respectivas autoridades envolvidas, para que seja encontrada a alternativa de consenso. Dentro deste contexto, o objetivo principal é a redução do possível impacto ambiental e da sua magnitude¹⁸.

Apesar de toda a discussão acima descrita, o interesse maior é a conclusão de que deve ou não um projeto ser aprovado. Como regra, a reprovação pura e simples de um projeto não ocorre: normalmente se estabelecem quais condicionantes e quais compensações são necessárias de forma a adequar a situação. No entanto, o excesso de exigências e a magnitude das medidas mitigadoras necessárias podem inviabilizar financeiramente o projeto, o que, na prática, equivale a uma não aprovação, pois, nas duas hipóteses o projeto acaba por não ser executado.

Lembramos que mesmo após o processo de aprovação pode ocorrer a inclusão de medidas mitigadoras. Após a aprovação e implantação do projeto, este continua a ser observado e avaliado através de um monitoramento ambiental e dos programas de acompanhamento. Assim, se algo não previsto for detectado ou se a medida mitigadora proposta não surtir o efeito esperado, poderá o Poder Público impor que sejam tomadas medidas complementares às já adotadas para resguardar a boa condição do meio ambiente e da população.

4.1 Processo decisório

O processo decisório, em regra, varia conforme a jurisdição envolvida em termos de regras a serem seguidas. Assim, dependendo do ente responsável pelo licenciamento, a decisão competirá à autoridade ambiental, ou à autoridade setorial ou mesmo a um órgão colegiado. Para qualquer destas modalidades observamos um padrão similar: ou as decisões são tomadas diretamente por um representante político

¹⁸ SÁNCHEZ, 2011. p. 428.

ou delegada a um alto funcionário indicado politicamente, fragilizando a credibilidade quanto ao grau de independência envolvido¹⁹.

Nestes casos, em regra, temos uma pessoa indicada através da via política com pouco tempo disponível para se dedicar a uma leitura complexa e extensa. Desta forma, acabam optando por confiar sua leitura e interpretação a assessores, normalmente, suscetíveis a variadas formas de pressões políticas. Tal fato acaba por deixar a dúvida se a decisão tomada observou todos os fatos relevantes relatados nos estudos.

Assim, os estudos ambientais devem ter como principal missão a demonstração da viabilidade ambiental do projeto. Não obstante, a viabilidade econômica tem que ser observada para que as exigências ambientais possam ser cumpridas integralmente. Um projeto que seja aprovado e que, porém, financeiramente seja inexecutável, poderá resultar em graves danos ambientais, pois, somente uma parte das medidas acordadas será efetivamente cumprida.

4.2 Modelo brasileiro de decisão

No Brasil a legislação é clara na atribuição das decisões aos órgãos ambientais, o licenciamento ocorre através de um dos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), conforme a competência seja, municipal, estadual ou federal. Algumas vezes as decisões são tomadas por conselhos, como no caso do Estado de São Paulo, através do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA). A decisão através de órgão colegiado atribui à decisão um caráter mais participativo, pois, nele manifestam-se, através de votação, as entidades representativas do interesse público²⁰.

4.3 Negociação e decisão

O processo de AIA possui na negociação uma das suas características e principais funções, cabe à Avaliação de Impacto Ambiental propiciar a possibilidade de negociação e elaboração de alternativas. As negociações normalmente ocorrem no âmbito da esfera pública, não sendo um processo facilmente visível ao público comum. Há negociações sob todos os aspectos e etapas a serem vencidas, como alternativas de mitigação; localização do empreendimento; mitigações; compensações; termo de referência; etc.

¹⁹ SÁNCHEZ, 2011. P. 428.

²⁰ SÁNCHEZ, 2011. P. 432.

Estas negociações podem ser feitas, basicamente, de duas formas:

- Direta – através de negociações formais;
- Assistida – quando as partes em conflito passam a contar com a participação e colaboração de um especialista, ou mesmo, através de métodos alternativos de resolução de disputas de forma a realizar a mediação entre as partes.

Quando observamos o comportamento dos diversos interessados envolvidos no processo decisório que percebemos quanto é difícil para o tomador de decisão lidar com as forças de forma impessoal. Por muitas vezes observamos a existência de reclamações da classe empresária alegando que a opinião pública, por muitas vezes, prende-se a detalhes de média relevância, prevalecendo-se a atenção e o peso da importância, às questões mais polêmicas e ruidosas, que, por muitas vezes não são as mais relevantes.

Não menos comuns são os casos em que a discussão acaba por polarizar-se. O perdedor, qualquer que seja ele, passa a manifestar seus protestos atribuindo a razões “políticas” a decisão descontentadora. Obviamente não há como negar a existência de forças políticas em ação, pois a simples possibilidade de modificação de uma situação poderá afetar interesses de forma a beneficiar alguns e prejudicar outros. Os setores envolvidos, grupos ou pessoas, agirão em defesa de seus interesses, o que por si só, já configura uma atuação política. Apesar do termo “decisão política” ser completamente abominado pelos profissionais da área técnica, é inegável e inevitável que estas duas forças convivam permanentemente dentro do processo decisório, travando verdadeiras disputas²¹.

5. O PROJETO “EXPRESSO ABC” – CASO PRÁTICO

O projeto “Expresso ABC” será o caso prático aqui analisado e utilizado como modelo dos habituais problemas que envolvem os projetos do Estado de São Paulo. O objetivo aqui pretendido e, baseando-se nas pretensões do estudo, é o de analisar quais os aspectos relevantes do projeto que são responsáveis pela sua demora. Poderemos, então, formar um entendimento quanto à relevância da questão ambiental dentro da dinâmica de trabalho do Estado diante das demais questões levantadas.

Assim entenderemos melhor como é tratada a questão ambiental, em termos da importância dada pelo Poder Executivo, e avaliar se este aspecto interfere de forma determinante no tempo de duração do projeto até o final da sua implantação. Para um entendimento adequado do projeto, fazemos abaixo uma descrição das

²¹ SÁNCHEZ, 2011. p. 433.

principais características envolvidas de forma a contribuir com o entendimento da sua complexidade.

A idealização desse projeto iniciou-se em 2005, estabeleceu-se um cronograma, iniciando-se o processo de pedido de autorização de Licença Prévia Ambiental, essencial para dar segurança aos empresários interessados no projeto de que não haveria surpresas no âmbito ambiental. Geralmente, quando ocorrem problemas nesta fase, há um comprometimento financeiro significativo, portanto, é fundamental evitá-lo para que tenhamos um projeto economicamente viável com um cronograma factível.

Após o início do pedido de licença prévia, foram contratados estudos com o objetivo de estimar as demandas do Expresso ABC para um horizonte de concessão de 30 anos. As estimativas foram as de que haja um salto quantitativo de demanda dos 267 mil passageiros (Fev. 2009)²², para 596 mil assim que implantado o projeto (então previsto para início em 2012), distribuídos da seguinte forma: Expresso ABC (6 estações – Luz, Brás, Tamanduateí, São Caetano, Santo André, Mauá) – 416 mil passageiros²³, 11 trens com capacidade de 2.433 passageiros por trem e Trem Metropolitan, linha 10 da CPTM denominado “serviço parador” que apresentará um total de 14 estações (R. Grande da Serra, Ribeirão Pires, Guapituba, Mauá, Capuava, Santo André, Pref. Saladino, Utinga, São Caetano, Tamanduateí, Ipiranga, Mooca, Brás, Luz) – 180 mil passageiros. Estudos demonstraram que 60% dos atuais usuários chegam a pé e somente 30% se utilizam do sistema de ônibus para chegar à linha 10²⁴.

Os investimentos previstos dentro do projeto Expresso ABC contam com a modernização de algumas estações da Linha 10 no valor de R\$ 443,5 milhões e o investimento no Expresso ABC propriamente dito de R\$ 825,7 milhões totalizando R\$ 1.269,2 milhão, temos assim um entendimento melhor de que este projeto, pela sua magnitude de valor, vale a pena ser considerado nesta análise²⁵.

Considerações feitas quanto à utilização do complexo Roosevelt (utilizado como pátio de manobras e estacionamento dos vagões) indicaram não ser este suficiente para abrigar as necessidades do Expresso ABC. Segundo estudos preliminares, a CPTM deverá negociar com a RFFSA a incorporação de um total de 544 mil m² pertencentes à União e localizados ao sul da linha-base. Para tanto, segundo relatório, a CPTM tem áreas que totalizam 60 mil m² para oferecer à União²⁶, sem destacar

²² LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 147.

²³ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 248.

²⁴ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 89.

²⁵ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 4. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 889.

²⁶ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 4. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 836.

quais as características e sem ao menos dizer o valor de mercado de ambas. Para a instalação das cinco vias²⁷ (2 para o Expresso ABC, 2 para a linha 10 e 1 dedicado ao transporte de cargas) serão necessárias desapropriações.

O Expresso ABC será composto por 5 estações de conexão (Brás, Tamaquateí, São Caetano, Santo André, Mauá) e uma estação final (Luz) de um total de 14 estações previstas para compor todo o sistema da linha 10²⁸, apresentando uma redução de tempo, para todo o trecho, dos atuais 52 minutos para 39 minutos²⁹.

Diante do diagnóstico do projeto, foram estabelecidos os aspectos prioritários que deverão ser elucidados. Devemos notar que vários são os questionamentos e situações pendentes deste projeto e somente após a solução das questões a seguir citadas é que se poderá efetivamente colocá-lo em operação.

Assim sendo, destacamos os diversos fatos relevantes pendentes, que, infelizmente, mostram-se como uma constante dos projetos governamentais, e que devem ser exaustivamente analisados até que se chegue ao ponto que permita a tomada de decisão segura. Algumas críticas são aqui feitas para melhor elucidar em que condições são regularmente apresentados tais projetos. Dada a sua relevância, seria desejável que fossem apresentados dados mais completos e projetos com maior consistência de análise. A seguir apresentamos os principais aspectos que envolvem exclusivamente o “Expresso ABC”:

5.1 Troca de áreas: A União possui uma área total de 544 mil m² que precisam ser incorporadas ao projeto, caracterizada por ser a faixa de domínio e uso da RFSSA (União), tal incorporação continua dependendo da negociação do Estado de São Paulo com a União para viabilizar sua implantação, representando dificuldades de âmbito administrativo e legal. Deve ser bem explicitado o desafio de ordem institucional que envolve a questão do patrimônio territorial (intersecção entre União e CPTM), bem como do compartilhamento com transporte de cargas. Segundo estudos preliminares indicaram, a CPTM deverá negociar a incorporação de um total de 544 mil m² pertencentes à União. Para tanto, a CPTM tem áreas que totalizam, apenas, 60 mil m² para oferecer³⁰. Desta forma, a troca de áreas significará compensações financeiras, representando um item adicional não tratado pelo projeto. Existe ainda outra relevante questão, envolvendo a existência de muitas áreas necessárias,

²⁷ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 4. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 787.

²⁸ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 2. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 314.

²⁹ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 15.

³⁰ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 4. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 836.

que deverão sofrer desapropriações; no entanto, muitas delas configuram um enorme entrave ao projeto, por não se saber ao certo quem é o dono legal, retardando o processo de desapropriação. Dado o interesse do governo de concluir rapidamente tal definição, notamos que a situação do projeto fica ainda mais agravada³¹.

5.2 Demanda: O Estudo da demanda foi considerado como o de maior risco, pois a sensibilidade da demanda é altamente elástica, os consumidores são muito sensíveis a tarifas elevadas acima do patamar tradicional do transporte público, buscando outras formas de transporte, ainda que piores, a cada centavo de diferença de uma tarifa de metrô ou ônibus. A região atendida pela Linha 10 possui uma rede metropolitana bastante diversificada, desta forma, é necessário que não exista diferenciação entre a tarifa do Expresso ABC e a do trem metropolitano tradicional, assim como, que seja mantida a tarifa vigente no mercado. Quanto às demandas associadas ao projeto, destaca o estudo que há melhora do nível de serviço, gerando demandas adicionais aos dois sistemas, explicitando, porém, que a demanda para o Trem Metropolitano (linha 10) diminuirá para 180 mil passageiros, ante os 329 mil passageiros registrados em 2010, representará uma redução de arrecadação de 149 mil passageiros por dia. Como a operação da linha 10, a princípio, ficará com a CPTM e a do Expresso ABC com o concessionário, o estudo não demonstrou se o “Trem Parador” (denominação dada ao trem tradicional que para em todas as estações) será rentável, quando o Expresso ABC estiver em funcionamento. Mesmo levando-se em conta que haverá a reforma de algumas estações realizadas e pagas pelo concessionário, é providencial demonstrar quais serão os ganhos reais para a CPTM, se ainda houver, e mensurar qual seria o impacto da diminuição dessa receita. Desta forma, o projeto poderá apresentar uma fragilidade capaz de comprometê-lo por completo. A forma de remuneração do concessionário é pouco explorada. Assim, torna-se importante apresentar de forma mais detalhada o cálculo das receitas do parceiro privado, inclusive explicitando como foram calculadas as contraprestações; o estudo apresenta, ainda, em sua demonstração, falhas em seu memorial de cálculo. O modelo apresentado por empresa especializada, apesar de extenso, demonstrou ser insuficiente, sendo necessário aprofundar o estudo de

³¹ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 133-134.

forma que se estabeleçam critérios de mitigação do risco, tais como: estabelecimento de uma faixa de variação de demanda, tida como referência. Para variações de queda da demanda abaixo do valor mínimo, deve-se estabelecer mecanismos de ajustes da receita do Concessionário, assim como adequação das possíveis receitas acessórias para garantir o equilíbrio econômico do contrato.

5.3 Concessão Comum x Parceria Pública Privada (PPP): O estudo demonstrou que se o projeto gerar ganhos de eficiência de 20% (estimados para a iniciativa privada), a concessão comum torna-se economicamente viável, com investimentos da ordem de R\$1.016,74 milhão ante o R\$ 1.296,16 milhão (situação sem ganho de eficiência). Não parece razoável desconsiderar os ganhos de eficiência gerados pela iniciativa privada para uma concessão que caberá a participantes que possuam características específicas para atuar nesse segmento de mercado. Por outro lado, caso não sejam consideradas as eficiências inerentes do setor privado, deverá ser considerada a adoção da PPP visando à complementação do retorno ao privado, apresentando, assim, uma TIR mais adequada ao mercado³². Os estudos apresentam, ainda, divergências com referência à solicitação da CPTM, por inclusão do Expresso ABC como PPP. Vale destacar que o projeto foi encaminhado no sentido de se constituir uma concessão comum, inclusive houve um parecer jurídico, para dirimir dúvidas, quanto aos aspectos legais envolvendo o assunto concessão comum. É necessário verificar os motivos que levaram a CPTM à mudança para PPP. Nos documentos analisados não constam os motivos que subsidiaram tal decisão, conforme observado, caberia ainda uma consulta à Procuradoria Geral do Estado, quanto aos aspectos jurídicos abordados no estudo e no parecer jurídico contratado de forma a corroborar o entendimento jurídico³³.

5.4 Gratuidade: O estudo não mensurou o impacto da parcela da população que se encaixa nesse perfil como beneficiária e estaria disposta a utilizar os serviços do Expresso ABC. Através da análise Relatório “Monitoramento da demanda 2006 – 2009, da STM“ é descrito que o percentual em 2009 das gratuidades foi de 7,8%. Também não se levou em conta a proporção do público que utiliza a tarifa reduzida, como, por exemplo, a tarifa estudantil.

³² LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 45.

³³ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 4. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 59-66.

5.5 Risco Ambiental: A secretaria do Meio Ambiente, conforme processo nº 13.665/2007, datado em 20 de agosto de 2009³⁴, expediu uma licença ambiental prévia em 2009, a qual aprova a localização e concepção do empreendimento, atestando sua viabilidade ambiental, mas não autoriza a sua implantação, pois, para tanto, deve ser concedida a Licença Ambiental de Instalação. Porém, a Licença Prévia exige para a obtenção da Licença de Instalação que o empreendedor deve atender a uma série de exigências técnicas, dentre as quais, destacamos o Parecer Técnico da CETESB, nº 124/ESCC/08, de 19 de dezembro de 2008:³⁵ o qual estipula 8 (oito) áreas prioritárias que oferecem risco às obras. As medidas de remediação dessas áreas deverão ser iniciadas seis meses antes do início das obras. Há duas áreas prioritárias – São Caetano e Mauá, nas quais pode ter ocorrido vazamento de PCB (policloreto de bifenila – produto cancerígeno). Dessa forma, o relatório conclui *“que a questão referente às áreas contaminadas é abordada superficialmente e que parcela importante das áreas contaminadas conhecidas não foi adequadamente considerada no estudo”*. É recomendado no relatório que haja: investigação detalhada das áreas contaminadas, realização da avaliação de risco para tais áreas, assim como medidas de remediação³⁶. Cabe aqui mais uma ressalva sobre a prática adotada pelo Executivo, a obtenção da Licença Prévia é tratada como se a questão ambiental já estivesse completamente resolvida. Por muitas vezes, não é considerado, na matriz de risco do projeto, que apesar de já existir uma licença prévia emitida, é possível o surgimento de novas questões ambientais capazes de atrasarem ou impedirem a finalização das obras e sua entrada em funcionamento.³⁷

5.6 Impacto da implantação do VLT (São Bernardo): Também devem ser observados os possíveis impactos referentes à implantação do VLT (São Bernardo), veículo leve sobre trilhos que servirá como uma ligação rápida entre a região do ABC Paulista e o Metrô de São Paulo. A possível interferência deste projeto perante o Expresso ABC não foi demonstrada, necessitando assim de uma maior atenção para a questão.

³⁴ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 569-570.

³⁵ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 572-575.

³⁶ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 572-575.

³⁷ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 3. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 538-565.

5.7 Fluxo de Caixa: Os problemas apresentados no Fluxo de Caixa devem ser adequados de forma a refletir o modelo de negócio proposto. Neste sentido, é necessário considerar as receitas acessórias do concessionário, para fixar a contraprestação que será paga pelo Estado. No mesmo sentido, o modelo prevê um período contratual de 30 anos, que se divide em três anos de implantação e 27 de operação, entendendo-se então que o concessionário inicia a operação e a arrecadação de tarifas no Ano 4 do contrato. Contudo, no fluxo de caixa os investimentos são distribuídos nos três primeiros anos, mas a receita inicia-se já no Ano 3.³⁸ É necessário ajustar este ponto, visto que o fluxo de caixa deve refletir o que foi exposto no sumário executivo. Embora esteja colocado, é preciso haver melhores esclarecimentos de que o modelo prevê duas tarifas, sendo uma do usuário (determinada pelo Poder Público) e outra a de remuneração do concessionário, que segue regras contratuais de reajuste tradicionais. Em outros termos, o risco tarifário é neste modelo suportado pelo parceiro público e precisa estar demonstrado de forma ajustada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou quais as principais características relevantes dentro do processo de obtenção de uma licença prévia. Vários foram os pontos que mereceram atenção, a transparência do processo demonstrou-se absolutamente necessária para que se garantissem dois dos princípios mais importantes, o princípio da participação e o princípio da informação. A manifestação de todo e qualquer interessado, seja por escrito ou pessoalmente, através das audiências públicas, contribui com a legitimidade do processo, pois, na medida em que permite que se tenha acesso aos detalhes do projeto, permite também que se opine e se interaja de forma a trazer novas propostas que, por vezes, demonstram ser alternativas viáveis.

Nosso trabalho surgiu com uma gama de questionamentos, fomos à busca de respostas e várias foram obtidas. Desta forma iremos respondê-las uma a uma expondo nosso pensamento e conclusão.

³⁸ LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1. São Paulo: [s.n.], 2009. p. 103-116.

6.1 EIA / RIMA

O primeiro questionamento feito diz respeito à atual eficácia do EIA / RIMA, queríamos constatar se o EIA / RIMA perdura sendo uma boa ferramenta de prevenção ambiental.

Quando analisada a capacidade preventiva de toda a Avaliação de Impacto Ambiental, observamos que os atrasos normalmente ocorridos devem-se a questões legítimas de proteção ao ambiente. Os mecanismos de participação e negociação, que geram a definição de quais serão as medidas mitigadoras a serem adotadas mostraram-se ser uma fase relevante e intensa. Apesar de aparentemente ser uma fase morosa e conturbada, é neste momento que são revisados todos os aspectos problemáticos das alterações pretendidas no meio ambiente.

Assim, concluímos que, dado o fato de que ao longo de todo o processo de pesquisa não encontramos manifestações de que tais etapas trouxessem malefícios técnicos, ao contrário, os relatos dão conta de que, apesar de complexo e exaustivo, este procedimento contribui em muito para a consecução do objetivo maior e para a boa manutenção do meio ambiente, podemos concluir que o EIA /RIMA permanece funcionando como uma ferramenta útil e eficiente.

6.2 *Relação entre deficiências do EIA/RIMA e tempo de obtenção da LP*

A pesquisa procurou encontrar a resposta da segunda indagação, qual seja, a existência, ou não, de uma relação direta entre a qualidade do EIA/RIMA e o tempo necessário à obtenção da Licença Prévia.

O processo de Avaliação de Impacto Ambiental, que resulta na elaboração do termo de referência, passa por uma etapa de negociação e de audiência pública. Vimos que um EIA /RIMA extremamente detalhado e que atente para uma quantidade excessiva de aspectos, pode contribuir, também, para um desvio de foco e para uma grande morosidade do processo.

O foco pode vir a ser perdido dado o fato de que a excessiva quantidade de problemas apresentados levem o público e autoridades a debates demorados sobre aspectos ambientalmente não muito relevantes. Fatalmente, onde há público e autoridades poderão ocorrer interferências políticas. Afinal, a política é inerente ao procedimento de manifestação popular.

Por outro lado, o EIA/RIMA não pode ser excessivamente sucinto, pois, poderá deixar assuntos relevantes não abordados. Neste caso, o questionamento sobre um assunto relevante não abordado provocará debates e reivindicações sem que se tenha como contraponto um estudo técnico que ajude o bom entendimento do problema.

Desta forma, mostra-se de primordial importância a existência de equilíbrio entre a quantidade de assuntos abordados e a sua relevância, de forma a esclarecer os principais pontos polêmicos e os mais relevantes pontos sob o aspecto ambiental.

Assim sendo, concluímos que há sim uma relação direta entre a qualidade do EIA/RIMA e o tempo gasto para que seja emitida a licença prévia, pois, quanto pior for a qualidade do estudo, maior será a sua vulnerabilidade a questionamentos e maior a possibilidade de aumento do tempo gasto no processo de aprovação ambiental do projeto.

6.3. Principais causas da demora na implantação do projeto

Nosso terceiro questionamento abordava a questão dos motivos que fazem com que o projeto demore a entrar em operação, procurando encontrar evidências de que após a obtenção da licença prévia, haveria um grande ganho em celeridade do processo de implantação. Para tanto foi preciso realizar um levantamento de alguns casos práticos, neste estudo, a situação de um deles, o Expresso ABC, foi aqui demonstrado por refletir bem o que ocorre no universo consultado. Os projetos analisados foram:

- Expresso ABC
- Expresso Aeroporto
- Monotrilho L17
- PPP 5 Hospitais
- VLT ABCD

Desta forma passamos a tecer alguns comentários sobre a situação que nos levou a indagar qual seria o real motivo de tanta demora.

Inicialmente o projeto Expresso ABC teve seu processo de concepção iniciado em 2005, sendo que o pedido de licenciamento prévio ocorreu em 2007, sendo, então, finalmente expedido em 2009, com validade de cinco anos, ou seja, válido até 2014.

Apesar da licença prévia (LP) já ter sido emitida desde 2009, vários entraves não foram resolvidos. Assim, apesar do governo ter tido dois anos (2007 a 2009) para trabalhar, paralelamente ao andamento do pedido da LP, permaneceram necessitando de melhor detalhamento os seguintes aspectos do projeto:

- Troca de áreas – falta de definição política e legal para a realização das trocas;
- Demanda – falta de clareza dos efeitos na demanda;
- Concessão Comum x Parceria Público Privada (PPP) – dúvidas sobre qual o melhor modelo a ser adotado;

- Gratuitudes – falta de considerações dos efeitos financeiros destes benefícios;
- Risco Ambiental – risco de demora excessiva para o cumprimento das medidas mitigadoras;
- Impacto da implantação do VLT São Bernardo – Novas obras surgem a cada momento sendo preciso analisar de forma dinâmica as influências nas demandas dos demais transportes;
- Fluxo de Caixa – falta de considerações de determinadas receitas e despesas no fluxo;

Entre idas e vindas, na tentativa de encontrarem soluções, destacamos que a falta de preparo técnico, associada às disputas políticas internas e à má gestão das informações, faz-nos entender que a multiplicidade de interesses envolvidos têm levado os projetos do Governo de São Paulo a andar em círculos.

Desta forma, concluímos que há sérios problemas referentes à má qualificação técnica da estrutura governamental, o que impossibilita a articulação da máquina pública. Em regra os projetos são mal feitos, com falhas e incompletos. Torna-se premente o fortalecimento das carreiras de Gestão do Estado de forma a proporcionar um gasto racional do dinheiro público, abrindo espaço para investimento na melhora da qualidade do funcionalismo público geral e sua remuneração. Somente desta forma, fortalecendo a qualidade da sua gestão, o Estado será capaz de produzir projetos com qualidade e redução de gasto suficiente para fortalecer o seu corpo institucional. Associando-se tudo isto a uma baixa capacidade de articulação, torna-se impossível, em muitos casos, atingir solução, sendo esta a principal causa da demora na conclusão dos trabalhos.

6.4. Relação entre tempo de obtenção da LP e efetivo início do funcionamento do projeto

Chegamos agora ao nosso último questionamento. Procuraremos esclarecer se há relação entre a demora para a obtenção da LP e o tempo total para que o projeto entre em funcionamento.

Para chegarmos a esta resposta foram analisados 5 projetos do governo, Expresso ABC, Expresso Aeroporto, Monotrilho L17, PPP 5 Hospitais, VLT ABCD, apenas um aqui detalhadamente relatado. Mas, foi possível encontrarmos a existência de um padrão comum a todos. Estes projetos apresentaram fortes deficiências, demonstrando existir uma íntima correlação entre a demora e o fato dos trabalhos apresentarem-se incompletos ou mal desenvolvidos.

Isso leva-nos a afirmar que existem graves problemas na dinâmica do desenvolvimento dos estudos do governo, permitindo-nos entender que a sucessão de entraves do projeto Expresso ABC é somente mais uma ocorrência de algo muito comum, a falta de qualidade de gestão nas ações governamentais.

Atualmente, passados quase cinco anos desde a entrega de pedido de licenciamento ambiental, o projeto Expresso ABC foi incapaz de resolver suas pendências.

Assim sendo, chegamos à conclusão mais importante do estudo, a de que a habitual demora para a aprovação do licenciamento ambiental em nada tem influenciado no resultado final dos projetos. O Governo de São Paulo, nestes casos estudados, demonstrou que tem sido incapaz de finalizar seus trabalhos em tempo menor que o tempo de obtenção da LP. Assim, apresentou-se como irrelevante o tempo de demora para a emissão da LP. Vale destacarmos, ainda, a despeito da existência de um padrão de falta de dinâmica de gestão comum a todos os projetos analisados, no caso específico do projeto Expresso ABC, apesar da LP estar aprovada desde 2009, o projeto não só não saiu do papel, como acaba de ser englobado dentro de um novo projeto, o “Trem Regional”³⁹. Este, maior e mais complexo, reiniciará todo o processo de discussão, levando-nos a crer em apenas mais uma reedição do mesmo problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 5. ed., São Paulo: Editora Lumen Júris, 2001.

BELTRÃO, Antônio. F.G. Aspectos Jurídicos do Estudo de Impacto Ambiental: EIA. São Paulo: Editora MP, 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 Jan. 2013.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS HÍDRICOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Avaliação de Impacto Ambiental: Agentes Sociais, Procedimentos e Ferramentas. Brasília: [s.n], 1995.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS HÍDRICOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Avaliação de Impacto Ambiental. [sine loco]. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAxpKAF/avaliacao-impacto-ambiental>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

³⁹ NAKAGAWA, Fernando. Trem regional de São Paulo terá 416 km em cinco linhas. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia%20geral,trem-regional-de-sao-paulo-tera-416-km-em-cinco-linhas,142083,0.htm>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

BRASIL, Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Deficiências em Estudos de Impacto Ambiental: Síntese de uma Experiência. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/9.pdf>>. Acesso em: 14 Fev. 2013.

BRASIL. Resolução CONAMA n° 01/86. [sine loco] Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

BRASIL. Resolução CONAMA n° 09/87. [sine loco] Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

BRASIL. Resolução SMA n° 42/94. [sine loco] Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/resolucoes-sma/resolucao-sma-n%C2%B0-42-8/>>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

COMPANHIA METROPOLITANA DE SÃO PAULO. EIA / RIMA: Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental da Linha 6 Laranja. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.metro.sp.gov.br/metro/licenciamento-ambiental/pdf/eia/volume-iii/impactos-medidas/9-impactos-medidas.pdf>>. Acesso em: 14 Fev. 2013.

COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS. Sumário Executivo do Expresso ABC e Modelagem Final. São Paulo: [s.n.], 2010.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes. São Paulo: Editora Millennium, 2005.

FERNANDES, Paulo Victor. Impacto Ambiental: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FOGLIATTI, Maria Cristina; FILIPPO, Sandro; GOUDARD, Beatriz. Avaliação de Impactos Ambientais: Aplicação aos Sistemas de Transporte. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2004.

LANNA, A. E. L. Gerenciamento de Bacia Hidrográfica: Aspectos Conceituais e Metodológicos. Brasília, 1995. Disponível em <<http://www.ibama.gov.br/rqma/gestao-ambiental>>. Acesso em: 14 Fev. 2013.

LOGIT. Estudo de Viabilidade Técnica VOL 1,2,3,4. São Paulo: [s.n.], 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19374/politicas-publicas-e-desenvolvimento-sustentavel/2>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

MIRRA, Álvaro L. V. Impacto Ambiental: Aspectos da legislação brasileira. 4. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

MELO, Monalisa de Araújo e SÁ, Nívea Pereira. Processo de Avaliação de Impacto Ambiental e seus Objetivos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.icb.ufmg.br/labs/benthos/index_arquivos/pdfs_pagina/Impacto/1semi.pdf>. Acesso em: 29 Jan. 2013.

NAKAGAWA, Fernando. Trem regional de São Paulo terá 416 km em cinco linhas. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia%20geral,trem-regional-de-sao-paulo-tera-416-km-em-cinco-linhas,142083,0.htm>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Princípios da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. AIA de políticas, programas e planos. In: Avaliação do impacto ambiental. [sine loco], 2007. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9757&revista_caderno=5>. Acesso em: 15 Fev. 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de Impacto Ambiental: Conceitos e Métodos. 3ª reimpressão. São Paulo: Editora Oficina de Textos, 2011.

SÃO PAULO (Estado). Lei n.º 997, de 31 de maio de 1976. Dispõe sobre o Controle da Poluição do Meio Ambiente. São Paulo, 1976. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/Institucional/documentos/lei_997_1976.pdf>. Acesso em: 28 Jan. 2013.

SILVA, A. L. M. da. Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

UNESCO. Recomendação Paris de Obras Públicas ou Privadas. Paris, 1968. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=239>>. Acesso em: 24 Fev. 2013.

PRINCIPAIS ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POPULAR

People's legal action mains procedural

Reinaldo Aparecido Chelli¹

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. AÇÃO POPULAR. 3. NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO POPULAR. 4. A LEI DE AÇÃO POPULAR. 5. PRINCIPAIS ASPECTOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 5.1. Procedimento. 5.2. Competência. 5.3. Legitimidade. 5.4. Liminar e antecipação de tutela. 5.5 Sentença. 5.6. Coisa julgada. 5.7. Sistema recursal. 5.8. Execução. 5.9. Sucumbência. 10. CONCLUSÃO.

RESUMO

Estudo sobre os aspectos processuais mais relevantes da ação popular, com ênfase no papel desempenhado pelas pessoas jurídicas de direito público e privado cujos atos sejam objeto de impugnação pelo autor popular. O instituto encontra-se inserido no título II do Texto Constitucional vigente, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Mais precisamente, no capítulo I do referido título, que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, especificamente no inciso LXXIII do art. 5º, onde se lê que *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”*. No plano infraconstitucional foi disciplinado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, cujos dispositivos serão a base e a referência de todo o estudo aqui desenvolvido.

ABSTRACT

Study on the most relevant procedural aspects of the people's legal action emphasising the role played by legal entities of public and private rights whose acts are objected by the plaintiff. This legal institute was inserted on the second title of the current Constitutional text, which regulates fundamental rights and legal guarantees. More precisely, on the first chapter of that Title which deals with individual and collective rights and duties, specifically on item 57 of the fifth article that reads: *“any citizen is a legitimate party to file a people's legal action with a view to nullifying an act injurious to the public property or to the property of an entity in which the State participates, to the administrative morality, to the environment and to the historic and cultural heritage..”*. Such theme has been disciplined by the infra-constitutional Law 4.717 as of 29th July 1965 and its legal provisions shall be the base and reference of this study.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Processo Civil. Ação Popular.

Keywords: Fundamental Rights. Civil Procedure. People's legal action.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A ação popular é o meio judicial que a Constituição e a Lei disponibilizam ao cidadão para impugnar e obter a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Referido instituto tem suas raízes mais profundas na Roma antiga.

Entre nós, a ação popular adquiriu *status* Constitucional somente na Carta de 1934, para ser excluída logo depois, na Constituição de 1937, sob a ditadura Vargas. Reconduzida ao texto da Carta Maior em 1946, foi disciplinada em pleno regime militar pela Lei nº 4.717/65. Mantida na Constituição de 1967, passou incólume pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Ganhou amplitude com a Carta Cidadã de 1988.

Verifica-se, pois, que a ação popular é importante remédio constitucional e verdadeira garantia de direitos fundamentais consubstanciados na Magna Carta vigente. Legitimado para propô-la é o cidadão, qual seja, eleitor brasileiro, nato ou naturalizado, e que se encontra no gozo dos direitos políticos.

A Lei de Ação Popular trouxe para o cenário jurídico nacional várias disposições de natureza material e processual. No estudo que ora se intenta, serão objeto de análise e discussão as disposições processuais mais relevantes que o mencionado diploma legal apresenta. Temas como procedimento, competência, legitimidade, tutela de urgência, sentença, coisa julgada, sistema recursal, execução, sucumbência, etc., serão analisados sempre à luz da doutrina, jurisprudência, da Lei nº 4.717/65 e, subsidiariamente, do Código de Processo Civil.

2. AÇÃO POPULAR

A ação popular é a via pela qual o cidadão pode alcançar, por meio de um provimento judicial, a invalidação de atos ou contratos administrativos que se apresentem ilegais, que lesionem ou possam lesionar o patrimônio público, atentar contra a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Para José Afonso da Silva², a ação popular é um remédio constitucional para a defesa da coletividade:

Podemos, então, definir a ação popular constitucional brasileira como instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 464.

atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Hely Lopes Meirelles³ vê a ação popular como um meio de se obter a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público:

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Embora relativamente recente em nosso ordenamento jurídico, a ação popular teve suas origens na Roma antiga, evidentemente em contexto distinto e com propósitos que só de longe lembram os objetivos do instituto nos dias atuais.

De acordo com o art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, a ação popular é cabível “*para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*”.

Por seu turno, estabelece o art. 1º da Lei nº 4.717/65 que a ação popular tem por escopo:

a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Patrimônio público é o conjunto composto por todos os bens corpóreos e incorpóreos que integram o acervo das pessoas jurídicas de direito público interno e das entidades da administração indireta, como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Além disso, a ação popular pode se prestar também a proteger o patrimônio de pessoas jurídicas de direito privado que recebam recursos advindos dos cofres públicos, consoante apregoam os arts. 5º, LXXIII da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965.

Por patrimônio público, como se disse, não se deve entender somente o corpóreo, físico, de caráter econômico, mas também todo o patrimônio imaterial, qual seja, o patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico, estético, paisagístico, ambiental, natural e moral da coletividade. Nesse sentido, o §1º do art. 1º da Lei nº

³ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p.148/149

4.717/65 é suficientemente claro ao dizer “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” integram o patrimônio público.

Para os doutrinadores brasileiros, a moralidade administrativa está relacionada às regras da boa administração. Com efeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ afirma que:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Portanto, para a ilustre doutrinadora, a moralidade administrativa está um passo além da legalidade. Diz respeito também à moral, aos bons costumes, à justiça, à honestidade, etc.

Nesse prisma, a propositura de uma ação popular calcada apenas no vago conceito de moralidade pública pode apresentar alguma dificuldade, posto que cada um dos adjetivos que compõe o princípio carrega em si uma carga de grande subjetividade. Não será difícil sempre sustentar que um ato, embora legal, é imoral ou contrário aos bons costumes. Tome-se como exemplo a distribuição de preservativos pelos órgãos de saúde: mesmo que estes estejam imbuídos do maior espírito público e republicano, voltados para a prevenção e preservação da saúde pública, não vai faltar quem entenda que a política contraria a moral e os bons costumes, na medida em que dá suporte para a prática do sexo fora do casamento, ou que os recursos poderiam ser utilizados para atender situações de maior prioridade.

Atento a tais circunstâncias, Hely Lopes Meirelles adverte:

A noção de pura “imoralidade, porém, nos parece excessivamente vaga e subjetiva para que se permita o ajuizamento de ação popular. A moral pura, quando afastada do direito positivo, envolve crenças pessoais, inclusive religiosas, que podem variar de pessoa para pessoa. Permitir que o juiz invalide um ato formalmente legal da Administração, sob o único fundamento de que este ato seria imoral, implica em colocar o administrador público em permanente incerteza. O Judiciário poderia, sob o pretexto da defesa da moralidade estabelecer uma ou outra prioridade para a Administração, e, desta forma, acabaria intervindo no âmbito da conveniência do ato, o que não deve ser admitido dentro do sistema de separação tripartite dos Poderes.⁵

⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Curso de Direito Administrativo. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 74.

⁵ MEIRELLES, WALD, MENDES, 2009, p.154/155.

Observa-se na lição do ilustre administrativista a preocupação com a manutenção da autonomia e independência dos Poderes. Chamado a analisar atos administrativos supostamente imorais, o Judiciário poderia se ver obrigado a adentrar questões de oportunidade e conveniência, que dizem respeito exclusivamente ao mérito administrativo e, como tal, sujeitas ao exclusivo gerenciamento do Executivo. Este, por seu turno, se veria tolhido na mais corriqueira de suas atribuições eis que os administradores públicos se veriam obrigados a perquirir, toda vez que praticassem um ato administrativo, se não estaria sendo violada alguma norma de caráter ético ou moral, ainda que representativa para apenas um seguimento da sociedade.

Diante da subjetividade típica do conceito de moralidade administrativa, não vemos como promissor o ajuizamento de ações populares que não tenham por fundamento a ilegalidade do ato atacado. Como se verá adiante, o ato ilegal é, por si mesmo, atentatório à moralidade pública.

No que tange à expressão “ato lesivo”, mencionada no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, bem como no art. 1º da Lei nº 4.717/65 (esta se refere a “atos lesivos”), há divergência doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à lesividade do ato, como condição para a propositura da ação popular. Algumas posições relevantes e distintas se destacam nesse panorama. Uma delas afirma que basta a existência da lesão para autorizar a propositura da ação popular, isso porque todo ato lesivo seria ilegal. Uma outra posição sustenta que, para a propositura da ação popular, é preciso que se demonstre a existência de lesão e que esta decorreu da ilegalidade do ato atacado. Um terceiro posicionamento assevera que a ilegalidade é por si só lesiva, de modo que a existência de um ato ilegal é suficiente para autorizar a propositura de uma ação popular.

Sobre o assunto, colhem-se as seguintes ponderações de José Afonso da Silva:

A questão fica ainda presa quanto ao saber se a ação popular continuará a depender dos dois requisitos que sempre a norteiam: lesividade e ilegalidade do ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se se exigir também o vício de ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade.⁶

Na visão de Michel Temer, a lesividade contém em si a ilegalidade, isso porque é inconcebível que um ato possa causar danos ao patrimônio público e não ferir a legalidade vigente:

⁶ SILVA, 2010, p.463/464.

A doutrina e a jurisprudência têm enfrentado o problema de saber se basta a lesividade para autorizar a demanda popular ou se é indispensável a configuração da ilegalidade.

A questão pode ser solucionada pela compreensão de que é impossível a existência de um ato lesivo, mas “legal”. É que a lesividade traz em si a ilegalidade.⁷

Em que pesem as fundadas opiniões acima transcritas, a nosso ver a posição mais sustentável é a que exige a conjugação da ilegalidade e da lesividade no ato a ser atacada via ação popular. É que pode ocorrer do ato ser lesivo ao patrimônio público e não ser ilegal. Tome-se, por exemplo, o caso de imóvel histórico que ameaça ruir a qualquer momento, não havendo outra coisa a fazer que não seja a demolição. Este ato, sem dúvida alguma, causará um dano irreparável ao patrimônio histórico, entretanto não será ilegal. Uma ação popular contra a demolição estaria fadada ao insucesso, quiçá ao indeferimento sumário, posto que, nesse caso, a proteção ao patrimônio histórico deverá ceder à segurança das pessoas.

