

ALEXANDRE GODOY DOTTA

DANIEL WUNDER HACHEM

LUCIANO ELIAS REIS

(Organizadores)

**ANAIS DO
I SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO EM INOVAÇÕES
REGULATÓRIAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS,
DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE**

VI EVENTO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA UNIBRASIL

NEGÓCIOS PÚBLICOS

CURITIBA

2011

E27 Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil /
Organização de alexandre Godoy Dotta, Daniel Wunder Hachem, Luciano Elias Reis – 1. ed. – Curiiba: Negócios Públicos, 2011. 561p.

Bibliografia
ISBN: 8590461610

1. Direito. 2. Administração Pública. 3. Direito Administrativo. I. Dotta, Alexandre Godoy (org.). II. Hachem, Daniel Wunder (org.). III. Reis, Luciano Elias (Org.).

CDD 342
CDU 342

SUMÁRIO

Apresentação Emerson Gabardo e Guilherme Amintas Pazinato da Silva.....	1
ARTIGOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS NO SEMINÁRIO	
Diritto pubblico e “flussi giuridici” tra Italia e Brasile Michele Carducci.....	3
Infraestrutura Nacional e Desenvolvimento Sustentável Luiz Alberto Blanchet.....	26
Inovações para a Incrementação da Responsabilidade Socioambiental das Empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos Daniel Ferreira.....	42
O Desenvolvimento Democrático e os Direitos Fundamentais: levando o direito de petição a sério Eneida Desiree Salgado.....	66
Déficit Democrático e Paradoxos na Ordem Jurídica Internacional Contemporânea: crise ambiental, transição para a matriz energética limpa e regulação internacional da energia nuclear Larissa Ramina.....	83
Inovações Legislativas nas Contratações Administrativas para a Incrementação da Responsabilidade Socioambiental por Intermédio do Fomento da Pesquisa Científica e Tecnológica Luciano Elias Reis.....	115
Forme di Responsabilità Giuridica Internazionale Dell’impresa in Ambito non Commerciale Saverio di Benedetto.....	147
A Água em sua Dimensão Pública (Regulamentação Internacional, Regional e Nacional) e Privada (a Responsabilidade das Empresas): o Caso do Programa Cultivando Água Boa da Itaipu Binacional Tatyana Scheila Friedrich e Nelton Miguel Friedich.....	169
Regulação sustentável de infraestruturas Thiago Marrara.....	181

Preferência para Produtos Manufaturados e Serviços Nacionais em Licitações: uma análise crítica a luz do desenvolvimento nacional sustentável	
Gabriela Verona Pércio e Flávio Ramos.....	214
Regulação Jurídica como fator de Desenvolvimento Econômico e Incrementação da Infraestrutura Pública voltada à Promoção dos Direitos Fundamentais Sociais	
Daniel Wunder Hachem.....	239
A Intimidade do Empregado no Ambiente de Trabalho e o Poder de Controle do Empregador	
Carmen Francisca Woitowicz da Silveira e Thierry Chozem Zamboni Kotinda.....	253
Aparência do Desenvolvimento	
Luiz Alberto Thomé Speltz Filho.....	269
Atuação da Agência Nacional de Águas e o uso das Tecnologias Sociais em Prol dos Direitos Fundamentais no Semiárido	
Edmilson Ewerton Ramos de Almeida.....	287
Contratações Sustentáveis como Instrumento para Efetivação de Políticas Ambientais	
Caroline da Rocha Franco.....	305
Direito Fundamental de Acesso ao Controle de Constitucionalidade enquanto pressuposto do Desenvolvimento Democrático	
Renan Guedes Sobreira.....	319
Meio Ambiente, Sustentabilidade e o Princípio Responsabilidade: um substrato ético para a sustentabilidade	
Ana Paula da Silva Trelha.....	334
Novas Perspectivas da Exploração da Atividade Econômica Sustentável no Coração da Amazônia: PREME - Programa de regionalização da merenda escolar	
Danielle Costa de Souza e Marklea da Cunha Ferst.....	345
O Direito Fundamental ao Meio Ambiente sadio e equilibrado e a Análise Econômica na atuação da ANP sobre as Atividades Petrolíferas	
Marília Gabriela de Araújo Melo Pereira.....	359

Responsabilidade Socioambiental da Empresa e Gestão Ambiental Proativa: o exemplo das práticas implementadas pelo Grupo O boticário Jocema Bittencourt da Cruz.....	377
Violação a Direitos Fundamentais dos Licitantes e Contratados em Face das Prerrogativas do Poder Punitivo da Administração Contratante Regeane Bransin Quetes.....	395
O Princípio da Reserva de Código e a Inflação Legislativa no Estado Democrático de Direito Rodrigo Fauz Pereira e Silva.....	411
Sobre A Axiomatização Dos Direitos Fundamentais pelo ponto De Vista Fenomenológico Rafael Otávio Ragugnetti Zanlorenzi.....	427
RESUMOS EXPANDIDOS DAS COMUNICAÇÕES CIENTÍFICAS APRESENTADAS NO SEMINÁRIO	
Antecedentes teóricos e históricos do (neo)constitucionalismo Adriana Inomata.....	445
Os Direitos Fundamentais e a Jurisdição Constitucional Adriana Milla e George Rezende Moraes.....	450
Setor Energético: Estado Regulador e a Busca pelo Desenvolvimento Sustentável André Luis Agner Machado Martins.....	453
O Direito Fundamental ao Princípio da Celeridade e a Litigância de Má-Fé em Recursos Meramente Protelatórios Andreia Maria Costa do Bonfim Teles.....	456
O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais sob a Perspectiva de Virgílio Afonso Da Silva Antonio Augusto Cruz Porto e Cibele Merlin Torres.....	460
A Ponderação dos Princípios Constitucionais na Relativização da Coisa Julgada Carmen Francisca Woitowicz da Silveira.....	464
O Papel da Sociedade Civil na Consagração do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Saudável Cibele Merlin Torres e Antonio Augusto Cruz Porto.....	467

Direitos e Deveres no Trânsito Cirlei Lourenço Nickel.....	471
A Dimensão Simbólica da Constituição: imaginários jurídicos na articulação de direitos fundamentais Damian Gustavo Katche.....	474
A Mudança Jurídica da Profissão de Jornalista Denian Couto Coelho.....	478
Ação Civil Pública como Instrumento de Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos e Coletivos Diego Ghenov Aires Pereira e Paulo Cesar de Lara.....	482
Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – Semiárido: instrumento para estimular o desenvolvimento sócio-econômico e a diminuição das desigualdades regionais Edmilson Ewerton Ramos de Almeida.....	486
O Regime Democrático e o Estado de Direito: uma abordagem histórica Eduardo Augusto Vieira Walger.....	490
A Construção do Conceito de Nacionalidade Luís Alexandre Carta Winter e Eduardo Biacchi Gomes.....	493
Desaposeitação: a supremacia do interesse público na devolução dos valores Elcio da Costa Santana.....	497
Direito Fundamenta à Moradia: O atendimento do Princípio da Função Social da Propriedade Urbana na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná após a edição do Estatuto da Cidade Evaldo de Paula e Silva Junior.....	501
A inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação Fabianne Gusso Mazzaroppi.....	504
Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: A Constituição Federal de 1988 como Marco Balizador na Proteção dos Direitos Humanos George Rezende Moraes e Adriana Milla.....	508
Famílias Paralelas analisadas no Contexto Neoconstitucional Joelma Isamáris Cavalheiro e Rubia Carla Goedert.....	512

A Tensa e Produtiva relação entre Constitucionalismo e Democracia José Nunes de Cerqueira Neto.....	515
O Político Revisitado: Considerações acerca da Teoria da Democracia Radical da Chantal Mouffe Rafael Bezerra Nunes.....	519
Os Limites Da Repercussão Geral no STF: em direção à releitura do direito privado à luz da legalidade constitucional? Rosalice Fidalgo Pinheiro e Daniella Pinheiro Lameira.....	522
A Discriminação nos Contratos de Plano de Saúde e a observância dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas Rubia Carla Goedert e Joelma Isamáris Cavalheiro.....	526
<i>United for Global Change</i>, a Igualdade Política e a Soberania Popular: Uma Reflexão sobre o Elevado custo da Liberdade Individual Valter Fernandes da Cunha Filho e Alexandre Godoy Dotta.....	530
Antecedentes Teóricos e Históricos do (Neo)Constitucionalismo Adriana Inomata.....	534
A Avaliação da Qualidade da Educação como Estratégia de Promoção do Desenvolvimento Alexandre Godoy Dotta e Emerson Gabardo.....	537
Considerações legais e médicas: sobre o transexualismo Ana Maria Pedroso Mora Osiecki.....	541
Desaposeitação: a questão da devolução de valores sob o princípio do equilíbrio financeiro atuarial Débora Queiroz dos Anjos.....	544
Regime de Contratações Diferenciadas para Eventos Esportivos Humberto Donini e Gilberto Giacoia Junior.....	547
Natureza Jurídica do Emprego Público e o Regime Jurídico vigente na Relação Jurídica entre estes Agentes e a Administração Pública Ana Claudia Finger e Mayara Aparecida Massoni Ferreira.....	550
A inconstitucionalidade do recurso hierárquico à luz de princípios constitucionais Patrick Valle Areas.....	553
Pai, uma Questão de Direito Vivianne Zeni Beltrão.....	556

RESUMOS SIMPLES DOS PAINÉIS DO SEMINÁRIO

Da Bioética à “Antropoética”? Contribuições da Democracia para uma Bioética Plural	
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both.....	559
Da Vulnerabilidade à Hipervulnerabilidade: os Direitos Fundamentais do Consumidor das Biotecnologias	
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Marcelo Conrado.....	560
Entre o Mercado e o Dom: desvendando a ética da doação de órgãos em face do princípio da solidariedade	
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both.....	561



Apresentação

O século XXI clama por inovações. Os seres humanos, as sociedades, os Estados, precisam se reinventar. Novas demandas surgem e temas até então considerados isoladamente resultam cada vez mais imbricados. O estudo do Direito implica cada vez mais inter e transdisciplinariedade. É partindo desta premissa que quatro importantes grupos de pesquisa resolveram apostar em um evento de Direito Comparado que recebeu o título: “I Seminário Ítalo-brasileiro: inovações regulatórias em direitos fundamentais, desenvolvimento e sustentabilidade” – o Grupo de Pesquisa “Limites e possibilidades de intervenção do Estado na economia para a promoção do desenvolvimento” (do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR - Brasil), o Grupo de Pesquisa “Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional” (do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil - Brasil), o NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR - Brasil), e o *Centro Didattico Euro-americano sulle Politiche Costituzionali da Facoltà di Scienze Sociali, Politiche e del Territorio* (da *Università del Salento* - Itália).