Este posicionamento é o que prevalece, no sentir de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto ao segundo pressuposto da ação, **ilegalidade** ou **imoralidade**, muito se tem discutido, quer quanto à exigência de ilegalidade como causa de pedir, ao lado da lesividade, quer quanto à possibilidade de a simples imoralidade constituir-se em fundamento da ação.

A Constituição de 1946, no artigo 141, § 38, dizia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a **anulação** ou **declaração de nulidade** de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

A redação do dispositivo, com expressões “anulação ou declaração de nulidade”, deu margem a grandes controvérsias; a tese que acabou predominando foi a da necessidade de conjugação dos dois fundamentos – ilegalidade e lesividade – como requisito para a propositura da ação popular. Esse entendimento foi defendido por Frederico Marques, em 1948, antes, portanto, da Lei nº. 4.717/65, em decisão judicial proferida em ação popular movida por um partido político contra o Governo do Estado de São Paulo, em decorrência da aquisição e posterior alienação, aos antigos proprietários, do jornal *O Estado de S. Paulo* (in RT 181/826). Nessa decisão, que ficou sendo o *leading case* sobre a questão, Frederico Marques deixou de examinar o mérito, por entender que faltavam dois dos pressupostos da ação, que eram a qualidade de cidadão no autor popular e a **ilegalidade** do ato.⁸

⁷ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 23. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 213.

⁸ PIETRO, 2008, p. 748/749.

A jurisprudência do STF, entretanto, assenta-se na premissa de que a ilegalidade do ato pressupõe sua lesividade, como se pode ver no AI561622 AgR-SP, relatado pelo Ministro Ayres Britto. Veja-se a ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. LESIVIDADE AO ERÁRIO. PRESUNÇÃO DECORRENTE DA ILEGALIDADE DO ATO PRATICADO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO. OFENSA REFLEXA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, para o cabimento da ação popular, a própria ilegalidade do ato praticado pressupõe a lesividade ao erário. 2. A questão alusiva à necessidade de produção de prova pericial demandaria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente. 3. Violação às garantias constitucionais do processo, se existente, ocorreria de modo reflexo ou indireto. 4. O acórdão recorrido, em que pese haver dissentido dos interesses da parte agravante, está devidamente fundamentado. Logo, não há falar em afronta ao inciso IX do art. 93 da Carta Magna de 1988. 5. Agravo regimental desprovido.

Poderia se dizer que, na esteira do pensamento da Suprema Corte brasileira, embora um ato lesivo nem sempre possa ser reputado ilegal e, como tal, dar margem à ação popular, todo ato ilegal é lesivo. Isso porque a ilegalidade de um ato, por si só, atenta contra a moralidade pública, v.g., contra o patrimônio público moral. Entretanto, tal assertiva acaba por reforçar a tese de que ilegalidade e lesividade são pressupostos da ação popular, mesmo que a lesividade seja tida como uma consequência lógica da ilegalidade.

3. NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO POPULAR

Como restou demonstrado no breve relato histórico traçado no capítulo anterior, tal como é concebida modernamente, a ação popular no Brasil sempre teve raízes e natureza tipicamente constitucionais. Desde que ingressou no ordenamento constitucional brasileiro, em 1934, esteve prevista em todas as Constituições, ressalvada a de 1937, período em que o país se encontrava sob as agruras de um estado ditatorial. Curioso observar que mesmo durante o regime militar (1964-1985), a ação popular permaneceu nas Cartas Constitucionais, tendo sido inclusive regulamentada por lei.

É sabido que a atual Constituição da República é bastante extensa, tendo em vista seu caráter analítico que examina e regulamenta as matérias consideradas relevantes à formação e desenvolvimento do Estado. Concebida nos primeiros anos

que se seguiram ao fim da ditadura militar, nela foram consignadas os institutos reputados de maior importância para a sociedade brasileira naquele momento histórico.

Para a preservação de direitos individuais e coletivos de tamanha envergadura, o constituinte fez questão de consignar no Texto Constitucional algumas ações que ficaram conhecidas como verdadeiros “remédios constitucionais”, tais como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data* (art. 5º, LXXII) e a ação popular (art. 5º, LXXIII). A propósito, mencionadas ações, são consideradas garantias constitucionais, ou seja, mecanismos e instrumentos de realização e efetivação dos direitos individuais e coletivos, elencados na Lei Maior. Isso porque apenas “catalogar direitos” certamente seria suficiente para proclamar sua existência, mas não para assegurar sua concretude e dar efetividade ao Texto Constitucional.

Comentando a natureza constitucional da ação popular, Cassio Scarpinella Bueno⁹, assim se expressa:

A “ação popular” é expressamente prevista pelo inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal nos seguintes termos: “*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*”.

O *status* constitucional da ação popular revela a nobreza de sua origem e a importância que o legislador brasileiro lhe confere. Mais do que resultado do trabalho do Poder Legislativo, é fruto do que quis estabelecer o Poder Constituinte. Nesse sentido, a lição de José Afonso da Silva¹⁰:

A ação popular brasileira é um instituto previsto na Constituição Federal, como já vimos. Significa dizer que foi instituída pelo poder constituído originário (nacional).

A natureza dessa fonte criadora do instituto lhe dá uma relevância que influi em seu sentido jurídico como em sua natureza específica, segundo veremos mais adiante.

A ação popular, portanto, encontra-se no rol das ações mais importantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser removida da Constituição nem mesmo por meio de emenda constitucional, haja vista que o art. 60, § 4º,

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 2. t. III. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 132.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2007, p. 69.

IV da Carta Política veda a deliberação de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Desta forma, somente a instauração de uma nova ordem constitucional poderá fazer com que a ação popular perca o *status* de ação constitucional, o que assegura sua permanência no panorama jurídico brasileiro enquanto perdurar o ordenamento constitucional vigente.

4. A LEI DE AÇÃO POPULAR

Embora a ação popular só tenha ingressado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934, no período imperial e princípios da República existiam ações reputadas populares pelos doutrinadores da época.

Depois de traçar um breve panorama mencionando velhos estudiosos do direito, brasileiros e portugueses, que viam em determinadas ações da época fundamentos do direito romano, de sorte a qualificá-las como populares, Mancuso¹¹ afirma que:

Admitida, assim, ao menos em sede doutrinária, a sobrevivência da ação popular no período imperial e início da República, onde vigoram as Ordenações do Reino, é preciso ainda considerar que nessa fase se podia surpreender alguma outra legislação na qual se pudesse perscrutar a existência de uma ação popular, como, por exemplo: Decreto nº 2.691/1860, que permitia a apreensão judicial de títulos ilegais emitidos por bancos e outras companhias “por denúncia ou a requerimento de qualquer pessoa do povo”; ainda a Lei nº 173/1893, permitindo a dissolução de associações que “*promoverem fins ilícitos ou se servirem de meios ilícitos ou imorais*”, a qual podia dar-se por “*denúncia de qualquer pessoa do povo ou do Ministério Público*”.

Com o advento do Código Civil de 1916, estabeleceu-se um relativo consenso entre os doutrinadores, bem como na jurisprudência, de que a ação popular havia sido banida do ordenamento jurídico brasileiro, pois o art. 76 do Diploma Civilista exigia a presença de “legítimo interesse econômico, ou moral” como condição do direito de ação.

Entretanto, a ação popular sobrevivia, ao menos em matéria eleitoral. Cumpre informar que a Lei de Organização dos Municípios da Bahia, Lei nº 1.384/20, chegou a criar expressamente uma modalidade de ação popular em seu art. 31.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 64.

Como se disse alhures, a ação popular ganhou ares de preceito constitucional somente na Carta de 1934. Entretanto, foi excluída do Texto de 1937. A exclusão não foi nenhuma surpresa, pois o mesmo se dera com a ação popular na Itália e na Espanha, países que, assim como o Brasil, encontravam-se sob o domínio de regimes totalitários e que muito inspiravam o que se fazia por aqui.

Notícia Mancuso que, em 1939, com o advento do Código de Processo Civil, a ação popular voltou a figurar no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma tímida:

No intervalo entre a Constituição de 1937 e a de 1946, sobreveio o Código de Processo Civil, em 1939. Há interesse em lembrar que esse Código *repristinou* a antiga ação popular prevista no art. 13 do Decreto nº 173/1893, ao dispor em seu art. 670: “A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de *qualquer do povo*, ou órgão do Ministério Público”.¹²

Na Constituição de 1946, a ação popular readquire o “status” constitucional. Entretanto, somente em 1965, já sob o regime militar, foi promulgada a Lei nº 4.717/65 nominada de Lei de Ação Popular. Desde sua edição, mencionada lei sofreu duas alterações: a primeira pela Lei nº 6.014/73 que alterou a redação do artigo 19 e, posteriormente, pela Lei nº 6.513/77, que deu nova redação ao § 1º, do artigo 1º, e acrescentou o § 4º, ao artigo 5º.

A lei de ação popular possui apenas vinte e dois artigos, sendo que suas principais características processuais serão estudadas a seguir.

5. PRINCIPAIS ASPECTOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR

Embora siga o rito ordinário e a ela se aplique subsidiariamente o Código de Processo Civil, a ação popular também possui disposições processuais próprias, previstas na Lei nº 4.717/65. Tais disposições serão objeto de estudo um pouco mais aprofundado nos tópicos que seguem.

5.1 Procedimento

A ação popular segue o rito ordinário, com as adaptações e especificidades que a Lei de Ação Popular lhe atribui (arts. 7º e 22 da LAP). Dever ser proposta no

¹² MANCUSO, 2011, p.67.

prazo de 05 (cinco) anos, sob pena de prescrição, eis que o art. 21 da LAP determina que tal é o prazo para o ingresso com tal demanda em juízo.

Para Luiz Guilherme Marinoni¹³, a constitucionalidade do artigo 21 da Lei de Ação Popular deve ser acolhida com ressalva:

Nessa linha, tem-se entendido como constitucional o prazo de cinco anos para a propositura da ação popular (art. 21 da Lei nº 4.717/1965). Apenas se ressalva que essa prescrição atinge a anulação do ato inquinado, mas não o direito ao ressarcimento de eventuais prejuízos experimentado pelo Poder Público, já que estes são imprescritíveis, a teor do art. 37, §5º, da CF.

Efetivamente, tendo a Constituição Federal estabelecido no § 5º do art. 37 que *“a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*, notadamente deixou de fora de qualquer contagem prescricional o direito de pleitear em juízo o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público. Tendo em vista que a ação popular não busca apenas a nulidade ou anulação do ato lesivo, mas também o ressarcimento do prejuízo causado, não há como se negar ser imprescritível essa última pretensão.

A tramitação processual é relativamente simples. A petição inicial deverá atender aos requisitos do art. 282 do CPC. Além dos documentos de praxe, deverá vir instruída com a cópia do título eleitoral do autor, *“ou com documento que a ele corresponda”*, consoante determina §3º do art. 1º da Lei nº 4.717/65.

Os documentos indispensáveis à instrução da causa, tais como certidões e informações que o autor julgar necessárias, poderão ser requeridos a quem de direito e deverão ser fornecidos no prazo de quinze dias, sob pena de desobediência, obrigatoriamente, ressalvada a hipótese em que houver interesse público devidamente justificado na imposição de sigilo. Nesse caso, a ação poderá ser proposta sem os documentos negados, devendo o juiz apreciar os motivos do indeferimento e, se for o caso, requisitá-los, passando o processo a tramitar em segredo de justiça (art. 1º, §§3º a 7º).

Além das pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da Lei nº 4.717/65, deverão ser citados todos os responsáveis ou beneficiados pelo ato. Estes poderão ser citados por edital, se o autor preferir (art. 7º, II da LAP). A citação dos responsáveis ou beneficiados cuja identidade só venha a ser conhecida no curso do processo poderá ser feita a qualquer momento antes de prolatada a sentença (art. 7º, III) restituindo-se o prazo para a contestação e produção de provas, desde que não tenham sido citados anteriormente por edital.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Procedimentos Especiais. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p.283/284.

O prazo de contestação é de vinte dias, prorrogáveis por igual período, desde que requerida por interessado que demonstre ser especialmente difícil a produção de prova documental (art. 7º, IV da Lei de Ação Popular).

A produção de prova testemunhal ou pericial deverá ser requerida até o despacho saneador, quando o processo tomará o rito ordinário. Caso não haja protesto pela produção de tais provas, será dada vista às partes para alegações finais, por dez dias, seguindo os autos conclusos para sentença em até quarenta e oito horas (art. 7º, V da Lei 4717/65.)

A sentença, se não for prolatada em audiência, deverá ser proferida em quinze dias, contados do recebimento dos autos pelo juiz (art. 7º, VI, da Lei de Ação Popular). Caso não o faça, sem motivo justificado e devidamente comprovado, o magistrado sofrerá as consequências previstas no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 4.717/65: exclusão por dois anos de lista de merecimento para promoção e desconto dos dias correspondentes ao atraso para fins de contagem do tempo para fins de promoção por antiguidade.

O Ministério Público intervirá na ação popular, devendo ser intimado de todos os atos a partir do despacho inicial que mandar citar os réus (art. 7º, I, “a”) e terá a faculdade de dar andamento ao feito, caso o autor desista da ação ou dê motivo à absolvição da instância, como determina o art. 9º da Lei de Ação Popular.

5.2 Competência

Competente para conhecer da ação popular, nos termos do art. 5º da Lei nº 4.717/65, é o juízo de primeiro grau, conforme a origem do ato, não importando quem seja a autoridade que figure no polo passivo. Mesmo o Presidente da República, que goza de foro privilegiado (art. 102, I da CF), responde à ação popular na primeira e monocrática esfera de jurisdição. Há, todavia, que se observar a competência da Justiça Federal, tendo em vista o critério *ratione personae*, como muito bem adverte Mancuso:

Valeu-se o legislador de mais de um critério para regular a competência, na ação popular: A) o “*ratione personae*”, dado que, sendo o ato ou omissão imputáveis v.g. ao Presidente da República ou a um Governador de Estado, fixadas estarão, respectivamente, as competências da Justiça Federal (v. TJ 121/17) ou da Estadual, cabendo lembrar que a ação popular não figura dentre as causas que, pelo critério “*ratione personae*”, estão sob competência originária do STF ou do STJ (CF, arts. 102, I, e 105, I)[...]¹⁴

¹⁴ MANCUSO, 2011, p. 220.

Helio Rubens Batista Ribeiro Costa¹⁵ noticia a existência de decisão do STF, assegurando a competência do juízo de primeiro grau de jurisdição, para as ações em que a competência originária não é da mais alta Corte do país. Com efeito, são estas as suas palavras:

Há decisão do Supremo Tribunal Federal descartando a prerrogativa de foro para determinadas autoridades, inclusive aquelas para as quais reserva a Constituição Federal a competência originária do próprio Supremo Tribunal Federal para julgamento de mandados de segurança contra seus atos, como soe ocorrer com os atos praticados pelo Presidente da República.

A competência para processar e julgar a ação popular contra o ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte, originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição.¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado lapidar, estabeleceu que a competência para julgar a ação popular é relativa, eis que se trata de competência territorial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO BNDES, QUE, POR DISCIPLINA LEGAL, EQUIPARA-SE A ATO DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, 1º DA LEI 4.717/65. APLICAÇÃO DOS ARTS. 99, I, DO CPC, E 109, 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. [...] 2. O art. 5º da referida norma legal [Lei nº 4.717/65] determina que a competência para processamento e julgamento da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado. Assim, caberá à Justiça Federal apreciar a controvérsia se houver interesse da União, e à Justiça Estadual se o interesse for dos Estados ou dos Municípios. A citada Lei nº 4.717/65, entretanto, em nenhum momento fixa o foro em que a ação popular deve ser ajuizada, dispondo, apenas, em seu art. 22, serem aplicáveis as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da Lei, nem a natureza específica da ação.

Portanto, para se fixar o foro competente para apreciar a ação em comento, mostra-se necessário considerar o objetivo maior da ação popular, isto é, o que esse instrumento previsto na Carta Magna, e colocado à disposição do cidadão, visa proporcionar' (CC 47.950/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJU de 07.05.07). 3. Partindo da análise da importância da ação popular como meio constitucional posto à disposição 'de qualquer cidadão' para defesa dos interesses previstos no inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal/88, concluiu a Primeira Seção desta Corte pela impossibilidade de impor restrições

¹⁵ In: FILHO, Ronaldo Fenelon Santos e JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (coords.). Ação Popular: Aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS Editora. 2006, p. 223.

¹⁶ JSTF – 103/96.

ao exercício desse direito, terminando por fixar a competência para seu conhecimento consoante as normas disciplinadas no Código de Processo Civil em combinação com as disposições constitucionais. (...) 5. Sendo igualmente competentes os Juízos da seção judiciária do domicílio do autor, daquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, do Distrito Federal, o conflito encontra solução no princípio da “perpetuatio jurisdictionis”. 6. Não sendo possível a modificação ex officio da competência em razão do princípio da “perpetuatio jurisdictionis”, a competência para apreciar o feito em análise é do Juízo perante o qual a demanda foi ajuizada, isto é, o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado. 7. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.¹⁷

Aspecto relevante a ser lembrado em matéria de competência relativa à ação popular é o da universalidade: uma vez proposta em determinado juízo, estabelece-se a prevenção deste para conhecer todas as causas que forem ajuizadas contra as mesmas partes, apoiadas nos mesmos fundamentos da primeira (§ 3º do art. 5º da LAP). Implicitamente o dispositivo mencionado está a admitir a possibilidade de conexão e continência em sede de ação popular.

5.3 Legitimidade

Diz o art. 3º do Código de Processo Civil que para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Há, entretanto, hipóteses em que a lei autoriza a demandar em nome próprio quem não seja nem pretenda ser titular do direito material. Trata-se da legitimação extraordinária, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil que determina que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A legitimação extraordinária é excepcional, pois decorre de expressa previsão legal, não se confunde com a substituição processual, eis que esta é admitida também no polo passivo, enquanto que aquela não. Além disso, o legitimado extraordinário atua no processo como parte, conforme elucida Didier:

O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico deste sujeito processual. Atua em nome próprio defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio. 18

¹⁷ CC nº 107.109/RJ 1ª Seção. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 24.02.2010 DJe de 18.03.2010.

¹⁸ JR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. vol.1. 14. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2012, p. 222.

O direito material que se busca tutelar por via da ação popular é notadamente difuso. Com efeito, inegável que o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, constituem, em conjunto ou isoladamente, uma universalidade de bens indivisíveis cujos titulares não são identificados nem identificáveis. Sobre a conceituação de interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli assim se posiciona:

Difusos – como os conceitua do CDC – são os interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os interesses difusos compreendem os grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas.¹⁹

Considerando a natureza difusa do direito material a ser tutelado na ação popular, forçoso concluir que o autor postula em nome próprio direito alheio, ou melhor, direito ou interesse pertencentes a um número indeterminável de pessoas. Assim, não há como negar que na demanda popular a legitimidade do autor é extraordinária.

Tem legitimidade ativa para propor a ação popular “qualquer cidadão”, nas expressas disposições do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 4.717/1965.

Cidadão é o eleitor no gozo dos direitos políticos. A prova da cidadania para efeitos de ajuizamento da ação popular é feita com a apresentação de cópia do título eleitoral, ou documento que a ele corresponda, consoante apregoa o § 3º da Lei nº 4.717/65.

Interessante observar que pode o legitimado ativo ser eleitor, estar no gozo dos seus direitos políticos e não possuir capacidade processual, isso porque alguns direitos inerentes à cidadania podem ser exercidos à partir dos dezesseis anos (CF art. 14, §1º, II, “c”), sendo que a capacidade de estar em juízo, independentemente de representação ou assistência, consoante arts. 7º e 8º do CPC e art. 4, I do CC, só se alcança aos dezoito anos, lembrando sempre que o art. 22 da Lei nº 4.717/65 admite a aplicação subsidiária do CPC, naquilo em que não a contrarie. Resolve-se a situação da mesma forma que nos demais casos de incapacidade processual: o autor deverá estar assistido pelo seu representante legal.

Questão que causa amplo debate na doutrina é a da legitimidade do estrangeiro para propor a ação popular. Com a ampliação do objeto deste tipo de ação,

¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 53.

abrangendo a proteção do meio ambiente e considerado este um direito fundamental de todas as pessoas, não é impossível sustentar que o estrangeiro possa propor a ação popular. Veja-se que o art. 5º, “caput” da Constituição Federal, assegura tratamento igualitário aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, no que diz respeito ao respeito e exercício dos direitos individuais fundamentais, dentre os quais a legitimidade para propor a ação de que trata o inciso LXXIII do mencionado artigo.

Interessante, a propósito da questão, a opinião de Gregório Assagra de Almeida:

Argumenta Mancuso que para a ação popular somente está legitimado o cidadão-eleitor; isso porque se trata de exteriorização ou apanágio do status civilitatis, que decorre plenamente de seus direitos políticos.

Acredita-se, como e verá na parte final desta pesquisa, que a concepção de cidadão como sendo o cidadão-eleitor não é exigida pelo texto constitucional, que só faz menção à expressão cidadão. Observa-se que a ação popular está dentro das garantias constitucionais fundamentais (art. 5º., LXXIII, da CF).

Assim, se a Constituição não estabelece qualquer restrição à concepção de cidadão, e a ação popular é garantia constitucional fundamental, não é compatível, na espécie, qualquer interpretação restritiva, de sorte que o art. 1º., § 1º da Lei nº 4.717/65, por estabelecer restrição indevida à condição de cidadão para efeitos de legitimidade para o ajuizamento de ação popular, não foi recepcionado pela Constituição Federal (art. 5º., LXXIII). Com efeito, tem-se que a concepção de cidadão deve ser extraída de um dos mandamentos nucleares da Constituição Federal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º., III, da CF).²⁰

A nosso ver, a legitimidade para propor ação popular prevista na Constituição Federal tem caráter eminentemente político e, portanto, exercitável apenas por “qualquer cidadão”. Acontece que a cidadania tem como pressuposto a nacionalidade. De acordo com o artigo 12 da Constituição Federal, são brasileiros os natos e os naturalizados. Os primeiros são aqueles que tenham nascido no território nacional. Também estão nessa condição os nascidos no estrangeiro desde que filhos de brasileiros a serviço do país, ou registrados em repartição brasileira competente, ou que venham a residir no Brasil e requeiram a nacionalidade brasileira (CF art. 12, I). Os segundos, são os estrangeiros que, na forma da lei, alcançaram a nacionalidade brasileira, tais como portugueses residentes por um ano ininterrupto no território nacional e considerados moralmente idôneos, bem assim os que residam há mais de quinze anos ininterruptos no país e sem condenação penal (CF art. 12, II).

²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 422-423.

O § 2º do art. 12 da Constituição Federal proíbe que a lei estabeleça qualquer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, observadas as ressalvas inseridas no próprio Texto Constitucional. Assim, ao naturalizado são assegurados os mesmos direitos políticos garantidos aos brasileiros natos, salvo o de concorrer a determinados cargos privativos destes, tais como o de Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, etc. (art. 12, §3º da CF).

Conclui-se que o direito de propor a ação popular não se encontra excepcionado ao estrangeiro, todavia terá que, para tanto, adquirir a nacionalidade brasileira – e aí não será mais considerado estrangeiro, mas brasileiro naturalizado – como condição para a obtenção dos direitos políticos e, assim, ser considerado cidadão. Nessa condição, terá legitimidade para figurar no polo ativo da demanda popular.

São legitimados para compor o polo passivo da ação popular, nos termos do art. 6º da Lei n.º 4.717/65, todos os agentes administrativos que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissão, tenham dado vez à lesão; os beneficiários diretos do ato e a pessoa jurídica de direito público ou privado interessada.

5.4 Liminar e antecipação de tutela

Embora a Lei de Ação Popular não tivesse previsto, em princípio, a possibilidade de concessão de liminar, tal omissão restou reparada pela inclusão do §4º no art. 5º da Lei n.º 4.717/65, pela Lei 6513/77. Com o acréscimo, ficou possibilitada a “*suspensão liminar do ato lesivo impugnado*”, sempre que for necessária à defesa do patrimônio público.

Hely Lopes Meirelles, embora considerasse necessária a modificação legislativa, manifestou, em princípio, certa apreensão com a falta de detalhamento, pela lei, de como o provimento cautelar seria ministrado:

Conquanto plenamente justificável esse provimento cautelar, como já havíamos proposto no anteprojeto com o qual colaboramos para a feitura da lei de ação popular, não podemos aplaudir o enxerto do parágrafo em exame, porque feito sem exigência de requisitos mínimos para a concessão da liminar, ao invés de apresentar-se como um instrumento de proteção ao patrimônio público, erige-se numa perene ameaça à Administração, pela possibilidade sempre presente de paralisação de suas obras e serviços – sem limites legais e sem prazo – por simples arbítrio do juiz, em decisão soberana e irrecorrível.²¹

²¹ MEIRELLES, WALD, MENDES, 2009, p. 169.

A preocupação revelou-se infundada, sendo que os próprios atualizadores da obra do ilustre administrativista trataram de esclarecer que o risco por ele aventado restou afastado pelas disposições da Lei nº 8.437/92, cujo § 3º do art. 1º, vedou a possibilidade de concessão de liminares contra atos do Poder Público “*que escote, no todo ou em parte, o objeto da ação*”.

Ainda que do tema não tivesse tratado a mencionada Lei nº 8.437/92, entendemos que a dificuldade já se encontrava superada desde a origem, posto que o art. 22 da Lei nº 4.717/65 previu a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à ação popular. Desta forma, as questões concernentes à concessão de liminar, tais como requisitos mínimos e recurso cabível, podiam, como podem, facilmente ser solucionadas pela aplicação das disposições do CPC atinentes à matéria.

No que se reporta à possibilidade de antecipação de tutela em ação popular, convém transcrever a sempre pertinente opinião de Mancuso:

[...]sendo a ação popular uma demanda veiculada em rito ordinário, num processo de conhecimento (cognição ampla e exauriente), e desde que presentes os pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela (prova inequívoca, conduzindo a um juízo favorável de verossimilhança da alegação, presentes os quesitos específicos – incs. I e I e §2º do art. 273), afigura-se-nos possível a aplicação dessa tutela de urgência no âmbito da ação popular, até por que o CPC lhe é fonte subsidiária (Lei 4.717/65, art. 22).²²

O pensamento acima transcrito vai ao encontro do que hoje se tem por mais sustentável em matéria de tutelas de urgência. Presentes os requisitos previstos em lei, a obtenção do provimento liminar ou antecipatório passa a ser direito da parte e não mera faculdade do juiz. Na ação popular, com maior razão deve tal princípio ser aplicado sem receio, posto que o que se pretende proteger, em última análise, são os bens corpóreos e morais de toda a coletividade.

5.5 Sentença

Em sua redação original, o CPC atual definia a sentença como “*o ato pelo qual o juiz que põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*”. Entretanto, como o advento da Lei nº 11.232/2005, o §1º do art. 262 do CPC recebeu nova redação e a sentença passou a ser definida como sendo “*o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*”.

A modificação teria sido necessária em razão do advento do denominado processo sincrético, constituído de fases de conhecimento e de execução. O novo

²² MANCUSO, 2011, p.241. MEIRELLES, WALD, MENDES, 2009, p. 169.

conceito de sentença gerou séria controvérsia doutrinária, ficando aquela definida pelo seu conteúdo e não pela capacidade de colocar fim ao processo. A despeito das críticas, permanece no ordenamento jurídico e, verdade seja dita, na prática não apresentou significativas alterações, eis que os artigos 267 e 269 do CPC tratam basicamente da extinção do processo, ou uma de suas fases, com ou sem julgamento de mérito.

A sentença na ação popular pode se dar com ou sem resolução de mérito. Nessa segunda hipótese, a extinção do feito pode ocorrer pela absolvição da instância (extinção do processo sem julgamento de mérito em razão da ausência de providências a cargo do autor), pela desistência da demanda ou pela carência da ação.

Conhecido o mérito, a ação popular poderá ser julgada improcedente, procedente ou parcialmente procedente. Na primeira hipótese, qual seja, da improcedência do pedido, a sentença tem natureza declaratória e o tema não demanda maiores discussões, eis que a decretação de improcedência corresponde a uma declaração de validade do ato atacado.

No que se reporta à extinção com julgamento de mérito, imprescindível à boa análise do tema relativo à sentença em ação popular, é o conhecimento das disposições do art. 11 da Lei nº 4.717/65:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Verifica-se que a sentença de procedência na ação popular tem natureza (des) constitutiva e condenatória. Desconstitutiva porque decreta a invalidade do ato impugnado e, assim, desfaz todos os efeitos concretos que até então havia gerado, posto que os efeitos retroagem *ex tunc*. Condenatória porque impõe aos responsáveis pelo ato invalidado e beneficiários dele a obrigação de pagar perdas e danos, devendo ser incluído na condenação o pagamento ao autor das custas, despesas judiciais e extrajudiciais, bem assim honorários advocatícios, por força do que dispõe o art. 12 da Lei nº 4.717/65.

Quanto à natureza da sentença de total ou parcial procedência, em ação popular, a sempre oportuna lição de Mancuso:

Não há dúvida, pois, que a natureza da sentença de procedência total ou parcial da ação popular é (des)constitutiva e condenatória; por outro lado, dado que a desconstituição incide sobre um ato reconhecido como nulo (e não meramente anulável), os efeitos retroagem “*ex tunc*”, tudo retornando ao “*statu quo ante*” (“*quod nullum est nullum effectum producit*”). Aliás, para evitar qualquer ambiguidade que o vocábulo “anular” pudesse suscitar, melhor teria sido se no art. 5º, LXXIII, da CF se tivesse optado pelo alvitre formulado por Fábio Konder Comparato, que sugerira o termo “desconstituição”. Com razão,

observa José Wilson Ferreira Sobrinho: “O vocábulo ‘desconstituir’ se apresenta como mais preciso, posto que anular um ato significa, juridicamente, desfazê-lo ou desconstituí-lo”.²³

A sentença que decreta a improcedência da ação popular, com julgamento de mérito, tem natureza declaratória negativa. Uma vez prolatada, as coisas não se alteram. Assim, v.g., não vislumbrada a existência da nulidade em ato praticado em processo licitatório, a licitação remanesce robusta; por seu turno, permanecerá intacta uma nomeação antes denunciada como ilegal pelo autor, julgada improcedente a ação popular com conhecimento de mérito.

José Afonso da Silva (2007, p. 237) afirma categoricamente que a sentença de improcedência da ação popular tem efeito meramente declaratório, muito embora tenha efeitos secundários: “A sentença que julga improcedente a demanda popular só tem, como vimos, efeito declaratório. Todavia, esse é seu efeito primário, não sendo ela isenta de efeitos secundários” .

Os efeitos secundários, mencionados pelo insigne professor, são mais perceptíveis, a seu ver, no caso de decisão que julga a lide manifestamente temerária:

Mais severo é o art. 13 da Lei nº 4.717/1965 que declara: “A sentença, que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas”. A Constituição, no inc. LXXIII do art. 5º, como visto, vai mais longe porque não isenta o autor popular de custas e ônus da sucumbência quando ele age de má-fé, que é conceito mais amplo do que o de lide temerária.²⁴

Verifica-se que tanto o constituinte, quanto o legislador ordinário, tiveram a preocupação de criar implicações sérias e graves para quem, de forma manifestamente temerária ou agindo de má-fé, lança mão da ação popular. E não sem razão. Não raro, a ação popular tem sido usada como instrumento de obstrução e perseguição política, restando absolutamente desvirtuada das suas nobres finalidades, de sorte que as cominações previstas em lei para coibir tais abusos são mesmo necessárias e o juiz, ao prolatar a sentença, não deve se furtar do dever de aplicá-las, se for o caso.

5.6. Coisa julgada

A coisa julgada, antes de qualquer outra coisa que se possa dizer a seu respeito, é uma garantia constitucional, contra a qual não poderá a lei retroagir. É o

²³ MANCUSO, 2011, p. 294.

²⁴ SILVA, 2011, p. 238

que se lê no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

Mencionada garantia justifica-se pela necessidade de que as decisões judiciais se tornem imutáveis, atingido determinado patamar, tudo com vistas a evitar ameaças à segurança jurídica. O exercício da jurisdição, aliás, não tem outro objetivo que não seja o de pacificar os conflitos. Ora, se as demandas pudessem se eternizar, a pacificação social jamais seria atingida, de modo que, certamente, as partes interessadas não hesitariam em retomar a prática nada salutar de resolverem pessoalmente suas pendências, o que, sem dúvida, colocaria em risco não só a integridade física dos litigantes, como também a própria existência da vida em sociedade.

É preciso se dizer que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade sua: a imutabilidade. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença (amplo senso) se torna imutável naquele processo em que foi prolatada, nada impedindo que se ajuíze nova ação, desde que suprida a irregularidade processual que fulminou a ação pretérita. Tome-se como exemplo uma ação extinta sem julgamento de mérito por ausência de legitimidade passiva. A coisa julgada formal não impede a propositura de nova ação, pelo mesmo autor, calcada nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos e com idêntico pedido da ação extinta, desde que o polo passivo seja corrigido.

A coisa julgada material, por seu turno e em breves palavras, pressupõe a prolação de sentença de mérito, na qual a pretensão deduzida em juízo foi apreciada, acolhendo-se ou não, total ou parcialmente, o pedido formulado pelo autor. Esgotadas todas as possibilidades de recurso, a decisão se torna imutável naquele ou em outro processo, ressalvada a hipótese de ação rescisória (art. 485 do CPC) ou outro excepcional meio de desconstituição da sentença, v. g., a *querela nullitatis insanabilis*, que remonta ao direito canônico e não tem previsão legal, mas que é amplamente admitida quando se demonstra que o processo definitivamente encerrado com decisão de mérito padece de vício insanável, como, por exemplo, ausência de citação.

Por fim, temos a coisa soberanamente julgada, que é atributo da sentença contra a qual não caiba qualquer recurso ou ação desconstitutiva, seja pelo decurso do prazo da ação rescisória, seja pela ausência de vício insanável no processo em que foi prolatada.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a coisa julgada é o fenômeno que torna imutável e irrecurável a sentença (amplo senso). No dizer de José Afonso da Silva (2007, p.248), “é a qualidade da sentença inimpugnável e imutável”.

Peculiaridade em sede de Ação Popular, é o art. 18 da Lei nº 4.717/1965 que tem o seguinte teor:

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “erga omnes”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, a decretação de improcedência da ação popular por falta de provas não faz coisa julgada material. A rigor, quando a ação popular é julgada improcedente por falta de provas, não existe propriamente julgamento de mérito, o que permite a propositura de nova ação com o mesmo pedido e causa de pedir. Esse é o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

É necessário, portanto, distinguir três situações: a) sentença que julga procedente a ação; b) sentença que julga improcedente a ação, por ser infundada; c) sentença que julga improcedente a ação, por deficiência de provas. Nos dois primeiros casos a sentença decide a questão de mérito e, quando definitiva, tem eficácia de coisa julgada, oponível erga omnes. Quer dizer, não pode ser admitida outra ação com o mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outro cidadão. Se for proposta, pode o réu arguir a exceção de coisa julgada. Mas, se a sentença julgou improcedente a ação por deficiência da prova, não decidiu a questão de mérito, por isso não terá eficácia de coisa julgada, podendo ser intentada outra ação com o mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas. Significa apenas que o julgamento de deficiência da prova é que se tornou coisa julgada, tanto que, se não forem indicadas novas provas, o réu poderá pedir a declaração de carência da ação, arguindo a impossibilidade de propor-se outra demanda com o mesmo fundamento e as mesmas provas.²⁵

Mancuso adverte sobre a necessidade de o juiz consignar expressamente na sentença que está julgando improcedente o pedido por falta de provas, para que se viabilize a incidência do art. 18 da Lei de Ação Popular:

Nos casos de improcedência por insuficiência de prova, é de todo conveniente, para afastar dúvidas sobre o alcance subjetivo do julgado, que o juiz consigne expressamente aquela circunstância no dispositivo do julgado, a fim de que se opere o sistema especial de coisa julgada prevista no art. 18, parte final, da LAP. Trata-se de um critério legal especialíssimo, derogatório do sistema comum, e, portanto, para sua incidência no caso concreto é preciso que o próprio julgador esclareça que está julgando “no estado dos autos”.²⁶

Em que pesem os argumentos do ilustrado mestre, ousamos divergir. Consideradas as premissas da decisão e verificado que o decreto de improcedência decorreu da ausência de comprovação das alegações veiculadas na inicial, ainda que não haja expressa afirmação nesse sentido pelo julgador, há que se admitir a propositura de nova ação popular se, em outra oportunidade, forem reunidas as provas não apresentadas na ação extinta. Isso porque o art. 18 da Lei nº 4.717/65 não faz qualquer outra exigência que não seja a de ter a ação sido julgada improcedente por

²⁵ MEIRELLES, WALD, MENDES, 2009, p.178/179

²⁶ MANCUSO, 2011, p. 347.

deficiência de provas, para autorizar o ajuizamento de nova ação, com idêntico fundamento, valendo-se o autor de nova prova.

5.7 Sistema recursal

No ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio do duplo grau de jurisdição. Com efeito, o art. 5º, LV da Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Em que pesem as opiniões no sentido de que o duplo grau de jurisdição não constitui, na realidade, princípio constitucional, comungamos do pensamento de Didier :

Considerando que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo, pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário com uma organização hierarquizada, prevendo a existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição.²⁷.

Assenta-se tal princípio em dois fundamentos: o natural inconformismo da parte vencida, que pode ter a justa pretensão de ver sua causa submetida à apreciação de uma outra instância, e a falibilidade do julgador ou do colegiado, conforme o caso, eis que a possibilidade de erro é inerente à condição humana.

Considerando que a Lei de Ação Popular prevê em seu art. 7º que, ressalvadas as normas modificativas por ela veiculadas, “*a ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil*”, fica fácil concluir que as decisões interlocutórias estão sujeitas a agravo (art. 522 e seguintes do CPC) e a sentença à apelação (art. 513 do CPC), cabendo ainda os embargos de declaração (art. 535 e seguintes do CPC). Aliás, a Lei nº 4.717/65 é expressa em relação aos dois primeiros recursos mencionados. No “caput” do art. 19 estabelece que caberá apelação, com efeito suspensivo, contra a sentença que julgar a ação procedente, e reexame necessário da que concluir pela carência ou pela improcedência da ação. No §1º do mencionado artigo, define que das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. Despiciendo dizer que também são cabíveis, desde que presentes os requisitos, os recursos aos Tribunais Superiores, bem como os internos, também nominados regimentais, vez que à ação popular são aplicadas subsidiariamente as disposições do CPC, conforme se pode ver no art. 22 da Lei nº 4.717/65.

²⁷ DIDIER, 2012, p. 25.

No que tange à legitimidade para recorrer, estabelece o § 2º do art. 19 da Lei de Ação Popular que qualquer cidadão ou o Ministério Público poderá ingressar com recursos contra as sentenças e decisões contrárias ao autor da ação. Nesse passo andou bem o legislador, haja vista que o direito discutido ou o interesse que se visa proteger na ação popular, como visto anteriormente, pertence a toda coletividade e não propriamente a quem figura no polo ativo. Havendo incúria ou desinteresse do demandante em atacar uma sentença ou decisão interlocutória desfavorável, estão os demais cidadãos e o *Parquet* devidamente autorizados a recorrer com vistas a modificar a decisão ou o julgamento.

Evidente que os requeridos também têm legitimidade para recorrer, bastando que estejam presentes os pressupostos recursais intrínsecos (legitimidade, interesse recursal, cabimento e inexistência de fato impeditivo) e extrínsecos (tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo).

5.8 Execução

Vencida a fase de conhecimento, na qual fica declarado o direito; constituída ou desconstituída situação de fato ou de direito, ou fixada determinada condenação, numa ação ordinária, pode a parte vencedora promover a execução do julgado, ou não. Na ação popular, como se verá adiante, a execução da parte condenatória da sentença é imperativa.

Os artigos 16 e 17 da Lei de Ação Popular tratam da execução da sentença condenatória. De acordo com a o art. 16, o autor ou outro cidadão qualquer tem 60 (sessenta) dias para promover a execução. Se a execução não for promovida, caberá ao representante do Ministério Público fazê-lo, sob pena de falta grave. Já o art. 17 da Lei nº 4.717/65 assegura às pessoas jurídicas de direito público, bem como aos demais entes relacionados no art. 1º, o direito de promover a execução, no que as beneficiar, contra os demais réus, ainda que tenham contestado a ação.

A execução deve ser direcionada contra os réus que foram condenados no processo de conhecimento. Por uma questão de lógica, as pessoas relacionadas no art. 1º da Lei de Ação Popular, não estão sujeitas à execução do julgado, mesmo que tenham contestado a ação. É que o objetivo da execução é compelir o condenado, ou os condenados, a ressarcir a lesão causada pelo ato ao patrimônio público, não fazendo qualquer sentido que um ente público seja compelido a indenizar a si próprio. Poderá, entretanto, haver condenação de ente público a indenizar outro ente público. Evidentemente que o afirmado se aplica à condenação a reparar perdas e danos. No caso em que a condenação se traduz na obrigação de restituir as coisas ao seu estado anterior ou, na impossibilidade, de se promover a compensação pelo dano causado como, v.g., nas hipóteses de dano ambiental ou ao patrimônio histórico, entendemos que caberá execução também contra a entidade sindicada.