O evento, realizado em três partes (na UFPR, na PUCPR e na UniBrasil), entre os dias 25 e 28 de outubro de 2011, contou com a participação de professores de outras importantes instituições, como a *Università LUM Jean Monet* (Itália), o Centro Universitário Curitiba (Brasil), a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil), a Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil), o Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Brasil), o Instituto de Negócios Públicos (Brasil), a Universidade de São Paulo (Brasil) e até mesmo a participação especial da Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

Neste volume de Anais do evento, organizados de forma impecável pelos colegas Alexandre Godoy Dotta, Daniel Wunder Hachem e Luciano Elias Reis, procurou-se reunir as palestras que foram encaminhadas pelos autores, bem como os resumos expandidos das comunicações e pôsteres apresentados no evento paralelo de iniciação científica da UniBrasil. Ademais, também foram incluídos os



trabalhos aprovados para concorrer ao *Prêmio Weida Zancaner* - a ilustre administrativista brasileira empresta seu nome para o prêmio, além de ser a grande homenageada do Seminário; um reconhecimento ao perfil de uma professora vocacionada, combativa, intelectual brilhante, e uma das maiores representantes de um grupo de juspublicistas que vem defendendo com todo o vigor os direitos fundamentais e a proposta desenvolvimentista contida na Constituição de 1988.

A todos que colaboraram com mais esta realização científica das universidades envolvidas, registramos nossos agradecimentos, com especial destaque aos professores Clèmerson Merlin Clève, Romeu Felipe Bacellar Filho e Michele Carducci (nossos mestres de sempre e que mediante sua liderança ímpar têm plantado e colhido novas gerações de pesquisadores na seara do Direito Público brasileiro e italiano, respectivamente).

Finalmente, nossos agradecimentos à Itaipu Binacional, ao Grupo Negócios Públicos e ao escritório Guilherme Gonçalves e Sacha Reck advogados associados, pelo apoio ao evento.

Os idealizadores do Seminário

Emerson Gabardo

Doutor em Direito do Estado pela UFPR
Professor de Direito Administrativo da UFPR e da PUCPR

Guilherme Amintas Pazinato da Silva

Mestre e Doutorando em Direito do Estado na UFPR
Professor de Direito Regulatório do
Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar



Diritto pubblico e “flussi giuridici” tra Italia e Brasile

di Michele Carducci

Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato
Università del Salento - Italia

SOMMARIO: 1. Lo studio delle “influenze” giuridiche tra le due sponde dell’Atlantico. – 2. La specificità dei “flussi giuridici” tra Europa e America latina. – 3. Il “flusso” brasiliano tra Tullio Ascarelli e Renato Alessi sullo Stato. – 4.1. Assenza di una “teoria dello Stato” e germanismo delle categorie giuspubblicistiche brasiliane. – 4.2. L’ “influenza” di Tobias Barreto. – 5. Diritto pubblico “culturale” e Diritto pubblico “generale”. – 6. Procedimento e processo nel “dialogo” istituzionale. – 7. Esempi di sincretismi italo-germanici.

1. – Lo studio delle “influenze” giuridiche tra le due sponde dell’Atlantico

Il tema delle “influenze” di una cultura giuridica di un paese verso un altro può essere affrontato in via generale con due approcci:

- come processo di “inculturazione” vera e propria, prodotta cioè dalla presenza fisica di una comunità di un paese all’interno dell’altro, con la conseguente trasmissione delle relative esperienze, anche istituzionali, e dei relativi valori, anche giuridici;
- come “flusso” giuridico, ossia come dialogo o comunicazione a distanza tra operatori del diritto e intellettuali, siano essi professori, giudici o avvocati.

In letteratura si riscontrano studi dell’uno e dell’altro tipo.

Per esempio, l’esperienza italiana negli Stati Uniti d’America è stata studiata nella prospettiva delle figurazioni culturali del paese ospitante e della loro originaria impronta esclusivista e persino razzista¹.

Ma si è anche osservato come la cultura e la storia italiane, che fecero da sfondo alla emigrazione oltreoceano, abbiano contribuito alla costruzione di una identità italiana-americana, che ha permeato di sé anche la cultura giuridica².

Riflessioni analoghe sono state compiute da Octavio Paz, ancorché in prospettiva non riguardante l’Italia, sulla identità nazionale dei messicani³.

Anche per il Brasile, non mancano studi del primo tipo⁴, più numerosi rispetto a quelli del secondo, dove i grandi riferimenti sono rappresentati dalle opere di Miguel Reale⁵

¹ D.A.J. Richards, *Italiani d’America*, Milano, Giuffrè, 2004.

² J. Lopreato, *Italian Americans*, New York, Random House, 1970, 21 ss.

³ O. Paz, *Il labirinto della solitudine*, Milano, Mondadori, 1990.

⁴ Si v. F. Carboni, M. Maestri (org.), *Raízes italianas do Rio Grande do Sul. 1875-1997*, Passo Fundo, UPF editore, 2000; N. Santoro de Constantino, *Italiano na cidade. A imigração itálica nas cidades brasileiras*, Passo Fundo, UPF Editora, 2000; M. Maestri, *Os senhores da Serra. A colonização italiana no Rio Grande do Sul. 1875-1914*, Passo Fundo, UPF editora, 2001; M. Correia de Andrade, *Os Italianos no trópico*, Passo Fundo, UPF Editora, 2002.

⁵ M. Reale, *História da ciência do Direito no Brasil*, in R.L. França, *Enciclopédia do Direito no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1977, ma anche M. Reale, *O direito italiano na cultura brasileira*, in *O Estado de São Paulo*, 17 ottobre 1988, 8-9.



e da alcuni più recenti contributi, dove, in alcuni casi⁶, manca una chiarificazione del protocollo metodologico seguito per studiare e qualificare tali “influenze”⁷, in altri⁸, esso appare correttamente contestualizzato anche con il più generale processo di “inculturazione”⁹.

Per tale ragione in questo studio, piuttosto che parlare semplicemente di *quale autore* abbia “influenzato” *chi*, si vorrà discutere del *perché* e *come* sono stati prodotti questi processi di “influenza”, che vengono denominati “flussi giuridici”.

Tuttavia, accanto al generale schema di inquadramento richiamato, bisogna considerare ulteriori fattori “specifici” che investono quella particolare “influenza” e quel particolare “flusso” che si è potuto produrre tra Italia e paesi latinoamericani in generale, e Brasile in particolare.

Anche in questo caso, infatti, si possono distinguere due profili.

In primo luogo, il contesto ibero-americano ed anche brasiliano potrebbe essere ascritto al quadro delle cosiddette “scuole latine”, da contrapporre, come affermò Vittorio Emanuele Orlando in suoi diversi scritti dal 1921 al 1949¹⁰, alle “scuole germaniche” del diritto pubblico, per la prevalenza, negli indirizzi scientifici dei popoli latini, dell’attenzione verso i diritti originari della personalità e dei diritti civili e politici, la teoria della rappresentanza e della costruzione di un sistema di garanzie¹¹, a differenza di quelle “germaniche” a vocazione organicistica, incentrata sulla sovranità a sé stante di una entità separata dal popolo (lo Stato), fonte di personalità giuridica

⁶ N.L. de Lyra Tavares, *Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro*, in *Prisma Jurídico*, 5, 2006, 59-77.

⁷ Ma si v. sempre N.L. de Lyra Tavares, *O direito comparado na História do sistema jurídico brasileiro*, in *Rev. Ciência Política*, 33, 1990, 55 ss.

⁸ Mi riferisco all’opera di L.A. De Boni (org.), *A presença italiana no Brasil*, Porto Alegre, Escol Superior de Teologia/Fondazione Giovanni Agnelli, 1990.

⁹ In genere, per l’America latina si utilizza il termine “*transculturazione*”, come condizione determinata dalla pluralità dei processi migratori (di persone come di idee) vissuti dal sub-continente nei suoi secoli di esistenza moderna come “altro Occidente”, ben diversi e non comparabili con le “acculturazioni” o “inculturazioni” in altri contesti extraeuropei repentinamente imposte o predicate senza neppure effettive continuità linguistiche. Il concetto di «*transculturación*» apparve per la prima volta nel 1940 con il libro di F. Ortiz, *Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar (advertencia de sus contrastes agrarios, económicos, históricos y sociales, su etnografía y su transculturación)* (1940), Madrid, Cuba España, 1999, per indicare la incomparabilità culturale e antropologica del sub-continente rispetto ad altri contesti geopolitici di dominio coloniale europeo. Sui dibattiti intorno ai concetti di “acculturazione” e “inculturazione”, si v., oltre al “classico” A. Dupront, *L’acculturazione. Per un nuovo rapporto tra ricerca storica e scienze umane*, trad. it., Torino, Einaudi, 1966, gli interessanti spunti interrogativi in AA.VV., *Metamorfosi del sacro. Acculturazione, inculturazione, sincretismo, fondamentalismo*, Milano, Jaca Book, 2009.

¹⁰ I riferimenti di Orlando sono almeno tre: *Introduzione* a G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, I, trad. it., Milano Napoli, Società Editrice Libreria, 1921 (a numerazione araba); *Prefazione* a Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati a sistema*, Milano, Giuffrè, 1940; *Introduzione generale* a G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1949.

¹¹ In tal senso, si deve considerare anche l’interessante contributo di uno dei primi grandi comparatisti italiani, Luigi Rossi, vicino al “realismo” tedesco di Max von Seydel, autore tra i pochi giuristi attenti appunto alla “scuola latina”: cfr. L. Rossi, *La moderna scienza del diritto costituzionale nelle nazioni latine* (1895), trad. it. parziale dell’edizione tedesca curata da M. von Seydel, Bologna, Tip. A. Garagnini, 1898, 7 ss. Ma cfr. pure, per osservazioni analoghe, C. Caristia, *L’analisi odierna del costituzionalismo*, Torino, F.lli Bocca ed., 1908.