Poderá também sofrer a execução o autor da ação, se condenado ao décuplo das custas ou sofrer qualquer outro tipo de punição pecuniária, quando agir de má-fé ou a lide for julgada manifestamente temerária, consoante apregoa o art. 13 da Lei nº 4.717/65.

5.9 Sucumbência

Regra geral, quem perde uma ação judicial fica também obrigado a suportar os ônus decorrentes da sucumbência. Na ação popular, ordinariamente, essa regra só incide se vencido(s) for(em) o(s) demandado(s). Considerando que o autor numa ação popular não pleiteia interesse próprio, mas de toda a coletividade, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei nº 4.717/65, estabeleceram normas peculiares a respeito, de modo que um cidadão interessado em promover esse tipo de ação, não se sinta desestimulado pela possibilidade de vir a arcar com custas, despesas processuais, honorários advocatícios, etc.

Assim, consta do art. 5º LXXIII da Constituição Federal que, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé, na ação popular o autor fica “*isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*”.

Por seu turno, o art. 10 da Lei nº 4.717/65, determina que “*as partes só pagarão custas e preparo a final*”. Justamente pela possibilidade do autor popular ficar isento de custas e demais despesas processuais, se vier a perder a causa, o legislador ordinário, sabiamente, deixou para o final do processo a apuração do que for devido e quem é o responsável pelo pagamento a tal título.

Adverte, todavia, o art. 13 da citada Lei de Ação Popular que se a lide for julgada manifestamente temerária, o autor será condenado ao pagamento do décuplo das custas. Lide temerária, na definição de De Plácido e Silva “*é a lide arriscada, aventurosa, precipitada, descautelosa, mal-avisada, atrevida*”.²⁸

Além disso, na interpretação reversa ao texto constitucional acima mencionado, arcará o cidadão demandante com os ônus sucumbenciais na hipótese de comprovada má-fé ao propor a ação.

Em sendo a ação julgada procedente, estabelece o art. 12 da Lei de Ação Popular que “a sentença incluirá sempre na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado”.

Nesse ponto a lei tratou de compensar o autor popular, de modo que seja ressarcido das despesas que eventualmente tenha sido obrigado a fazer para propor e levar a ação até o fim.

²⁸ SILVA, 2006, p.1370.

10. CONCLUSÃO

Tentou-se neste estudo abordar os principais aspectos processuais relacionados à ação popular, sendo que algumas conclusões podem ser relacionadas.

Constituiu-se a ação popular em verdadeiro remédio constitucional previsto e colocado à disposição de todo cidadão para impugnar e buscar a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, bem como obter a condenação dos administradores, agentes administrativos e beneficiados por tais atos a ressarcir os cofres públicos.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência nacional é uníssono no que se refere à relevância deste instituto em nosso ordenamento jurídico. A ação popular representa um firme precedente da evolução do pensamento jurídico moderno em que foi conferido ao cidadão através da Carta Constitucional uma atuação direta e contundente nos assuntos do Estado. Proveniente do Estado Democrático de Direito, a ação popular sobreviveu às agruras da ditadura e com a redemocratização do Estado Brasileiro está em destaque como um mecanismo de controle por parte do cidadão em relação a questões estatais que afetam o povo brasileiro.

Demonstrou-se, no presente artigo, em síntese, o procedimento desta ação, bem como seus elementos fundamentais. Analisou-se os aspectos processuais e o posicionamento da jurisprudência sobre a matéria.

Deve-se ratificar a relevância do instituto para a proteção dos interesses do povo brasileiro. Embora a Constituição da República determine os limites de atuação dos governantes, por vezes, na história recente do Brasil presenciou-se atrocidades, tanto no que se refere à corrupção, quanto no que se refere a má-gestão dos recursos públicos. A missão do Estado é servir ao povo, e quando há desvio nessa finalidade, apresenta-se a ação popular como importante instrumento de correção às ilegalidades praticadas pelos gestores da Administração Pública. As noções de República e Democracia cristalizadas em nossa Constituição pressupõe efetiva participação popular, e o mencionado remédio constitucional certamente é uma modalidade de atuação cidadã através do Poder Judiciário.

Importa dizer, a título de arremate, que a ação popular merece ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro, pois, além de constituir autêntica garantia constitucional de efetividade de direitos fundamentais, também é instrumento de cidadania pois assegura a todo brasileiro que esteja no gozo dos direitos políticos a prerrogativa de buscar na justiça a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público amplo senso, bem como a responsabilização e condenação dos autores de tais atos. A existência da ação popular propicia ao cidadão ampliar sua atuação política para além do direito de votar e ser votado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. AIT (1969). *Ato Constitucional 14*. Brasília, DF: Senado, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 16 julh 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 11 fev. 2013.

_____. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>.

Acesso em: 13 fev. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2013.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, DF: 29 jun. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 06 jan.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 945238*. Recorrentes: Município de Barretos e Outros. Recorrido: Otávio Alves Garcia. Relator: Herman Benjamin. Brasília, DF, 09 dez. 2008.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4424015&num_registro=200601143691&data=20090420&tipo=5&formato=PDF>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 561622*. Agravantes: Araguaia Construtora Brasileira de Rodovias e Outros. Agravados: Manoel Giácomo Bifulco e outros. Relator: Ayres Brito. Brasília, DF, 14 mar.2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+561622%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+561622%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/csze36q> >. Acesso em: 12. fev. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 2. t. III. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

Código de Processo Civil Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

Constituição da República Federativa do Brasil. 44. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro. Ação Popular: Aspectos gerais e questões processuais. In: FILHO, Ronaldo Fenelon Santos e JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (coords.). *Ação Popular: Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS Editora. 2006.

DINAMMARCO, Pedro da Silva. *Comentário ao art. 1º da Lei nº 4.717/65*. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.1. 14. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.3. 14. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas. 2008.

SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. 26. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

_____. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO AOS RECURSOS SOBRESTADOS

*Appeals considered as representatives of controversy by the Superior Court of Justice
and its effects in another's lawsuits*

Rebecca Corrêa Porto de Freitas¹

SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais sobre a sistemática de julgamento por amostragem do Superior Tribunal de Justiça. 2. Aspectos Gerais do julgamento dos recursos especiais repetitivos: artigo 543-C do Código de Processo Civil. 3. Efeitos da decisão do recurso especial afetado pela repetitividade. 3.1. A reclamação constitucional como supedâneo da força vinculativa dos precedentes, 4. Observância da orientação do STJ manifestada nos julgamentos de recursos repetitivos: análise crítica ao artigo 543-C do CPC. 5. Função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a força vinculante de suas decisões. 6. A razão de ser do artigo 543-C do Código de Processo Civil. 7. Precedentes no sistema processual brasileiro. 8. Reflexos da aplicação do artigo 543 – C sobre o número de processos. 9. Argumentos contrários aos precedentes obrigatórios. 10. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo visa definir o efeito gerado pela decisão que julga os recursos especiais repetitivos aos recursos afetados pelo julgamento no Superior Tribunal de Justiça, nos termos da sistemática proposta no artigo 543-C do Código de Processo Civil, devido à falta de clareza da Lei nº 11.672/2008, que introduziu o dispositivo na Lei Processual. Para tanto, discute-se a força do precedente no ordenamento nacional, se possui força persuasiva ou, vai além, tendo um efeito vinculante. A questão proposta considera as razões que levaram a inclusão do sistema de julgamento por amostragem na lei processual brasileira e a tendência atual de valorização dos precedentes.

ABSTRACT

The present article intends to define the effects of the decision that judges the appeals considered as representatives of controversy by the Superior Court of Justice, as defined by the clause 543-C of the Civil Processual Code, due to the lack of clarity of the Law nº 11.672/2008, that introduced the clause in the processual law. For that, it is discussed the preceding's potency in the national legal system, if it is presuasive, or beyond, has a binding effect. The proposed question considers the reasons that led to the inclusion of the sampling judgment system in the brazilian processual law and the actual precedings' appreciation tendency.

Palavras-chaves: Recurso. Especial. Repetitivo. Efeitos. Decisão.

Keywords: Appeals. Representative. Controversy. Effects. Decision.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A técnica de julgamento por amostragem, proposta aos recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, consiste basicamente na eleição de recursos representativos da controvérsia para julgamento nos Tribunais Superiores, em uma espécie de *leading case*, devendo os demais recursos que tratam da mesma matéria ficar sobrestados no tribunal de origem. A decisão então tomada no julgamento servirá de paradigma para o julgamento dos recursos sobrestados que discutem a mesma matéria de direito.

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, alterou o Código de Processo Civil, introduzindo o art. 543-A, que inaugurou a técnica de julgamento por amostragem para os recursos extraordinários, cuja repercussão geral sobre a matéria em debate fosse reconhecida. Na mesma esteira, a Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, incluiu o art. 543-C ao Código de Processo Civil, estendendo a nova técnica de julgamento para os recursos especiais que representam matéria idêntica no Superior Tribunal de Justiça.

Em relação aos recursos especiais repetitivos, a lei introdutória da sistemática não regulou de forma plena o novo método de julgamento; o que tem produzido discussões na doutrina e jurisprudência. Nesse aspecto, talvez a questão mais polêmica insere-se na discussão da força persuasiva ou vinculante do entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial repetitivo.

A discussão sobre os efeitos da decisão prolatada pelo STJ advém do texto vago do artigo 543-C do CPC, especificadamente dos parágrafos 7º e 8º, que deixam de estabelecer pontualmente o destino dos recursos especiais.

Os referidos parágrafos dispõem sobre os efeitos que a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça provoca, estabelecendo dois destinos possíveis aos recursos especiais sobrestados: (i) denegação de seguimento aos recursos interpostos contra acórdão que coincide com a orientação do STJ em repetitivo (inciso I do §7º); e (ii) reexame pelo tribunal de origem na hipótese dos acórdãos divergirem da orientação dada pelo STJ (inciso II do §7º); hipótese em que a decisão poderá ser mantida, havendo o juízo de admissibilidade do recurso especial (§ 8º).

Pela análise superficial dos parágrafos conclui-se que a nova técnica de julgamento colabora para a celeridade somente nos julgamentos dos recursos especiais interpostos contra acórdão favorável ao entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento repetitivo. Isso porque, nessas hipóteses, o seguimento será obrigatoriamente denegado pelo tribunal de origem.

Por outro lado, nos termos do inciso II do § 7º, que considera a hipótese do acórdão do tribunal de origem não estar de acordo com a orientação manifestada pelo STJ, a decisão não é vinculativa; podendo o tribunal de origem manter o entendimento contrário.

A primeira interpretação sugere que a decisão não possui força vinculativa. Contudo, não está plenamente de acordo com as tendências atuais de valorização de precedentes.

Em uma leitura mais aprofundada dos dispositivos, em que se busca entender o momento e razões de criação da norma, é possível concluir pela retratação obrigatória por parte do tribunal de origem, de modo que a decisão não seria meramente persuasiva. Por esta segunda interpretação, só haveria o juízo de admissibilidade, previsto no referido §8º, na hipótese de incompatibilidade entre as questões discutidas no recurso especial paradigma e o recurso sobrestado.

A doutrina divide-se. Os autores que defendem a força persuasiva da decisão fundamentam-se no texto do artigo 543-C e seus parágrafos; enquanto os que enxergam força vinculante na decisão, baseiam-se na interpretação sistemática do ordenamento, tendente à atribuição de força obrigatória aos precedentes.

Adotando-se a corrente que atribui somente força persuasiva à decisão do STJ, questiona-se: o dispositivo atende seu objetivo precípuo de dar racionalidade e celeridade aos processos? O artigo respeita a função do Superior Tribunal de Justiça atribuída pela Carta Magna, de órgão unificador de jurisprudência? E, por fim, o dispositivo não vem a ser um retrato da insubordinação dos tribunais brasileiros aos precedentes formados nos órgãos superiores?

Para responder os questionamentos acima, faz-se necessário traçar um panorama geral sobre o julgamento por amostragem e a tendência atual de valorização aos precedentes como método de dar vazão aos processos, desafogando o Judiciário.

Sobre a convergência de valorização de precedentes, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que *“O sistema processual hoje está repleto de mecanismos que viabilizam atribuir maior importância aos precedentes do STJ e do STF, de molde a prestigiar a isonomia, a uniformidade, a previsibilidade e a segurança jurídica”*.²

Além disso, os precedentes contribuem para solução de um problema grave do Judiciário brasileiro, atualmente, marcado pelo abarrotamento dos processos. Desde a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal, que impôs como direito fundamental a duração razoável do processo, percebe-se uma preocupação maior pela celeridade processual e daí a inclusão nos sistema de técnicas que colaboram para tanto.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de, Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º Grau. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais v.36 nº 191 jan. 2011, pág. 988.

Assim, o artigo 543-C do CPC deve ser analisado dentro do contexto de sua criação, que traduz a crise da *civil law* em decorrência da excessiva discordância dos tribunais, que coloca em risco a celeridade processual, a isonomia entre partes inseridas no mesmo cenário fático e jurídico; a uniformidade da Justiça e a segurança jurídica.

2. ASPECTOS GERAIS DO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nos termos do artigo 543-C do CPC, os recursos especiais interpostos nos Tribunais nacionais, com fundamento em idêntica questão de direito, poderão ser julgados “em lote”; de modo que a mesma decisão afete todos os recursos que repetem a matéria de mérito.

Na sistemática criada, cabe ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos que representem a controvérsia e que serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, para seu pronunciamento sobre a matéria abordada. Os recursos não relacionados para representar a controvérsia devem ficar sobrestados na origem, aguardando o julgamento sobre o tema. Após o julgamento do recurso paradigma, caberá ao tribunal de origem adequar o acórdão recorrido, segundo o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para definir a repetitividade de recursos exige-se somente que tratem de idêntica questão jurídica, independentemente da conclusão dos acórdãos que o julgaram e razões recursais. Inclusive, para ampla e satisfatória representação da controvérsia, é interessante que haja recursos e decisões em sentidos opostos.

Conquanto a lei processual civil não traga objetivamente a forma de eleição dos recursos modelos, a Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, do Superior Tribunal de Justiça, estabelece alguns requisitos para determinação dos recursos especiais paradigmas. Em seu artigo 1º e parágrafos prevê que devem ser selecionados os processos que “*contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial*” (§ 1º), *considerando somente a “questão central discutida”* (§ 2º).

Em termos de processamento, deve o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem realizar o juízo de admissibilidade, escolher todos os recursos paradigmas a seguirem para o Superior Tribunal de Justiça e, por fim, suspender os demais recursos com idêntica questão de direito, que ficarão retidos em seu tribunal.

Distribuídos os recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro relator afetará o julgamento ao órgão colegiado, comunicando os demais julgadores para que suspendam eventuais recursos sobre a idêntica questão de direito recebidos anteriormente (art. 2º da Resolução nº 8).

Salienta-se que não se faz necessária que a questão de direito tenha jurisprudência dominante ou que seja tema notório, bastando que haja diversos recursos no mesmo tribunal sobre idêntica matéria. Da mesma forma, a técnica não se confunde com embargos de divergência, ou seja, não precisa haver decisões contrárias no tribunal *a quo* para declaração da repetitividade.

Indaga-se sobre a possibilidade de desistência do recurso especial eleito como paradigma. Embora não haja previsão expressa no artigo em estudo, aplicando-se a regra geral do artigo 501 do CPC, seria possível concluir pela possibilidade de desistência, até o início do julgamento. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça não tem manifestado esse entendimento, afastando a aplicação do artigo 501 do CPC aos julgamentos por amostragem. Ao julgar o pedido de desistência nos Recursos Especiais nº 1.058.114/RS e nº 1.063.343/RS, que tramitavam como paradigmas de questão controversa, o STJ entendeu, por maioria, que não caberia a desistência dos recursos e indeferiu o requerimento das partes. O voto que prevaleceu, do Ministro Nilson Naves, fundamentou o indeferimento das desistências pleiteadas no interesse público pelo julgamento por afetar diversos recursos, que, segundo ele, deve prevalecer sobre o interesse privado dos recorrentes.

Ainda sobre a possibilidade de desistência, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha³ defendem a existência de dois procedimentos paralelos no julgamento por amostragem, enfatizando que o procedimento de feição coletiva não pode ser objeto de desistência, comparando o caso às ações coletivas, cuja desistência é vedada pelo ordenamento. Assim, cabe a desistência da parte, mantendo-se o julgamento da questão afetada, com a escolha de novo recurso paradigma.

Reconhecida a repetitividade da questão de direito, os recursos múltiplos devem ficar sobrestados até o julgamento final da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. Não só os recursos especiais que tratam da controvérsia serão sobrestados, mas também os agravos de instrumento interpostos contra decisão denegatória também são alcançados pela suspensão. A afetação dos agravos de instrumento está expressamente prevista no art. 7º da Resolução STJ nº 8/2008.

Contra a decisão que determina o sobrestamento dos recursos, não há previsão na lei de meio processual para impugná-la, muito embora eventual impugnação seja necessária em caso de sobrestamento indevido pela afetação de recurso que não mantem correspondência com a discussão jurídica em referência no recurso especial paradigma.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem cabível o agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, demonstrando que o recurso em espécie não está inserido no rol de recursos selecionados para o julgamento

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 9. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2011, pág. 321.

em multiplicidade.⁴ Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado contrário à interposição do agravo de instrumento do art. 544 do CPC.⁵

O Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou especificadamente sobre o recurso pertinente a ser interposto na origem contra a decisão que determina o sobrestamento do recurso especial repetitivo, porém proferiu entendimento de que não cabe recurso dirigido ao Tribunal Superior.⁶ Os tribunais de segunda instância não são uniformes em relação ao meio de impugnação cabível.

Salienta-se a possibilidade de eventual impugnação da afetação após o julgamento do recurso especial repetitivo, quando então o tribunal de origem manifestará pela manutenção de seu julgamento ou reforma do acórdão, momento em que poderá a parte demonstrar que a questão de direito de seu recurso não coincide com a do recurso julgado.

O § 3º do artigo 543-C do CPC prevê que poderá o Ministro relator solicitar informações aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

Por sua vez, o §4º do mesmo artigo possibilita ao relator, considerando a relevância da matéria, admitir a “*manifestação de pessoas, órgãos ou entidades de interesse na controvérsia*”. Considerando tratar de julgamento de *leading case*, que visa solucionar diversos conflitos por uma decisão, parece que a melhor interpretação para o dispositivo, é que serão admitidas manifestações de terceiros que possuem interesse geral na solução da controvérsia e representem uma coletividade afetada pelo julgamento.

Essa, por sinal, tem sido a interpretação dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos em concreto. Ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.062.336/RS, que tratava de indenização por danos morais pela inscrição indevida de devedores sem prévia comunicação, a ministra relatora Nancy Andrichi, além de solicitar informações aos tribunais federais e tribunais de justiça (§ 3º do art. 543-C do CPC), encaminhou ofício a prováveis interessados no julgamento da causa.

O texto do dispositivo e a jurisprudência do STJ parecem assemelhar a participação do terceiro nos recursos especiais repetitivos, com a intervenção do *amicus curie* nos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal.

O § 5º do artigo 543-C do Código de Processo Civil diz que, após o recebimento das informações dos tribunais (§ 3º) e, se for o caso, após serem ouvidas as

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo artigo 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 159. 2008, p. 218

⁵ AgRG na Reclamação 6537/RJ, Min Maria Isabel Gallotti, Segunda Turma, julg. 27/02/2013.

⁶ Agravo regimental em Agravo de Recurso Especial 214152/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgamento 05/02/2013.

pessoas, órgãos e entidades interessadas (§ 4º), o relator concederá vista dos autos ao Ministério Público, cuja participação é obrigatória, pelo prazo de 15 dias.

O § 6º do artigo 543-C do Código de Processo Civil estabelece duas importantes regras ao julgamento dos recursos representativos de controvérsia. Primeiro, prevê a preferência de julgamento dos recursos especiais afetados pela repetitividade, de modo a contribuir para a celeridade processual; segundo, prevê que o julgamento dar-se-á pela Seção ou pela Corte Especial do órgão, conferindo maior autoridade à orientação consignada no julgamento.

A previsão de julgamento, diretamente pelas Seções, parece ter o escopo de evitar futuros embargos de divergência, e não em conferir autoridade, legitimidade e representatividade ao julgamento, afinal essas qualificações já são inerentes a todos os julgamentos prolatados pelo STJ.

3. EFEITOS DA DECISÃO DO RECURSO ESPECIAL AFETADO PELA REPETITIVIDADE

Como sucintamente tratado acima, o inciso I, do § 7º do artigo 543-C, do Código de Processo Civil estabelece que, estando o acórdão de origem de acordo com a orientação manifestada no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do repetitivo, deverá ser denegado seguimento ao recurso especial sobrestado. Na hipótese do acórdão recorrido apresentar entendimento divergente do proferido pelo STJ no julgamento por amostragem, o inciso II impõe a reanálise da questão pelo tribunal local. Em complementação, o § 8º do art. 543-C estabelece que, havendo entendimento divergente entre o tribunal de origem e o Superior Tribunal de Justiça, mantendo o tribunal os termos do acórdão, deverá proferir juízo de admissibilidade a respeito do recurso especial.

Nos termos do inciso I do § 7º, não há outra opção ao tribunal de origem que não seja a denegação de seguimento ao recurso interposto em face de acórdão que manifesta o mesmo entendimento do STJ. O dispositivo, inclusive, dispensa a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, determinando o imediato julgamento pela denegação de seguimento.

A denegação imediata do seguimento ao recurso especial sobrestado, cuja decisão está em conformidade com a orientação adotada pelo STJ no julgamento repetitivo, faz parte da própria natureza do sistema de julgamento por amostragem, do contrário não serviria como técnica de vazão de processos.

E é por isso, pela razão de ser do sistema de julgamento por amostragem, que não há previsão de recurso contra a decisão que automaticamente nega seguimento ao recurso especial sobrestado após o julgamento do recurso paradigma, sendo essa decisão irrecorrível. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou pela irrecorribilidade da decisão que nega seguimento ao recurso especial sobrestado,

cujo acórdão recorrido coincide com sua orientação em repetitivo, no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo de Recurso Especial nº 165625/BA, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, em julgamento realizado em 21/08/2012.

O inciso II, do § 7º do mesmo dispositivo trata da hipótese em que o julgamento do recurso repetitivo no STJ diverge do acórdão que deu origem ao recurso especial afetado pela decisão. O dispositivo não estabelece de modo preciso se há obrigatoriedade da reanálise da questão divergente pelo tribunal de origem; qual a extensão do reexame a ser feito pelo tribunal; e, ainda, a quem cabe o juízo de retratação proposto pelo inciso II.

Em relação à obrigatoriedade de nova análise do recurso na divergência entre as decisões, o texto do inciso II especifica que os recursos sobrestados “serão novamente examinados pelo tribunal de justiça”, de modo que parece determinar obrigatoriamente nova análise da questão de mérito que restou divergente e não um simples juízo de admissibilidade do recurso. Valendo-se dessa interpretação, o dispositivo inova no ordenamento processual, na medida em que permite uma nova manifestação do tribunal de 2ª instância mesmo após o esgotamento de sua jurisdição.

Essa primeira leitura do inciso II propõe que o tribunal de justiça ou o tribunal regional realize juízo de retratação de seu acórdão após o julgamento do recurso repetitivo pelo STJ. A interpretação nesse sentido conecta-se com o quanto estabelecido no artigo 296 do Código de Processo Civil, que permite a retratação do juiz de 1ª instância após a interposição de apelação contra decisão de indeferimento de petição inicial.

Embora atraente, a interpretação colide com os termos do artigo 463 do CPC, que somente possibilita a alteração de julgado pelo juízo, após a interposição de recursos que clamam por inexatidões materiais ou para hipóteses de apresentação de embargos de declaração.

Interpretando o inciso II do §7º do artigo 543-C de acordo com a limitação imposta pelo mencionado artigo 463 do CPC, havendo nova análise da questão de mérito pelo tribunal de origem, os limites de sua atribuição restarão ultrapassados, pois haverá nova manifestação mesmo depois de encerrada a sua jurisdição.

Ao admitir o reexame do julgado após a interposição de recurso especial pela parte, na verdade, pode-se falar em usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça pelo tribunal de origem, na medida em que o tribunal de 2ª instância acabará por julgar o próprio recurso especial, que é de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Carta Magna.

Por isso, há autores que discordam da possibilidade de haver juízo de retratação do tribunal após o julgamento do recurso especial repetitivo. José Carlos Barbosa Moreira, nesse sentido, afirma que ao tribunal local cabe somente a realização do juízo de admissibilidade, pois não possui competência para julgamento de mérito de

recurso especial.⁷ Ou seja, faz interpretação restritiva ao inciso II em tela, não admitindo a leitura pelo juízo de retratação.

A questão é polêmica, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, por exemplo, em sentido contrário, apóiam a ideia de que é possível o tribunal de origem retratar-se.⁸

Nessa toada, deve-se considerar a hipótese de inconformismo da parte que foi prejudicada pela retratação, cujo ordenamento acaba por impedir seu acesso à esfera especial e, para tanto, não há recurso previsto contra a decisão de retratação.

Para resolver esse impasse, cumpre a interpretação de que o juízo de retratação, ocasionalmente realizado, refere-se ao recurso anterior e que deu origem ao recurso especial interposto. Desse modo, o reexame sugerido pela lei processual não diz respeito ao recurso especial em si, mas sim ao recurso de origem. Essa conclusão, inclusive, evita alegações sobre a incompetência do tribunal para a análise do recurso especial.

Na prática, os diversos tribunais nacionais têm atribuído a mesma interpretação ao trecho “serão novamente examinados” do inciso II do § 7º do artigo 543-C, realizando o juízo de retratação.

Pondera-se que, se não fosse feita a reanálise do julgado pelos tribunais, o instituto em si perderia muito de sua razão de ser, como técnica de desafogamento do STJ, afinal, os recursos interpostos contra acórdãos divergentes do entendimento tido no julgamento do repetitivo seriam todos encaminhados ao STJ, para mais provável reforma.

A lei é omissa também quanto à extensão do reexame a ser feito pelo tribunal de origem. Contudo, a delimitação da retratação não gera grandes discussões, pois ela deve ser orientada pela lógica do instituto, restringindo-se à questão de fundo julgada e não cabendo pronunciamentos além da discussão levada ao STJ. Cumpre a conciliação das regras do sistema recursal com a intenção da Lei nº 11.672/2008.

O art. 543-C, § 8º, do Código de Processo Civil, em complementação ao § 7º, prevê que, verificada a divergência entre a decisão prolatada pelo STJ no julgamento do recurso repetitivo e o acórdão do tribunal de origem que originou o recurso sobrestado e não ocorrendo retratação da decisão pela instância *a quo*, caberá ao presidente do tribunal o exame de admissibilidade do recurso especial sobrestado. Ou seja, sendo a retratação negativa, dar-se-á seguimento ao recurso especial até então sobrestado.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 5, pg 263.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre...cit.*, p. 220.

Interpretando-se o § 8º em sua literalidade, conclui-se que é opcional para os tribunais federais e estaduais a reforma do acórdão que apresenta tese jurídica divergente da apresentada pelo tribunal superior no julgamento do recurso especial repetitivo. A não obrigatoriedade em adotar o posicionamento do STJ parece clara pelo trecho do dispositivo que afirma que “*mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem (...)*”, caberá o juízo de admissibilidade.

Porém, a questão que se impõe está em definir se essa interpretação, pela não obrigatoriedade do tribunal de origem acatar a orientação dada no recurso especial repetitivo, confere efetividade à técnica de julgamento por amostragem pelos tribunais superiores, na medida em que não impede a subida dos recursos ao órgão superior.

Na forma em que a técnica vem proposta pelo artigo 543-C, nesse primeiro momento em que se faz interpretação literal, parece indiscutível que a decisão do Superior Tribunal de Justiça teria o simples escopo de persuadir os tribunais de origem a modificarem seus julgados, não gerando nenhuma obrigatoriedade de acatamento. E, assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça teria efeito meramente persuasivo e não vinculativo.

Pela eficácia persuasiva, manifestam-se diversos autores. Ainda que não afirmem que a decisão do STJ possui mero efeito persuasivo, ao estudarem os parágrafos do artigo 543-C, entendem que o tribunal de origem poderá retratar-se do acórdão que gerou o recurso especial sobrestado após o pronunciamento do STJ. A afirmação desses autores, pela possibilidade de retratação, induz à conclusão de que não enxergam eficácia vinculante à decisão do órgão superior.

Essa é a visão encontrada em obra e artigos de Athos Gusmão Carneiro, que ao descrever as alternativas de atuação dos tribunais de origem após o julgamento do recurso paradigma no STJ, entende que o tribunal poderá manter a decisão divergente:

o tribunal de origem, ao examinar o recurso ordinário, resolve manter a sua decisão, embora divergente daquela firmada pelo STJ; neste caso, o recurso especial antes interposto retomar-se-á seu processamento, e a Presidência do tribunal procederá ao regular exame de sua admissibilidade.⁹

O autor, assim, parece atribuir efeito persuasivo à decisão do STJ.¹⁰

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 160. 2008, p. 85.

¹⁰ Observa-se somente que o autor Athos Gusmão Carneiro manifestou esse entendimento em artigo escrito em 2008, logo após a edição da lei. Nesse mesmo artigo, o próprio autor pondera que as primeiras considerações que faz são resultado de análise superficial e salienta que: “Outras questões surgirão ao embate das vicissitudes da prática forense, e terão de ser resolvidas no sentido mais conveniente à eficiência forense” (p. 86)

Compartilham do mesmo entendimento Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

O §8º do art. 543-C do CPC, em entanto, refere-se à hipótese de ser ‘mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem’, o que sugere que o tribunal local, uma vez julgados os recursos especiais selecionados, poderá ou não manter a decisão recorrida, a fim de adotar ou divergir da orientação fixada pelo STJ.¹¹

J. E. Carreira Alvim também entende pela facultatividade do tribunal de origem seguir a tese jurídica traçada pelo STJ no julgamento do recurso especial paradigma, na medida em que afirma: “*Se houver a apontada divergência, e o juízo de admissibilidade for positivo, subirá o recurso especial, para exame do STJ*”.¹²

Como se percebe, os autores que entendem ser opcional atribuir efeito obrigatório ao precedente do Superior Tribunal de Justiça no recurso repetitivo não abordam diretamente os efeitos da decisão, limitando-se em afirmar a possibilidade do tribunal de origem manter sua decisão ainda que contrário ao entendimento do Órgão Judicial Superior.

A ausência de discussão pelos autores sobre eventual efeito vinculativo do artigo 543-C do CPC pode ter duas razões: ou a clareza do dispositivo que, de forma literal, prevê que o tribunal de origem poderá manter sua decisão divergente; ou a resistência da doutrina *docivil law* à ideia dos precedentes com força obrigatória.

Embora a maioria da doutrina prefira não cogitar eventual obrigatoriedade da decisão do STJ, há processualistas que arriscam discutir os efeitos da decisão paradigma proferida no recurso especial repetitivo com base na vinculação dos tribunais estaduais e federais à decisão.

Essa pequena parte de autores, que discute a possibilidade de atribuir efeito vinculativo à decisão do órgão superior, nem sempre conclui que a lei atribui força vinculante ao precedente do STJ; porém, os autores partem da premissa de que a sistemática do julgamento por amostragem foi elaborada visando atribuir celeridade ao trâmite processual e resultar no desabarrotamento da Justiça, de forma que é coerente a interpretação de que decisão do órgão superior seja imbuída de força vinculativa.

O inevitável provimento do recurso especial sobrestado, cujo acórdão de origem contraria a tese jurídica lançada pelo STJ, deveria provocar a necessária reforma dos julgados pelos tribunais federais e estaduais, afinal dificilmente o STJ não dará provimento ao recurso especial que subir; ocorre que, na prática, a obstinação de alguns julgadores acaba por diminuir a efetividade da técnica.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre...cit., p. 219/221.

¹² CARREIRA ALVIM, J. E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os Tribunais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 162. 2008, p. 180.

Sem hesitar, Luiz Guilherme Marinoni expõe seu parecer pela obrigatoriedade dos tribunais de origem seguirem a tese jurídica do Superior Tribunal de Justiça:

Assim, inexistindo violação ao direito de ação, há que se admitir que a técnica dos recursos especiais repetitivos pretende – embora não da forma mais adequada – impor a obrigatoriedade dos precedentes fixados para as causas idênticas de caráter múltiplo.¹³

Diferentemente dos demais autores, Luiz Guilherme Marinoni não interpreta literalmente os §§ 7º e 8º do artigo 543-C. Ao contrário, o autor busca a melhor expressão da lei, olhando para as razões de sua criação e o objetivo final que propõe. Para o autor o efeito vinculante da decisão é indiscutível, basta avaliar que o procedimento foi instituído, exclusivamente, para elaboração de precedentes, beirando o absurdo a manutenção de decisão contrária pelo tribunal de origem.

De fato, na linha de Luiz Guilherme Marinoni, é difícil se convencer que uma lei que inova o sistema processual, propondo técnica de julgamento de formação de precedente por órgão superior, órgão esse que tem função de unificação de jurisprudência, não venha resultar em orientação determinante sobre aquela matéria julgada, a ser invariavelmente adotado pelo tribunal de origem.

O autor ressalva apenas que caberá a retratação do tribunal de origem quando for possível demonstrar a inaplicabilidade do precedente ao caso dos autos por ausência de identidade das questões em pauta e afirma: “a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing*¹⁴ do caso.”¹⁵

Em que pese a lógica, coerência e sustância da tese de Marinoni, a maioria dos processualistas brasileiros prefere adotar o texto literal dos §§ 7º e 8º, entendendo que os tribunais de origem podem optar entre reformar ou não os acórdãos originários do recurso afetado.

Contudo, independentemente das razões que levam os autores a defender a possibilidade de manutenção da decisão divergente pelo tribunal de origem em relação ao entendimento do STJ, não se pode ignorar que a manutenção da decisão não terá ao final eficácia, afinal é altamente provável que o STJ vote pelo provimento do recurso especial, de modo a garantir a aplicação da tese jurídica adotada no recurso especial repetitivo.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 499.

¹⁴ O vocábulo *distinguishing* tem origem na doutrina do common law e expressa a distinção entre casos para efeito de avaliar se subordina ou não o caso em julgamento a um precedente.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p. 501.

3.1. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO SUPEDÂNEO DA FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES

Ao que pese a doutrina e jurisprudência brasileira, majoritariamente, resistirem à força obrigatória dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o precedente tenha nascido em julgamento de recurso especial repetitivo na sistemática do artigo 543-C do CPC, há na prática aportes pela adoção da eficácia vinculante das decisões do STJ.

A reclamação constitucional é um exemplo.

Prevista constitucionalmente para garantir a autoridade das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal de Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a admissão da reclamação no âmbito do STJ é um forte indício de que suas decisões devem obrigatoriamente ser observadas pelos tribunais inferiores, especialmente a decisão tida em julgamento de recurso especial repetitivo.

Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça tem a função constitucional de tutelar a unidade e a autoridade das leis federais, com escopo de garantir que a interpretação dada pelo tribunal superior seja respeitada pelos tribunais inferiores nacionais. Por isso, a Constituição Federal previu o instrumento da reclamação.

A reclamação, assim, deve ser apresentada perante o Superior Tribunal de Justiça quando as instâncias originárias recusarem-se a dar cumprimento à autoridade das decisões do órgão superior.

Destaca-se que a reclamação não é espécie de recurso, muito embora não haja consenso doutrinário sobre sua natureza. Segundo posicionamento firmado em 02/10/1993, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI no 2.212/CE, de relatoria da Ministra Ellen Gracie: *“a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal”*.

Especificadamente em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a Resolução STJ nº 12/2009, prevê o cabimento de reclamação somente contra decisão de turma recursal estadual que contrarie entendimento do órgão manifestado em súmulas ou nos julgamentos de recurso especial repetitivo, nos termos do artigo 1º da referida Resolução.

Na forma da referida Resolução, a jurisprudência nascida em julgamento de recurso repetitivo do STJ deve ser observada pelas turmas recursais e, caso haja desobediência por parte da turma recursal do juizado, a parte prejudicada pode socorrer-se da reclamação, como instrumento que visa garantir a prevalência da orientação do STJ. Esse aspecto parece ressaltar o caráter vinculativo das decisões do STJ, particularmente das decisões proferidas em julgamento de recurso especial repetitivo.

A força obrigatória da decisão do órgão superior torna-se ainda mais evidente pelo fato de no procedimento do juizado especial, não existir previsão para interposição de recurso especial contra o acórdão das Turmas Recursais.

A Resolução STJ nº 12/2009, ao regulamentar a reclamação no âmbito dos juizados especiais, veio solucionar o problema de insubordinação das instâncias ordinárias em relação às orientações do STJ, na tentativa de que seus precedentes sejam de fato obedecidos. A resistência, por parte das turmas colegiadas dos juizados especiais, em aplicar as orientações do STJ acabava por abalar a isonomia e a segurança jurídica, afinal a escolha do rito constituía uma oportunidade de não ver a decisão do STJ prevalecer.

Conforme lembram Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha, a possibilidade de reclamação nos casos de desobediência da autoridade das decisões do STJ dadas em recurso repetitivo pelas turmas recursais foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário nº 571.572-8/BA, 16 interposto contra decisão de órgão colegiado de juizado especial que desrespeitava orientação dada pelo STJ. No caso, o STF não admitiu o recurso extraordinário, salientando que a questão não era constitucional. Inconformada, a parte apresentou embargos de declaração, quando então a Corte declarou a possibilidade de apresentar reclamação no STJ contra decisão da turma recursal que desrespeitar orientação do STJ proferida em julgamento repetitivo.¹⁷

E, a partir da nova competência que o STF atribuiu ao STJ, é que foi editada a Resolução nº 12 do STJ.

A ausência de previsão específica sobre o cabimento de reclamação aos casos de desobediência à decisão do órgão superior pelos tribunais de segunda instância, provavelmente decorre do fato de que a parte prejudicada dispõe de recursos próprios para chegar até o Superior Tribunal de Justiça e garantir o atendimento de sua orientação, evitando que lhe seja imposta decisão totalmente contrária ao entendimento do órgão máximo.

De qualquer forma, a admissão da reclamação mesmo que seja na situação particular dos juizados especiais, evidencia a natureza vinculante que deve assumir as decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao que pese a resistência dos tribunais nacionais e parte da doutrina.

Luiz Guilherme Marinoni, que defende veementemente a eficácia vinculante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça “*em nome da coerência do direito e da segurança jurídica*”, ao comentar aquela decisão do STF, que entendeu pela possibilidade da reclamação para garantir que as turmas recursais dos juizados atendam a orientação do STJ nos recursos especiais repetitivos, concluiu que o STF deixou claro que os órgãos inferiores também devem observar as decisões do STJ e que a previsão

¹⁶ EDcl no RE 571.572, Pleno, julg. 26/08/2009, rel. Min. Elie Graciev.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 9. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2011, p. 479.

da reclamação na hipótese comentada deriva da necessidade de previsão de mecanismo legal para cassação de decisões divergentes da orientação do STJ.¹⁸

Assim, a previsão de reclamação para o STJ no âmbito dos juizados especiais, cuja interposição de recurso especial é vedada pelo ordenamento, reforça a ideia de que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça possuem eficácia vinculante, ainda mais quando manifestado em julgamento especial repetitivo.

4. OBSERVÂNCIA DA ORIENTAÇÃO DO STJ MANIFESTADA NOS JULGAMENTOS DE RECURSOS REPETITIVOS: ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 543-C DO CPC

De acordo com o art. 543-C, § 8º, do CPC e conforme o entendimento da doutrina majoritária exposto acima, o tribunal de origem poderá manter sua decisão que gerou o recurso afetado, ainda que contrarie o julgamento do recurso especial repetitivo, ocasião em que será realizado o juízo de admissibilidade pelo presidente do tribunal de origem.

Embora essa seja a letra da lei, pela atribuição de efeito meramente persuasivo da decisão do STJ, a previsão não corrobora a função precípua do Superior Tribunal de Justiça, como órgão uniformizador de jurisprudência e ao qual os tribunais inferiores devem obediência.

Não parece exagerado dizer que os Tribunais Superiores possuem a função de uniformizar as decisões judiciais, de modo a impedir a proliferação da desigualdade jurídica. E foi em atendimento a esta função que os mecanismos de julgamento por amostragem, seja no STF pelo reconhecimento da repercussão geral, seja no STJ pela eleição de recurso especial repetitivo, foram introduzidos no sistema recursal brasileiro.

Assim, é um contrassenso o próprio dispositivo que introduz o julgamento de recurso especial repetitivo não ser incisivo pela necessidade do tribunal de origem dar atendimento ao julgamento do STJ. E, pior, muitas turmas dos tribunais federais e estaduais mostram-se renitentes à reforma do acórdão, mantendo a decisão e ignorando assim a hierarquia do STJ.