e di diritto oggettivo¹². Da tale prospettiva, il “flusso” giuridico latino sarebbe stato favorito dall'impronta “umanistica” del diritto pubblico, rispetto al grande protagonismo europeo continentale soprattutto della dottrina tedesca¹³. In secondo luogo, si potrebbe sostenere l'affinità di idioma come “ponte di collegamento” tra mondo italiano e mondo latino-americano: un ponte linguistico non semplicemente lessicale, ma anche concettuale e forse semantico, in grado di rendere comprensibile categorie e argomenti utilizzati tra le due sponde dell'Atlantico. Quest'ultima ipotesi, tuttavia, si deve prestare a delle precisazioni. L'italiano è stata una lingua precoce rispetto agli eventi di unificazione politica e giuridica dell'Italia. Essa, quindi, non nasce come lingua di identificazione politico e quindi costituzionale¹⁴, rispetto evidentemente al latino, che sopravvive per secoli come lingua del diritto privato e della dogmatica giuridica generale¹⁵. Dal canto loro, lo spagnolo e il portoghese hanno invece identificato un comune *ethos ibérico* diverso da quello maturato nelle altre lingue della modernità costituzionale europea¹⁶: un *ethos* “tardivo”, rispetto all'inglese e francese dei secoli XVII e XVIII e al tedesco del XIX secolo¹⁷, che ha ritardato la circolazione semantica delle acquisizioni concettuali del centro costituzionale europeo e nordamericano¹⁸. Né lo spagnolo né il portoghese hanno assunto in America la funzione di lingua franca prodotta dall'inglese¹⁹, né hanno contribuito a cementificare l'idioma identitario di un popolo, com'è stato appunto per il tedesco. Per tali ragioni, prima ancora che per la loro matrice latina, le lingue costituzionali ufficiali del sub-continente si sono rivelate inadeguate a recepire letteralmente i contenuti delle lingue europee, in quanto la intrinseca storicità dei concetti giuridici espressi da queste ultime ha trovato corrispondenza, prima ancora che negli apparati concettuali di cui disponevano i traduttori latinoamericani, nella storia stessa dei contesti in cui quei traduttori

¹² Per ulteriori importanti approfondimenti, si rinvia a G. Lobrano, “Modello romano” e “costituzionalismo latino”, in *Teoria Dir. Stato*, 2007, 222 ss. ed *ivi* ampia bibliografia.

¹³ M. Carducci, *Lo «scrivere come Dio» e l'umanesimo perenne del costituzionalismo «latino»*, in *Scritti in on. di Francesco Grelle*, Napoli, ESI, 2011, 51 ss.

¹⁴ Si vedano: U. Cerroni, *L'identità italiana e la formazione dello Stato unitario*, C. Tullio-Altan, *La carenza di senso civico nella società italiana*, L. Serianni, *Sull'identità linguistica degli italiani*, tutti in *ScienzeSocietà*, 60, 1994, 3-17.

¹⁵ S.M. Retortillo, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, 702 ss.

¹⁶ Sulla influenza di questo *ethos* nella costruzione dei miti e delle realtà dello Stato in America latina, si v. l'importante lavoro di B. Bravo Lira, *El Estado constitucional en Hispanoamérica (1811-1991). Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México DF, Escuela libre de Derecho, 1992. Sulla persistenza di questo *ethos* anche nei discorsi post-moderni sul diritto in Brasile, cfr. O. Villas Bôas Filho, *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2009, spec. 187 ss.

¹⁷ Si v. sinteticamente, per la Spagna, F. Tomás y Valiente, *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Madrid, Alianza, 1989, e, per il Portogallo, P. Ferreira de Cunha, *Teoria da Constituição*, I, Lisboa, Verbo, 279 ss.

de Constituição, in “Revista de Legislação e Jurisprudência”, Coimbra, nos. 3743-3744, 1986.

¹⁸ Per esempio, per uno spunto sulla differente semantica del lessico costituzionale spagnolo sulle identità nazionali, si v. M. Cipollini, *Il lessico di appartenenza nella Costituzione spagnola (un'analisi linguistica della problematica identitaria)*, in *Spagna contemporanea*, 24, 2003, 73 ss.

¹⁹ Cfr. Y. Lacoste, K. Rajagopalan (cur.), *A geopolítica do inglês*, São Paulo, Parábola ed., 2005.



operavano²⁰. Ne sono derivati i fenomeni di sforzo traduttorio che João Mauricio Adeodato²¹ inquadra come incapacità di superare il mero dato linguistico per promuovere un autonomo procedimento di concretizzazione dei significati nella realtà di recezione, e Roberto Schwarz ha stigmatizzato come «*idee-fuori-luogo*»²², in quanto rappresentative di una ideografia che lo stesso Brasile, come esperienza costituzionale, non ha contribuito ad alimentare.

Del resto, i «singolari collettivi» (*Kollektivsingulare*) che hanno fissato l'orizzonte dei concetti sociali europei tra XVII e XIX secolo – nazione, repubblica, Stato, sovranità, Costituzione, popolo ecc...²³ – si radicano in Europa appunto come *Geschichtliche Grundbegriffe*, nel significato ricostruito dagli studi di Otto Brunner, Werner Conze e Reinhard Koselleck²⁴, e pertanto risultano sconosciuti fuori dell'Europa²⁵.

Ancorché formalmente “tradotti”, essi non superano lo stadio di concetti meramente indicatori, riferiti, cioè, non alla istituzionalizzazione di un'esperienza propria del luogo, bensì a un sistema di verbalizzazioni elitarie, in cui i fatti sono risultati interpretabili e organizzabili, soltanto perché quei fatti erano già, dentro l'ottica politica del momento, concetti e valori da imporre al contesto²⁶. Ed è in questo modo che si sono diffuse categorie costituzionali come quelle di “forma di Stato” e “forma di governo”, “federalismo”, “repubblica”, riferite ad esperienze che, per contraddizione, come per l'improbabile Impero brasiliano, non sono sfociate in un vocabolario specifico di narrazione delle vicende materiali dello Stato e della Costituzione in Brasile²⁷.