Diversas críticas podem ser tecidas ao texto do artigo 543-C do CPC, o qual apresenta uma contradição em si mesmo ao não obrigar a adaptação da decisão do tribunal de origem à decisão do STJ. Contudo, a maior crítica que se faz em decorrência do dispositivo não é ao texto em si da lei, mas à capacidade que os tribunais inferiores possuem de ignorar a supremacia das Cortes Superiores.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes... cit.*, p. 502/503 e 503.

E, nesse sentido, insistindo os tribunais de origem em não adaptar seus acórdãos ao entendimento manifestado em recurso repetitivo, indaga-se: qual seria a vantagem do julgamento por atacado se fosse admitida a manutenção da decisão contrária?

A insistência em manter a decisão contrária ao entendimento adotado pelo STJ nos recursos repetitivos, como fazem alguns tribunais, importa em um único resultado: a postergação desnecessária da ação, que implica a desaceleração da Justiça e coloca em risco a efetividade processual.

Se o Poder Legislativo não foi bem-sucedido ao elaborar o texto do artigo 543-C do CPC, esperava-se que o Poder Judiciário, em especial os tribunais estaduais e regionais federais, garantisse maior efetividade a técnica de julgamento por amostragem. Cabia aos tribunais, como órgãos aplicadores da justiça, dar a interpretação mais consentânea à norma, considerando a razão de introdução do dispositivo ao sistema, que no caso veio servir de instrumento de aceleração processual que se vale da técnica de valorização dos precedentes das Cortes Superiores.

Infelizmente, a doutrina majoritária também resiste à interpretação pela força vinculativa dos precedentes repetitivos do STJ.

No mais, acrescenta-se que a interpretação do artigo 543-C do CPC, pela adequação do julgamento à orientação do STJ, propõe a celeridade processual de forma responsável, pois enxerga na autoridade do Órgão Superior a solução para se alcançar a agilidade da justiça.

Em uma visão mais radical, é possível, inclusive, defender que não só os precedentes originários em julgamento de causa repetitivas são de atendimento obrigatório pelos tribunais inferiores, mas sim toda orientação pronunciada pelo STJ, afinal este é órgão unificador da jurisprudência que trata da legislação federal e, assim sendo, suas orientações deveriam prevalecer sempre.

Outrossim, a despeito da discussão sobre a atribuição de efeito vinculante às decisões do STJ, há um problema de coerência no referido dispositivo, afinal, na prática, a previsão de manutenção da decisão divergente pelo tribunal de origem afigura-se inócua, na medida em que a decisão será fatalmente reformada pelo STJ, quando da subida do recurso especial.

Portanto, é possível concluir que o julgamento dos recursos especiais afetados pelo recurso especial repetitivo, necessariamente resultará na aplicação do entendimento do STJ sobre a matéria, de modo que a disposição contida no 543-C, § 8º do CPC, somente contribui para o prolongamento desnecessário do feito.

Ao que parece, o artigo em tela foi introduzido no ordenamento processual de forma tímida e contraditória. Ao tempo que inaugura uma técnica de valorização de precedentes, possibilita que o precedente não seja observado pelo tribunal *a quo*, bem como garante sua observância ainda que na próxima fase processual.

5. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A FORÇA VINCULANTE DE SUAS DECISÕES

Os efeitos da decisão prolatada em julgamento de recurso especial repetitivo não são simplesmente definidos pela simples análise do artigo 543-C do CPC. É imperioso que, para a definição dos efeitos, o texto do artigo seja analisado considerando o ordenamento que está inserido, os motivos de sua inclusão e o momento de sua introdução no sistema processual.

Para defender o efeito vinculante atribuído à decisão do STJ oriunda do julgamento especial repetitivo, é preciso refletir sobre a função do órgão Superior e, a partir daí, traçar a intenção da lei ao introduzir a técnica de julgamento por amostragem.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a função, antes exercida pelo Supremo Tribunal Federal, de uniformizar a jurisprudência nacional. Incumbia, assim, ao STJ preservar a legislação infraconstitucional, realizando a interpretação das normas nos casos concretos, corrigindo ilegalidades cometidas nos julgamentos dos tribunais regionais federais e tribunais estaduais.

A função do STJ transcende o julgamento do caso concreto, consistindo em prestar orientação aos demais tribunais nacionais, uniformizando a jurisprudência em relação à interpretação de determinada norma infraconstitucional. Sobre a autoridade do Órgão Superior, o ilustre jurista Arruda Alvim ressalta que o STJ está no cume da pirâmide do Poder Judiciário e que, portanto, suas decisões superam o ambiente das partes, transcendendo a toda sociedade.¹⁹

O entendimento sustentado pelo referido autor, de que a decisão do órgão superior não se restringe às partes, mas que reflete em toda sociedade, baseando-se na posição ocupada no cume da pirâmide do Poder Judiciário em relação ao direito federal infraconstitucional, provoca a conclusão de que os precedentes do Tribunal Superior de Justiça possuem, no mínimo, intenso efeito persuasivo, com alto poder de convicção.

Essa perspectiva mínima, de caráter meramente persuasivo das decisões do órgão, deve ser aplicada aos julgamentos ordinários do tribunal, não afetados pela repetitividade. No caso dos julgamentos coletivos, como ocorre nos recursos especiais repetitivos, cumpre aplicar a perspectiva máxima da posição ocupada pelo STJ, reconhecendo o efeito vinculante ao julgamento.

¹⁹ ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VII. 2011, p. 626/627..

Conclui-se, pois, que a não aplicação do entendimento dominante do STJ significa a “negação da própria razão de ser do Superior Tribunal de Justiça”.²⁰

Inclusive, considerando a função precípua do STJ, como órgão superior responsável pela interpretação da legislação federal, é defensável que o entendimento do órgão proferido no julgamento repetitivo também seja aplicado nas ações não afetadas pelo julgamento, que estão em fase processual anterior.

É verdade que, o artigo 543-C do CPC não faz nenhuma referência às demais ações em trâmite, como apelações, agravos de instrumento, embargos infringentes e, ainda, às ações tramitando em 1ª instância. Porém, não parece sadio e coerente que, após a introdução do sistema de julgamentos por amostragem, seja ignorada por completo a orientação do STJ traçada no julgamento do recurso modelo, seja pelos tribunais de 2ª instância no julgamento dos demais recursos seja pelos magistrados de 1ª instância. É conveniente ao sistema que os demais aplicadores do direito observem a orientação do tribunal superior.

Frisa-se, uma vez mais, que o fim perseguido pela lei é de promoção da jurisprudência do STJ, a fim da racionalizar os julgamentos e garantir a celeridade das ações, de modo que se impõe que a aplicação do artigo 543-C dê-se de forma extensiva às demais ações em trâmite, ainda que não estejam na fase dos recursos especiais. Isso contribuiria imensamente para efetividade e rendimento do dispositivo e também permitiria que o papel do STJ fosse integralmente cumprido, pelo respeito de sua autoridade pelos tribunais inferiores.

Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros defendem não só a aplicação dos precedentes repetitivos do STJ por todos os órgãos da justiça, como inclusive cogitam a paralisação de todas as ações que mantém correlação com o recurso especial afetado. Afirmam as autoras que:

(...) a regra possibilita a suspensão de todos os processos (ou de determinados atos, nesses processos) que tenham por objeto controvérsia idêntica àquela que será resolvida pelo STJ, no recurso selecionado, (...) .²¹

As autoras, então, fazem importante observação sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil (PL 166/2010), que prevê expressamente a paralisação de todos os processos em curso até o julgamento do recurso afetado.²² A previsão segue a tendência de atribuir efeito vinculante às decisões dos órgãos superiores e ser um

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes...* cit., p.494.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º Grau. *Revista dos Tribunais* 191/187, jan/2011. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VII. 2011, p. 992.

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. *Recursos...* cit., p. 992.

argumento favorável à obrigatoriedade de se seguir a orientação do STJ em recurso especial repetitivo em todas as instâncias processuais, independentemente da fase processual em que se encontrem.

6. A RAZÃO DE SER DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 2002, o Ministro Humberto Gomes de Barros, relator no julgamento de agravo regimental interposto contra decisão dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 228432/RS, manifestou-se nos seguintes termos:

O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições (...).

O ministro objetivamente relata o papel do STJ, afirma a necessidade de suas orientações serem observadas em prol da segurança e justiça e recrimina a prevalência das convicções pessoais nos decisórios.

Essa excessiva discordância entre os tribunais nacionais e, pior, entre turmas que compõem um mesmo tribunal, em matérias de idêntica controvérsia, não colabora para o ideal da justiça de conferir tratamento isonômico às pessoas, garantindo ao sistema maior segurança jurídica. Daí, a necessidade de planejar mecanismos que contribuem para igualdade também processual, pensando-se nas técnicas de julgamento por amostragem.

O primeiro viés da introdução do artigo 543-C no ordenamento jurídico está exatamente em garantir maior segurança jurídica e, assim, permitir, a igualdade entre partes processuais que se encontram diante do mesmo percalço. O segundo viés do artigo 543-C está em proporcionar a racionalização dos julgados, permitindo que se aplique uma única decisão em todos os processos em trâmite, acelerando o trâmite dos processos. Dessa forma, a sistemática dos julgamentos por amostragem, possui aspecto imediato, para solucionar o problema de afogamento do Judiciário, mas possui também aspecto mediato, mais idealista, pela promoção da igualdade das partes.²³

²³ Há autores que só enxergam as razões imediatas do dispositivo, como Humberto Theodoro, que em seu curso de processo civil afirma que o fim da reforma promovida pela Lei nº 11.672/2008 é a economia processual, na medida em que visa evitar decisões sucessivas de igual teor, num tribunal asoberbado (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 52. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 680).

Seja sob o enfoque das razões imediatas, seja sob a luz dos motivos mediatos, a disposição contida no art. 543-C do Código de Processo Civil terá melhor resultado se for vista, invariavelmente, pelos tribunais e magistrados brasileiros, como de força obrigatória.

E, assim, pelo contexto e razões de criação do artigo 543-C do CPC, é viável afirmar que a força vinculante dos precedentes dos tribunais superiores é a própria razão de ser do artigo 543-C do CPC.

7. PRECEDENTES NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O artigo 543-C do CPC foi introduzido no Código de Processo Civil em um momento de mudanças de paradigmas do sistema processual brasileiro, iniciados após a vigência da Emenda Constitucional 45/2004, que realizou a chamada Reforma do Judiciário.

A principal preocupação dos constituintes, ao proporem a mencionada Emenda, estava em solucionar a crise do Poder Judiciário, que se manifestava principalmente por meio da morosidade processual, alvo de constantes e severas críticas por parte da sociedade.

Entre as diversas alterações e inclusões realizadas pela Emenda 45, chamou atenção a inclusão de uma nova garantia fundamental, mediante introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, que prevê: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

A Emenda Constitucional estabeleceu expressamente a razoável duração do processo e as técnicas para alcançar a celeridade processual entre os direitos fundamentais dos cidadãos. Ocorre que a simples elevação desses princípios à categoria de direitos fundamentais, por óbvio, não foi suficiente para garantir a efetividade ao processo. Assim, a partir de então, iniciou-se a implementação de mudanças no Poder Judiciário.

O atendimento pleno das referidas garantias demandou, em primeiro lugar, a alteração da estrutura do Poder Judiciário, relacionada ao número de funcionários e juízes, à criação de órgãos fiscalizadores etc., o que vem sendo feito paulatinamente. Contudo, demandou também a criação de novos institutos²⁴ e, nesse contexto, introduziu-se a técnica de valorização dos precedentes.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais 855/11, jan/2007. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. I. 2011, p. 1189.

A própria Emenda 45 sinalizou para relevância da valorização dos precedentes e incluiu na Constituição Federal o artigo 103-A, que possibilita ao Supremo Tribunal Federal a edição das súmulas vinculantes, após reiteradas decisões do órgão em mesmo sentido. É verdade que o STF já editava súmulas enunciando sua jurisprudência dominante, mas, considerando que muitos magistrados ignoravam sua força vinculante, a Emenda Constitucional nº 45 houve por bem ser expressa pela força obrigatória dos precedentes da Corte Constitucional.

Partindo da ideia de que o STF já possuía atribuição para editar súmulas, a inclusão do artigo 103-A na Constituição representa uma tentativa de cooperar para a mudança dos paradigmas, uma vez que os aplicadores do direito no país resistiam em reconhecer efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores. A previsão de um instituto que impõe expressamente a autoridade do órgão superior faz com que, ainda que forçosamente, as partes acostumem a cumprir a orientação do órgão.

Outro mecanismo de valorização dos precedentes incluído pela Emenda Constitucional 45, que também diz respeito aos precedentes do STF, foi a criação do instituto da repercussão geral, que só permite a subida de recursos extraordinários cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo órgão.

No mesmo diapasão de acelerar o trâmite processual, a Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, introduziu o art. 285-A ao Código de Processo Civil, que possibilita o julgamento liminar, sem manifestação do réu, pelo juiz de 1ª instância nas ações idênticas que envolvam questão unicamente de direito. A forma pela qual esse dispositivo está previsto é interessante, pois concede ao precedente do juiz de 1ª instância força maior que aos precedentes dos tribunais superiores.

Simultaneamente, a Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2007, ofereceu importante contribuição para a celeridade processual por meio da valorização dos precedentes, incluindo o §1º ao artigo 518 do Código de Processo Civil, que possibilita ao juiz não receber recurso de apelação interposto contra sentença fundamentada em súmula do STF e STJ.

Os citados mecanismos, juntamente com a técnica de julgamento de recurso especial repetitivo no STJ, foram introduzidos no ordenamento segundo preceitos de valorização dos precedentes e, pela aplicação dos mesmos, é possível agilizar o trâmite processual, além de garantir a ordem das decisões repetitivas e emanadas dos órgãos superiores.

8. REFLEXOS DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 543-C SOBRE O NÚMERO DE PROCESSOS

Considerando que a uniformização de jurisprudência tem como um de seus fins secundários o desafogamento do Poder Judiciário, transcorridos quase cinco anos desde a implantação do sistema de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, cumpre verificar se ele de fato vem contribuindo para a desobstrução da Justiça, ao menos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O *website* do STJ contém relatório estatístico, o qual relata a quantidade de processos distribuídos de acordo com as classes. Comparando os dados dos cinco anos de aplicação da Lei nº 11.672/2008, percebe-se que houve redução considerável no número de recursos especiais distribuídos no tribunal.

Enquanto em 2007 foram distribuídos 104.219 mil recursos especiais, em 2008, após cinco meses de vigência da lei, o número dos recursos especiais distribuídos caiu para 85.612, ou seja, uma redução de aproximadamente 17,83% de recursos. E os números continuaram em queda: em 2009, foram distribuídos 75.600 recursos especiais; em 2010, 54.596; em 2011, 70.422 e, no último ano, 55.672.

Em termos totais, comparando o número de recursos especiais distribuídos em 2007, antes da vigência da Lei dos recursos repetitivos com os distribuídos em 2012, cinco anos após, verifica-se uma redução de 46,58% de recursos especiais.

O número seria expressivo e animador se não houvesse aumentado também o número dos recursos de agravo de despacho denegatórios de recurso especial distribuídos. Foram 173.162 em 2012, para 153.619 em 2007, o que representa um aumento de 11,28% dos agravos.²⁵

Proporcionalmente, a queda na distribuição de recursos especiais foi maior que o aumento de agravos interpostos no tribunal superior. No entanto, a interposição de tantos agravos de recurso especial causa preocupação, na medida em que demonstra a dificuldade dos advogados brasileiros em respeitar os precedentes, não se dando por vencidos nas causas.

Ainda sim, mesmo com o aumento na interposição dos agravos de recurso especial, o número total de processos distribuídos no STJ diminuiu, o que é um fator de otimismo em relação ao desafogamento do tribunal. Em 2007, foram distribuídos um total de 313.364 mil processos ao órgão superior, enquanto em 2012 foram distribuídos 289.524 mil processos, havendo uma redução de 7,60% nos processos.

Embora o percentual não seja expressivo, deve-se considerar que a redução não segue a dinâmica atual nos diversos tribunais brasileiros, que ano após ano recebem mais processos. Assim, enquanto os números totais de processos em trâmite no Poder Judiciário só aumentam, no órgão superior, o número diminui, o que pode ser um indicativo de que a técnica de julgamento por amostragem tem colaborado para a desobstrução da Justiça.

²⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Consultas. Processos. Boletim Estatístico. Relatório Estatístico anuais. Disponível em [http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=483&vPortalArea=483&vPortalAreaRaiz=334]. Acesso em 10.04.2013.

9. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

A crítica mais contumaz aos precedentes obrigatórios apoia-se na ideia que eles conduzem à imobilização do sistema pelo engessamento da jurisprudência. De certo que o dinamismo das relações jurídicas não combina com eventual imutabilidade das decisões jurídicas, não sendo condizente com as transformações constantes da sociedade.

A busca pela segurança jurídica por meio da uniformização das decisões e da celeridade processual, que se faz ao conferir obrigatoriedade aos precedentes, não pode fazer perpetuar eventuais injustiças decorrentes das alterações dos valores e necessidades da sociedade. O ordenamento certamente não pode ser insensível às mudanças.

Contudo, o problema do engessamento das decisões não prepondera se o ordenamento previr mecanismos de revisão e/ou revogação dos precedentes obrigatórios, de acordo com as novas realidades e com as necessidades da sociedade. Inclusive, o sistema processual brasileiro prevê a técnica para os casos das Súmulas Vinculantes, que poderão ser revistas pela Corte Suprema.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni observa que a mudança de concepções deve propiciar a alteração dos precedentes abalados por tais mudanças:

A transformação da concepção moral, política e de experiência é determinante de uma nova configuração do precedente. A alteração da concepção geral moral, assim como as novas proposições políticas, pertinentes à evolução do Estado, certamente podem abrir margem à revogação de precedentes. Do mesmo modo, incluída entre as proposições de experiência, as proposições relacionadas à evolução da tecnologia facilmente podem fazer ver a necessidade de *overruling*^{26, 27}.

Outra crítica a ser considerada aos precedentes obrigatórios decorre do oferecimento de tratamento igual a casos desiguais. Talvez esse seja o fator de maior resistência no país para aceitação dos precedentes obrigatórios.

Prova dessa oposição da comunidade jurídica brasileira em aceitar os precedentes, por entender que a situação que defende nasceu em fatos diferentes do recurso que gerou o precedente, está no aumento no número de agravos de recurso especial ao STJ gerados após a vigência da Lei nº 11.672/2008, conforme foi relatado acima.

Alerta-se, porém, que os precedentes devem ser utilizados de maneira racional, não devendo ser aplicados de modo irresponsável nem de forma massificada.

²⁶ Overruling. Termo da *common law* para espécie de revogação parcial de precedente.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes... cit.*, p 393.

O problema de conferir tratamento isonômico para casos distintos não está no precedente, mas na aplicação do precedente, que poderá ocorrer de modo ineficiente, sem considerar as particularidades de cada caso.

Parte da doutrina ainda argumenta que a aplicação de precedentes fere a autonomia e independência do juiz, na medida em que faz dele mero aplicador de jurisprudências.

Essa crítica beira a irracionalidade. Afinal, a lei não está a serviço do juiz, mas sim o juiz está a serviço da lei. Logo, a partir do momento que os órgãos superiores conferem interpretação à lei, é imperioso que, em prol da igualdade, da justiça e da racionalidade, compita ao juiz aplicar a interpretação dominante. Isso não significa que os juízes que compõem os órgãos inferiores são subalternos aos órgãos superiores, mas somente que compõem o Poder Judiciário, o qual teve ser visto em sua unidade.

O engessamento da jurisprudência, o tratamento igual de causas desiguais e violação à independência do juiz, não são críticas substanciais aos precedentes obrigatórios, que ainda apresentam mais vantagens que desvantagens. A promoção da segurança jurídica, juntamente com a previsibilidade e estabilidade das decisões, da celeridade processual e da racionalização e igualdade das decisões justificam a imprescindível adoção, cedo ou tarde, dos precedentes obrigatórios pelo sistema da *civil law*.

10. CONCLUSÃO

Na busca pela utópica segurança jurídica, o sistema da *civil law* não pode mais manter sua inércia em relação à base do *common law*, que se resume na uniformidade da jurisprudência pelo respeito aos precedentes.

Embora o país ainda resista à doutrina dos precedentes obrigatórios, estão sendo realizadas mudanças no ordenamento para valorizar a jurisprudência e dar força obrigatória aos precedentes. Espera-se que a doutrina e jurisprudência brasileiras acompanhem a dinâmica das relações jurídicas e comecem a enxergar nos precedentes a solução para a crise de insegurança jurídica e abarrotamento da Justiça.

Oferecer força vinculante aos precedentes significa dar coerência ao sistema, garantir ao cidadão previsibilidade e estabilidade das decisões, perpetuar a segurança jurídica, além de contribuir para a celeridade processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. A Alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista dos Tribunais* 96/37, out.- dez./1999. *In: Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VII. 2011, p. 625/636.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos Repetitivos. *In: Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35 nº 185 jul. 2011.
- ARAÚJO, Jean Carlos. É cabível a desistência em caso de recurso especial repetitivo já afetado pelo STJ? *In: Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, v. 17 nº 66 abr./jun. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consultas. Processos. Boletim Estatístico. Relatório Estatístico anuais. Disponível em [<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=483&vPortalArea=483&vPortalAreaRaiz=334>] Acesso em 10.04.2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conheça o STJ. Composição e funcionamento. Seções de julgamento.
- Disponível em [http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=427] Acesso em 14.04.2013.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A nova técnica de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. *In: Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Coord. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. *In: Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 160. 2008.
- CARREIRA ALVIM, J. E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os Tribunais. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 162. 2008.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Reclamação. A ampliação do cabimento no contexto da objetivação do processo nos Tribunais Superiores. *In: Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VI. 2011, p. 1299/ 1311.
- DIDIER JR., Fredie e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 9. ed., Salvador: Editora JusPodivm. 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. *In: Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Coordenadores: Fernando Gonzaga Jaime, Juliana Cordeiro de Faria, Maira Terra Lauar. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35 n° 184 jun. 2010.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica. In: *Processo Coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiney, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto, Coord. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro Milhoranza*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012, p. 431/443

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva. 2011.

NAGEM, Bruno Freixo. A desistência de recurso especial repetitivo e o fenômeno da duplicação recursal. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 107 n° 413, jan./jun. 2011.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recurso Especial*. 2. ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010.

QUINTAS, Fábio Lima e GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os juizados especiais cíveis. Antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VI. 2011, p. 1271/1298.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação dos Precedentes no Direito Brasileiro*. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado Editora. 2010.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento ‘por atacado’ no STJ. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33 n° 163, set. 2008.

SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. O destino dos recursos especiais sobrestados no tribunal de origem após o julgamento do recurso especial repetitivo no STJ. In: *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins – Volume 12, Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de 'Civil Law' e de 'COMMON LAW'. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 110 nº 141, abr. jun. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Volume I*. 52. ed., Rio de janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos: recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36 nº 191, jan. 2011.

TOFFOLI, Vitor. Recursos Especiais Repetitivos; critérios de seleção dos recursos paradigmáticos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36 nº 197, jul. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. In: *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: QuarttLatin. 2010.

_____. *Precedente Judicial como fonte de direito*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Recursos especiais repetitivos: a disciplina proposta no Projeto de Lei nº 166 de 2010 (novo CPC). In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. Coord. Alberto Camina Moreira, Anselmo Prieto Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi*". São Paulo: Saraiva. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito civil: civil Law e common Law. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 172 2011.

_____, Fundamentos do processo. Revista dos Tribunais 855/11, jan/2007. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. I. 2011, p. 1171/1195.

_____, e MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º Grau. Revista dos Tribunais 191/187, jan/2011. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. VII. 2011, p. 989/997.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo artigo 543_C do CPC sobrestamento de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 159. 2008.

AS DESPESAS PÚBLICAS NA VIRADA DOS EXERCÍCIOS FINANCEIROS

Public expenditure as at the turn of financial years

Vera Wolff Bava Moreira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceitos e normas de Direito Financeiro aplicáveis à espécie. 2.1. Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais. 2.2. Execução Orçamentária. 2.3. Despesas públicas. 3. Dos restos a pagar. 4. A Lei Federal nº. 4.320/64, os decretos de execução orçamentária e financeira e as Leis Estaduais Paulistas nº. 10.320/68 e nº 13.578/09. 4.1. A Lei Federal 4.320, de 17 de março de 1964. 4.2. Decretos Paulistas de Encerramento da Execução Financeira e Orçamentária. 4.3. A Lei Estadual 13.578, de 08 de julho de 2009. 4.4. A Lei Estadual 10.320, de 16 de dezembro de 1968. 5. A teoria na prática. 5.1. Jurisprudência. 5.2. Doutrina. 5.3. Doutrina e situações concretas. 5.4. Orientações institucionais da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. 6. Ressalvas à obrigatoriedade de previsão dos recursos orçamentários. 7. O último exercício de um mandato: o caso específico do artigo 42 da LRF. 8. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO O presente estudo analisa o tema das despesas públicas da virada dos exercícios financeiros, através da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à matéria (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000; Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964 e a Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), da doutrina atual e da jurisprudência dos Tribunais de Contas da União e o Paulista. Ao final, aponta soluções práticas de cunho eminentemente gerencial, dentro do campo do Direito, com ênfase na conta especial “restos a pagar”.

ABSTRACT: This study examines the issue of public expenditure at the turn of the financial years through systematic and teleological interpretation of the relevant matter (Complementary Law N° 101 of May 4, 2000 constitutional and legal provisions; Federal Law n° 4320 of March 17, 1964 and Federal Law n° 8,666 of June 21, 1993); the current doctrine and the jurisprudence of the Federal Court of Auditors and the Paulista Court of Auditors. At the end, pointing eminently practical solutions managerial nature, within the field of law.

Palavras-chaves: Créditos orçamentários. Dotação orçamentária. Vigência dos contratos administrativos. Restos a pagar. Ano civil.

Keywords: Budget credits. Budget allocation. Validity of administrative contracts. Remains payable. Calendar year

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho partiu da análise dos artigos 41 e 42 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), como mecanismos de planejamento, controle de gastos e de programação financeira da Administração

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Pública, sob o enfoque de seu estudo em conjunto e no espírito da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações, que coíbe realização de despesas que comprometam orçamentos futuros, sem adequada programação.

O orçamento público tem sua vigência coincidente com o exercício financeiro, havendo, portanto, um prazo em que as despesas devem ser feitas, que é o ano civil (de 1º de janeiro a 31 de dezembro), de acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, diploma este que estabeleceu as normas gerais de Direito Financeiro destinadas à elaboração e controle dos orçamentos e balanços públicos.

Já para a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a duração dos contratos celebrados pela Administração ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (artigo 57, *caput*), que são anuais, somente se admitindo que obras e serviços sejam licitados quando houver previsão de recursos que assegurem o pagamento destas no exercício financeiro em curso (artigo 7º, § 2º, incisos III e IV).

Há, naturalmente, exceções previstas tanto na Lei de Licitações, quanto na própria Lei de Responsabilidade Fiscal, como no caso de serviços contínuos ou na transferência de parte do pagamento para o exercício seguinte, desde que haja disponibilidade de caixa, ou ainda a promoção de empreendimentos cuja execução ultrapasse os limites de um exercício orçamentário, caso em que “... o projeto deverá constar do Plano Plurianual, de modo que os custos correspondentes já se encontram previstos no planejamento de médio e longo prazo do Estado.”²

A regra básica, todavia, é a de que a vigência dos ajustes está condicionada à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

As grandes dúvidas, porém, concentram-se fora das hipóteses excepcionadas pela lei. É o caso, por exemplo, das contratações por escopo, cuja execução ultrapasse o exercício financeiro em que foram celebradas, cujos serviços não sejam contínuos, que não representem despesas de investimento, ou relativas a projetos que não estejam contempladas no Plano Plurianual.

Um contrato assim poderia ultrapassar 31 de dezembro do ano em que foi celebrado se toda a despesa já foi empenhada e está onerando o orçamento deste exercício? Nesta hipótese, o empenho da totalidade do valor do contrato prorrogaria “a vigência dos respectivos créditos orçamentários”? E, na virada do exercício financeiro, o remanescente a pagar poderia ser incluído em “Restos a Pagar não processados”?

E em oposição, ou seja, sendo desnecessário o empenho da integridade do valor da contratação, poderia ser inserida no contrato uma cláusula resolutiva, condicionando a continuidade da sua vigência à existência de recursos para a finalidade na dotação orçamentária seguinte?

² JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 144.

Seriam viáveis tais contratações? E se não o forem, de que modo os gestores poderiam suprir as prementes necessidades da unidade pela qual são responsáveis nessa época do ano?

Ora, tomando-se as regras com rigidez excessiva não se poderá celebrar quase nenhum contrato ao final dos exercícios financeiros. Será isto que se deseja?

A questão não é fácil, mas é algo muito presente no dia-a-dia da Administração Pública. Necessita ser estudada, sistematizada e equacionada, para que fique mais clara para quem se preocupa em fazer uma boa gestão da coisa pública.

Fato incontestado é que é necessário haver planejamento, controle e fiscalização nos gastos públicos.

Na prática, todavia, quem trabalha diretamente na área de gestão pública ou conhece um pouco dela, sabe que as leis orçamentárias demoram a ser aprovadas pelas Casas Legislativas, que as dotações orçamentárias demoram a chegar a seus destinatários (entidades ou órgãos públicos), que recursos previstos e solicitados são contingenciados no início do exercício financeiro pelo Executivo, sendo liberados pouco a pouco e que, por tudo isso, fica difícil a programação de modo a distribuir, ao longo de todo o ano, a realização das despesas necessárias.

E o inevitável acontece: as licitações acumulam-se no final do ano e acabam ocorrendo sem planejamento e racionalidade, pois, a princípio, não se pode jogar para o exercício seguinte a realização daquela despesa, salvo nas exceções já mencionadas e que serão adiante tratadas.

Enfim, como agir, se aquele dinheiro que chegou de última hora não pode ser utilizado apenas no ano seguinte? Afinal, o orçamento é anual, iniciando-se em 1º de janeiro e terminando em 31 de dezembro. E o que não for gasto, voltará para o Tesouro. Ou seja, está-se, decididamente, diante de um grande dilema.

Para a Administração Pública em geral, as despesas aqui chamadas “da virada”, ou seja, as compras e contratações, que têm que ser realizadas no final dos exercícios financeiros, são um tema particularmente tormentoso, pois ao mesmo tempo em que a máquina administrativa não pode parar, face ao princípio constitucional da continuidade do serviço público, os prazos e os limites impostos pela lei têm que ser respeitados e, no mais das vezes, o que seria para trazer organização e racionalidade na gestão pública, acaba por representar engessamento, paralisação, obstáculos à plena realização do interesse público.

Nesse cenário, surgem os artigos 41 e 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, como mecanismos impositivos de programação financeira e limitação de empenhos nos casos de insuficiência de recursos.

Estando ambos na mesma Seção VI, denominada “Dos Restos a Pagar”, o artigo 41 tinha como finalidade cuidar mais diretamente dos chamados Restos a Pagar. Foi vetado, mas mesmo assim permaneceu “vivo” como objeto de discussão na doutrina, especialmente por conta de haver previsão a respeito do tema na Lei 4.320, de 17 de março de 1964 que, como acima comentado, estabelece normas

gerais de Direito Financeiro e que, embora “antiga”, continua muito atual e em pleno vigor.

Já o artigo 42 trata da vedação aos Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, seus respectivos órgãos e Ministério Público (conforme definição de “órgãos” contida no artigo 20 da LRF), de contraírem, nos últimos dois quadrimestres de seus mandatos, despesas que não possam ser integralmente cumpridas dentro dele, ou que tenham parcelas a serem cumpridas no exercício seguinte sem que haja disponibilidade de caixa.

Teoricamente, busca-se uma gestão financeira responsável, em que são vedadas as transferências de despesa de um exercício para o outro sem que haja correspondente recurso para saldá-la, especialmente quando se tratar de final de mandato eletivo, em que um mandatário poderia tentar deixar suas despesas, não raro “eleitorais”, para o seu sucessor.

Básica será a análise dos artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal pertinentes à matéria, em conjunto com o artigo 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que traz justamente a definição do que são Restos a Pagar, dentre outros dispositivos do mesmo diploma legal, e o artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que limita a realização das despesas em função do orçamento existente e em vigência. Ademais, o estudo da jurisprudência dos Tribunais de Contas, bem como da doutrina desenvolvida a respeito do assunto.

Finalmente, para a correta leitura, compreensão e aplicação das normas constitucionais e legais atinentes à espécie, será necessária, além de sua interpretação sistemática, uma breve análise histórica da matéria, assim como os esclarecimentos sobre os conceitos técnicos envolvidos na sua abordagem. É o que dará início à exposição.

2. CONCEITOS E NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO APLICÁVEIS À ESPÉCIE

O artigo 163, I, da Constituição Federal assevera que lei complementar disporá sobre finanças públicas. O artigo 169 da Carta Magna, por sua vez, estabelece que a despesa com pessoal de todos os entes federativos não poderá exceder aos limites estabelecidos em lei complementar.

Surge, neste toar, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal ou, simplesmente, LRF.

Pode-se dizer que esta Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, constitui, na verdade, uma suplementação à Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que também estabelece normas gerais de Direito Financeiro.

Aliás, muitos dos conceitos necessários à correta compreensão da Lei de Responsabilidade Fiscal, e com os quais se trabalhará mais adiante, estão justamente na

Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, norma jurídica esta que, embora datada de 1964, é anterior ao período da ditadura militar e não se caracteriza como uma norma autoritária, muito menos de “de ocasião”, momentânea ou efêmera. Ao contrário, ela vem perdurando ao longo de mais de 40 anos, sendo até mesmo elogiada por doutrinadores das mais diferentes correntes.

Nesse passo, oportunos os comentários de Eduardo Marcial Ferreira Jardim³ a respeito do relacionamento de ambas as leis enfocadas, frisando os propósitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, embora criticando sua denominação, pois, a seu ver, o nome “Lei de Responsabilidade Financeira” talvez fosse mais adequado e compatível com sua natureza:

Com efeito, de balde a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e outros diplomas supervenientes já cuidassem do mesmo assunto, o controle orçamentário ainda afigurava-se insatisfatório e, por esse motivo, o referido diploma veio a lume com o desígnio de redimensionar a transparência no gerenciamento do orçamento. Sua denominação depara-se inadequada, pois tem por objeto normas de direito financeiro e regras de responsabilidade cível, administrativa e penal, não guardando, pois, qualquer nexó direto com o âmbito fiscal. Por isso, seria compatível com sua natureza a denominação Lei de Responsabilidade Financeira.

Fato é que se buscou, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, o equilíbrio das contas públicas, ou seja, entre as receitas e as despesas. O maior intuito é que o ente federativo só gaste aquilo que efetivamente arrecadou. Ou, exemplificando, que em uma conta simples de subtração, receita efetivamente arrecadada, menos as despesas efetivamente realizadas, chegue-se a resultado igual a zero.

Deve-se ter em mente uma época não muito distante em que, em razão das contas públicas altamente desequilibradas, atingiram-se níveis inflacionários quase insuportáveis, gerando enormes endividamentos dos entes políticos. Assim, a estabilidade daquelas contas era condição essencial para a estabilidade do padrão monetário nacional que então surgiu (o chamado “Real”), e para a contenção do déficit público.

De outro lado, a LRF também tem como objetivo a gestão fiscal responsável, isto é, o agente público ou o administrador da coisa pública, que cumpra o seu dever funcional e aja com probidade, entendendo-se por responsável aquele que assume seus atos e omissões e responde por estes e, entendendo-se por gestão fiscal, a realização da receita e da despesa no sentido da correta preservação dos bens públicos.

Assim, no dizer de Flávio Cruz, contido nas páginas de apresentação do livro por ele coordenado para comentar a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964:

³ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89/90.

Compromissos assumidos no âmbito das finanças públicas internacionais e outras variáveis políticas e socioeconômicas causaram forte determinação do Poder Executivo federal no sentido de criar uma lei de conduta para a administração pública. O ponto preferido foi estabelecer limites para alguns aspectos de gestão e responsabilizar os dirigentes que se envolverem em transgressões e abusos. A lei de responsabilidade fiscal foi a denominação assumida para tais mudanças.⁴

Para Mario Engler Pinto Junior, a Lei de Responsabilidade Fiscal “*contribuiu para o refinamento do quadro institucional orçamentário, embora o seu foco principal sejam as finanças públicas sob a ótica da gestão fiscal responsável.*”⁵

Em suma, a LRF, como uma *lei de conduta*, visou trazer à Administração Pública, portanto, planejamento, organização na arrecadação, controle, fiscalização e responsabilidade nos gastos públicos.

2.1 Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais

A ideia de planejamento em matéria orçamentária veio realçada na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 165, parágrafos 1º, 2º, 5º e 8º. Por ela, os entes federativos são obrigados a elaborar Planos Plurianuais (PP ou PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Leis Orçamentárias Anuais (LOA).

O Plano Plurianual (PP ou PPA) deve estabelecer as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública (cada ente federativo elabora o seu, de forma regionalizada), para as despesas de capital, e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada. É um plano de trabalho de governo, onde são reunidas as ações governamentais relativas às obras e investimentos programadas para um período trienal de gestão e não de um único exercício financeiro, como ocorre com o orçamento anual. A LDO, por sua vez, é elaborada anualmente, e compreende as metas e prioridades da administração pública para o exercício subsequente, orientando a elaboração da LOA e escolhendo quais as parcelas do PP que serão objeto de execução no ano seguinte. Assim, a LOA, que também é um programa de trabalho de governo, reúne todas as ações governamentais relativas às obras, aos

⁴ CRUZ, Flávio da (Coord). Comentários à Lei nº 4.320 – Normas Gerais de Direito Financeiro – Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2008, apresentação.

⁵ PINTO Jr, Mário Engler. Desafios para Adoção do Orçamento Impositivo. In: *Revista da Procuradoria da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo: nº 61/62, p. 78, jan/dez. 2005.

investimentos e às prestações de serviços a serem executados pela Administração durante aquele exercício financeiro.

O orçamento público nada mais é do que um documento oficial onde constam todas as receitas e todas as despesas de um determinado ente político.

A propósito, vem bem a calhar o trecho a seguir transcrito de artigo publicado em periódico eletrônico, à medida que explica o porquê da denominação do orçamento como “lei de meios”:

O Estado sempre manterá sua atuação, interferindo através do orçamento público na economia com o fim de mantê-la em funcionamento correto. O orçamento, portanto, tem caráter instrumental – por isso é chamado de ‘lei de meios’ – e serve para sustentar a atuação e intervenção concreta estatal. Para tanto, devem ser analisadas algumas formas de intervenção e de atuação que são custeadas pelas finanças públicas e que possuem papel importante na manipulação da economia.⁶

Cuida-se de uma visão mais holística do orçamento, ou seja, enquanto instrumento regulador da atividade estatal e, ao mesmo tempo, regulador da atividade econômica.

Ele possibilita, de fato, um maior controle do Poder Legislativo e da coletividade (conforme artigos 48 e 48-A da LRF) sobre o Executivo. E ainda deve ser considerada, para esta colocação, a importância da anualidade orçamentária como facilitadora desta fiscalização, pois renova ano a ano o planejamento, a execução e o controle, racionalizando a atuação desses dois Poderes, cada qual na sua esfera de competência.

A pergunta que fica é se o orçamento tem caráter apenas autorizativo em relação às despesas nele previstas ou se haveria imposição legal para sua efetiva realização.

Mario Engler Pinto Junior faz esta indagação, tratando ele mesmo de respondê-la, afirmando que o entendimento jurídico predominante é o de que não há imposição legal para a efetiva realização das despesas nele previstas, tendo o orçamento caráter apenas autorizativo. Sua explicação é a seguinte:

A existência de dotação orçamentária é condição necessária (embora não suficiente) para a assunção de obrigação de pagamento pela Administração pública (direta, autárquica e fundacional), conforme sugerem os dispositivos da Lei nº 4.320/64, ao exigirem o prévio empenhamento da despesa, nos limites dos créditos concedidos. O ato administrativo de empenho pressupõe a identificação da dotação orçamentária que irá suportar a despesa, seguida da sua reserva formal para aquela finalidade.

⁶ KANAYAMA, Rodrigo Luís. Os efeitos da despesa pública na economia: uma visão com fundamento no Direito Financeiro contemporâneo. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, nº 24, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 26 dez. de 2009.