Tutte queste constatazioni, pertanto, ci fanno comprendere come il tema delle “influenze” – anche giuridiche – tra le due sponde dell'Atlantico non possa limitarsi ad un solo “punto di vista”, dovendosi necessariamente misurare con quegli sdoppiamenti che Roland Barthes sintetizzò nella distinzione tra scrittura e discorso: «*Ciò che contrappone la scrittura al discorso è che la prima appare sempre simbolica, introversa, volta apertamente a un versante segreto del linguaggio, mentre il secondo non è che una durata di segni vuoti, il cui solo movimento è*

²⁰ Con riguardo specifico ai “flussi” tra Portogallo e Brasile, sono importanti gli studi di P. Ferreira de Cunha: *Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Forum, 2008; *Direito Constitucional Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, São Paulo, Método, 2006; *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006; *Em Demanda dos Fundamentos de uma Comunidade Constitucional Lusófona*, in *Res Publica. Ensaios Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 1998, 157 ss.

²¹ J.M. Adeodato, *A concretização normativa. Um estudo crítico*, in Id. *Ética e retórica*, São Paulo, Saraiva, 2002, 221 ss.

²² R. Schwarz, *As ideias fora do lugar*, in *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, São Paulo, Duas Cidades, 1992⁴, 13-28.

²³ R. Koselleck, *Futuro presente* (1979), trad. it., Genova, Marietti, 1986.

²⁴ L. Scuccimarra, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, in *Storica*, 10, 1998, 7 ss.

²⁵ A. Cerqueira Leite Seelaender, *O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna*, in *Sequência*, 55, 2007, 254 ss.

²⁶ Cfr. E. Novoa Monreal, *O direito como obstáculo à transformação social*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, spec. 175 ss.

²⁷ Per la comprensione del tema della inesistenza di una teoria latino-americana dello Stato, sono indispensabili i richiami a J. Luis Fiori, *Para uma crítica da teoria latino-americana do Estado*, in *Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do estado*, Rio de Janeiro, Insight, 1995, 33-37, ed E. Faletto, *La especificidad del Estado en América Latina*, in *Revista de la CEPAL* 38, 1989, 69-87.



significativo»²⁸. Il linguaggio del “discorso” ha promosso e diffuso “scritture”. Queste “scritture”, a loro volta, hanno alimentato ulteriori e nuovi “discorsi”. Ma queste “scritture” sono state pure assunte ad oggetto di “nuove scritture” (si pensi alle traduzioni), che hanno poi veicolato nuove “scritture”, “discorsi” ecc...

2. – La specificità dei “flussi giuridici” tra Europa e America latina

Questo intreccio di “influenze”, che coinvolge diversi soggetti con diversità di ruoli (dagli studiosi, ai giudici, agli avvocati ecc...), può essere studiato specificamente come “flusso”, ossia come dinamica diacronica di ricostruzione delle “influenze” in tutte le loro variegate fenomenologie.

Del resto, che sia questo l’unico approccio possibile per uscire dalla dimensione “simbolica” della scrittura e ricostruire significati e funzioni delle “influenze”, è confermato dalla stessa comparazione giuridica, che quei “flussi” ha voluto indagare²⁹.

In questa sede, proprio per la prospettiva delle due sponde dell’Atlantico, si richiamano due impostazioni molto significative sul tema: una italiana e l’altra latinoamericana.

Per un’autorevole dottrina italiana, il “flusso giuridico” non sarebbe altro che «*qualsiasi dato dell’esperienza giuridica il quale, proprio di un ordinamento, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio*»³⁰. Esso, consistendo appunto in una “percezione” di un dato esterno, inciderebbe sulla esperienza giuridica del contesto recettivo, con effetti di “squilibrio” a vari livelli, giacché quella “percezione” stimolerebbe azioni di varia natura (dalle elaborazioni dottrinali che si appropriano di termini e categorie frutto della traduzione, alle previsioni normative che le riproducono, alla giurisprudenza che le utilizza come definizione di casi concreti del contesto recettivo), capaci nel tempo di modificare (sia in termini intellettuali che operativi) la realtà effettuale dell’ordinamento nel quale quella “influenza” si è prodotta³¹.

In tale prospettiva, lo studio delle “influenze” non riguarderebbe più un solo oggetto (un Autore, un testo, una parola, un istituto, una dottrina), nei suoi risvolti nominali, filologici o semantici, quanto piuttosto il fenomeno stesso in quanto “flusso” che conduce a modificare regole e applicazioni nell’ordinamento nel quale quella traduzione è stata compiuta.

Ma questo significa che quello che si inquadra come “squilibrio” prodotto dal “flusso giuridico” identificherebbe in realtà la specificità stessa del fenomeno nell’ordinamento di recezione: diventerebbe una proprietà stessa del “flusso” in quanto tale.

²⁸ R. Barthes, *Il grado zero della scrittura* (1953), trad. it., Milano, Lerici Editori, 1960, 91 ss.

²⁹ Per una interessante ricognizione, nella prospettiva latinoamericana rispetto ai dibattiti su contenuti e funzioni della comparazione giuridica, degli approcci su «flussi» e «trapianti», si v. il recente contributo di R. Saavedra Velasco, *Sobre formantes, transplantes e irritaciones*, in *Ius et Veritas*, 40, 2010, 70 ss.

³⁰ M. Lupoi, *Profili (anche linguistici) dei flussi giuridici*, in www.accademiadellacrusca.it/img_usr/Profili_Lupoi, 2002.

³¹ Si potrebbe anche dire come specie del più generale fenomeno del *Constitutional Borrowing*, sulle cui molteplici manifestazioni cfr. ora N. Tebbe, R.L. Tsai, *Constitutional Borrowing*, in 108 *Michigan L. Rev.*, 2010, 459 ss.



È quanto sostiene l'ipotesi interpretativa, specificamente rivolta all'America latina, del colombiano Diego Eduardo López Medina³².