A Lei de Responsabilidade Fiscal segue a mesma estrutura lógica, reforçando a idéia da existência de previsão orçamentária para realização de qualquer tipo de despesa, não só quando tenham por objeto a criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, mas também quando consideradas obrigatórias e de caráter continuado. O artigo 16 induz o conceito de adequação orçamentária, assim entendida a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que, somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício. No caso da despesa obrigatória de caráter continuado referida no artigo 17, além dos requisitos previstos no artigo 16, faz-se necessário comprovar a origem dos recursos para o seu custeio, ou seja, que a nova despesa gerada poderá ser suportada nos exercícios subseqüentes em que subsistir a respectiva obrigação de pagamento, pelo aumento de receita ou pela redução permanente de despesa.⁷

E concluí meu raciocínio dizendo que:

o efeito mandatário da previsão de gasto contida no orçamento público ocorre excepcionalmente em relação às dotações para pagamento de precatórios judiciais, conforme disposto no artigo 100 da Constituição Federal.⁸

2.2 Execução orçamentária

Após a apresentação do conceito de orçamento e os diversos enfoques sobre a sua natureza jurídica, pode-se dizer que os atos que estão compreendidos na execução orçamentária são: de um lado, todos os atos praticados durante as três fases ou estágios da execução da receita (lançamento, arrecadação e recolhimento) e, de outro lado, todos os atos referentes às três fases ou estágios da execução (realização) da despesa (empenho, liquidação e pagamento). Anualmente, ao final dos exercícios, é editado um decreto de encerramento orçamentário e, no início de cada exercício, um decreto de execução orçamentária. Eles regulamentam os procedimentos de encerramento e execução, datas e prazos para a realização dos atos necessários à gestão orçamentária.

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 utiliza-se de dois regimes jurídico-contábeis denominados regime de caixa e regime de competência para identificar a qual exercício financeiro pertence cada receita e cada despesa. Em verdade, diz-se

⁷ PINTO Jr, Mário Engler. Desafios para Adoção do Orçamento Impositivo. In: *Revista da Procuradoria da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo: nº 61/62, p. 79/80, jan/dez. 2005.

⁸ *Ibidem*, p. 80.

que o regime adotado no Brasil é um regime misto, pois vale o regime de caixa para as receitas e o de competência para as despesas.

Assim, nas palavras de Afonso Gomes Aguiar, “[...] *pertence ao exercício financeiro a receita nele arrecadada, não se levando em consideração a época, o exercício em que ela se gerou, mas sim a data de sua efetiva arrecadação.*”⁹ Já a despesa, por conta de seu regime de competência, pertence ao exercício em que foi empenhada, não importando a data de seu pagamento, mas o exercício em que foi criada.

2.3 Despesas públicas

Para este trabalho, interessam, basicamente, as despesas.

Sabe-se que as despesas públicas possuem, na doutrina, várias classificações. Não será necessário comentar sobre cada uma delas, porquanto a opção aqui feita foi pela classificação dada pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Segundo referida Lei, a despesa pública subdivide-se em despesas correntes e despesas de capital. Estas últimas são aquelas que têm como contrapartida o ingresso de um bem de capital, ou seja, há aumento do patrimônio na proporção do que foi gasto. Já as despesas correntes são aquelas realizadas na manutenção dos órgãos para a prestação dos serviços públicos.

Dentro destas chamadas correntes, por sua vez, subdividem-se as despesas de custeio, aquelas que têm como objetivo manter o aparelhamento administrativo no serviço prestado à coletividade (material de consumo, despesas de pessoal, contratação de serviços, etc.), bem como as transferências correntes, que são as dotações transferidas de uma entidade de direito público a outra, com o objetivo de auxiliar esta última na manutenção de seus respectivos órgãos, ou seja, para atender às despesas correntes desta (entram aqui as subvenções e as contribuições).

Importante observar que toda despesa pública depende de autorização legal e de ato do administrador autorizando a sua realização. É o que dispõe o artigo 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal, quando descreve quais são as despesas consideradas autorizadas, regulares e não lesivas ao patrimônio público.

E, mais uma vez fechando o leque temático, vamos nos circunscrever à subdivisão “despesas de custeio”.

São três os atos constitutivos do procedimento administrativo denominado realização da despesa pública: o empenho, a liquidação e o pagamento.

E o que é que se entende por *empenho de despesa*?

⁹ AGUIAR, Afonso Gomes de. *Lei de Responsabilidade Fiscal – Questões Práticas*. 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 67.

Diz o artigo 58, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que empenho “é o ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Ou seja, é espécie de ato jurídico e, como tal, pressupõe-se que tenha sido editado por *agente capaz* (quem esteja legalmente instalado nas funções de ordenador de despesa, na forma do artigo 80, § 1º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967); tratando de *objeto lícito* (obrigação contraída decorrente de situação amparada por lei), obedecendo à *forma prescrita ou não defesa em lei* (forma escrita) e criando, assim, direitos e obrigações para as partes envolvidas (natureza bilateral).

Entre o empenho da despesa e o seu efetivo pagamento há, como se viu, o ato da liquidação da despesa, que é o estágio da realização da despesa que tem como objetivo apurar se o contratado cumpriu totalmente sua obrigação.

Assim, se empenho é o ato da autoridade administrativa que cria a obrigação financeira para ser paga, liquidação é a verificação, a constatação na forma da lei de que o material foi entregue ou que o serviço foi devidamente prestado e que, portanto, pode-se atestar o quanto deve ser pago e para quem deve ser pago. Por fim, o terceiro estágio do procedimento que é o pagamento propriamente dito, ou seja, a extinção da obrigação por parte da Administração.

Somente, portanto, quando concretizados os três atos constitutivos da realização da despesa pública é que se pode chamar um gasto público de *despesa realizada*.

E mais, pelo que se depreende das regras financeiras aqui analisadas, ao menos em tese, deve a Administração Pública não somente empenhar, mas também liquidar e pagar a despesa dentro do respectivo exercício financeiro, ou seja, até o dia 31 de dezembro de cada ano. É o que ensina Afonso Gomes de Aguiar.¹⁰

A regra é, portanto, a de que o pagamento se dê no mesmo exercício em que a despesa foi empenhada. Porém, por vezes pode ocorrer de uma despesa empenhada não vir a ser paga até 31 de dezembro. O valor do débito do Poder Público, neste caso, será lançado (inscrito), com a devida motivação, em uma conta especial chamada “Restos a Pagar”, para ser a obrigação (pagamento) extinta no exercício seguinte.

Mais uma vez recorrendo às lições de Afonso Gomes de Aguiar:

Saiba-se, pois, que o arrolamento de débitos financeiros decorrentes de despesa empenhada e não paga até o final do exercício, na conta Restos a Pagar, é um artifício que a legislação criou como solução de pagamento para aqueles gastos que, excepcionalmente, não foram pagos dentro do exercício de sua competência. É, assim, uma forma de excepcionalidade encontrada pela lei para dotar a Administração Pública de mecanismo necessário a solucionar questões dessa natureza.¹¹

¹⁰ AGUIAR, Afonso Gomes de. *Lei de Responsabilidade Fiscal – Questões Práticas*. 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 213.

¹¹ Idem.

E o exame desse ponto, “Restos a Pagar”, enquanto exceção à regra do pagamento ter que ocorrer no mesmo exercício em que a despesa foi empenhada, apresenta-se como imprescindível para o prosseguimento e conclusão deste trabalho.

3. DOS RESTOS A PAGAR

Conforme já mencionado, *Restos a Pagar* é a denominação de uma conta especial onde são arrolados débitos financeiros decorrentes de despesa empenhada e não paga até o último dia do exercício.

Utilizando, mais uma vez, as palavras de Afonso Gomes Aguiar¹², esta conta especial “[...] é um artifício que a legislação criou como solução de pagamento para aqueles gastos que, excepcionalmente, não foram pagos dentro do exercício de sua competência”.

Dentre os Restos a Pagar, distinguem-se os processados (ou liquidados), dos não processados (ou não liquidados). Os processados são aqueles em que já houve o recebimento do material, da obra ou do serviço (e ainda que estes venham a se consumir após o encerramento do exercício de origem da obrigação), mas o pagamento é transferido, justificadamente, para o exercício seguinte. Já os não processados são aqueles provenientes da despesa simplesmente empenhada, em que o fornecedor do órgão público não entregou a mercadoria, nem forneceu o serviço, ou seja, caso em que não houve liquidação. Nesta segunda hipótese, há quem sustente que poderia e deveria a Administração cancelar o empenho, uma vez que não há direito líquido e certo do credor ao recebimento.

Mas fato é que a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 expressamente alberga estas duas situações, ao conceituar Restos a Pagar como despesas legalmente empenhadas e não pagas até o final do exercício, distinguindo-as ainda entre processadas e não processadas, ou seja, conforme estejam, ou não, liquidadas.

“Tal distinção faz com que o administrador público dê prioridade ao pagamento de Restos a Pagar relativamente às despesas processadas no exercício anterior.”¹³, pois se pressupõe que se tratem de empenhos de contratos que se encontram em execução, não existindo, ainda, o direito líquido e certo do credor.

Importante, todavia, realçar que em ambos os casos a despesa tem que ter sido legalmente empenhada. Despesa legalmente empenhada é aquela que “... para sua realização, existe no momento do empenho da despesa, não só a autorização do crédito orçamentário

¹² AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de Responsabilidade Fiscal. Questões Práticas*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 213.

¹³ CRUZ, Flávio da (Coord). *Comentários à Lei nº 4.320 – Normas Gerais de Direito Financeiro – Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

com saldo suficiente para atendê-la, como, também, a existência dos recursos financeiros, e em montantes suficientes para saldá-la”.¹⁴

Anteriormente à edição da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, não se exigia a efetiva disponibilidade financeira para a realização de despesas.

É o que nos conta Afonso Gomes Aguiar:

Porém, corrigindo erro do passado, quando aquela legislação submetia o empenho de despesa apenas à existência da autorização de crédito orçamentário, com saldo suficiente para atendê-la, sem, contudo, esboçar o menor cuidado com a existência das disponibilidades financeiras correspondentes, a Lei nº 4.320/64 instituiu uma programação financeira, impondo, ao Poder Executivo, a obrigação de aprovar um quadro de quotas trimestrais para as despesas que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar, com a finalidade de assegurar a estas, no momento certo, a soma das disponibilidades financeiras suficientes à execução dos seus programas, e de manter, dentro da medida do possível, o equilíbrio entre a despesa de fato realizada e a receita efetivamente arrecadada. (arts. 47/50).

A partir de 1º de janeiro de 1965, data em que a Lei nº 4.320/64 entrou em vigor, só se poderia empenhar qualquer despesa, se as correspondentes disponibilidades financeiras já se encontrassem depositadas na conta bancária aberta em nome de cada unidade administrativa ou unidade orçamentária, à sua inteira disposição e obedecidos os limites destes depósitos.[...] O certo é que, se tivessem as Administrações Públicas aplicado corretamente as disposições da lei em referência, nunca se teria realizado o arrolamento, como Restos a Pagar, de despesas que não contassem com suas respectivas disponibilidades financeiras, em Caixa, desde o momento de sua criação, em montantes necessários aos seus pagamentos, em razão do que, não se teria, também, a dívida pública que se tem na atualidade.¹⁵

Em uma interpretação literal, portanto, do regramento atualmente em vigor “[...] a inscrição de débitos em restos a pagar só é possível legalmente, em qualquer época e exercício, quando comprovada a existência de disponibilidade financeira.”¹⁶

A inscrição em Restos a Pagar, sem atender a tais requisitos, é geradora de dívida pública e desequilíbrio de contas, daí o porquê do cuidado que hoje tanto o legislador (ao aprovar as leis), quanto o administrador (ao sancioná-las e, depois, ao aplicá-las) tomam em relação ao assunto.

¹⁴ AGUIAR, Afonso Gomes de. *Lei de Responsabilidade Fiscal – Questões Prática*. 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 219.

¹⁵ *Ibidem*, p. 216 a 218.

¹⁶ *Ibidem*, p. 209.

Ao ver de Afonso Gomes de Aguiar, entretanto, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, até hoje, continua sendo mal compreendida e incorretamente aplicada.

Continuaram as Administrações Públicas a empenhar suas despesas fundamentadas, apenas, na existência das autorizações de créditos orçamentários, com saldos suficientes para atendê-las. Com isso, deu-se continuidade à realização de despesas sem a efetiva existência dos recursos financeiros necessários aos seus pagamentos, bem como depois de encerrado o exercício financeiro, o arrolamento dessas despesas como Restos a Pagar.¹⁷

Com efeito, o artigo 41 da LRF, que tratava diretamente dos Restos a Pagar, foi vetado. Porém, não obstante o veto, permaneceu intacta a previsão a seu respeito no Relatório de Gestão Fiscal (artigo 55, inciso III, da LFR) que deve ser emitido, ao final de cada quadrimestre, pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no artigo 20, do mesmo Diploma Legal.

Em tal Relatório, deverão constar as despesas inscritas em Restos a Pagar: tanto as empenhadas e liquidadas, quanto as empenhadas e não liquidadas (e aqui se faz referência ao artigo 41, inciso II), as empenhadas e não liquidadas inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa e, finalmente, as não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados.

Ou seja, na prática, vê-se que continuam a ser realizadas inscrições em Restos a Pagar de despesas empenhadas com fundamento apenas na existência de créditos orçamentários com saldos suficientes para atendê-las, mas sem a efetiva existência de recursos financeiros necessários ao pagamento. Tanto é assim, que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a hipótese no artigo 55 acima mencionado.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, todavia, como já explicado, não mais deveria ser assim.

As razões do veto presidencial ao artigo 41 da Lei de Responsabilidade Fiscal concentraram-se justamente no fato de que ele, não obstante cuidar de medidas voltadas a conter o endividamento público, permitiria a inscrição de despesas sem condicioná-las à existência de recursos em caixa, prática que, nos termos da justificativa contida no próprio veto, fere o princípio do equilíbrio fiscal, cria transtornos para a execução do orçamento e, em última análise, ocasiona crescimento da dívida pública.

¹⁷ *Ibidem*, p. 217.

A seguir, transcrever-se-á dispositivo vetado, de modo a melhor esclarecer o que até aqui foi comentado e considerado:

Seção VI Dos Restos a Pagar

Art. 41. (VETADO) Observados os limites globais de empenho e movimentação financeira, serão inscritas em Restos a Pagar:

I – (VETADO) as despesas legalmente empenhadas e liquidadas, mas não pagas no exercício;

II – (VETADO) as despesas empenhadas e não liquidadas que correspondam a compromissos efetivamente assumidos em virtude de:

a) (VETADO) normas legais e contratos administrativos;

b) (VETADO) convênio, ajuste, acordo ou congêneres, com outro ente da Federação, já assinado, publicado e em andamento.

§ 1º (VETADO) Considera-se em andamento o convênio, ajuste, acordo ou congêneres cujo objeto esteja sendo alcançado no todo ou em parte.

§ 2º (VETADO) Após deduzido de suas disponibilidades de caixa o montante das inscrições realizadas na forma dos incisos I e II deste artigo, o Poder ou órgão referidos no art. 20 poderá inscrever as demais despesas empenhadas, até o limite do saldo remanescente.

§ 3º (VETADO) Os empenhos não liquidados e não inscritos serão cancelados.

Houve o veto deste dispositivo, mas permanecem plenamente vigentes, cuidando dos Restos a Pagar, os conceitos, regras e critérios estabelecidos pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Persistiu, outrossim, o artigo 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a respeito do qual se tratará mais adiante. Por meio dele, enfatiza-se a idéia que já vem prescrita em lei, como se viu, desde 1965, de que só se pode deixar pendente para o exercício subsequente, a despesa que puder ser efetivamente saldada, ou seja, para a qual houver disponibilidade de caixa, não bastando a previsão orçamentária.

É verdade que o artigo 42 cuida apenas da limitação de gastos a serem feitos nos últimos oito meses do último exercício dos mandatos eletivos. Todavia, ao menos teoricamente (já que na prática, como demonstrado, nem sempre a regra é rigidamente seguida), conclui-se pelas informações já trazidas que o mandamento vale para todos os exercícios financeiros, até porque a inscrição de despesas em Restos a Pagar pressupõe que estas tenham sido legalmente empenhadas e, por legalmente empenhada entende-se a despesa para a qual haja simultaneamente o “orçamentário” e o “financeiro”.

Uma coisa, portanto, é a autorização do crédito orçamentário com saldo suficiente para atender a despesa (vulgarmente chamado de “orçamentário”), outra,

bem distinta, é a existência de recursos financeiros em montantes suficientes para saldá-la (“financeiro”).

E é interpretação dominante nos Tribunais de Contas Estaduais a impossibilidade do cancelamento de empenhos ou de valores inscritos em Restos a Pagar relativos a despesas liquidadas, salvo se cancelada também a obrigação correspondente junto ao credor, por devolução de materiais em virtude de desconformidade, ou outro caso que se assemelhe.

Mas há também aqueles doutrinadores que entendem que o cancelamento de empenhos não caracteriza anulação, tratando-se apenas de ajuste orçamentário no qual, “[...] ao ser evitada a inscrição em Restos a Pagar, os valores forçosamente comprometerão o orçamento (já aprovado) do exercício seguinte, à medida que serão reempenhados conforme disponibilidade de caixa.”¹⁸.

Na verdade, por este prisma, valores não inscritos em Restos a Pagar, ou cancelados, correspondentes ao exercício anterior, acabam por comprometer o orçamento do próximo exercício, na medida em que reempenhados na rubrica “despesas de exercícios anteriores”.

Em suma, o que se observa na Administração Pública é que os gestores buscam efetivamente cumprir os dispositivos da LRF relacionados com o controle orçamentário e financeiro, até por que estão submetidos aos órgãos de controle interno (auditorias internas, por exemplo) e externo (dos Tribunais de Contas) e a fiscalização é hoje muito mais apurada. Todavia, neste esforço de pleno cumprimento de regras, muitas vezes se deparam com dificuldades na conciliação entre estas e as efetivas necessidades da sua respectiva unidade de despesa.

Assim, pergunta-se: será que a teoria imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal, na situação, corresponde exatamente à realidade do dia a dia da Administração Pública?

Talvez, por se cuidar de uma norma de conduta para a Administração Pública, as regras impostas aos gestores sejam mais rígidas mesmo, engessando, por vezes, a atividade administrativa. Porém, a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode ser interpretada sozinha. Referido Diploma tem que ser interpretado em conjunto com as outras leis financeiras pertinentes, a fim de que as situações aqui enfocadas tenham um melhor equacionamento. Vista assim isoladamente, portanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal não consegue trazer maiores luzes para a solução dos problemas aqui colocados.

O tópico a seguir, destarte, visa demonstrar de que forma a interpretação sistemática e teleológica das normas financeiras pode auxiliar na tarefa. Elas

¹⁸ CRUZ, Flávio (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 170.

ampliam bastante as alternativas de raciocínio nas situações concretas de conflito aqui apresentadas.

Antes, porém, de partir para as tentativas de conciliação destas situações com as regras postas em nosso ordenamento jurídico, é necessário um maior aprofundamento da exposição das demais normas jurídicas relativas ao assunto.

Somente assim será justo e eficaz o confronto entre a prática (situações concretas) e a teoria (normas jurídicas que regulam a atividade administrativa).

4. A LEI FEDERAL Nº 4.320/64: OS DECRETOS DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA E AS LEIS ESTADUAIS PAULISTAS Nº 10.320/68 E Nº 13.578/09

4.1. A Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964

De acordo com o inciso I, do § 9º do art. 165, da Constituição Federal, a lei complementar deverá dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

Pode-se dizer que, na falta da edição de tal “lei complementar”, a Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, embora ordinária e anterior à Constituição de 1988, foi recepcionada por esta última como lei complementar, porque de conteúdo complementar, ou seja, formalmente ordinária, porém materialmente complementar.

O mesmo ocorreu com outros diplomas legais como, por exemplo, o Código Tributário Nacional, que nascido como uma lei ordinária quando do advento da Carta Constitucional de 1988, foi recepcionado como lei complementar, porque materialmente complementar.

Pois bem, esta Lei “complementar” nº 4.320, de 17 de março de 1964 estabelece, em cumprimento aos referidos dispositivos constitucionais, normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços. Cuida-se de lei federal de abrangência nacional, sendo, por óbvio, de cumprimento obrigatório por todos os entes federativos.

Já foram mencionados aqui alguns conceitos muito importantes que esta Lei traz, mas cumpre agora mostrar a importância de seus comandos para melhor estudo e compreensão do tema aqui tratado.

No dizer do Professor Regis Fernandes de Oliveira, “a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política”¹⁹. E completa seu raciocínio com a

¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

seguinte lição, que parte do pressuposto de que as escolhas e decisões tomadas pelos agentes políticos para a elaboração do plano de gastos passam pela correta forma de colocar esses planos em prática, chegando, por fim, à própria realização das despesas:

O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para o seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. Dependendo das convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, o governante elabora seu plano de gastos. Daí a variação que pode existir de governo para governo, inclusive diante das necessidades emergentes. As opções podem variar: hospital, posto de puericultura, escolas, rodovias, aquisição de veículos, contratação de pessoal, etc.

Uma vez estabelecidas as prioridades, mediante autorização legislativa (aprovação da lei orçamentária ou de créditos especiais e complementares), opera-se a despesa (saída de dinheiro) pelas formas estabelecidas em lei e que serão adiante analisadas. [...] Ao lado da autorização legislativa, torna-se imprescindível que o Estado realize suas obras, serviços e compras mediante licitação. [...] Evidente está que há certas despesas que dispensam a licitação. A própria lei dispõe sobre as causas de exclusão (impossibilidade da licitação) e de dispensa (hipótese de desnecessidade). [...] Além de tais exigências, todas as despesas devem estar devidamente documentadas. Toda despesa, além de prevista, deve estar empenhada. De acordo com o art. 58 da Lei nº 4.320/64, 'o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.' O art. 60, caput, da mesma Lei estabelece taxativamente que 'é vedada a realização de despesa sem prévio empenho'.²⁰

De tudo se depreende, portanto, que nenhuma despesa pode ser efetuada sem prévia autorização legislativa (aprovação do orçamento formal), sem uma decisão política (autorização), sem licitação (ou sua exclusão, devidamente justificada) e sem a devida documentação (formalização em processo administrativo).

A propósito da ideia das atribuições/responsabilidades de cada "protagonista" envolvido na atividade contratual da Administração Pública, sob o ponto de vista financeiro e orçamentário, segue abaixo trecho de Parecer subscrito pela Procuradora do Estado Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi:

A meu ver, é obrigação da autoridade responsável pela elaboração da proposta orçamentária que sai da Secretaria encaminhar previsão de recursos para suportar os ajustes firmados, mas não tem obrigação o Chefe do Executivo de simplesmente submeter-se a tal proposta, nem o Legislativo de simplesmente referendá-la. De todo modo, a lei exige 'previsão' ou 'indicação' de recursos

²⁰ Ibidem, p. 252 e 253.

e não 'provisão', de modo que não há necessidade de estarem tais recursos disponíveis nos cofres públicos, bastando que estejam previstos no orçamento.²¹

Por isso é que a própria autora completa, em trecho posterior do mesmo Parecer, que:

Ademais, com a abertura de propostas em procedimento licitatório mesmo recursos orçamentários reservados podem revelar-se insuficientes, ou o financeiro pode não se concretizar; se ocorrer a primeira hipótese, deverão ser complementados pelo saldo de dotação orçamentária ou pela abertura de crédito adicional suplementar (artigo 41, I, L. nº 4.320/1964), antes da formalização do contrato; já se houver suporte financeiro, numa situação de crise de arrecadação e não realização da receita, as despesas deverão ser cortadas.²²

Fato é que a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 apresenta-se como o diploma legal que dispõe sobre o exercício financeiro, dizendo que ele coincidirá com o ano civil, a saber, iniciando-se no dia 1º de janeiro e terminando no dia 31 de dezembro (artigo 34).

Em seu dispositivo seguinte, ou seja, no artigo 35, está escrito que pertencem ao exercício financeiro, além das receitas nele arrecadadas, as despesas nele legalmente empenhadas. Assim sendo, mesmo as despesas inscritas em Restos a Pagar pertencem ao exercício em que se originou o empenho.

Os artigos 36 e 37 são justamente os que tratam dos Restos a Pagar e das despesas de exercícios encerrados, estas últimas também conhecidas como despesas de "exercício findo" ou de "exercícios anteriores".

A respeito dessas despesas de exercícios anteriores, há esclarecimentos e conceitos importantes de Flávio da Cruz:

Vamos aos conceitos e/ou expressões de ordem técnica:

- exercício encerrado – ano(s) passado(s);
- consignava crédito próprio – tinha recurso explícito para atender à finalidade referenciada;
- que não tenham se processado na época própria – que não tenham sido empenhados dentro do prazo a que se referem;
- restos a pagar com prescrição interrompida – a prescrição significa que restos a pagar perderam a validade e, conseqüentemente, interromper a perda de validade da prescrição é reativar a obrigação de pagar;

²¹ SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 212/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 06 set. 2007.

²² SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 212/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 06 set. 2007.

- discriminada por elementos – significa classificada no nível de elementos (na forma exigida pelo art. 15), conforme codificação estabelecida pelo Anexo 4 da Lei nº 4.320/64;
- ordem cronológica – significa que aquele fornecedor de material/prestador de serviço com a conta mais antiga deve receber primeiro.²³

Tais despesas, por expressa autorização do artigo 37 da Lei, poderão ser pagas à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos que, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 15, do mesmo Diploma Legal, são os desdobramentos “[...] da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração pública para a consecução dos seus fins”.

A propósito, cabe aqui uma referência aos decretos que estabelecem normas relativas ao encerramento da execução orçamentária e financeira de cada ente político, que são editados todo final de ano, por volta do dia 20 de dezembro, considerando, justamente, as providências que devem ser tomadas, de maneira uniforme e naquela época do ano, por todos os respectivos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta de cada ente federativo e em atendimento às normas contidas na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Ano findo, um outro decreto é sempre publicado, desta feita no mês de janeiro, para estabelecer normas de execução orçamentária para o exercício financeiro que se inicia.

4.2 Decretos Paulistas de Encerramento da Execução Financeira e Orçamentária

Importam, realmente, para este estudo, os decretos de encerramento da execução orçamentária e financeira.

Para melhor análise, tomar-se-á o exemplo paulista, que é o mais próximo.

Analisando os textos de todos os Decretos Paulistas de encerramento da execução orçamentária, desde o exercício de 2001 até o de 2008 e, portanto, considerados os posteriores ao advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, verifica-se que seus textos são, como um todo, muito semelhantes, diferenciando-se basicamente nas orientações para os chamados Restos a Pagar.

Nos Decretos nº 46.407, de 20 de dezembro de 2001; nº 47.473, de 18 de dezembro de 2002, nº 48.345, de 22 de dezembro de 2003 e nº 49.261, de 17 de dezembro de 2004, a redação dos artigos 2º era assim: “As licitações, à conta de recursos do orçamento vigente, fixarão prazos de entrega do material ou da prestação de serviços,

²³ CRUZ, Flávio da (Coord). *Comentários à Lei nº 4.320 – Normas Gerais de Direito Financeiro – Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

limitados a 31 de dezembro, aplicando-se também aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação”.

Já a partir de 2005, nos Decretos nº 50.342, de 12 de dezembro de 2005, nº 51.370, de 14 de dezembro de 2006, nº 52.480, de 17 de dezembro de 2007, nº 53.876, de 23 de dezembro de 2008 e nº 55.208, de 18 de dezembro de 2009, a redação do mesmo dispositivo passou a ser mais enxuta, estabelecendo que “os compromissos decorrentes de licitações, à conta de recursos do orçamento vigente, deverão estar legalmente empenhados até 31 de dezembro [...]” do exercício respectivo.

As grandes modificações ocorridas, entretanto, concentram-se na seção III, “Dos Restos a Pagar”. E neste caso, as novidades começaram a aparecer no Decreto do ano de 2004.

Os primeiros dispositivos que cuidam dos Restos a Pagar permaneceram praticamente com a mesma redação ao longo de todos os anos analisados. Porém, a partir de 2005, foi inserida a justificativa de estarem eles adequados ao artigo 30, da Lei estadual nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968 (que dispõe sobre os sistemas de controle interno da gestão financeira e orçamentária do Estado e da qual se cuidará mais adiante). Já os demais dispositivos que versam sobre o tema “restos a pagar” foram bastante alterados, como se verá a seguir.

A seção III de todos os decretos estudados começa assim: “As despesas do exercício financeiro pendentes de pagamento serão inscritas como restos a pagar processados ou não processados, conforme estejam, respectivamente, liquidadas ou não.” E em complemento, dispõe: “A inscrição como restos a pagar não processados deverá ser devidamente justificada pelas Unidades Gestoras Executoras – UGEs, ficando restrita aos empenhos não liquidados referentes a compras e serviços essenciais, necessários à manutenção da administração.”

A partir do Decreto de 2005, houve apenas a inserção do artigo 30 da Lei nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968 apontado acima, em substituição à frase “[...] conforme estejam, respectivamente, liquidadas ou não”.

Todavia, com relação à baixa (cancelamento) dos compromissos do exercício, inscritos em Restos a Pagar não processados, bem como daqueles prescritos nos termos do artigo 33 da Lei estadual 10.320, de 16 de dezembro de 1968, a ser feita pela Contadoria Geral do Estado e com a finalidade de reverter tais valores à conta da receita do Estado, houve alteração a partir de 2005, especialmente no tocante à ocasião em que isto ocorrerá.

De 2001 até 2003, os regulamentos previram que os Restos a Pagar não processados seriam cancelados em 31 de março do ano seguinte. A partir de 2004, no entanto, passaram a sê-lo por ocasião do levantamento do Balanço do ano respectivo e, a partir de 2006, o tempo fixado “encurtou” para 31 de janeiro, voltando a ser em 31 de março em 2007.

A situação somente ficou mais “aliviada” para os gestores a partir do Decreto de 2008, que estabeleceu que “os Restos a Pagar inscritos em 2008 terão validade até 31 de dezembro de 2009, inclusive para efeito da comprovação dos limites constitucionais de aplicação de recursos nas áreas do ensino e da saúde”. A mesma situação veio a se repetir agora, no Decreto de 2009.

Ao que parece, portanto, foi flexibilizada, sob o ponto de vista prático, a forma com o que o gestor deverá lidar com as despesas inscritas em Restos a Pagar, sem que isto signifique incorrer em ilegalidade.

A partir desse ano, quimentou bastante o tempo para a baixa/cancelamento dos valores inscritos em Restos a Pagar, tanto processados, quanto não processados e, a responsabilidade pelo cancelamento dos Restos a Pagar, cuja obrigação registrada não guarde real conformidade com os respectivos compromissos, é atribuída às próprias Unidades Gestoras Executoras (UGEs).

O fato de poder lidar com os sistemas (SIAFEM, SIAFÍSICO, SIGEO, etc.) de forma mais flexibilizada, tendo mais prazo para administrar os chamados Restos a Pagar ao longo de todo o exercício seguinte, possibilita ao gestor trabalhar melhor com as exceções às regras. Na prática, portanto, como será demonstrado mais adiante, a regulamentação paulista atual parece mais condizente com a realidade vivenciada nos órgãos públicos.

4.3 A Lei estadual nº 13.578, de 08 de julho de 2009

No caso do Decreto publicado em 2009, o parágrafo único do artigo que estipula a validade dos Restos a Pagar em 31 de dezembro de 2010, traz consigo informações bastante relevantes. Segundo ele, as disposições do *caput* devem ser aplicadas aos saldos de Restos a Pagar inscritos no exercício de 2008, respaldados “...na existência de disponibilidade financeira para sua cobertura, consoante previsto no parágrafo único do artigo 35, da Lei nº 13.578, de 08 de julho de 2009.”

Referida Lei estadual é a Lei Paulista de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2010. E ela prevê no citado artigo 35, o seguinte:

Artigo 35 – As despesas empenhadas e não pagas até o final do exercício serão inscritas em restos a pagar e terão validade até 31 de dezembro do ano subsequente, inclusive para efeito de comprovação dos limites constitucionais de aplicação de recursos nas áreas da educação e da saúde.

Parágrafo Único – Decorrido o prazo de que trata o ‘caput’ deste artigo e constatada, excepcionalmente, a necessidade de manutenção dos restos a pagar, fica o Poder Executivo autorizado a prorrogar sua validade, condicionado à existência de disponibilidade financeira para a sua cobertura.

Vê-se, principalmente com a redação do parágrafo único que se é admitida, em caráter excepcional, a prorrogação da validade dos Restos a Pagar após decorrido todo o ano subsequente ao de seu empenho e inscrição, com a condição de que haja disponibilidade financeira para a sua cobertura, isto é sinal de que o legislador sabe que há situações de inscrição em Restos a Pagar de despesas para as quais não havia, à época do empenho, disponibilidade financeira. Ou seja, mais uma vez se comprova o raciocínio exposto no item deste trabalho destinado especificamente aos Restos a Pagar.

Importante comentar, ademais, que os referidos Decretos preveem que os saldos de contas financeiras de Restos a Pagar cancelados são revertidos à receita do Estado, ideia que conduz, outra vez, à Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, mais precisamente ao seu artigo 38, segundo o qual *“reverte à dotação a importância de despesa anulada no exercício; quando a anulação ocorrer após o encerramento deste, considerar-se-á receita do ano em que se efetivar”*.

Como se pode ver, além de se reportarem à Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, esses Decretos Paulistas referem-se a dispositivos da Lei Estadual nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968, sendo, assim, necessário comentar um pouco sobre esta outra Lei também.

4.4 A Lei Estadual nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968

A Lei Estadual nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968 dispõe sobre os sistemas de controle interno da gestão financeira e orçamentária do Estado de São Paulo.

Nela se verificam vários dispositivos com o mesmo teor daqueles presentes na Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, dentre estes, os relativos à realização de despesas, empenho, nota de empenho enquanto documento extraído do próprio ato de empenhar, anulação de empenho, adiantamento, inscrição em Restos a Pagar, controle interno e externo.

É também neste diploma que aparece a figura da auditoria permanente junto à administração direta e indireta, a ser realizada pela Secretaria da Fazenda, paralelamente ao controle externo do Tribunal de Contas. E estão ali, ainda, vários dos dispositivos constantes dos Decretos de Encerramento da Execução Orçamentária acima analisados, especialmente aqueles que tratam da inscrição em Restos a Pagar.

Pela sua relevância para o presente estudo, desde logo serão transcritos abaixo o artigo 12, parágrafos 1º, 2º e 3º e artigo 35 do referido Diploma Legal paulista:

Artigo 12 – Dos contratos deverá constar, além de outros requisitos exigidos por lei; [...]

1º – O contrato de execução plurianual, que não for integralmente atendível pelo saldo da dotação onerada, poderá consignar, a juízo do Governador e administrador ou dirigente de órgãos da administração indireta, que o restante de suas obrigações correrá à conta de dotação orçamentária futura, contando que

a despesa respectiva se distribua em razoável proporção pelos vários exercícios e dentro das limitações fixadas nos parágrafos seguintes.

§ 2º – Na hipótese do parágrafo anterior, deve o contrato estabelecer especificamente o total das importâncias a serem pagas à conta de dotações de cada um dos exercícios futuros. Para isso, quando se tratar de contrato de obras, devem estas fixar-se em cronogramas; quando se tratar de outras contratações, inclusive de prestação de serviços, constará do ato respectivo o plano de despesa para cada um dos exercícios onerados.

§ 3º – Tão logo se inicie cada exercício financeiro, deverão ser empenhadas as importâncias que correrão à conta das respectivas dotações e destinadas ao pagamento dos contratos anteriormente firmados e de que cogita o parágrafo 1º.

Artigo 35 – As despesas de exercícios encerrados para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os ‘Restos a Pagar’ com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente, poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos obedecida sempre que possível, a ordem cronológica.

Como se vê, especialmente neste artigo 35, a Lei nº 10.320, de 16 de dezembro de 1968, já tinha como princípio o fato de ser possível o pagamento de despesas de exercícios encerrados, nos subseqüentes, assim como Restos a Pagar, condicionados à existência de crédito próprio com saldo suficiente para atendê-los.

O parágrafo 5º, do artigo 12, é também bastante relevante porquanto prevê a possibilidade de antecipação de execução do contrato de execução plurianual, havendo interesse por parte da Administração e desde que haja recursos adequados. Exceções, portanto, à regra da realização das despesas dentro do exercício financeiro.

Importante consignar que todas as normas pertinentes foram expostas a fim de que se pudesse fazer a mencionada interpretação sistemática da Lei de Responsabilidade Fiscal, necessária para, enfim, expor as alternativas práticas para lidar com as despesas da virada dos exercícios financeiros.

5. A TEORIA NA PRÁTICA

5.1 Jurisprudência

Para dar continuidade à abordagem da problemática apresentada de confronto entre a teoria imposta pelas normas e a prática ditada pela necessidade de suprir as unidades administrativas, será apresentado a seguir um trecho de acórdão referencial do Tribunal de Contas da União, datado de 2005, que trata de hipótese excepcional

de realização de despesas sem previsão orçamentária. Ele traz um raciocínio lógico e prático, bem condizente com o espírito que se pretendeu empreender neste estudo, da possibilidade de conciliação entre estes pólos aparentemente opostos (aqui chamados “teoria x prática”):

O art. 167, inciso II, da Constituição Federal veda a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam créditos orçamentários ou adicionais. Nada obstante, entendo que o aplicador do Direito não pode se ater à letra fria da lei. Sempre defendo o brocardo que ‘o Direito foi feito para os homens e não os homens foram feitos para o Direito’. Dessa maneira, entendo que o art. 167, inciso II, assim como todos os demais dispositivos constitucionais e legais, devem ser obedecidos em condições de normalidade. O mundo fático não encontra real semelhança com o mundo jurídico. Dessa forma, a atuação do homem, em alguns casos, deve ganhar contornos que não correspondem a mens legis. O caput do artigo 5º da Constituição Federal assegura o direito mais sagrado de todos os seres humanos: o direito à vida. Nada obstante, encontramos em nosso Código Penal uma série de excludente de ilicitude e de culpabilidade quando este supremo direito é atingido. [...]

Acrescente-se que a própria vedação contida no art. 167, inciso II, da Constituição Federal foi relativizada no art. 57 da Lei nº 8.666/1993, ao prever exceções para vigência de contratos que não tenham previsão orçamentária.

Percebe-se que a Lei de Licitações e Contratos permitiu que fossem realizadas despesas, em alguns casos, mesmo sem a previsão orçamentária. Poder-se-ia questionar a constitucionalidade desse dispositivo caso se seguisse uma interpretação literal da Carta Política. Contudo, o que pretendeu o art. 57 da referida Lei foi assegurar a continuidade do serviço público, princípio macro que deve ser sempre seguido pela Administração. Por analogia, entendo que esta Corte de Contas, ao se defrontar com uma conduta em que o gestor tenha descumprido um dispositivo constitucional ou legal, deve avaliar todas as circunstâncias que envolvam o caso concreto.

Não cumpre a esta Corte avaliar o descumprimento de dispositivo constitucional, tampouco pode decidir pelo gestor. É inerente da função administrativa tomar decisões que podem conflitar com o ordenamento jurídico. Uma possível ilegalidade deve ser justificada no momento da prestação de contas ordinárias. Para tanto, far-se-á necessário que o gestor inclua no seu relatório a motivação de todas as medidas adotadas, tentando legitimar os seus atos, demonstrando que agiu na busca de resguardar o interesse público e de defender o erário.²⁴

²⁴ TCU – Acórdão 1249/2005 – Plenário – Consulente: Presidência da CCSIVAN. Disponível em: <www.tce.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

5.2. Doutrina

Há também opiniões colhidas na doutrina que bem demonstram os dilemas enfrentados pelo gestor público para conduzir a realização das despesas e suprimento do respectivo órgão, sem ferir o ordenamento jurídico. Aponta-se a propósito o pensamento de Sidney Bittencourt:

Asseveramos que a interpretação de um regramento estabelecido em um dispositivo deve ser realizada em consonância com os demais, constantes não só na mesma norma, mas em todo o ordenamento jurídico, portando-se sempre, aí sem exceção, nos princípios basilares que regem o direito.

Conseqüentemente, faz-se necessário um minucioso levantamento das regras dispostas na Lei nº 8.666/93 e outras normas, inclusive constitucionais, que, de alguma forma, influenciam no rumo a ser tomado na apreciação do art. 57 que, como já dito, trata, com exagerado rigor, da duração do contrato.

Vejam, então:

- a) os contratos têm sua vigência atrelada ao exercício do crédito orçamentário (caput do art. 57 Lei nº 8.666/93). O exercício orçamentário (financeiro) coincide com o ano civil, isto é, tem início em 1º de janeiro e término em 31 de dezembro (art. 34 da Lei nº 4.320/64). Tal período pode sofrer alterações através de lei complementar (§ 9º, art. 165, da CF);
- b) as obras e os serviços só podem ser licitados (e, obviamente, contratados) quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes a serem executadas no exercício financeiro em curso (art. 7º, § 2º III, Lei nº 8.666/93) ou quando o produto delas esperado constar do elenco das metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da CF (inciso IV);
- c) para que se iniciem as licitações de obras e serviços é obrigatória a elaboração, também, de um orçamento detalhado em planilhas que expresse a composição de todos os custos unitários (art. 7º, § 2º, II, Lei nº 8.666/93);
- d) o art. 167 da Constituição Federal proíbe a instauração de programas ou projetos que não estejam incluídos na lei orçamentaria;
- e) nenhuma compra pode ser realizada sem a precisa indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 14, Lei nº 8.666/93);
- f) constitui-se como cláusula obrigatória em todos os contratos, a que estabeleça o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação funcional programática e da categoria econômica.

g) a Lei nº 8.666/93 veda a assinatura de contrato com prazo indeterminado (§ 3º do art. 57)..²⁵

Quem lida na prática com estas questões vê-se constantemente no dilema entre existência de recursos, período de sua geração, regramento rígido e o princípio da continuidade do serviço público. Mas é em virtude justamente deste princípio que se pode vislumbrar certa quebra da rigidez da legislação pertinente.

Assim pensa Danilo Antonio Manhani:

O art. 35 encerra o princípio da competência para os registros contábeis de receita e despesa públicas, criando um liame entre o recurso e o período de sua geração, ao qual ele deverá ser escriturado a fim de preservar a ordem da contabilidade pública, trazendo transparência em sua gestão e previsibilidade financeira.

Esta divisão de competência, todavia, nem sempre é rigidamente observada, pois pelo princípio da continuidade do serviço público, as obrigações não pagas em um exercício podem ser transferidas para o próximo exercício financeiro.²⁶

E também Sidney Bittencourt, ao comentar sobre o artigo 57, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em artigo sobre a duração dos contratos administrativos:

Por este texto legal, a duração dos contratos celebrados pela Administração ficou rigorosamente adstrita a vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, a princípio, os contratos celebrados pela Administração ficaram limitados a ter duração anual, não obstante a possibilidade do 'respectivo crédito' ser estendido ao exercício seguinte, adotando-se a providencial regra dos 'restos a pagar', conforme permissivo legal disposto na Lei nº 4320, de 17 de março de 1964.

Os incisos I, II e IV tratam da necessária exceção à regra geral. Estas exceções são fundamentais, não para manter acesa a chama do velho ditado, mas, sobretudo, para que a Administração não ficasse 'engessada', impossibilitada de, com base na teoria geral do contrato, alçar voos mais altos em termos contratuais, celebrando acordos de longa duração para construção de rodovias, edifícios públicos (hospitais, escolas, etc.) que, normalmente, não se completam em apenas um ano, mesmo porque, na maioria das vezes, inexistem recursos que suportem, num só período anual, obras desse porte.²⁷

²⁵ BITTENCOURT, Sidney. A questão da duração do contrato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de out. 2009.

²⁶ MANHANI, Danilo Antonio. Restos a pagar na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Jus Navigandi*, Teresina: ano 9, nº 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6145>>. Acesso em: 16 out. 2009.

²⁷ BITTENCOURT, Sidney. A questão da duração do contrato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de out. 2009.

Na verdade, o art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em interpretação sistemática com os dispositivos já apontados da Lei de Responsabilidade Fiscal, traz consigo exceções àquelas mesmas regras. Senão, vejamos o que diz a respeito Lucas Furtado Martins:

Em relação à segunda vedação, que impede que se contraia despesa que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, se houver disponibilidade de caixa para esse exercício seguinte, a vedação da LRF deixa de existir. Essa hipótese – em que se admite contrair despesa a ser paga no exercício seguinte – deve ser examinada, contudo, em confronto com o que dispõe o art. 57, da Lei nº 8.666/93. Nesse dispositivo, é estabelecido, como regra, que os contratos deverão ter seus prazos de vigência limitados aos respectivos créditos orçamentários, ressalvadas as hipóteses expressamente indicadas nos incisos do caput do art. 57, da Lei de Licitações. Assim, somente para contratos relativos a projetos contemplados no plano plurianual (art. 57, I), ou de prestação de serviços contínuos (art. 57, II), ou se aluguel de equipamentos e de programas de computador (art. 57, IV), ou ainda para os contratos regidos predominantemente pelo direito privado (art. 62, § 3º, I – todos da Lei nº 8.666/93), e desde que haja disponibilidade de caixa para o exercício seguinte, a despesa poderá ser contraída. Vemos, portanto, que as vedações da LRF, nesse tocante, devem ser acrescidas àquelas já constantes na Lei de Licitações. Haja vista serem elas cumulativas e não alternativas.²⁸

São exceções expressamente contempladas por tal dispositivo: os contratos relativos a projetos previstos no Plano Plurianual, os de prestação de serviços contínuos, os de aluguel de equipamentos ou programas de informática e os regidos predominantemente pelo Direito Privado (este último, conforme artigo 62, parágrafo 3º, inciso I, da Lei de Licitações).

Todavia, há ainda situações práticas para as quais a simples aplicação de tais exceções não resolve, pois ali não se enquadram. É o que se verá a seguir, a partir de uma exposição onde a situação problemática é descrita simultaneamente à proposição das soluções concretas.

5.3 Doutrina e situações concretas

É possível vislumbrar alternativas à rigidez das regras, sem deixar de cumpri-las?

A resposta é afirmativa e as situações que serão citadas a seguir, são exemplos destas hipóteses:

²⁸ MARTINS, Lucas Furtado. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 147-148.

A terceira e última hipótese é a de compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente.

Neste caso, é necessário que a autoridade competente reconheça a despesa a pagar, mesmo que não empenhada no exercício de origem, e admita a ocorrência, neste exercício, de sua contrapartida, que é o implemento da condição exigida.

Uma ocorrência prática desta terceira possibilidade é a prestação de um serviço contínuo, como provedor de internet à Administração, que, tendo disponibilizado o serviço em dezembro, portanto último mês de um exercício financeiro, apenas cobrará do órgão público no início do próximo exercício. Tratando-se de obrigação líquida e certa, o administrador deveria empenhá-la por estimativa e incluí-la no item orçamentário 'despesas contratadas/ conveniadas em execução'.

Não o fazendo, o gestor público a pagará com suplementação da dotação mediante inclusão nas 'despesas de exercícios anteriores', que contará com reserva de contingência, cuja utilização obedecerá às normas da LDO, como previsto na LRF.²⁹

Flávio Cruz, no mesmo livro em que coordena os comentários de outros autores a respeito da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, traz também um exemplo prático bastante apropriado de despesa de um exercício paga no subsequente, na dotação Despesas de Exercícios Anteriores, o que muitas vezes ocorre por razões alheias à vontade e às possibilidades do administrador. Senão, vejamos:

Despesa de exercício encerrado onde o orçamento respectivo consignava crédito próprio

Despesa realizada em X1, com veículo oficial em viagem fora da sede que, embora fosse contemplado com um adiantamento na ordem de R\$500,00 (quinhentos reais), este se mostrou insuficiente para cobrir despesas com conserto, em oficina mecânica, da ordem de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais). No caso, a dotação própria era material de consumo (elemento 3120) que apresentava, para a mesma atividade e unidade orçamentária movimentada, um saldo disponível para empenhamento da ordem de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Por motivo de retardamento do regresso da viagem e por problemas de ordem meteorológica e meios de comunicação, o retorno do veículo ocorreu em X2, quando já haviam sido processadas as despesas de X1. Para sanar o problema, há necessidade de empenhar em X2 a referida despesa na dotação Despesas de Exercícios Anteriores (R\$700,00).³⁰

²⁹ MANHANI, Danilo Antonio. Restos a pagar na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, nº 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6145>>. Acesso em: 16 out. de 2009.

³⁰ CRUZ, Flávio da (Coord). *Comentários à Lei nº 4.320 – Normas Gerais de Direito Financeiro – Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

5.4 Orientação institucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Há poucos, porém profícuos pareceres proferidos por Procuradores da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que abordam este tema. Neles são apontados, senão soluções, caminhos para se lidar na prática com os impasses aqui demonstrados.

É o caso, por exemplo, do Parecer PA 212/2007, da lavra da Procuradora Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi e aprovado pelo Procurador Geral do Estado, onde se faz uma análise bastante completa da duração dos contratos quando a sua vigência ultrapassa o exercício financeiro:

Dentre as exceções que contempla a Lei nº 8666/1993, é objeto de questionamento a que trata de contratos relativos a projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual (PPA), os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (inciso I do citado artigo), comportando previsão genérica de que o saldo de despesas correrá à conta de dotação própria nos orçamentos futuros (artigo 12, § 1º, Lei estadual nº 10.320, de 16.12.1968). A inserção no plano plurianual faz presumir que determinada contratação retrata uma avaliação meditada e planejada do Estado, com garantia de cautela adequada para assumir encargo de longo prazo, e evita uma superposição da atividade contratual da Administração às demais funções do Estado.

Nenhum Estado pode administrar a coisa pública tendo em vista o curto prazo o que implica abrir exceções à regra de que as contratações têm de ser feitas em função do orçamento existente e em vigência. Admitindo que a interpretação estrita dos artigos 167, II, da CF, e 57 da Lei nº 8666/1993, poderia afetar a continuidade do serviço público, com a paralisação ainda que parcial da atividade administrativa, o Procurador do Estado ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO sustentou poder a Administração contratar por tempo superior ao exercício financeiro, desde que, relativamente aos exercícios subseqüentes ao da contratação, a vigência do ajuste ficasse sujeita a condição resolutive expressa no contrato, qual seja, a inexistência de recursos orçamentários.³¹

O último parágrafo acima transcrito é bastante relevante, pois nele se verifica a existência de solução prática para o conflito exposto, esta trazida por outros pareceres mais antigos (Pareceres PA 301/95 e 176/96, proferidos pelo Procurador do Estado Antonio Joaquim Ferreira Custódio). De fato, é possível, porque razoável, a Administração contratar por período de tempo superior ao do exercício financeiro, desde que, relativamente aos exercícios subseqüentes ao da contratação, a vigência contratual fique condicionada à existência de recursos orçamentários próprios. É

³¹ SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 212/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 06 set. 2007.

necessário, para tanto, que se faça uma cláusula expressa a fim de que a vigência do ajuste fique sujeita à condição resolutiva.

Obviamente, é muito importante que se trabalhe com esta hipótese devidamente justificada. De qualquer forma, tem-se aqui uma situação na qual é desnecessário o empenho da integralidade do valor da contratação, uma vez que inserida no contrato cláusula resolutiva condicionando a continuidade da sua vigência à existência de recursos para a finalidade na dotação orçamentária seguinte.

A parte final do Parecer PA 212/2007 é também bastante esclarecedora, porquanto resume de maneira completa a possibilidade já comentada, ou seja, aquela em que há recursos na totalidade do valor do objeto, porém aqueles relativos ao exercício subsequente onerarão orçamento futuro, desde que haja cláusula resolutiva expressa no contrato “*consubstanciada na existência de recursos orçamentários legalmente aprovados pela respectiva lei de meios*”:

Ante todo o exposto, em resposta às indagações da CJ, concluo:

(a) é possível celebrar contrato de prestação de serviços não contínuos, e que não represente despesa de investimento, com vigência que ultrapasse o exercício financeiro, na hipótese prevista no artigo 57, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993;

(b) é viável, no último ano de vigência de lei instituidora de Plano Plurianual, celebrar contrato de prestação de serviços não contínuos, e que não represente despesa de investimento, com vigência que ultrapasse o exercício financeiro, não sendo o caso de haver empenho da totalidade do valor do contrato a ser celebrado, onerando recursos do orçamento do ano da celebração, se disponíveis, inclusive quanto aos valores referentes aos serviços a serem prestados no exercício subsequente, os quais ficariam inscritos em ‘restos a pagar’ (artigos 36 da Lei nº 4.320/1964 e 29 a 35 da Lei estadual nº 10.320/1968). Consoante parecer GPG nº 003/2006, deverá haver inscrição em Restos a Pagar dos recursos financeiros que deverão suportar as despesas se ocorrer atraso no cumprimento do cronograma e as despesas previstas no cronograma para realização e liquidação em exercício financeiro posterior (2008) onerarão o orçamento do exercício futuro. Anoto que a possibilidade contemplada no § 5º do art. 12 da Lei estadual nº 10.320/1968 diz respeito à antecipação de execução, que pode acontecer se houver interesse e desde que haja recursos adequados, nos contratos plurianuais;

(c) é necessário estipular cláusula resolutiva ‘*consubstanciada na existência de recursos orçamentários legalmente aprovados pela respectiva lei de meios*’, nas hipóteses levantadas nas letras ‘a’ e ‘b’ supra, como já anteriormente definido pela PGE por ocasião da aprovação dos pareceres PA-3 nº 301/1995 e Subg. Cons. 173/2006.³²

³² SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 212/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 06 set. 2007

Em outra ocasião, a mesma Procuradora sustentou ser possível a realização de licitação apenas com indicação dos recursos previstos na proposta orçamentária, em caráter excepcional, nas hipóteses de não haver legislação orçamentária aprovada ou quando houver início de exercício do ano civil. Veja-se a propósito:

Foi, então, proferido o parecer Subg. Cons. n° 173/2006 adotando a definição de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis segundo os quais a expressão 'realização da despesa' significa 'pagamento', sendo admissível fazer licitação apenas com a indicação dos recursos previstos na proposta orçamentária, estipulando o contrato cláusula resolutiva para a hipotética situação de não haver legislação orçamentária aprovada por período superior a 90 dias — neste passo, lembro que em 2006 a LOA veio apenas em março, o que se repetiu em 2007.

Foi acentuado (a) que era tratamento excepcional de situação também excepcional, pois a regra é fazer a reserva prévia à licitação e o empenho prévio ou simultâneo à assinatura do contrato. Neste sentido, os artigos 8o e 9o da Lei estadual 10.320/1968, (b) só se admitir a excepcionalidade quando houver início de exercício do ano civil sem que esteja em vigor a necessária legislação (LDO, LOA e decreto de execução orçamentária e financeira), (c) ser sempre responsável o ordenador da despesa pelos contratos que assinar, razão pela qual deve sempre instruir os procedimentos com a necessária justificativa, apresentando a motivação dos atos praticados.³³

Em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Marçal Justen Filho contribui bastante com o presente estudo ao abordar situações em que o Estado pode promover a contratação de empreendimentos cuja execução ultrapasse a vigência do crédito orçamentário.

“Em alguns casos, haverá uma única contratação com prazo mais longo de execução. Em outros, poderá concluir-se que a solução mais adequada é a execução parcial, em etapas”³⁴. E, para ele, não se confundem os conceitos de fracionamento e programação parcial, ainda que o resultado prático possa ser assemelhado. Esta última, que deve ser devidamente justificada, porquanto excepcional, dá-se por razões de inviabilidade técnica ou insuficiência de recursos. Veja-se a propósito, a explicação sobre a opção de cunho material, mais afeita às questões orçamentárias tratadas neste trabalho:

Por outro lado, pode existir limitações econômicas. São os casos em que a estimativa de recursos inserta na lei orçamentária é insuficiente para execução completa do objeto. Diversas alternativas podem conduzir a essa situação.

Uma delas seria a própria inviabilidade material de execução do objeto ao longo de um único exercício. Sempre que a execução contratual pressupuser prazo

³³ SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 173/2006. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. nov. 2006

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 151.

superior ao da vigência dos créditos orçamentários surgirá dificuldade para desencadear a licitação. Existindo recursos para executar apenas parcialmente o objeto seria possível promover a licitação? Como regra e tal como se extrai do caput do art. 8º, a resposta é negativa, mas não se pode interpretar tal previsão em termos absolutos o que produziria resultados extremamente maléficos. Isso impossibilitaria a execução pela Administração Pública de projetos de longo prazo. Somente poderiam ser contratados objetos que comportassem execução no próprio exercício, o que excluiria obras, serviços e fornecimentos de grande envergadura. Ora, essa interpretação seria desarrazoada. Observe-se que o próprio art. 57, inc. I, alude à possibilidade de extensão do prazo contratual de certos contratos além da vigência do crédito orçamentário.³⁵

Ou seja, podem ser encontradas na doutrina, na jurisprudência e também institucionalmente na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, orientações no sentido da viabilidade de empenho de despesas e contratações que não possam ser realizadas integralmente no mesmo exercício financeiro, inclusive admitindo-se a realização de licitação apenas com indicação dos recursos previstos na proposta orçamentária, em caráter excepcional, nas hipóteses de não haver legislação orçamentária aprovada ou quando houver início de exercício do ano civil.

6. RESSALVAS À OBRIGATORIEDADE DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

A conclusão a que se chega até agora é

Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II).³⁶

A Lei de Licitações, por sua vez, no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, estabeleceu o liame entre as licitações e o orçamento, ao prever que obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações delas decorrentes.

E o atendimento a esta exigência dá-se justamente através da juntada ao processo administrativo do documento chamado “reserva”, através do qual o “[...] órgão técnico encarregado do acompanhamento orçamentário informa que a dotação existe e que os recursos para aquele determinado processo foram ‘separados’ da dotação respectiva.”³⁷

³⁵ Ibidem. p. 151.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 139.

³⁷ FERRARI FILHO, Sérgio Antonio. Aproveitamento de licitações iniciadas em exercício financeiro anterior. In:

Oportunas, a propósito, as palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos, que bem expressam as preocupações aqui comentadas:

Com o surgimento de normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, pressupondo uma ação planejada e transparente, onde os riscos e desvios, que afetem o equilíbrio das contas públicas, são combatidos, tanto as licitações, quanto os contratos administrativos, passaram a ser mais controlados.

Todas as licitações e contratações públicas, após a edição da Lei Complementar nº 101/2000, deverão ser regidas também por seus comandos, tanto no procedimento administrativo (fase interna) como na execução da aludida despesa. É de curial importância a junção da LRF e a Lei de Licitações, para que em um futuro próximo o administrador público não seja responsabilizado pelo incumprimento de normas essenciais para o equilíbrio das contas e das receitas públicas.

Deve o processo licitatório percorrer o caminho traçado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como o comprometimento com a contratação (despesa) guardar sintonia com os níveis permitidos, sob as penas da lei.³⁸

É, porém, no já citado livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, de Marçal Justen Filho, que encontramos as situações de ressalva à obrigatoriedade de previsão de recursos orçamentários.

Para licitação de concessão de serviço público, quando a Administração não assumir obrigação financeira de custeio da atividade, por óbvio, não será obrigatória a previsão de recursos orçamentários. E, ainda que haja o surgimento de encargos para os cofres públicos, “*poderá ser dispensada a exigência se houver uma previsão de recursos específicos. O caso mais evidente relaciona-se com atividades custeadas por meio de taxas (de serviço público ou pelo efetivo exercício do poder de polícia)*”³⁹, situação em que pagarão os próprios beneficiários do serviço.

Outra hipótese de desnecessidade de previsão de recursos orçamentários encontra-se na licitação para sistema de registro de preços.

A ata de registro de preços não se encerra, necessariamente, em 31 de dezembro, portanto, pois não está adstrita à vigência do crédito orçamentário.

Veja-se, a propósito, as explicações de Joel de Menezes Niebuhr, quando trata da flexibilidade do sistema de registro de preços em relação às regras de duração dos contratos administrativos (artigos 7º, parágrafo 2º, inciso III e 57, da Lei nº 8.666, de 23 de junho de 1993), distinguindo claramente a ata de registro de preços

Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: v. 4, nº 7, jan/jun. 2000. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro>. Acesso em: 16 dez. 2009.

³⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol 230, pp. 357/387, out/dez 2002.

³⁹ *Ibidem*, p. 140.

(um pré-contrato), dos eventuais e futuros contratos dela decorrentes, o que explica que ora não incida, ora incida o artigo 57 da Lei nº 8.666, de 23 de junho de 1993:

Tome-se como exemplo o contrato de fornecimento de combustíveis. O prazo final deste contrato é o dia 31 de dezembro. Isto significa que, antes do dia 31 de dezembro, a Administração é obrigada a concluir licitação, para que ela tenha condições de abastecer os seus veículos no dia 1º de janeiro. E o mesmo acontece com material de expediente, material de limpeza, insumos de informática, etc. Todos eles vencem, no mais tardar, dia 31 de dezembro, o que gera inconvenientes de monta para a Administração e, muitas vezes, algo próximo do caos.

Com o registro de preços esses inconvenientes são atenuados.

Como dito, a ata de registro de preços não se confunde com o contrato. O registro de preços abrange três etapas: licitação, ata de registro de preços e contrato. Encerrada a licitação, o fornecedor assina a ata de registro de preços e, depois disto, de acordo com a demanda da Administração, contratos.

O prazo da ata de registro de preços não se sujeita às regras do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que dizem respeito, diga-se mais uma vez, aos contratos. Ou seja, a Administração pode dispor de ata que vá de julho a julho, de março a março, conforme a conveniência dela. Dentro desse prazo, de validade da ata de registro de preços, a Administração poderá firmar vários contratos, de acordo com a sua demanda, que serão regidos, por sua vez, pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93.⁴⁰

Esta é, por sinal, uma das grandes vantagens do sistema de registro de preços: não há necessidade de se fazer a reserva de recursos orçamentários para deflagrar e realizar o procedimento licitatório que constituirá a Ata de Registro de Preços.

Mas voltando ao tema propriamente dito nesta pesquisa, a questão orçamentária, até aqui bem melhor equacionada, terá ainda que ser complementada com a abordagem das despesas da virada no último ano dos mandatos eletivos.

7 O ÚLTIMO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE UM MANDATO: O CASO ESPECÍFICO DO ARTIGO 42 DA LRF

Viu-se que é possível conciliar as aqui denominadas “teoria” (regramento) e “prática” (realidade), esta última nem sempre totalmente albergada pelas previsões legais.

Há soluções de caráter gerencial; há outras que se circunscrevem no campo do Direito. Para tanto, existe amparo na jurisprudência dos Tribunais de Contas Paulista e da União, na doutrina, bem como orientação normativa advinda da própria Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

⁴⁰ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de Preços – Aspectos Práticos e Jurídicos*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 32/33.

Ocorre, no entanto, que no último exercício financeiro de um mandato eletivo o tema deve ser tratado especificamente, pois possui contornos particulares.

De fato, o art. 42 da LRF diz:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Efetivamente, a situação se complica, em virtude de restrições legais mais rígidas.

E, talvez por conta da falta consenso sobre a exata interpretação deste dispositivo, ele tem gerado bastante controvérsia.

Para demonstrar isso, seguem os comentários feitos por Flávio Cruz, que bem descrevem a dicotomia “teoria-prática”, distanciamento “lei-realidade” acima abordadas, porém, agora, sob a ótica de um ano eleitoral. Uma coisa é o que a lei prega, o que os agentes políticos devem fazer, outra coisa, bem diferente, é o que as necessidades da coletividade demandam e como supri-las sem contrariar as normas jurídicas:

Provoca, também, uma quebra de paradigma, já que, tradicionalmente, o ano eleitoral, principalmente no caso dos municípios, muitas vezes é marcado por desmandos na geração de despesas e até mesmo pela desídia administrativa, como por exemplo, com a falta de conservação do patrimônio público e a suspensão do pagamento aos servidores, deixando para a próxima Administração um Déficit Financeiro elevadíssimo e a necessidade de despesas adicionais para colocar a entidade em funcionamento.

Por outro lado, surgem questionamentos sobre até que ponto essa orientação legal é praticável, tendo em vista que a função precípua da administração pública não é de acumular valores em contas bancárias, mas, de aplicar os recursos disponíveis nos fins a que se destinam, sob pena de não cumprirem seu papel institucional. Ou seja, para resolver a questão do Déficit Financeiro, a Lei criou obrigações cuja observância, por ser de difícil aplicabilidade, podem colocar em risco a efetividade, criando a oportunidade de torná-la inócua.⁴¹

Um dos problemas avistados não é novidade, pois ele vem permeando quase todo este trabalho: como promover um real equilíbrio entre as aspirações da

⁴¹ CRUZ, Flávio (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 175.

sociedade e os recursos que esta coloca à disposição do Estado (enquanto Administração Pública), evitando déficits desarrazoados e reiterados, sem engessar em demasia as possibilidades de realização das despesas necessárias?

Como conciliar a comumente prática no Poder Legislativo Brasileiro de retardar a aprovação das leis orçamentárias, com o rígido controle que a Lei de Responsabilidade, a Lei de Licitações e a Lei que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro impõem e, ainda assim, conseguir o bom funcionamento da máquina administrativa ou, ao menos, que esta funcione normalmente?

Como realizar de forma legal e racional as despesas necessárias ao bom funcionamento da Administração se o dinheiro, não raro, chega com atraso às unidades de despesa, impedindo que se faça uma programação de modo a efetuar gastos ao longo do ano, sem deixar tudo para a última hora, ou seja, na virada dos exercícios financeiros?

A determinação contida no artigo 42 da LRF não é nova, pois já havia disposição a respeito na Lei nº 4.320/64 que, em seu art. 59, previa-o para os municípios. Vê-se, portanto, que a LRF estendeu a aplicabilidade deste, tanto aos demais entes políticos, como também dilatou o seu prazo.

Na verdade, como já dito anteriormente, o que o dispositivo veda é a inscrição em Restos a Pagar sem a suficiente provisão de caixa. Aliás, e reiterando a lição de Afonso Gomes Aguiar já exposta acima, “[...]a inscrição em restos a pagar só é possível legalmente, em qualquer época e exercício, quando comprovada a existência de disponibilidade financeira”.⁴² O que se deseja é que o ente público só gaste aquilo que efetivamente arrecadou, sem gerar desequilíbrios ou inflação.

José Ribamar Caldas Furtado, auditor fiscal da Receita Federal, faz um comentário bastante apropriado a respeito, complementando a idéia:

Desse modo, pode-se dizer que os elementos históricos presentes na formulação da LRF, bem como sua interpretação lógico-sistemática, conduzem à idéia de que não é possível o gestor público, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, inscrever despesas em restos a pagar sem suficiente provisão de caixa. Aliás, a aceitação de tal prática negaria toda a finalidade da LRF

Bom, se não é possível inscrever despesas em restos a pagar nessas condições, como ficaria a situação do fornecedor de bens ou serviços que, de boa fé – mas nessa situação –, negociou com o ente da Federação? Na hipótese de persistir o interesse do poder público ou o direito do credor, a despesa será regularmente orçada e empenhada no exercício subsequente à conta da rubrica DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES (Lei nº 4.320/64, art. 37). Desse modo, fica preservado o equilíbrio nas contas públicas. Assim, a LRF quer também que

⁴² AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de Responsabilidade Fiscal. Questões Práticas*. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 209.

aqueles que contratam com o governo atuem como fiscais da aplicação do dinheiro público no último ano do mandato do governante. Nessa época, por força do período eleitoral, a propensão a gastos imoderados tende a crescer.⁴³

Por esta linha distintiva de situações práticas também caminhou a Procuradora do Estado Maria Emília Pacheco. Ao discernir casos de fornecimento de bens ou prestação de serviços motivados pela essencialidade e emergência, serviços de natureza contínua, e contratações de projetos contemplados no Plano Plurianual, ela explica as exceções à rigidez da regra da proibição de contrair despesas nos últimos oito meses de mandato, em parecer proferido para solucionar caso concreto trazido à sua consideração:

A regra imposta pelo art. 42 da LRF comporta três exceções, que exporemos em seqüência, acompanhadas dos motivos que as justificam.

a) A contratação para fornecimento de bens ou prestação de serviços, motivada em essencialidade e emergência, nas condições e prazos estabelecidos no inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

A continuidade do serviço público é princípio subjacente à gestão da coisa pública. Não há princípio ético que sustente eventual paralisação de um serviço que a Constituição consignou como essencial, ou que vede a adoção de medidas visando à restauração da normalidade em face de situações inesperadas, cuja manutenção poderá ocasionar prejuízo a pessoas ou bens. Por isso, essas são hipóteses-padrão que, juridicamente, amparam o desvio da regra normativa estabelecida em lei.

[...]

b) Contratação de serviços de natureza contínua, que podem ser realizados à conta de empenhos fracionados por até cinco anos, nos termos do inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/93.

Serviços contínuos, entre os quais limpeza e vigilância são exemplos mais comuns, são necessários ao funcionamento da máquina administrativa, e as restrições da LRF, posta em seu artigo 42, não pretende, nem poderia pretender porque incompatível com a atividade pública, a impossibilidade de sua contratação porque o mandato do governante estaria em fase final. Tampouco teria sentido a contratação de serviços contínuos até 31 de dezembro do ano em curso, pois isso implicaria que, quando da assunção do novo governante, não haveria serviço necessário em ritmo contínuo sendo prestado. Assim, desde que o contrato, celebrado nos últimos 8 meses de mandato, contenha cláusula de denúncia unilateral até um determinado período de tempo do primeiro ano de mandato, estar-se-á resguardando a gestão futura, sem impor-lhe quaisquer ônus financeiros.

⁴³ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os restos a pagar de final de mandato. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, nº 607, 7 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6414>>. Acesso em: 16 out. 2009.

c) Contratação que tenha por objeto a realização de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual.

Por fim, não estão submetidos à restrição do art. 42 da LFR, que exige a disponibilidade de caixa para cobertura de despesas relativas às parcelas vincendas no ano exercício seguinte, os projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual.

É que, nesse caso, a par de não se tratar de despesa nova, sem implicações eleitoreiras, o novo governo estará compelido a cumprir as metas do Plano Plurianual, como decorre do disposto no artigo 35, § 2º, inciso I, do Ato de Disposições Transitórias da Constituição Federal.

[...]

Bem por isso, o artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permite a execução de projetos cujos produtos estejam contemplados no Plano Plurianual, seja contratada por período superior ao respectivo crédito orçamentário (inc. I).⁴⁴

Portanto, há sim exceções também ao artigo 42 da lei de Responsabilidade Fiscal. São os casos de fornecimento de bens ou prestação de serviços motivados pela essencialidade e emergência (e a retrospectiva nos faz ver que têm sido, infelizmente, comuns as grandes tragédias nas viradas dos anos, principalmente em função da quantidade de chuvas, tempestades de verão, etc.), os serviços de natureza contínua e as contratações de projetos contemplados no Plano Plurianual. Nestas últimas, são apenas indicados os créditos por conta dos quais correrão as parcelas a serem executadas no(s) próximo(s) exercício(s) financeiros(s). Cuidam-se de *“hipóteses-padrão que, juridicamente, amparam o desvio da regra normativa estabelecida em lei.”*⁴⁵

8. CONCLUSÃO

As regras pertinentes ao assunto não apresentam maiores dificuldades para a exata compreensão de seu alcance e aplicação. Porém, elas são rígidas e, muitas vezes, de difícil aplicação na prática.

Há, obviamente, justificativas muito razoáveis para esta rigidez, até porque é necessário planejamento e racionalidade nos gastos e não gestão do dinheiro público.

Todavia, as necessidades prementes dos órgãos muitas vezes não podem ser atendidas por questões relacionadas justamente aos obstáculos, burocráticos, ou não, que essas normas impõem.

⁴⁴ Procuradoria Geral do Estado. Gabinete do Procurador-Geral. Parecer GPG 003/2006. Relatora: Maria Emília Pacheco. 10 mai. 2006.

⁴⁵ Procuradoria Geral do Estado. Gabinete do Procurador-Geral. Parecer GPG 003/2006. Relatora: Maria Emília Pacheco. 10 mai. 2006.

No período compreendido entre novembro e janeiro, as despesas se concentram, a pressão aumenta, o tempo se restringe e o planejamento vai por água abaixo.

O que é necessário, no entanto, é um maior cuidado na elaboração e aprovação das leis orçamentárias, maior critério no estabelecimento de prioridades, melhor planejamento na realização de licitações, melhor gerenciamento dos gastos. E como atingir todas estas metas?

A primeira providência pode ser um conhecimento mais amplo e uma melhor compreensão da lei por parte de todos aqueles que estão envolvidos com a gestão da coisa pública. Ademais, a elaboração de uma racional previsão orçamentária, com o planejamento dos gastos efetivamente necessários para o bom funcionamento do órgão, de modo a racionalizar as despesas e a não incorrer em desperdício de dinheiro público.

Espera-se também um melhor planejamento de modo que as despesas possam ser feitas ao longo de todos os meses do ano, com planejamento, sem pressa ou afogadilho, bem como critérios mais objetivos no contingenciamento (controle na liberação de verbas) que é feito pelo Poder Executivo.

De fato, aqueles que são gestores, ou seja, os ordenadores de despesa, dirigentes de unidades de despesa ou os servidores das áreas de suprimentos, muitas vezes se veem de mãos atadas, sem poder iniciar os procedimentos licitatórios porque o dinheiro para a necessária reserva orçamentária não chegou quando deveria, ou seja, ao longo do ano. E o adiamento da realização destas despesas para o final do ano acaba por acarretar o enfrentamento do problema da virada dos exercícios financeiros, bem como as imposições constitucionais e legais, como as das normas jurídicas apontadas neste trabalho.

O cerne da questão, portanto, está no planejamento e na racionalidade das despesas por parte de todos os envolvidos na tarefa de gestão. Cumprir a lei e, ao mesmo tempo, dar conta das necessidades das unidades administrativas.

O espírito que se pretendeu empreender neste estudo foi justamente o da possibilidade de conciliação entre estes pontos aparentemente opostos, aqui chamados “teoria” (regramento) e “prática” (realidade).

Para tanto, buscou-se no estudo das próprias leis dos decretos de execução orçamentária, interpretados sob o prisma dos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da continuidade do serviço público, assim como na doutrina, na jurisprudência dos Tribunais de Contas e na orientação normativa traçada pela Procuradoria Geral do Estado, as possibilidades de empenho de despesas e contratações que não se realizem integralmente no mesmo exercício financeiro, inclusive admitindo-se a realização de licitação apenas com indicação dos recursos previstos na proposta orçamentária, em caráter excepcional, nas hipóteses de não haver legislação orçamentária aprovada ou quando houver início de exercício do ano civil.

Assim, a par das exceções expressamente contempladas no artigo 57 da Lei de Licitações, chegou-se à conclusão de que outras situações que não se enquadrem nas exceções expressamente previstas também podem ser viabilizadas, porquanto respaldadas em princípios constitucionais relacionados com a matéria ou na interpretação teleológica das regras existentes.

Destarte, uma contratação de prestação de serviços por escopo, na qual a execução ultrapasse o exercício financeiro em que foi celebrada, cujos serviços não sejam contínuos, que não representem despesas de investimento, ou relativas a projetos que não estejam contemplados no Plano Plurianual, poderá, sim, ultrapassar 31 de dezembro do ano em que foi celebrada.

Pode acontecer isso sob dois procedimentos distintos: o primeiro deles com toda a despesa já legalmente empenhada e onerando o orçamento do exercício, hipótese em que o empenho da totalidade do valor do contrato acaba por prorrogar a vigência do respectivo crédito orçamentário. Na virada do exercício financeiro, as parcelas remanescentes serão incluídas em Restos a Pagar não processados.

Para tanto, o Decreto Paulista atual de encerramento da execução financeira e orçamentária prevê não só a possibilidade de se lidar com os “Restos a Pagar” até o final do exercício seguinte,⁴⁶ como o também, e inclusive, de se prorrogar a vigência dessa conta para o exercício subsequente, em caráter excepcional e justificado.

Em outra hipótese, de cunho eminentemente gerencial, sendo considerado desnecessário o empenho da integralidade do valor da contratação, poderá ser inserida no contrato uma cláusula resolutiva, condicionando a continuidade da sua vigência à existência de recursos para a finalidade na dotação orçamentária seguinte. São duas situações perfeitamente viáveis, conforme exame dos Pareceres aqui analisados

⁴⁶ Decreto n.º 59.650, de 25/10/2013: Dos Restos a Pagar - Artigo 9º - As despesas do exercício financeiro pendentes de pagamento poderão ser inscritas como restos a pagar processados ou não processados, até 10 de janeiro de 2014. § 1º - O registro dos restos a pagar far-se-á por credor e empenho correspondente. § 2º - Os restos a pagar não processados serão inscritos pelas próprias Unidades Gestoras Executoras - UGEs, restritos às despesas de caráter essencial, devidamente justificada e condicionada à existência da disponibilidade financeira necessária à sua cobertura. § 3º - O empenho da despesa não inscrito em restos a pagar será automaticamente anulado no SIAFEM/SP. Artigo 10 - Os restos a pagar inscritos em 2013 terão validade até 31 de dezembro de 2014, inclusive para efeito da comprovação dos limites constitucionais de aplicação de recursos nas áreas do ensino e da saúde. § 1º - Os saldos de restos a pagar inscritos em exercícios anteriores a 2013, exceto os das vinculações constitucionais, serão bloqueados no SIAFEM/SP em 30 de dezembro de 2013. § 2º - As Unidades Gestoras Executoras - UGEs poderão assegurar a manutenção dos saldos de restos a pagar inscritos em exercícios anteriores a 2013 providenciando os seus desbloqueios até 10 de janeiro de 2014, condicionada a real conformidade da obrigação com os respectivos compromissos e respaldada na existência de disponibilidade financeira para sua cobertura, nos termos previstos no parágrafo único do artigo 37 da Lei nº 14.837, de 23 de julho de 2.012. § 3º - Os saldos desbloqueados pelas UGEs, nos termos do parágrafo anterior, terão validade até 31 de dezembro de 2014. § 4º - Os saldos que permanecerem bloqueados em 11 de janeiro de 2014 serão automaticamente cancelados no SIAFEM/SP.

e orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado, desde que, repita-se, em caráter excepcional e devidamente justificado.

E ainda há as ressalvas à necessidade de previsão de recursos orçamentários, como ocorre com a licitação de concessão de serviço público, quando a Administração não assumir obrigação financeira de custeio da atividade. Ainda que haja o surgimento de encargos para os cofres públicos, poderá ser dispensada a exigência se houver uma previsão de recursos específicos, como, por exemplo, nas atividades custeadas por meio de taxas, situação em que pagarão os próprios beneficiários do serviço. Na licitação para sistema de registro de preços também não há que se falar em previsão de recursos orçamentários, pois, somente após constituída a Ata, por ocasião de cada contratação é que tal necessidade surgirá.

Efetivamente, o estudo de forma sistemática da matéria (por sinal, muito pouco enfrentada), assim como das exceções às regras que obstaculizam as aqui denominadas despesas da virada dos exercícios financeiros, tanto as expressamente previstas, quanto as que dependem de uma maior e mais profunda interpretação, podem trazer o conhecimento e os esclarecimentos necessários para o efetivo cumprimento da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais pertinentes, organizando melhor o trato da coisa pública e sendo de grande valia para que a máquina administrativa possa funcionar normalmente, sem interrupções.

Enfim, o necessário para uma holística abordagem a respeito das despesas públicas na virada dos exercícios financeiros, ao que parece, foi colocado.

As viradas dos exercícios financeiros vão continuar sendo complicadas enquanto as leis não forem devidamente compreendidas e interpretadas de forma sistemática e com bom senso, de modo a que sejam adequadas à realidade prática.

Procurou-se, contudo, com esta pesquisa, estudar a questão e buscar algumas respostas concretas. Eis aqui, portanto, uma pequena contribuição para estimular a empreitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de Responsabilidade Fiscal. Questões Práticas*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BITTENCOURT, Sidney. A questão da duração do contrato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de out. 2009.

_____. *Licitação de Registro de Preços*. 2 ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Constituição Federal (1988).

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-1249/2005. Plenário. Interessado: Brigadeiro do Ar Álvaro Luiz Pinheiro da Costa, Presidente da comissão para Coordenação do Projeto do sistema de Vigilância da Amazônia – CCSIVAM. Rel Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em: <www.tce.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

CRUZ, Flávio da (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Comentários à Lei nº 4.320 – Normas Gerais de Direito Financeiro – Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

FERRARI FILHO, Sérgio Antonio. Aproveitamento de licitações iniciadas em exercício financeiro anterior. In: *Revista de Direito da Procuradoria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: v. 4, nº 7, jan/jun. 2000. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc>. Acesso em: 16 dez. 2009.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os restos a pagar de final de mandato. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, nº 607, 7 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6414>>. Acesso em: 16 out. 2009.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes; *Registro de Preços – Aspectos Práticos e Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13.ed., São Paulo: Dialética, 2009.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Os efeitos da despesa pública na economia: uma visão com fundamento no Direito Financeiro contemporâneo. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, nº 24, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 26 dez. 2009.

MANHANI, Danilo Antonio. Restos a pagar na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, nº 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6145>>. Acesso em: 16 out. 2009.

MARTINS, Lucas Furtado. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Revista de Direito Administrativo*. vol. 230. Rio de Janeiro: Renovar, p. 357-387, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO Jr, Mário Engler. Desafios para Adoção do Orçamento Impositivo. In: *Revista da Procuradoria da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo: nº 61/62, p. 77/95, jan/dez. 2005.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Gabinete do Procurador Geral. Parecer GPG 003/2006. Relatora: Maria Emília Pacheco. 10 mai. 2006.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Subprocuradoria Geral – Área da Consultoria. Parecer Subg. Cons. 173/2006. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 29 nov. 2006.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 212/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 06 set. 2007.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Procuradoria Administrativa. Parecer PA 238/2007. Relatora: Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi. 08 out. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. TC-001236/001/07. Interessado: Prefeitura Municipal de Andradina. Relator Cons. Cláudio Ferraz Alvarenga. São Paulo, 29 jul. 2009. Disponível em: <www.tce.sp.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. TC-012611/026/04. Interessado: Prefeitura Municipal de Araraquara. Relator Cons. Cláudio Ferraz Alvarenga. São Paulo, 18 fev. 2009. Disponível em: <www.tce.sp.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. TC-007499/026/07. Interessado: José Carlos Ramos de Oliveira, Superintendente do IAMSPE. Relator Cons. Cláudio Ferraz Alvarenga. São Paulo, 18 fev. 2009. Disponível em: <www.tce.sp.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. TC-000802/007/06. Interessado: Prefeitura Municipal de Jacareí. Relator Cons. Antonio Roque Citadini. São Paulo, 16 jun. 2009. Disponível em: <www.tce.sp.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. TC-0018/011/07. Interessado: Prefeitura Municipal de Santa Fé do Sul. Relator Cons. Fulvio Julião Biazzi. São Paulo, 01 set. 2009. Disponível em: <www.tce.sp.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2009.