Come scrive lo stesso Autore, il sub-continente americano siederebbe sopra un tesoro di cui non avrebbe consapevolezza: il proprio patrimonio di errori, adattamenti, approssimazioni che, grazie anche alle innumerevoli traduzioni circolate nel suo spazio linguistico spagnolo o portoghese, ha contribuito a conformare la cultura costituzionale dei suoi operatori, sia come teorici del diritto sia come pratici, capaci di costruire le mappe mentali di auto-riconoscimento dei propri formanti. Per spiegare l'effettiva consistenza di questo "tesoro", Medina ricorre ad una teorizzazione dei "flussi", diversa da quella italiana, perché "adeguata" al contesto "ermeneuticamente povero" dell' "altro Occidente" del mondo: una "povertà", si badi, frutto di quelle caratteristiche – linguistiche, storiche e quindi semantiche – dell'*ethos ibérico*, accennate in apertura.

Infatti, il "flusso" scandagliato da Medina risulta ricavabile attraverso una serie di contestualizzazioni "geopolitiche", se per "geopolitica" si intende la focalizzazione spazio-temporale del circuito comunicativo del "flusso" dal suo luogo di origine al suo percettore finale³³.

Da un lato, nella "geopolitica" di origine, le grandi elaborazioni teoriche e concettuali del costituzionalismo e della teoria del diritto hanno goduto e godono di una forza propria, non tanto o non solo per primato storico o per originalità di pensiero, quanto per condizioni, materiali e sociali, di comunicazione e circolazione, che hanno sempre consentito, a quelle elaborazioni, di arricchirsi con costantemente rinnovati contributi di dibattito e sperimentazione, capaci di proiettarsi in una dimensione di vera e propria "*Teoría Transnacional del Derecho*".

Dall'altro, nella "geopolitica" di destinazione, di fronte alla portata "transnazionale" della teoria e del diritto euro-nordamericano, l' "altro Occidente" latinoamericano, ridotto a insieme di "*tradiciones débiles*" per causa delle vicende di "conquista" e dei suoi linguaggi costituzionali escludenti, tardivi o "fuori luogo", non ha potuto che evolversi come costante "*sitio de recepción*" della "*producción iusteórica*" centrale, ricorrendo a innumerevoli operazioni di traduzione, promosse non per finalità astratte di mera erudizione, né per imitazione o riproduzione fedele del calco straniero, bensì per elaborare, in sede "autoctona", una "*jurisprudencia pop*" (come teoria e come prassi anche giudiziale), adattata e trasformata al contesto e all'uso contingente.

Il "flusso", pertanto, coinciderebbe sì con una "percezione" di un dato straniero, ma si tratterebbe comunque di una "percezione" rigenerativa, sia a livello teorico che pratico, delle suggestioni categoriali, linguistiche, concettuali assunte dall' "influenza", per riversarsi in un immaginario narrativo ed esplicativo del tutto "sganciato" dal formante originario.

A questo punto, l'incompletezza ermeneutica o semantica della traduzione non produrrebbe alcun danno nel "*sitio de recepción*", giacché la funzione del "flusso" sarebbe esattamente quella "*pop*" di adattarsi trasmutando significati e utilizzazioni. L'*interlocutore* del "flusso" non sarebbe un giurista "puro" al quale comunicare un

³² D.E. López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional, 2004.

³³ R. Peet, *Modern Geographical Thought*, Oxford, Blakwell, 1998.

bagaglio di conoscenze e comprensioni pari a quelle già in suo possesso per storia ed esperienza³⁴.

Di conseguenza, nonostante gli stampi elitari della cultura giuridico-costituzionale latinoamericana, i circuiti di “influenza” sarebbero molto più spendibili nella pratica³⁵, di quanto certe presupposizioni “estetiche” delle citazioni straniere potrebbero lasciar supporre³⁶. Insomma, a differenza di quanto sostenuto dalla *Comparative Jurisprudence* statunitense, sintetizzabile nell’opera di William Ewald³⁷, insistente nel ritenere che i circuiti comunicativi transnazionali circolino esclusivamente nella sfera della *law in the Books*, il “flusso” latinoamericano studiato da Medina descriverebbe un fatto materiale e sociale (diffuso e pratico), che vede l’autore-traduttore protagonista delle ricomposizioni “pop” dell’esperienza giuridica “autoctona”³⁸.

Questo quadro, desumibile dall’indagine dell’Autore colombiano, permette di comprendere diverse caratteristiche del fenomeno delle “influenze”, anche nel contesto specifico del rapporto tra Italia e Brasile.

Si può infatti così sintetizzare:

- a. l’ “influenza” è sempre recezione/trasformazione del messaggio originario;
- b. se prodotta da traduzioni, il suo fine non è quello di fornire elementi di “contestualizzazione”, e quindi di differenziazione o meno, dei significati originari rispetto a quelli in uso nel “*sitio de recepción*”;
- c. per tale ragione, anche in presenza di “imitazioni” di documenti o enunciati costituzionali del paese da cui proviene l’oggetto, il “flusso” persiste nell’alimentare discorsi teorici che finiscono col prescindere proprio dai testi normativi o dalle originarie matrici dell’isomorfismo creatosi nel “*sitio de recepción*”;
- d. a questo punto, il suo destino coincide con la sua “trasmutazione”, che non rappresenta affatto un “errore”, perché appunto alimenta una “teoria locale” differente, sul piano “cognitivo” interno al contesto latinoamericano;
- e. tutto questo spiegherebbe anche l’attenzione latinoamericana per le traduzioni “astratte”, ossia riguardanti grandi temi di teoria generale, apparentemente di non immediata ricaduta pratica per l’operatore giuridico, ma paradossalmente proprio per questo ampiamente riadattabili nei rimaneggiamenti “pop” o nei sincretismi metodologici locali³⁹.