TOLEDO Jr., Flávio C. de; ROSSI, Sérgio de Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo*. 3 ed. rev e at. São Paulo: NDJ, 2005.

UMA TEORIA SOCIOLÓGICA DA JUSTIÇA: NIKLAS LUHMANN E A JUSTIÇA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA

A sociological theory of justice: Niklas Luhmann and the justice as a formula for contingency

Orlando Villas Bôas Filho¹

SUMÁRIO

1. A sociologia do direito como forma de descrição externa do sistema jurídico. 2. A justiça como fórmula de contingência.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a concepção da justiça enquanto fórmula de contingência, tal como proposta pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Para tanto, num primeiro momento, procura apontar a especificidade que o autor atribui à abordagem sociológica do direito para, em seguida, sublinhar aspectos essenciais de sua visão acerca da justiça. Considerando que Luhmann concebe a abordagem sociológica como observação e descrição externas do direito, é fundamental explicitar esse aspecto para que se torne inteligível o modo pelo qual se constrói sua proposta de focar a justiça enquanto fórmula de contingência de um subsistema social que compõe a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada.

ABSTRACT

The present paper intends to analyze the conception of justice as a contingency formula, proposed by the German sociologist Niklas Luhmann. Therefore, it first tries to point out the specificity that the author attributes to the sociological approach of law and then it underlines essential aspects according to his opinion concerning justice. Luhmann considers the sociological approach as an external observation and description of law and it is fundamental to expose this aspect in order to make intelligible his proposal to focus on justice as a contingency formula of a social subsystem which compounds the functionally differentiated modern society

Palavras-chaves: Sociologia do direito. Teoria dos sistemas. Justiça. Autodescrição. Descrição externa.

Keywords: Sociology of law. Systems theory. Justice, Selfdescription. External description. Niklas Luhmann.

¹ Advogado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor pela Université de Paris X (Nanterre) e pela Ecole Normale Supérieure de Paris. E-mail: <ovbf@usp.br>.

1. A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO FORMA DE DESCRIÇÃO EXTERNA DO SISTEMA JURÍDICO

A sociologia do direito é geralmente definida como uma forma de descrição externa do sistema jurídico.² Referindo-se à especificidade da abordagem sociológica acerca do direito, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce, por exemplo, ressaltam que a mesma caracterizar-se-ia por expressar um ponto de vista científico externo à análise do direito e dos sistemas jurídicos. Seria, portanto, uma ciência social e não uma ciência jurídica em sentido estrito.³ Jean Carbonnier também enfatiza que a especificidade da abordagem sociológica em relação ao direito não se relacionaria ao objeto, mas ao “ponto de vista”, ao “ângulo de visão” por ela fornecida.⁴ Em sentido semelhante, o sociólogo alemão, Niklas Luhmann caracteriza a abordagem sociológica do direito como uma forma de “descrição externa” do sistema jurídico que, entretanto, para ser adequada deve descrever o direito como um sistema que se autodescreve.⁵

Segundo Niklas Luhmann, a formação e o desenvolvimento da sociologia do direito teriam fornecido um importante impulso à análise científica do direito,

² No que concerne à expressão “sociologia do direito”, não se utiliza aqui à distinção feita por Roberto Lyra Filho entre “sociologia jurídica”, entendida enquanto “exame do direito em geral”, e “sociologia do direito”, entendida como estudo da “base social de um direito específico”, pois em diversas tradições os termos *Rechtssoziologie*, *Sociologie du droit*, *Sociología del derecho* e *Sociology of law* assumem também o sentido de abordagens gerais acerca do direito. Acerca da distinção proposta por Roberto Lyra Filho, ver: FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27, nota 11. Jean Carbonnier, mesmo observando a tendência de se atribuir à expressão “sociologia jurídica” um sentido mais amplo do que “sociologia do direito”, desconsidera essa distinção conceitual de modo a utilizar indistintamente os termos “sociologia jurídica” e “sociologia do direito”. Cf. CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008, p. 13. Para uma excelente análise do pensamento de Jean Carbonnier, ver: ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*. 1. *Où va la sociologie du droit?* Paris: LGDJ, 1981, p. 212; _____. Jean Carbonnier. *Un juriste dans la cité*. Paris: LGDJ, 2012, p. 84. André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce também utilizam indistintamente os termos “sociologia jurídica” e “sociologia do direito”. Cf. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 1.

³ Cf. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 2.

⁴ Cf. CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008, p. 17.

⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 (trad. ingl., p. 59; trad. esp., p. 70). Neste particular, vale lembrar que Luhmann utiliza tanto o termo “descrição externa” (*Fremdbeschreibung*) como o termo “observação externa” (*externe Beobachtung*) para se referir à sociologia do direito. Segundo ele, a descrição consiste numa operação de criação de textos e de premissas que serão utilizadas na comunicação subsequente. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 497-498 (trad. ingl., p. 424; trad. esp., p. 569). Sobre o papel da comunicação na teoria de Luhmann, ver, por exemplo: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Communication*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 69-72.

com contorno claramente distinto de tudo o que a tradição europeia anterior já havia pensado acerca da relação entre direito e sociedade. Entretanto, conforme ressalta o autor, somente é possível falar de sociologia do direito a partir do momento em que ocorre a constituição da própria sociologia, ou seja, a partir da segunda metade do século XIX.⁶ Nesse sentido, Luhmann enfatiza o caráter inovador assumido pela abordagem sociológica em relação à tradição doutrinária (*Lehrtradition*), desenvolvida na Europa, que concebia o direito como um dado essencial e inerente às associações humanas, de modo considerá-lo imanente à natureza e enredado indissolivelmente a outros traços característicos da sociedade, tais como as relações de amizade, as relações de hierarquia e de dominação.⁷

Segundo Luhmann, para o pensamento jusnaturalista, o convívio na sociedade humana não delinearía apenas uma normatividade abstrata engendrando, além disso, normas determináveis em sua substância e capazes de reivindicar para si um surgimento e uma verdade natural. Nesse sentido, além de sustentar a ligação indissolúvel entre direito e sociedade, essa tradição também postularia uma segunda tese consistente na existência de certas normas que seriam igualmente válidas a todas as sociedades. Entretanto, segundo Luhmann, as próprias comparações históricas e etnográficas realizadas a partir do século XIX teriam solapado essa pretensão de postular invariâncias normativas de modo a indicar o caráter contingente na formação do direito.⁸

A sociologia do direito afastaria-se dessa tradição de análise da relação entre o âmbito jurídico e o social, pois, apesar de poder aceitar a tese do liame indissolúvel entre direito e sociedade, rechaçaria a postulação que dela se segue, qual seja: a de que, em virtude desse liame, haveria certas normas jurídicas igualmente válidas para todas as sociedades. Nesse sentido, a sociologia do direito enfocaria o direito como um construto em princípio indispensável, porém formado a partir da contingência

⁶ Para uma análise da “construção da sociologia” que articula aspectos sociais e teóricos a ela relacionados, ver: BERTHELOT, Jean-Michel. *La construction de la sociologie*. 6e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 5 e ss. Para uma análise da formação da sociologia enquanto um “trabalho de interpretação” que procurava empreender uma análise científica de uma sociedade nova sem aderir às suas representações mais imediatas, ver: LAVAL, Christian. *L'ambition sociologique*. Paris: Gallimard, 2012. Para uma discussão relativa ao surgimento da sociologia que contrapõe Raymond Aron e Michel Foucault, ver: ARON, Raymond; FOUCAULT, Michel. *Dialogue*. Paris: Nouvelles Éditions Lignes, 2007.

⁷ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 4. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 10 (trad. port., vol. 1, p. 20).

⁸ Cf. Idem, ibidem, p. 11 (trad. port., vol. 1, p. 21). No que concerne ao impacto das análises que poderiam ser denominadas, genericamente, de antropológicas acerca do direito e que recobrem o campo da etnografia, ver, por exemplo: ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, p. 47 e ss.; _____. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 7 e ss.; VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996, p. 14 e ss.

das relações humanas sendo, portanto, também ele contingente e desprovido de normas com pretensão de validade genérica.⁹

Assim, segundo Luhmann, o distanciamento com relação à “visão interna” do direito e sua fundamentação moral caracterizaria os esforços do que ele denomina de “abordagens clássicas da sociologia do direito”.¹⁰ Essas abordagens seriam compreendidas como sociológicas justamente em virtude desse distanciamento¹¹ e à avaliação da moral a partir de perspectivas incongruentes. Nesse contexto, apesar das diferenças entre as diversas versões dessas abordagens clássicas da sociologia do direito, seria possível reconhecer algumas premissas que lhes seriam comuns, quais sejam: a) o direito é diferenciado como estrutura normativa da sociedade, como um conjunto fático de vida e de ação (*Das Recht ist nicht mehr die Gesellschaft*); b) direito e sociedade passam a ser definidos como duas variáveis dependentes entre si cuja correlação, no século XIX, é concebida, em termos evolucionistas, como expressão de um progresso regular da civilização; c) em tais condições são estabelecidas hipóteses empiricamente controláveis e verificáveis sobre a relação entre direito e sociedade a partir de observações da correlação em suas variações.¹²

Com o intuito de elucidar os pressupostos e as limitações das “abordagens clássicas da sociologia do direito”, Luhmann realiza uma breve compilação comparativa de algumas de suas mais expressivas variações. Para tanto, reconstrói, em linhas gerais, as perspectivas de Karl Marx, Henry Sumner Maine, Émile Durkheim e Max Weber, na qualidade de autores típicos dessa abordagem clássica, e as de Eugen Ehrlich e de Talcott Parsons como autores atípicos.¹³ Feita essa análise, o autor expõe, em termos conclusivos, algumas características que considera ser correntes em tais “abordagens clássicas”: a) o fato de o direito não ser visto como determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade;

⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 11 (trad. port., vol. 1, p. 21).

¹⁰ Luhmann realiza uma breve compilação comparativa de algumas das mais expressivas variações das “abordagens clássicas da sociologia do direito”. Para tanto, reconstrói, em linhas gerais, as perspectivas de Karl Marx, Henry Sumner Maine, Émile Durkheim e Max Weber, na qualidade de autores típicos dessa abordagem clássica, e as de Eugen Ehrlich e de Talcott Parsons como autores atípicos. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12 e ss. (trad. port., vol. 1, p. 22 e ss.). Para uma breve análise das abordagens clássicas da sociologia do direito, com especial ênfase nas obras de Émile Durkheim e de Henry Sumner Maine, respectivamente, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010; _____. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 533-566.

¹¹ Em obras posteriores, Luhmann se referirá à especificidade da abordagem sociológica acerca do direito em termos de “descrição externa” (*Fremdbeschreibung*). Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 e ss.; 496 e ss. (trad. ingl., p. 59 e ss.; 423 e ss.; trad. esp., p. 70 e ss.; 567 e ss.).

¹² Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12 (trad. port., vol. 1, p. 22-23).

¹³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12-23 (trad. port., vol. 1, p. 23-34).

b) essa referência não é mais interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito (que faria com que a referência à sociedade substituísse a que era feita ao direito natural), passando a ser compreendida como uma correlação suscetível a modificações evolutivas, passível de verificação empírica; c) a evolução é sempre concebida (ou pelo menos implicitamente suposta) como expressão de um aumento de complexidade social; d) o direito surge como um elemento codeterminante e co-determinado desse processo de desenvolvimento, na medida em que ele o fomenta a adaptar-se às suas necessidades as quais, entretanto, apontam para uma maior variabilidade e complexidade social, o que implica uma compatibilização estrutural do direito com o maior número de possíveis situações e eventos que a sociedade passa a comportar.¹⁴

Não cabe aqui aludir às limitações que Luhmann atribui às abordagens clássicas da sociologia do direito que, segundo ele, em virtude da carência de um instrumental conceitual adequado, não teriam sido capazes de esclarecer a totalidade do fenômeno jurídico contemporâneo e de apreender a positividade como o aspecto mais característico de tal direito.¹⁵ O que importa notar é a ênfase dada pelo autor ao caráter inaugural que a abordagem sociológica assume, a partir da segunda metade do século XIX, no que concerne à análise da relação entre direito e sociedade, fornecendo-lhe um impulso científico.¹⁶ Esse impulso decorre, sobretudo, do fato de a sociologia do direito se configurar como uma perspectiva externa de observação e de descrição do direito.¹⁷ Essa observação, proveniente do sistema da ciência aborda o direito por outro ângulo, qual seja: o de sua facticidade.

Com vistas a sublinhar a especificidade da descrição externa que caracteriza a abordagem sociológica do direito, Luhmann a contrasta com o que designa de autodescrição do sistema jurídico (*Selbstbeschreibung des Rechtssystems*). Netes sentido, ressalta que tanto na tradição romanística do direito civil (*Tradition des römischen Zivilrechts*) como na da *Common Law*, teriam sido elaboradas

¹⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 23 (trad. port., vol. 1, p. 33-34).

¹⁵ A respeito, ver especialmente: GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris: LGDJ, 2010, p. 122-156.

¹⁶ É nesse sentido que André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce ressaltam que “sociologie du droit’ ou ‘sociologie juridique’ sont des expressions courantes pour désigner une approche scientifique dont l’objet est l’étude des rapports entre le droit et la réalité sociale, ce que l’on désigne également comme l’étude de la ‘réalité du droit’, ou, dans un sens plus strict, la ‘recherche sur les faits juridiques.’” ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l’analyse sociologique des systèmes juridiques*, p. 1.

¹⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 4. Aliás, essa é a maneira preponderante pela qual Luhmann se refere à sociologia do direito. A respeito, ver: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 e ss.; 496 e ss. (trad. ingl., p. 59 e ss.; 423 e ss.; trad. esp., p. 70 e ss.; 567 e ss.); _____. Le droit comme système social. In: *Droit et société*, 11/12, 1994, p. 67; _____. La restitution du douzième chameau: du sens d’une analyse sociologique du droit. In: *Droit et société*, 47, 2001, p. 17 e ss.

teorias jurídicas (*juristische Theorien*) dos mais variados tipos. Tais teorias teriam se desenvolvido em duas frentes: uma direcionada para a condensação de sentido, voltada à prática jurídica, visando à fundamentação de decisões mais sólidas e consistentes, e outra direcionada ao ensino jurídico, com vistas à elaboração de sistematizações e conceituações para a formação dos juristas.¹⁸ Trata-se, assim, de uma visão do direito voltada à prática e à educação. Não cabe aqui aprofundar a análise de Luhmann acerca do modo pelo qual essas teorias se desenvolvem. Segundo ele, de um modo geral, as “teorias do direito” (*Rechtstheorien*), surgidas tanto da prática jurídica (*Rechtspraxis*) como do ensino jurídico (*Rechtsunterricht*), seriam expressão, tal como ocorre com os textos do direito vigente, da forma pela qual o direito se apresenta como resultado de interpretações. Seriam, portanto, formas de autodescrição do sistema jurídico.

Segundo Luhmann, mais recentemente, nesse âmbito da autodescrição do sistema jurídico, teriam surgido novas iniciativas que não estariam circunscritas às “teorias dogmáticas” e à “filosofia do direito”. Tais iniciativas estariam, segundo ele, articuladas ao redor do rótulo de “teoria do direito”, no singular (*Rechtstheorie*).¹⁹ Tal como as “teorias dogmáticas” e a “filosofia do direito”, também a “teoria do direito”, mesmo sendo expressão de novas tendências, consistiria numa “perspectiva interna do sistema jurídico”.²⁰ Assim, também a “teoria do direito” estaria atrelada ao conceito de norma como conceito fundamental (*Grundbegriff*). Tratar-se-ia, assim, de uma “teoria reflexiva” do sistema jurídico.²¹

Tendo a teoria do direito (*Rechtstheorie*) nascido em conexão com as autodescrições do sistema jurídico, ela expressa esforços teóricos que, mesmo sendo críticos, estão subsumidos ao direito e declaram sua adesão às obrigações das normas correspondentes. Essa característica seria comum tanto às teorias jurídicas, desenvolvidas, sobretudo, a partir da prática casuística e referidas a princípios gerais, como às teorias da reflexão (*Reflexionstheorien des Rechtssystems*), que

¹⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 9. (trad. ingl., p. 53; trad. esp., p. 61).

¹⁹ Para uma análise semelhante que contrapõe a *philosophie du droit*, associada ao jusnaturalismo, à *théorie générale du droit*, ligada ao positivismo jurídico, ver: TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: PUF, 2008, p. 10-12.

²⁰ A respeito ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 e 56; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154; TORRES NAFARRATE, Javier. La sociología del derecho de Niklas Luhmann. In: KROTZ, Esteban (Ed.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002, p. 310-312.

²¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 11-12. (trad. ingl., p. 55-56; trad. esp., p. 64-65).

representam o valor específico da produção do direito e o sentido de sua autonomia.²² Não há como aprofundar essa questão aqui. O que se pretende é simplesmente ressaltar a especificidade de tais teorias reflexivas do sistema jurídico. Segundo Luhmann, embora essas formas de autodescrição do sistema jurídico, sobretudo a que se expressa pela “teoria do direito”, possam atingir altos níveis de abstração, elas se mantêm indissociavelmente ligadas à distinção entre fato e norma, que não é a distinção que baliza o conhecimento científico. Por esse motivo, mesmo a teoria do direito, com seu alto grau de abstração, está subordinada ao sistema jurídico.²³

Luhmann, entretanto, afirma que, no âmbito de uma abordagem estritamente científica, o conceito teoria adquire um sentido diverso. A abordagem científica (entenda-se por tal a sociológica), enquanto descrição externa, diferentemente do que ocorre com a “ciência do direito” (*Rechtswissenschaft*), não concebe o direito como uma ordem normativa (*normative Ordnung*).²⁴ Ao contrário, a sociologia do direito o concebe, dependendo de sua orientação teórica, em termos de comportamento social, instituições, sistema social, ou seja, como algo que é o que é e que, no máximo, demanda explicação ou prognóstico.²⁵ Neste sentido, a sociologia, ao descrever o direito por uma perspectiva externa, o toma como fato e não como norma. Essa distinção é muito bem ilustrada pelo quadro sinótico proposto por Donald Black na obra *Sociological Justice*, reproduzido por Luhmann no livro *Das Recht der Gesellschaft*²⁶:

²² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 71).

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 12. (trad. ingl., p. 55-56; trad. esp., p. 65).

²⁴ O que Luhmann está designando de *Rechtswissenschaft* refere-se a um estudo do direito a partir de uma perspectiva interna.

²⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 14. (trad. ingl., p. 57; trad. esp., p. 66-67).

²⁶ Cf. BLACK, Donald. *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 3 e ss. *apud* LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 540. (trad. ingl., p. 457; trad. esp., p. 615), nota 95. A respeito, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, 2010, p. 579; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 152-153.

	Jurisprudencial Model	Sociological Model
Focus	Rules	Social Structure
Process	Logic	Behavior
Scope	Universal	Variable
Perspective	Participant	Observer
Purpose	Practical	Scientific
Goal	Decision	Explanation

Entretanto, apesar dessa diferença em relação às teorias que expressam a autodescrição do sistema, a sociologia do direito, enquanto descrição externa, não pode desconsiderar o modo pelo qual seu objeto de análise se autodescreve. Deve, portanto, descrevê-lo tal como os juristas o entendem.²⁷ Assim, embora a abordagem sociológica do direito, por ser expressão de uma observação externa, não esteja atrelada às normas internas do sistema jurídico, não deve equivocar-se em relação ao seu objeto de análise que, segundo Luhmann, consiste num objeto que se auto-observa e autodescreve. Nesse sentido, o compromisso com a auto-observação e a autodescrição do objeto é condição indispensável para uma descrição científica realista e, inclusive, “empiricamente adequada”.²⁸ Deste modo, como bem observa Pilar Giménez Alcover, Luhmann pretende desenvolver uma teoria sociológica capaz de observar tanto as operações de reprodução do sistema jurídico como suas operações de auto-observação e autodescrição.²⁹

Nesse sentido, Luhmann ressalta que na “clássica divisão de trabalho” entre as ciências do direito (tomadas aqui em sentido genérico como algo que abrange as autodescrições do sistema jurídico, sobretudo a dogmática jurídica e a teoria do direito³⁰) e a sociologia do direito, a primeira se ocuparia de normas e a segunda de fatos. Assim, a atividade do jurista estaria direcionada à interpretação e aplicação de normas enquanto que a do sociólogo se voltaria à apreensão do contexto factual do

²⁷ Nesse particular, Luhmann ressalta a insuficiência das análises empíricas convencionais da sociologia do direito em descrever adequadamente o sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 542-543. (trad. ingl., p. 458-459; trad. esp., p. 616-617).

²⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 70).

²⁹ Cf. ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch, 1993 p. 296.

³⁰ A esse respeito, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce ressaltam que os termos “ciência jurídica” ou “ciência do direito” referir-se-iam ao estudo do direito realizado a partir de um ponto de vista interno. Cf. ARNAUD, André-Jean; FARINÁS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, p. 4.

direito, às suas condições e efeitos sociais.³¹ Essa clivagem tradicional entre o âmbito das ciências jurídicas e o da sociologia do direito seria particularmente reforçada pela distinção entre os planos do “ser” e do “dever-ser”.³² Luhmann, aliás, alude a Kelsen como expressão da formulação mais explícita dessa concepção que sustenta a clivagem entre o plano da ciência do direito e o da sociologia.³³ Ora, essa situação comprometeria significativamente a possibilidade de colaboração entre sociologia do direito, de um lado, e a dogmática jurídica e a teoria geral do direito, de outro.³⁴

Entretanto, segundo Luhmann, essa clivagem tradicional já estaria superada, na medida em que as pressões exercidas, de forma conjugada, por perspectivas como a da “jurisprudência dos interesses” e da “social engineering” teriam remetido a aplicação do direito a fatos não previamente formulados nas normas e que deveriam ser descobertos para além de seu texto. Porém, mesmo diante da superação da separação radical entre “ser” e “dever-ser” e da decorrente dissolução da delimitação precisa entre o âmbito das ciências jurídicas (dogmática e teoria do direito) e o da sociologia do direito, não teria havido, segundo o autor, uma influência significativa desta sobre aquelas. O motivo determinante para isso decorreria da inexistência de uma abordagem sociológica adequada da dogmática jurídica e da teoria do direito.³⁵ Ora, segundo Luhmann, os aportes teóricos proporcionados pela teoria dos sistemas autopoieticos permitiriam uma mudança nessa situação.

Para analisar em que medida a teoria dos sistemas pode alterar essa situação, cabe preliminarmente notar que Luhmann não está propondo que a sociologia do direito substitua ou “sociologize” a dogmática jurídica ou da teoria do direito. Conforme já mencionado, ambas (dogmática e teoria do direito) são formas internas

³¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53.

³² Cf. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, p. 317.

³³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53. Ver também: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984, p. 23 e ss. A respeito da distinção entre “ser” e “dever-ser” na obra de Kelsen, ver, por exemplo: DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149-154. Vale lembrar que, para Kelsen, ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*) são dois conceitos formais que se distinguem logicamente e não ontologicamente. Cf. JOUANJAN, Olivier. *Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen*. In: JOUANJAN, Olivier (Coord.). *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*. Paris: PUF, 2010, p. 18. Para uma breve análise comparativa dos modelos teóricos de Kelsen e de Luhmann, ver: TREVES, Renato. *Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantianes*. In: *Droit et Société*, nº 7, p. 327-332, 1997. Para uma análise que contrasta a noção de justiça nos pensamentos de Kelsen e de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.

³⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 54.

³⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53-54.

de autodescrição do sistema jurídico.³⁶ Cumprem, portanto, funções específicas que se voltam à própria autoapoiese desse sistema. Para Luhmann, a dogmática jurídica consiste numa forma de reflexão interna do sistema jurídico que se relaciona estreitamente aos problemas decisórios e que é limitada em seu grau de abstração em virtude de sua subordinação ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida. A teoria do direito, também ela uma reflexão interna ao sistema jurídico, consiste numa “abstração da abstração” capaz de questionar a própria identidade do sistema jurídico e entabular uma mediação entre a observação interna e a observação externa a ele relativas. Por sua vez, a sociologia do direito consiste numa observação e numa descrição externas do direito e, por esse motivo, não pode substituir, se sobrepor ou mesmo pretender ter alguma influência direta no sistema jurídico.³⁷ Pode, entretanto, irritá-lo e, assim, contribuir para a própria sofisticação de suas autodescrições. É nesta perspectiva que se torna frutífera para os próprios juristas a análise que será feita a seguir acerca da justiça como “fórmula de contingência”.³⁸

2. A JUSTIÇA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA

A partir de um enfoque sociológico, Niklas Luhmann, considera que a justiça, no contexto da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada,³⁹ serviria de “fórmula de contingência” (*Kontingenzformel*) do sistema jurídico, cuja finalidade seria

³⁶ Na conclusão da 2ª edição de *Rechtssoziologie*, Luhmann também se refere à dogmática jurídica e à teoria do direito como “formas de autodescrição do sistema jurídico” (*Formen der Selbstbeschreibung des Rechtssystems*). Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 360.

³⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit, p. 30-31. Esse aspecto também é ressaltado por Carbonnier. Referindo-se à especificidade da abordagem do sociólogo em relação à do jurista dogmático (ou seja, aquele que analisa o direito pelo ângulo interno), Carbonnier ressalta que “le sociologue, au contraire, demeure en dehors du système qu'il observe, ce système fût-il le sien, et l'observation qu'il en fait ne saurait le moins du monde en influencer le fonctionnement.” CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*, p. 17.

³⁸ Para uma análise de teor semelhante à que será desenvolvida a seguir, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366 e ss.; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 129-150; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann, p. 120-126.

³⁹ Acerca da diferenciação funcional que, na teoria de Luhmann, caracteriza a sociedade moderna, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 144-148. Cabe notar que a perspectiva de Luhmann se dirige à sociedade moderna e, sobretudo, ocidental. Sua concepção acerca da justiça é, portanto, direcionada ao Ocidente moderno, motivo pelo qual é preciso ter cautela para não aplicá-la indiscriminadamente.

justamente fornecer um controle de consistência e de adequação às decisões jurídicas.⁴⁰ Trata-se, portanto, de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não é identificável com a natureza, pois isso seria inaceitável em função da fundamentação metafísica que implicaria, mas que, por outro, não se reduz à simples decisão, que conduziria ao simples decisionismo. Essa forma de autocontrole, proporcionada justamente pelo conceito de justiça implica que o mesmo, para cumprir essa função, seja reelaborado.⁴¹ Note-se, entretanto, que a descrição da justiça como uma fórmula de contingência consiste na perspectiva de uma observação externa, ou seja, sociológica, nos termos indicados anteriormente. No interior do sistema jurídico, porém, a justiça remanesce, segundo Luhmann, como uma ideia, um valor ou um princípio.⁴²

A justiça, nesse sentido, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias que a ela se referem, deixa de apresentar qualquer conotação valorativa, passando a ser apenas um símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna estreitamente relacionada à função estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito.⁴³ Não se trata, portanto, de uma norma superior (*Übernorm*), colocada para além do subsistema jurídico, a partir da qual seria possível avaliá-lo criticamente.⁴⁴ Luhmann critica vivamente essa axiologização e eticização da justiça, pois considera que esta, se transformada num valor, perde sua íntima

⁴⁰ Note-se que, a esse respeito, a terminologia de Luhmann não é precisa, uma vez que esse autor utiliza “fórmula de consistência” e “fórmula de contingência” no mesmo sentido. Segundo Jean Clam, “l’usage de cette terminologie n’est pas très précis dans la théorie du droit luhmannienne. Il y a un flottement dans la caractérisation de la justice comme formule de consistance ou de contingence (alors que la distinction est clairement établie pour l’économie). Ainsi dans *RdG [Das Recht der Gesellschaft]* le chapitre consacré à la justice est intitulé ‘la formule de contingence: Justice’ (*Kontingenzformel Gerechtigkeit*), alors que dans *RS [Rechtssoziologie]*, il ne parle que de formule de consistance [...]”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 225, nota 1.

⁴¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 213-214; trad. esp., p. 280).

⁴² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 280).

⁴³ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 207.

⁴⁴ Luhmann critica concepções que ele considera atreladas ao paradigma do direito natural, tais como a de Manuel Atienza, que partiriam da premissa de que a pressuposição de uma ordem superior (o direito natural) seria a única forma de fundamentação crítica em relação ao direito positivo. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 220 (trad. ingl. 215; trad. esp., p. 281). Acerca do perfil crítico-avaliativo das teorias do direito natural, ver, por exemplo: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 26. A esse respeito, Gunther Teubner ressalta que a própria historização da justiça teria levado ao abandono de demandas filosóficas por sua universalidade temporal e espacial. Assim, segundo ele, nas condições contemporâneas de fragmentação social, concepções aristotélicas ou kantianas do que é uma sociedade justa teriam perdido plausibilidade. Cf. TEUBNER, Gunther. *Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law?*, p. 2 e 5.

ligação com o direito e a função por ele exercida.⁴⁵ De modo semelhante ao que ocorre na análise weberiana acerca do processo de racionalização interna do direito, vista em termos de sua progressiva desmaterialização, também em Luhmann, como corolário da autorreferencialidade dos subsistemas funcionais, há uma desintegração das condições de possibilidade de referência a uma instância substancial suprema, o que faz com que a justiça deixe de ser uma grandeza absoluta que serve à aferição do grau de perfectibilidade do direito positivo, para tornar-se o modo pelo qual este exerce seu autocontrole.⁴⁶

Assim, na perspectiva da teoria dos sistemas, a justiça não pode ser vista como um valor transcendente, mas como uma fórmula de contingência que se liga estreitamente à própria consecução da função do subsistema jurídico e que, ademais, se situa no interior do mesmo e não para além dele.⁴⁷ Portanto, conforme ressalta Marcelo Neves, “a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna).”⁴⁸ Conforme se verá adiante, trata-se de uma abordagem da justiça que, dissociando-a de uma conotação valorativa suprema, a concebe articulada ao redor da questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões.⁴⁹

Percebe-se, deste modo, que Luhmann desenvolve um conceito de justiça compatível com a pressuposição de autorreferência dos subsistemas autopoieticos que compõem o sistema social, o que não ocorre com as teorias tradicionais da justiça, que, via de regra, procuram um fundamento axiológico superior para a crítica do direito positivo. A postulação de um valor superior e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico afetaria sua autorreferência, além de não servir aos propósitos funcionais que lhe são ínsitos, pois a pressuposição de valores últimos – como o de uma justiça absoluta – aparta a autorreferência desses mesmos valores da dos subsistemas funcionais. Isso significa que a pressuposição de uma ordem superior de valores cria

⁴⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 377 (trad. it., p. 319); CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 208.

⁴⁶ Segundo Jean Clam, “la crise des conceptions ‘perfectionnistes’ [...] arrive, pour Luhmann, avec la transition vers la modernité [...]”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 215 e 221. A respeito, Neves ressalta que “torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84.

⁴⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218-219 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 279-280); ———. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 387 e ss.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

⁴⁹ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 129-150; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, p. 120-126.

um bloqueio à contingência justamente porque os valores absolutos (justiça, verdade, etc.), ao refletirem a si mesmos, fornecem um fundamento último que não se submete à contingência, colocando-se, em razão disso, para além das funções desempenhadas pelos subsistemas sociais.⁵⁰

Contrariamente a isso, a justiça enquanto fórmula de contingência não visa medir o grau de perfectibilidade do subsistema jurídico, mas permitir a generalização congruente das expectativas normativas. Decorre daí sua ligação indissociável à consecução da função desse subsistema, que se realiza sob a forma de um símbolo, não absoluto, mas intrassistêmico, de determinação da congruência generalizada das expectativas normativas.⁵¹ É, nesse sentido, que Luhmann define a justiça mediante distinções, afirmando que ela é autorreferencial não como operação, mas como observação que se remete não para o nível do código do subsistema jurídico, mas para o dos programas condicionais, e o fazendo não sob a forma de uma teoria, mas sim de uma norma que, enquanto tal, é passível de frustração, o que acarreta, como consequência, a possibilidade de que existam ordenamentos jurídicos injustos (ou dotados de maior ou menor grau de justiça), sem que, com isso, seja possível afirmar que a autopoiese operativa desse subsistema ou seu código possam ser justos.⁵²

Ao definir a justiça em termos de fórmula de contingência, Luhmann passa a lhe atribuir a tarefa de garantir o controle da complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente⁵³, o

⁵⁰ Segundo Jean Clam, “la perfection fait fonction de mécanisme de blocage de la contingence en fondant des ordres autosubstitutifs, dont la réflexivité n’est cependant pas fonctionnelle. [...] La caractéristique des ordres axiologiques traditionnels est qu’ils ont à leur fondement des valeurs dernières qui se réfléchissent en elles-mêmes en s’appliquant chacune sa propre valeur. Ainsi la justice est juste et la vérité vraie, etc. En faisant référence à elles-mêmes, elles permettent à l’ordre propre d’arrêter tout renvoi à un ordre aliène et lui fournissent un fondement dernier non soumis à la contingence. [...] Son autoréférence se distingue cependant de l’autoréférence systémique par le fait qu’elle n’est pas fonctionnelle”. CLAM, Jean *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 212-213. Complementarmente a isso, Marcelo Neves enfatiza que a referência a valores pretensamente universais acarretaria a imobilidade do sistema jurídico, bloqueando sua tarefa seletiva, de modo a gerar efeitos disfuncionais. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 85.

⁵¹ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 207-208.

⁵² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 279). Para uma análise dos programas na teoria de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 431-434.

⁵³ O termo alemão *Umwelt*, em português, pode ser traduzido como *entorno* ou como *ambiente*. Nas edições de língua inglesa, o termo aparece como *environment* e nas francesas, como *environnement*. Nas traduções de língua espanhola, tal termo costuma ser traduzido como *entorno*. No Brasil, atualmente, a tendência tem sido traduzir o termo *Umwelt* como “ambiente”. Em minhas publicações mais antigas, costumava utilizar o termo “entorno” que, ademais, aparece também, embora circunstancialmente, em publicações de Celso Campilongo e de Marcelo Neves. Atualmente, tenho optado por utilizar o termo “ambiente”.

qual, ao sobrecarregá-lo com demandas que ele não pode cumprir, lhe impõe um grau que complexidade que deve ser devidamente reduzido, sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento cognitivo.⁵⁴ É por este motivo que Luhmann concebe a justiça como “complexidade adequada”⁵⁵, que expressa a dimensão externa da justiça. Entretanto, a justiça também apresenta uma dimensão interna, que se expressa na consistência das decisões. Luhmann sintetiza sua concepção da justiça afirmando que a mesma se expressaria na complexidade adequada na tomada de decisões consistentes.⁵⁶

Ora, as fórmulas de contingência, dentre as quais a justiça, visam justamente fornecer um ponto ótimo que permita lidar com o grau de complexidade que é imposto pelo ambiente, sem que isso importe comprometimento da consistência do sistema.⁵⁷ É nesse sentido que, aludindo ao papel desempenhado pela justiça na teoria dos sistemas, Jean Clam ressalta que esta deve servir como mecanismo capaz de conjugar, de um lado, a salvaguarda contrafactual dos consensos normativos que asseguram a congruência das expectativas sociais e, de outro, a abertura cognitiva do direito em relação ao afluxo de complexidade proveniente de outros subsistemas sociais.⁵⁸ Isso significa que a justiça, enquanto fórmula de contingência, visa compensar os efeitos decorrentes do fechamento operacional do subsistema do direito, que faz com que o este perca um contato direto com seu ambiente. Trata-se de um mecanismo interno ao próprio direito que lhe permite dar respostas consistentes às

⁵⁴ Em Luhmann a justiça só pode ser considerada a partir do interior do subsistema jurídico, seja em termos de complexidade adequada (justiça externa), seja em termos de consistência das decisões (justiça interna), o que remete, respectivamente, para a abertura cognitiva desse subsistema e para sua capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

⁵⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

⁵⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287); TEUBNER, Gunther. *Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?*, p. 8.

⁵⁷ Referindo-se aos subsistemas sociais, Jean Clam ressalta que “tous ces systèmes se laissent réguler par des ‘formules de contrôle’ ou ‘de consistance’ – souvent complémentaires de ‘formules de contingence’”. Ces grandeurs ne sont pas seulement axiologiquement neutralisantes (puisqu’elles font ‘abstraction’ des valeurs qui entrent en jeu dans leurs fomules, mais elles sont elles-mêmes neutres, comme produits de relationnements seconds et de négociation des valeurs neutralisées”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 224-225. Cumpre observar que Luhmann compara a justiça outras fórmulas de contingência de outros subsistemas funcionais. Assim, indica a escassez como fórmula de contingência da economia, a legitimidade como fórmula de contingência da política, a limitação, via negação, como fórmula de contingência da ciência e a ideia de um Deus único como fórmula de contingência na religião.

⁵⁸ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 221. Em sentido análogo, Marcelo Neves ressalta que se trata “por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normative autopoietica.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

irritações provenientes de seu ambiente.⁵⁹ É por essa razão que Gunther Teubner afirma que, enquanto fórmula de contingência, a justiça refere-se à relação do direito com seu ambiente, sendo, portanto, “complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes.”⁶⁰

Assim, a justiça não pode ser vista como um terceiro valor ao lado daqueles que compõem o esquema binário do código do subsistema jurídico, uma vez que isso afetaria sua biestabilidade.⁶¹ Enquanto observação, de caráter normativo, dirigida aos programas condicionais, a justiça se coloca mais propriamente no plano daquilo que Luhmann denomina observação de segunda ordem, funcionando como uma autodescrição, ou representação, da unidade do direito, o que faz com que, enquanto tal, ela seja “canonizada” de modo a tornar-se irrefutável dentro desse subsistema.⁶² Como uma espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si não é um programa condicional, consiste apenas num esquema para a obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais.⁶³

⁵⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl. 218; trad. esp., p. 285).

⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes et al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 71.

⁶¹ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 215 (trad. ingl., p. 212; trad. esp., p. 277). Tal como ocorre com outros termos utilizados por Luhmann, *Recht* e *Unrecht* (que veiculam os dois valores constantes no código do direito) são de difícil tradução. Javier Torres Nafarrate, tradutor para o espanhol do livro *O direito da sociedade [Das recht der gesellschaft]* optou por traduzi-los como direito (*Recht*) e não-direito (*Unrecht*). Os tradutores franceses, em geral, traduzem *Recht/Unrecht* por *légal/illégal*. Também as traduções inglesas – como é o caso de *Law as a social system* – comumente traduzem o binômio *Recht/Unrecht* por *legal/illegal*. Ademais, conforme ressalta Pierre Guibentif, a problemática terminológica que envolve os termos *Recht* e *Unrecht* não é exclusiva das demais línguas. No próprio alemão haveria ambigüidades semânticas relacionadas a tais termos que carregariam uma carga moral. Segundo esse autor, “l’opposition *Recht/Unrecht* connote ainsi, bien plus que l’idée technique d’une opposition entre ce qui est conforme et ce qui est contraire au droit (ce qui d’ailleurs serait désigné en allemand de manière univoque par l’adverbe *widerrechtlich*, courant dans le langage juridique), l’opposition entre le tort et la raison. Niklas Luhmann reconnaît d’ailleurs lui-même, à un moment donné, le caractère ‘moralement chargé de la terminologie’. Mais il ne renonce pas pour autant aux termes *Recht/Unrecht*, considérant pouvoir imposer un sens tout à fait indépendant de toute référence morale”. Cf. GUIBENTIF, Pierre. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 44-45. Para uma análise da carga moral dessa terminologia, ver LUHMANN, Niklas. The coding of the legal system, p. 149. No Brasil, Marcelo Neves e Celso Campilongo traduzem *Recht* por lícito e *Unrecht* por ilícito. Em meu livro, intitulado *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, seguindo a opção sugerida por Javier Torres Nafarrate, utilizei os termos direito/não-direito como tradução do binômio *Recht/Unrecht*. Posteriormente, sobretudo em livros como *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro* e também *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, optei pela tradução lícito/ilícito.

⁶² Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 219 (trad. ingl. 214-215; trad. esp., p. 280).

⁶³ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223; 232-233 (trad. ingl. 218 e 224-225; trad. esp., p. 285 e 294).