Un esempio di questo “flusso” è rappresentato attualmente dal tema – moraleggiante e quindi a forte proiezione astratta – del cosiddetto “neo-constitucionalismo”, frutto di

³⁴ Come evidentemente non può non essere stato nelle circolazioni interne ai paesi “ermeneuticamente forti”: cfr., per un esempio, A. Guarneri, *L’interlocutore del giurista nell’esperienza italiana degli ultimi due secoli*, in *Studi Parmensi*, 1992, 375 ss.

³⁵ Come invece non succede in Italia, per il divieto formale di citazione della dottrina da parte dei giudici: cfr. sul problema L. Mossini, *Le citazioni dei giuristi*, Milano, Giuffrè, 1975.

³⁶ L.V. Dalla-Rosa, *Uma teoria do discurso constitucional*, São Paulo, Landy ed., 2002.

³⁷ W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (I):: what was it like to Try a Rat?*, in 143 *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 1995, 489 ss.

³⁸ In particolare, Medina studia questo «flusso» con riferimento alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional della Colombia, nei suoi sincretismi di “spezzoni” teorico-linguistici prodotti con le traduzioni di Kelsen, Alexy ecc...

³⁹ In proposito, sono molto significativi i lavori di Virgílio Afonso da Silva: *Sincretismo Metodológico*, in V. Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, e *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, 607 ss.

traduzioni (anche dall'italiano) produttive di innumerevoli sincretismi tra Alexy ed Häberle, Dworkin e Zagrebelsky⁴⁰, Ferrajoli e Nino, oltre che tra Costituzione italiana e tedesca o spagnola o degli Stati Uniti d'America ecc., in una presunzione di isomorfismi tutti da dimostrare, ma talvolta utilizzati anche in sede giurisprudenziale. Com'è noto, tale dibattito si radica soprattutto in Messico e Brasile, per poi diffondersi nell'intera area geografica⁴¹.

Si spiegano così i "flussi" di grande diffusione di opere di dottrina riferite alla Germania, consistenti specificamente in concezioni filosofiche o al massimo in teorie delle disposizioni costituzionali o della loro interpretazione, come è stato per i lavori di Otto Bachof⁴², Konrad Hesse⁴³, Günter Frankenberg⁴⁴, Dieter Grimm⁴⁵, Arno Scherzberg⁴⁶, ma anche per i fondamentali Robert Alexy⁴⁷ e Peter Häberle⁴⁸, le cui letture del *Grundgesetz*, hanno ceduto il passo alle parti più generali e astratte del loro discorso.

Il risultato finale di questo complicato panorama risiede nell'attivazione di ulteriori "fértiles malas lecturas y apropiaciones", che circolano all'interno di tutto il subcontinente, non necessariamente per la forza o la pregnanza del loro contenuto, quanto piuttosto per la facilità comunicativa del prodotto una volta reso/trasformato in lingua spagnola o portoghese⁴⁹, con effetti anche di "standardizzazione"⁵⁰, determinati tuttavia non dall'osservanza di protocolli e procedimenti codificati di corrispondenze e riscontri⁵¹, bensì proprio dal carattere "pop", di "fértiles malas lecturas y apropiaciones", del processo stesso.

Concludendo, il tema delle "influenze" giuridiche e dei loro "flussi" in America latina presenta caratteri di insospettabile originalità, del tutto diversi anche dalle questioni

⁴⁰ La cui formula "diritto mite" circola in America latina nella traduzione spagnola del "*Derecho ductif*", assumendo la mitezza come duttilità.

⁴¹ Basti pensare alla fortuna del libro, ripubblicato in numerose edizioni, di M. Carbonell (cur.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, e al saggio di L. Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in C. Pereira Souza Neto e D. Ssrmento (cur.), *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, 203-249, riprodotto sette volte tra il 2005 e 2007, in volumi collettivi e siti internet, e tradotto anche in versione spagnola con *El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México DF, UNAM, 2008. Invece, per un riscontro sui sincretismi prodotti, si v. esemplificativamente L.H. Urquhart Cademartori, F.C. Duarte, *Hermenéutica e argumentação neoconstitucional*, São Paulo, Atlas, 2009.

⁴² O. Bachof, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, Coimbra, Almedina, 1994.

⁴³ K. Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1995.

⁴⁴ G. Frankenberg, *A gramática da Constituição e do direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

⁴⁵ D. Grimm, *Constituição e política*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

⁴⁶ A. Scherzberg, *Para onde e de que forma vai o direito público?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

⁴⁷ R. Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

⁴⁸ P. Häberle, *Hermenéutica constitucional*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.

⁴⁹ Medina si riferisce ovviamente alla diffusione dello spagnolo, rispetto al portoghese. Sul tema si v. anche J. Carpizo, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Anuario Iberoam. de Justicia Const.*, 10, 2006, 73 ss.

⁵⁰ Sul fenomeno delle "standardizzazioni", ancora poco studiato dalla comparazione costituzionale, si v. K. Pistor, *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economics*, in *50 Am. J. Comp. L.*, 2002, 97 ss.

⁵¹ Su cui cfr. invece E. Chiochetti, N. Ralli, I. Stanizzi, *L'importanza delle note in