No que concerne à questão da consistência, Luhmann ressalta que, em sua forma mais geral, a justiça, enquanto fórmula de contingência, foi tradicionalmente, e ainda hoje continua a sê-lo, identificada com a igualdade que, por sua vez, expressa um elemento formal que consigna todos os conceitos de justiça, não obstante signifique apenas regularidade e consistência. Assim sendo, a igualdade, tal como ocorre com todas as fórmulas de contingência, é vista como um princípio que se autolegitima.⁶⁴ Considerada nesses termos, a justiça deixa de ser concebida como uma afirmação relativa à essência ou natureza do direito, um princípio fundador da validade jurídica ou um valor que fizesse o direito parecer algo digno de preferência.⁶⁵ A justiça, enquanto fórmula de contingência, é tradicionalmente associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, o que, em última instância, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato “x”, “y” é legal”. Ou seja, tal como já ressaltava Luhmann em seu livro *Rechtssoziologie*, a justiça tornar-se-ia a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência.⁶⁶ Isso significa que, na sociedade moderna, o que se pode reputar um direito justo consiste na aplicação universal de critérios para a decisão sem que haja a consideração das pessoas implicadas.⁶⁷

Ora, isso quer dizer que a igualdade passa a funcionar, no âmbito do subsistema do direito, como um postulado regulador da congruência jurídica. Tal como enfatiza Jean Clam, os efeitos da generalização pela igualdade revelam uma racionalidade sistêmica que, por meio da validação universal fornecida pelo princípio da igualdade, provoca uma restrição das possibilidades decisórias do direito (*rétrécissement des voies de la décision juridique*), que corresponde a uma redução de complexidade.⁶⁸ Nesse sentido, o princípio da igualdade, com o qual tradicionalmente se associa a justiça, passa a ser um princípio de racionalização do direito, justamente porque, ao exigir a inclusão de todas as pessoas concernidas, permite que se generalize a validade desse subsistema, instalando limitações estruturais que inserem as

⁶⁴ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 222 (trad. ingl. 217; trad. esp., p. 283-284); _____, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 410 (trad. it, p. 354).

⁶⁵ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl. 218; trad. esp., p. 284-285).

⁶⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 284. (trad. port. v. 2, p. 87).

⁶⁷ A esse respeito, Luhmann enfatiza que não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade ou na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já ‘irrelevantes’). Com isso, abdicar-se-ia da equidade concreta da compensação implícita na interação individual. Igualdade perante a lei passa a significar: especificação e aplicação universal de critérios para a decisão “sem consideração da pessoa”. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 284. (trad. port. v. 2, p. 86-87).

⁶⁸ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 209.

decisões jurídicas em esquemas binários exclusivos, os quais, por sua vez, favorecem a emergência e imposição da comunicação jurídica fundada na dicotomia direito (igual)/não direito (desigual).⁶⁹ É por essa razão que Luhmann pode afirmar que a igualdade contribui para a obtenção de consistência interna, por parte do direito.⁷⁰

Contudo, apenas a consistência interna das decisões jurídicas não é suficiente para que as mesmas sejam consideradas justas. É também necessário que elas tenham adequação social, ou seja, complexidade adequada.⁷¹ Gunther Teubner sublinha que a justiça como fórmula de contingência ultrapassa explicitamente a consistência interna. Ela não é concebida como imanente ao direito, mas como transcendente a ele. Assim, para que haja justiça é necessário que a consistência interna se articule à capacidade de resposta adequada às demandas plurais advindas do ambiente. Tal é a dupla exigência a ser adimplida para que se possa falar de justiça como fórmula de contingência. É por tal motivo, aliás, que Teubner sublinha o caráter subversivo da própria justiça. Segundo ele, a justiça figuraria como uma força interna ao direito que o subverte. A justiça apareceria como um processo idiossincrático por meio do qual a auto-observação do direito interrompe, bloqueia e sabota a recursividade rotinizada das operações legais, permitindo ao direito transcender a si próprio.⁷² É por essa razão que a justiça emerge como um paradoxo que, como observa Marcelo Neves, nunca é superado. Ou seja, trata-se de um paradoxo que pode ser processado e solucionado em casos concretos, mas nunca superado plenamente, pois sua superação

⁶⁹ Evidentemente que se está aqui bem distante de uma concepção normativa da justiça como equidade, tal como a que é proposta, por exemplo, por John Rawls. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3-56. Essa oposição é muito bem analisada, ainda que em termos mais abrangentes e não centrados na problemática do conceito de justiça, por Habermas nas duas primeiras seções do capítulo II do livro *Direito de democracia*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 65-94. Vale notar ainda que a posição de Luhmann também não se confunde com o princípio do *right to equal concern and respect* proposto por Ronald Dworkin que, baseando-se em grande medida na teoria da justiça de Rawls, também ostenta uma clara dimensão normativa. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 279-282; 419-427. A respeito, Teubner ressalta que Rawls e Habermas conceberiam a justiça sem um fundamento histórico e social. Suas ideias estariam, portanto, presas à antiga tradição semântica europeia que definia os componentes básicos da justiça como a reciprocidade universal, o consenso e a racionalidade. Cf. TEUBNER, Gunther. *Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?*, p. 3.

⁷⁰ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 211.

⁷¹ Isso implica o sistema jurídico reconstrua em si a complexidade do ambiente. Para tanto o sistema precisa reduzir complexidade e o faz a partir de um alto grau de indiferença. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

⁷² Cf. TEUBNER, Gunther. *Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?*, p. 8-13. Infelizmente, não há como analisar no contexto deste artigo a proposta de Teubner que, conjugando a perspectiva de Luhmann com as de Derrida e Levinas, analisa a justiça em termos de uma fórmula de transcendência.

implicaria o fim do direito como um sistema social autônomo.⁷³ A justiça, portanto, se afigura como “uma experiência do impossível”⁷⁴ o que a torna sempre fugidia em relação à uma busca que se expressa sempre como um tatear.⁷⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?* Paris: LGDJ, 1981.

_____. *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*. Paris: LGDJ, 2012.

_____.; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

ARON, Raymond; FOUCAULT, Michel. *Dialogue*. Paris: Nouvelles Éditions Lignes, 2007.

BERTHELOT, Jean-Michel. *La construction de la sociologie*. 6e édition. Paris: PUF, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008.

⁷³ Neves ressalta que “a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito [...]. Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo [...] é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca é superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente.” NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 225-226.

⁷⁴ Derrida afirma que “a justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça.” DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 30. Vale lembra que a mobilização do pensamento de Derrida é feita tanto por Teubner como por Neves.

⁷⁵ Alain Supiot ressalta justamente essa “recherche toujours tâtonnante de la justice”. Cf. SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005, p. 233.

CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris: LGDJ, 2010.

_____. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 11-49.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)

LAVAL, Christian. *Lambition sociologique*. Paris: Gallimard, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. [trad. It.: *La differenziazione del diritto*: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Il Mulino, 1990.]

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. [trad. esp.: *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005; trad. ingl.: *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004].

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. In: *Droit et Société*, n° 47, p. 15-73, 2001.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, n° 5, v. 13, p.1.419-1.441, March, 1992.

_____. Quod omnes tangit: remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (Ed.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 157-172.

_____. *Rechtssoziologie*. 4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. [trad. port.: *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. vs. I e II].

_____. The autopoiesis of social systems. In: LUHMANN, n° *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 1-21.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

_____. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes et al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law? In: *The Modern Law Review*. 72(1), 2009, p. 1-23.

TREVES, Renato. Un inedit de Kelsen concernant ses sources kantianes. In: *Droit et Société*, n° 7, p. 327-332, 1997.

TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: PUF, 2008.

VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61.

_____. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010.

_____. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 533-566, jan./dez. 2011/2012.

_____. Communication. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 69-72.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.

_____. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 144-148.

_____. *O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 431-434.

_____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FENOMENOLOGIA E SEMIÓTICA DE PEIRCE: MÉTODOS PARA A CIÊNCIA JURÍDICA

Peircean phenomenology and semiotics: methods for legal science

Clarice Von Oertzen de Araujo

SUMÁRIO

1. Introdução ao pensamento de Peirce. 2. O Direito como categoria fenomenológica. 3. A linguagem da constituição como um supersigno. 4. O Objeto, o intérprete e a dinâmica social. 5. A semiótica como uma metodologia de investigação. 6. Conclusão. Bibliografia.

RESUMO:

Peirce formulou uma proposta própria de fenomenologia como a ciência daquilo que aparece à experiência e surge como fenômeno para uma mente que o interprete. Numa concepção ontológica, a fenomenologia peirceana vincula-se ao modo de ser da realidade, dividindo todos os fenômenos em três categorias por ele denominadas 'cenopitagóricas'. A divisão categorial de Peirce influencia todas as áreas de sua produção, inclusive a semiótica. Não se trata, portanto, de uma semiótica que examina apenas os signos linguísticos. As categorias de Peirce classificam todos os fenômenos do universo, independentemente de estarem localizados dentro ou fora da mente. A conveniência de aplicação destas matrizes para a investigação do Direito é que proporcionam uma continuidade entre 'ser' e 'dever-ser', extratos ontológicos tradicionalmente estudados de forma dissociada.

ABSTRACT:

Peirce made his own proposal of phenomenology as the science of what appears to experience and emerges as a phenomenon to a mind that can interpret it. In an ontological conception, peircean phenomenology is linked to the mode of being of reality dividing all phenomena into three categories by him called 'cenopythagorean'. The categorial division of Peirce influences all areas of his production, including semiotics. It is not, therefore, a semiotics that examines only the linguistic signs. The categories of Peirce classify all phenomena of the universe, whether located inside or outside the mind. The convenience of applying these matrices to research the law is to provide a continuity between 'being' and 'must-be', ontological extracts traditionally studied in dissociated form.

Palavras-chaves: Direito. Fenomenologia. Peirce. Semiótica.

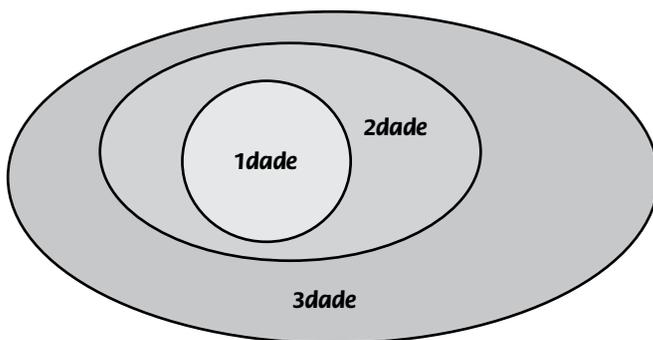
Keywords: Law Phenomenology. Peirce. Semiotics.

1. INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE PEIRCE

O que se pretende no presente artigo é conceber a fenomenologia e a semiótica de Peirce como possíveis métodos de investigação do Direito. Sendo a semiótica uma ciência das linguagens que estuda todas as formas de manifestação da cultura, a sua aplicação como técnica de investigação do universo jurídico revela-se como excelente e contemporâneo instrumento heurístico.

A semiótica com a qual estaremos trabalhando é a ciência dos signos concebida pelo lógico e filósofo americano Charles Sanders Peirce. A premissa desta proposta é a de uma pansemiótica segundo a qual os signos não são uma classe de objetos nem se referem apenas à linguagem, mas permeiam todo o universo. A semiótica de Peirce não se assenta exclusivamente sobre a língua como um sistema de signos, a sua estrutura observa uma concepção fenomenológica em que todo e qualquer fenômeno do mundo, interno ou externo à mente, pode ser concebido como um signo e classificado como integrante de apenas três categorias universais ontológicas, denominadas por Peirce de ‘categorias cenopitagóricas’. As categorias fenomenológicas de Peirce são denominadas Primeiridade (*Firstness*), Secundidade (*Secondness*) e Terceiridade (*Thirdness*)

A análise dos fenômenos que aparecem à mente que os interpreta, na condição de uma investigação fenomenológica, não procura estabelecer a pertinência do fenômeno exclusivamente a uma categoria, o que se busca é a identificação da categoria predominante. A terceiridade se apresenta como a categoria mais geral. Assim, se houver a predominância da categoria da terceiridade também estarão presentes a secundidade e a primeiridade. Ali onde se encontrar a secundidade predominante, a primeiridade também estará implicada. Isso porque as categorias se degeneram, perdem generalidade, mas não se excluem. A terceiridade, na condição de categoria de máxima generalidade, inclui a secundidade e a primeiridade; e a secundidade contém a primeiridade, conforme a configuração abaixo:



2. O DIREITO COMO CATEGORIA FENOMENOLÓGICA

Para Peirce, todo o conhecimento, todas as ideias, são entidades semióticas, pois não podemos pensar sem signos. Além disso, o lógico e filósofo americano acredita que “o pensamento é uma espécie de conduta que se acha em larga escala

submetido ao autocontrole” (CP 5.419)¹. A premissa sobre a qual se assenta a possibilidade de adoção da fenomenologia e da semiótica como metodologias jurídicas é a de que o Direito possui a natureza de um fenômeno universal (*ubi societas, ibi ius*)² e cultural que se manifesta como fenômeno no mundo, como conduta, linguagem e pensamento.

Na medida em que se revela como cultura, o Direito possui a natureza de um objeto semiótico e a categoria fenomenológica na qual se insere é a categoria da terceiridade. Ser um objeto da cultura significa que o Direito é o produto de um modo de ser, de viver e de pensar cultivado pela civilização. A cultura, que inclui o Direito entre as suas formas de manifestação, significa um conjunto de modos de vida criados, adquiridos e transmitidos entre gerações e membros de cada sociedade³.

Uma importante inovação que se agrega à adoção da semiótica como método de investigação do jurídico ao se adotar a análise fenomenológica proporcionada pelas categorias cenopitagóricas concebidas por Peirce é a não separação absoluta entre ser e dever ser, ou entre conduta e pensamento. Com efeito, Peirce é absolutamente peremptório quanto a essa continuidade, conforme a seguir se revela:

04. Terceiridade é a característica de um objeto que encarna em si – *o-ser-entre* ou Mediação em sua forma mais simples e rudimentar (...).

105. Terceiridade é para mim apenas um sinônimo de Representação; prefiro-o porque suas sugestões são menos estreitas. Pode-se agora dizer que um princípio geral operatório no mundo real tem natureza de Representação e Símbolo porque o seu *modus operandi* é o mesmo pelo qual as *palavras* produzem efeitos físicos. (...)

106. As palavras provocam mesmo efeitos físicos. É tolice negá-lo. A própria negação envolve crença nesses efeitos (...).

Mas *como* é que produzem esses efeitos? Não atuam *diretamente* na matéria. Como símbolos, sua ação é meramente lógica. Não é sequer psicológica⁴.

[...]

431. Não apenas os gerais podem ser reais como também podem ser *fisicamente eficientes*, não em todo sentido metafísico, mas na acepção do senso comum na qual os propósitos humanos são fisicamente eficientes. Agora o absurdo

¹ Tradução colhida em BACHA, Maria de Lourdes. *A teoria da investigação em C. S. Peirce*. São Paulo, CenaUn, 1998, p. 39.

² COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito. Tradução da 5ª edição alemã por Elisete Antoniuk*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 174.

³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia. Tradução Alfredo Bosi*. 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

⁴ Tradução colhida em PEIRCE, Charles Sanders. *Escritos coligidos. Seleção de Armando Mora D'Oliveira. Tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sergio Pomerangblum*. 1. ed., São Paulo, Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974, p. 37.

metafísico, nenhum homem sadio duvida que se estou sentindo que o ar em meu escritório está abafado, esse pensamento pode fazer com que a janela seja aberta. Meu pensamento, aceitemo-lo, foi um evento individual. Mas aquilo que o levou a assumir a determinação particular que assumiu foi em parte o fato geral de que o ar abafado é prejudicial. (...) Destarte, quando minha janela foi aberta, em virtude da verdade de que o ar abafado não é sadio, um esforço físico foi criado pela eficiência de uma verdade geral e não existente⁵.

Apresentar um conceito de direito é tarefa complexa e sempre incompleta, imperfeita. Um conceito deve se referir a um objeto o qual denota. Quando se trata de definir o conceito de direito, a circunscrição do objeto referido pelo signo traz uma série de questões. O objeto do conceito de direito abarca tanto as normas jurídicas como um conjunto de leis, pertencentes à categoria da terceiridade, como a conduta intersubjetiva e socialmente considerada que o direito representa e regula. O *status* fenomenológico da conduta e das normas não é o mesmo, estando a conduta na categoria da secundidade e as leis na categoria da terceiridade. Assim, apresentar um conceito que compreenda todas essas dimensões demanda uma metodologia que considere e harmonize todas essas contingências. Em nível epistemológico, por sua vez, as diversas acepções do vocábulo “direito” revelam que o emprego deste signo também não desfruta de univocidade, mas, muito ao contrário, apresenta uma plurivocidade de acepções e universos de referência que afetam o próprio conceito de direito.

O vocábulo “Direito” é expressão ambígua⁶. Somente em sua concepção de fenômeno jurídico, a ele podemos atribuir diversas significações, às quais passaremos a associar as respectivas categorias cenopitagóricas:

a) o que é justo e conforme com a lei e a justiça – trata-se de um predicado e qualidade abstrata que pertence à primeiridade;

b) faculdade legal de praticar ou não praticar um ato – em se tratando de uma faculdade que um sujeito tem *concretamente, na condição de um direito subjetivo*: categoria da secundidade;

c) ciência das normas obrigatórias que disciplinam as relações dos homens numa sociedade: categoria da terceiridade;

d) jurisprudência – como *conjunto de decisões judiciais concretas*: categoria da secundidade;

⁵ Tradução colhida em PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. 3. ed., Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo, Perspectiva, 1999, p. 370. Para Pontes de Miranda, igualmente, para a ciência do direito, o que importa é o ‘Sein’, o ser, e não o ‘Sollen’. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo 2. Campinas, Bookseller, 2000, p. 231.

⁶ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

e) conjunto das leis reguladoras dos atos judiciais: na condição de um ordenamento jurídico ou instituição: categoria da terceiridade.

Quando Peirce concebe as leis inseridas na categoria da terceiridade, mencionando as leis naturais, a concepção fenomenológica não discrepa da aceção de lei como as leis jurídicas, conforme explica SANTAELLA:

O que é uma lei? Uma lei é uma abstração, mas uma abstração que é operativa. Ela opera tão logo encontre um caso singular sobre o qual agir. A ação da lei é fazer com que o singular se conforme, se amolde à sua generalidade. É fazer com que, surgindo uma determinada situação, as coisas ocorram de acordo com aquilo que a lei prescreve. Se não fosse pela lei, as ocorrências seriam brutas e cegas. É por isso que também falamos em leis da natureza. Quando algo tem a propriedade da lei, recebe na semiótica o nome de *legi-signo* e o caso singular que se conforma à generalidade da lei é chamado de *réplica*. Assim funcionam as palavras, assim funcionam todas as convenções sócio-culturais, assim também funcionam as leis do direito⁷.

3. A LINGUAGEM DA CONSTITUIÇÃO COMO UM SUPERSIGNO

A crença na continuidade das leis naturais e jurídicas também é adotada por Pontes de Miranda, que professa a identidade entre a lei jurídica e a científica⁸. A Constituição ou lei constitucional seria o mais importante *legissigno* das ordens jurídicas contemporâneas. Para proceder à investigação de seu conceito, concebemos o Direito como um sistema semiótico, pertencendo eminentemente à categoria da terceiridade, cuja linguagem é artificialmente elaborada⁹, procurando demonstrar como os fenômenos jurídicos podem ser estudados na condição de fenômenos semióticos.

Normas constitucionais não são derivadas de outras que lhes forneçam um fundamento de validade. O exame da lei constitucional evidencia que ela possui uma peculiaridade: é a matriz da linguagem jurídica prescritiva do direito positivo. Possui, portanto, na condição de categoria da terceiridade, o estatuto de *legissigno* inaugural

⁷ SANTAELLA, Lúcia. *Semiótica aplicada*. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 13

⁸ PONTES DE MIRANDA, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo 2. Campinas, Bookseller, 2000, p. 231.

⁹ Eco trata a linguagem jurídica como um *léxico especializado ou convenção lingüística particular*. Leia-se: “Será preferível indicar como os objetivos da pesquisa semiológica se especificam em direção aos léxicos e subcódigos: dos estereótipos da linguagem a todo o sistema retórico, a que já dedicamos alguns capítulos deste livro, e pouco a pouco até as convenções lingüísticas particulares – léxicos especializados (políticos, jurídicos, – **todo um setor de grande importância para o estudo das comunicações de massa**) e mesmo até o estudo de léxicos de grupo (pregões de mascates, linguas secretas e jargões, linguagem coloquial)”. In *A estrutura ausente*. São Paulo, Perspectiva, 1997 (7. ed.) p. 402 (grifos da autora).

4. O OBJETO, O INTÉRPRETE E A DINÂMICA SOCIAL

Ao tratar das funções sógnicas Elisabeth Walter-Bense esclarece a constante relação entre signo e repertório. Uma vez que o signo implica uma relação triádica ao estabelecer uma mediação entre um objeto e um interpretante, não é possível reconhecer um signo isolado. O próprio reconhecimento de algo como sendo um signo implica em identificar a sua pertinência a um repertório. Confira-se:

Por não poder existir um signo único ou isolado é que um signo sempre aparece junto a outros signos, formando assim *conexões de signos*, isto é, *sistemas de signos*, para cuja produção também são necessárias, além das funções mencionadas, certas *operações*. Destas as mais importantes são: a *substituição* ou troca; em seguida, as operações internas de *geração* ou *degeneração* e, por último, as operações externas de *adjunção*, ou alinhamento, de *superização* ou formação de supersignos, e de *iteração*, isto é, do desenvolvimento completo de um sistema de signos a partir de seus signos iniciais ou dos meios do seu repertório.¹²[...]

Cada supersigno, isto é, cada reunião de signos numa nova unidade ou totalidade, é sempre um signo de grau superior, isto é, de repertório superior. É novo signo de uma nova relação triádica.¹³ [...]

Uma superização se signos é sempre também uma formação de hierarquia de signos, de que ainda nos ocuparemos em relação aos sistemas sógnicos.¹⁴

Em sua maneira de representar o objeto, as qualidades (primeiridade) evidentes das normas constitucionais seriam a supremacia, o seu caráter vinculante, a sua imperatividade. O valor da supremacia está presente como uma qualidade e efeito permanente que deve ser considerado pela hermenêutica constitucional. Esta supremacia deriva da qualidade da soberania estatal, outra característica fenomenológica de primeiridade das normas constitucionais que contamina e se reflete em toda a ordem legal inaugurada por elas. As normas constitucionais determinam um parâmetro de atribuição para os significados normativos. O emprego da força deve estar a serviço da imposição de significados que asseguram os valores positivados no texto constitucional e não outros, sob pena de abuso de poder, desvio de finalidades, responsabilidade administrativa e criminal, responsabilidade civil, etc.

A dinâmica social que permeia a regulação da conduta aparece como uma rede intrincada de troca e permuta entre os entendimentos parciais ou completos, em graus diferenciados de complexidade. O Direito como sistema comunica aos seus

¹² WALTHER-BENSE, Elisabeth. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 57.

¹³ WALTHER-BENSE, Elisabeth. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 62.

¹⁴ WALTHER-BENSE, Elisabeth. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 62

destinatários/usuários padrões de conduta social. Tais pautas de comportamento utilizam a linguagem (signos) e o pensamento de uma forma hegemônica. Em se tratando de ordenamentos jurídicos derivados da *civil law*, os sistemas jurídicos utilizam a linguagem natural (língua, vernáculo) como verdadeira substância de sua constituição, estabelecendo leis gerais, legissignos, os quais descrevem classes de fatos típicos, regulam relações jurídicas, enunciam princípios, objetivos e finalidades que a ordem jurídica deve perseguir. Trata-se de um sistema simbólico. Para qualquer fenômeno ingressar dentro do sistema normativo ele deve estar expresso em algum tipo de linguagem. A ausência de uma representação simbólica dos fatos e comportamentos caracteriza a lacuna, que deve ser colmatada mediante a adoção da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (Art. 4º da LINDB). O meio de expressão das leis jurídicas é essencialmente semiótico, simbólico.

O ordenamento jurídico brasileiro refere-se ao direito de uma forma predominantemente nominalista. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro refere-se sempre à lei e não às normas ou ao direito. Quando a legislação brasileira se refere ao direito, a alusão é predominantemente aos direitos subjetivos. Nesta acepção, acompanhando uma observação de Arthur Kaufmann¹⁵, o direito não ‘existe’, mas é simplesmente um termo, uma denominação que compreende o conjunto das leis, a ordem legal positiva. A lei é real e o direito não existe em seu sentido ontológico, na medida em que não se associa ao direito uma substância ou materialidade, o conteúdo e sentido de uma norma individual e concreta associa-se mais ao poder de seu editor do que a um sentido material e superior de justiça.

Pontes de Miranda, em sua concepção realista, também se refere ao problema e à impropriedade de se identificar direito somente com legislação, a evidenciar a realidade do direito. Leia-se:

Um dos motivos para o erro de somente considerarmos fenômenos jurídicos os elaborados pela linguagem, pela aplicação da regra jurídica mediante a *ius dictio* oral ou escrita, está na ignorância da integridade da vida psíquica e no vulgar verbalismo da lógica. Como se hão de aplicar regras jurídicas, se juizes, funcionários, ou pelo menos, as próprias partes não as observam?

Se quiséssemos evitar a discussão, diríamos apenas: *nos fatos*. Realmente: a continuidade da vida doméstica, com todos os incidentes diários e as mínimas ações e omissões, é série imensa de fenômenos do direito, realizados sem palavras e sem autoridade, – e se compararmos a soma de tais aplicações de normas com a imposição oficial de uma dezena de artigos de lei, com diminuta média de observância, à nossa perplexidade logo se imporá a seguinte proposição: há outro direito que se realiza na vida social e independe da ação e da coação.

¹⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 201.

Mas seria exagerada a conclusão: o que existe é o direito concreto, efetivo, que às vezes excede, outras é menor e outras coincide com a legislação, de modo que tem que ser pesquisado indutivamente, como a moral, os costumes, etc. A maneira pela qual podemos simbolizar tais exteriorizações da matéria jurídica é a mesma pela qual se exprimem as demais regras. Na psicologia, não há negar a existência de julgamentos sem palavras, como os da criança que ainda não fala, e o modo de investigar e conhecer a força executada pelo direito é dar expressão verbal à tinta psíquica que existe, difusa, na realidade da vida social: reduzir a julgamentos com palavras, a elementos lógicos, o que se encontra sob forma dinâmica. É então que se apresenta, em toda a plenitude, o problema da Epistemologia jurídica¹⁶.

O ser do direito é de natureza essencialmente relacional. Os signos legais se referem tanto aos enunciados prescritivos como à conduta que responde a estas mesmas normas, e que constitui o objeto de representação e também de regulação do direito. A conduta e o contexto social que configura o ambiente em que relações humanas acontecem, ao se adotar uma perspectiva semiótica de viés peirceano, consubstanciam o objeto dinâmico das leis e se encontram na categoria fenomenológica da secundidade. A conduta humana participa da condição de objeto dinâmico mas também será considerada na continuidade das operações semióticas, que serão caracterizadas pela incidência e pela aplicação das normas, ocasionando a geração de interpretantes que os signos legais pretendem produzir a partir do marco inicial da vigência das leis em direção ao futuro. O início da vigência das leis, sua obediência e aplicação, são fatos enquadrados na segunda categoria cenopitagórica, porque plenamente concretos e existentes. Ou seja, o Direito também existe na experiência. Na categoria da secundidade, ligada aos predicados do que é existente, concreto, dos fatos brutos, ação e reação. No mundo do ser, temos inúmeros fenômenos jurídicos.

Como exemplo vivo da segunda categoria fenomenológica temos, na esfera constitucional, inaugural da ordem jurídica, o referente da Constituição. O objeto ao qual este supersigno ou supersímbolo se refere está o Estado como o objeto que a Constituição, como legisigno de máxima hierarquia, dotado da supremacia constitucional, conforma¹⁷.

5. A SEMIÓTICA COMO UMA METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO

A evolução do direito reflete a mútua evolução das condutas sociais e das normas legais, numa crescente busca de ajustamento recíproco. O direito, em sua evolução, criou

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito. Tomo 2. Campinas, Bookseller, 2000, p. 122.*

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., 4ª Reimpressão. Coimbra, Portugal, 2003, p. 87-9.*

também instituições que indubitavelmente existem e são reais. Neste sentido, a adoção na semiótica como uma metodologia de investigação para o problema do conceito de direito revelará a sua adequação para a solução do problema de referência aos diferentes níveis das relações investigadas – níveis de primeiridade (qualidades), secundidade (relações e fatos) e terceiridade (leis, mediações, representações) – uma vez que a natureza semiótica pode ser perfeitamente atribuída ao modo de manifestação ontológica do direito, enquanto fenômeno investigado e denominado por um conceito. A conveniência da fenomenologia e da semiótica de Peirce como métodos de investigação do direito se justifica na medida em que não se estabelece uma separação absoluta entre o sujeito e o objeto e também entre ser e dever-ser¹⁸.

As leis, portanto, na condição de uma espécie de linguagem técnica que caracteriza uma medição como representação e regulação, são signos que prescrevem tipos de conduta, exigem dos cidadãos prestações consistente em ações cuja natureza seja dar, agir ou inibir a prática de certos atos. A solicitação da tutela jurisdicional visa assegurar o exercício dos direitos subjetivos violados e/ou solicita a reparação decorrente de violações sofridas. No trajeto percorrido pelas partes litigantes, caracterizado por uma sequência de linguagem, de signos que revelam operações de semioses legais, o desfecho terminará com uma decisão judicial irrecorrível caracterizando o que Peirce denomina de *interpretante final*¹⁹. A prestação da tutela jurisdicional reflete a produção de uma linguagem técnica, prescritiva de condutas, e não científica e descritiva. A sua natureza é dialógica, argumentativa, com o fim de estabelecer uma opinião final que decide o conflito social, mas que não está essencialmente comprometida em refletir uma verdade empiricamente demonstrável ou logicamente deduzida.

A concepção das leis como signos implica em definir também a espécie de signo que corresponde às leis gerais. Estamos examinando as leis em sentido estrito, confeccionadas no interior das Casas Legislativas das entidades federadas, em obediência ao processo legislativo constitucionalmente estabelecido. Estas têm um caráter genuinamente simbólico.

Os símbolos são signos, legissignos, que representam os objetos em virtude de uma convenção. O reconhecimento da associação simbólica que remete do signo ao objeto é o efeito pretendido na qualidade de seu interpretante. Nas democracias, o caráter convencional da imperatividade jurídica reside justamente no teor do correlato princípio democrático, o qual prescreve que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos²⁰. O respeito às eleições legitima e confere caráter imperativo

¹⁸ Neste sentido vide Kaufman, *Filosofia do direito*, cit., p. 423: “Uma separação geral e abstrata, dentro do espírito do esquema sujeito/objeto não pode existir no domínio do não substancial, isto é, no âmbito do relacional e pessoal”.

¹⁹ Sobre a análise semiótica do direito vide ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo, *Quartier Latin*, 2005.

²⁰ Artigo 1º, Parágrafo único da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por

para as leis produzidas e aprovadas pelo Poder Legislativo. A convenção pretende conseguir dos destinatários uma obediência voluntária e consciente. O que não retira do Direito o seu caráter coercitivo. A coercibilidade jurídica decorre da delegação que o povo faz ao Estado. O monopólio do exercício da força é outra convenção que marca as leis jurídicas como signos simbólicos. Este é o seu interpretante energético²¹ genuinamente jurídico, que não encontramos nem nos signos morais e nem nos éticos. A manifestação da força bruta contra os cidadãos, salvo expressas exceções, somente pode ser exercida após autorização proveniente do Poder Judiciário, decorridos os trâmites que asseguram aos destinatários da ordem legal todos os meios de defesa previstos pelo ordenamento vigente²². Há ainda uma terceira convenção deflagrada pelos signos jurídicos em sua condição de símbolos: é a proibição da ignorância. A ninguém é permitido desobedecer as leis alegando que não as conhecem. São convenções operacionais para o exercício da coercibilidade. A interpretação dos signos jurídicos, seja potencial (interpretante imediato) ou efetiva (interpretante dinâmico), passa necessariamente por tais associações.

A questão dos interpretantes produzidos pelos signos jurídicos é um pouco mais complexa, pois um signo está apto a produzir diversos tipos de interpretantes. A aptidão para produzir interpretantes, aliás, já se constitui um tipo de interpretante (interpretante imediato, de primeiridade). Aqueles efetivamente produzidos (interpretantes de secundidade) são interpretantes dinâmicos e são conhecidos; pois a comunicação é intersubjetiva e sem comunicação não há conhecimento. Os signos são também capazes de pretender a consecução de uma finalidade (interpretante final), provocar sentimentos, juízos axiológicos (interpretantes emocionais, de primeiridade), esforços físicos ou mentais (interpretantes energéticos, de secundidade), conceitos lógicos e princípios de interpretação (interpretantes lógicos, de terceiridade). O Direito, em sua condição semiótica é capaz de produzir todos esses tipos de interpretantes.

A semiótica de viés peirceano adota três diferentes modalidades de signo, os ícones, índices e símbolos, com as correspondências que a fundação na fenomenologia e nas três categorias cenopitagóricas exerceram por todas as áreas sobre as quais se estenderam as teorias de Peirce. Assim, esta semiótica não trata apenas de lidar com os signos verbais e suas formas de constituição e ação. Não há um conceito de signo que se refira a uma qualidade essencial, trata-se de um conceito relacional, o signo é uma função triádica. Segundo Peirce:

meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²¹ Esforços físicos e mentais envolvidos na manifestação dos efeitos de um signo.

²² Com efeito, o uso não institucionalizado da força bruta configura infração criminal, prevista pelo artigo 345 do Código Penal, o qual dispõe:

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena: detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Ora a função representativa de um signo não reside em sua qualidade material, nem em sua aplicação demonstrativa pura, porque é algo que o signo é, não em si mesmo ou numa relação real com seu objeto, mas é *para um pensamento*, enquanto que ambos os caracteres recém definidos pertencem ao signo independentemente de se dirigirem a qualquer pensamento²³.

6. CONCLUSÃO

A expectativa das novidades proporcionadas pela adoção de metodologia que assuma os parâmetros peirceanos de investigação é prestigiada por Arthur Kaufman ao combater uma metafísica jurídica substancialista, conforme se depreende do exame do seguinte trecho de sua *Filosofia do Direito*:

Em primeiro lugar, deve ficar assente que os discursos normativos *não têm um objeto substancial*. É no entanto errado inferir daí que tais discursos não se refiram, ainda, que de modo apenas fragmentário, a algo existente fora do discurso. (...) O objecto das ciências normativas – ética, teoria das normas, ciência jurídica – nunca são substâncias, mas sim *situações, relações*. O grande passo que *Peirce* deu para a lógica dos predicados de relação – superando assim a lógica aristotélica e kantiana que apenas conheciam os predicados de qualidade – está ainda por dar na teoria e na filosofia do direito²⁴.

Nesse sentido, a conduta humana que está em vista quando se trata de definir um conceito de direito é aquela conduta que busque adequar-se a um conceito de justiça socialmente compartilhado. Esta dialogia e compartilhamento que se estabelece para a legitimação dos conceitos é uma possibilidade virtual e poderá ser sempre questionada, o que faz com que o conceito de Direito tenha que se comprometer também com o de ordem, segurança e previsibilidade. As qualidades ou predicados historicamente considerados na definição de um conceito de direito nem sempre foram os mesmos. O conceito de direito, sua condição simbólica e cultural, não escapou dos processos de evolução.

Na cultura a história se faz presente, contaminando um determinado interpretante, que passa a revelar o objeto do signo (o objeto do signo ou *objeto imediato* é apenas uma parcela da multiplicidade de aspectos do objeto real ou *objeto dinâmico*). A complexidade de um conjunto de interpretantes nunca nega a diversidade do objeto; este se instala numa dimensão de alteridade.

²³ *Semiótica, cit.*, p. 271.

²⁴ KAUFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 431 e 432.

Apresentando-se como um objeto cultural o direito positivo se constitui como um sistema simbólico. Na medida em que o significado dos símbolos cresce, conforme evolui o direito e a cultura em seu entorno, a interpretação das normas, a construção de suas significações e a própria concepção que se tem do Direito não pode supor nenhum método de análise que se sustente em premissas unicamente deterministas. A fenomenologia, a semiótica e o pragmatismo peirceano não negam as regularidades e os aspectos lógicos dos sistemas de signos; mas acrescentam a esta dimensão uma outra, que confere espaço a uma margem de erro, acaso e imprevisibilidade nas interações. Uma tentativa ontológica de definição do conceito de direito, portanto, não é capaz de lidar com todas as contingências e flutuações culturais apresentadas pelo objeto que deve estar referido por este conceito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

BACHA, Maria de Lourdes. *A teoria da investigação em C. S. Peirce*. São Paulo, CenaUn, 1998, p. 39.

BENSE, Max. *Pequena Estética*. 3. ed., São Paulo, Perspectiva, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 4ª Reimpressão. Coimbra, Portugal, 2003.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito*. Tradução da 5. ed., alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ECO, Umberto. *A estrutura ausente: introdução à pesquisa semiológica*. 7. ed., São Paulo, Perspectiva, 1997.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro Salles (1939 -) *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KAUFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

NOTH, Winfried. *Panorama da semiótica: De Platão a Peirce*. São Paulo Annablume, 1995.

PEIRCE, Charles Sanders. *Escritos coligidos*. Seleção de Armando Mora D'Oliveira. Tradução de Armando Mora D'Oliveira e Sergio Pomerangblum. 1. ed., São Paulo, Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974.

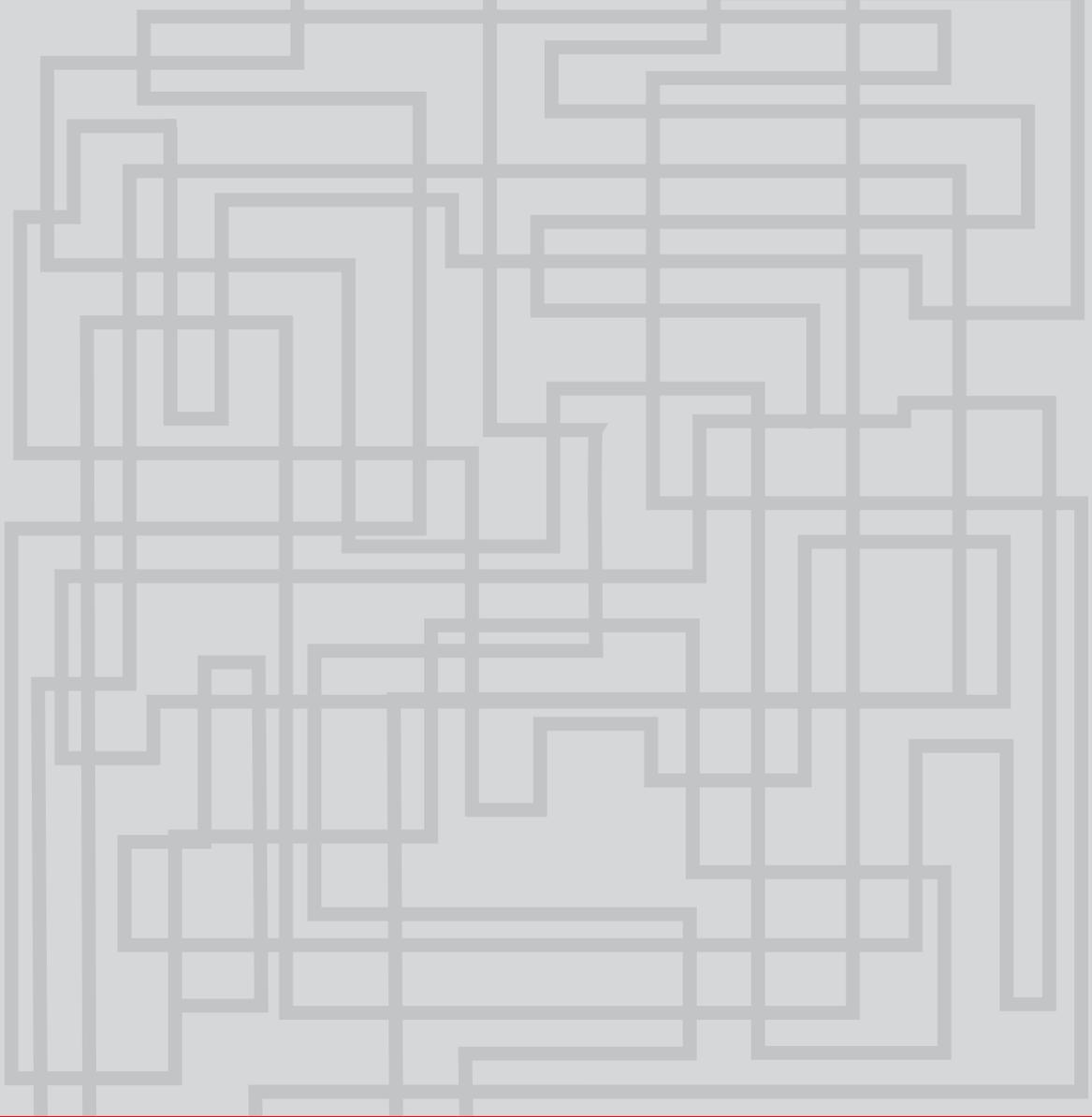
PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. 3. ed., Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo, Perspectiva, 1999.

PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Eds.: Charles Hartschorne and Paul Weiss (v. I – VI); Arthur W. Burks (v. VII-VIII). Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

PONTES DE MIRANDA, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo 2. Campinas, Bookseller, 2000.

SANTAELLA, Lúcia. *Semiótica aplicada*. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002.

WALTHER-BENSE, Elisabeth. *A teoria geral dos signos*. São Paulo, Perspectiva, 2000.



ESPGE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO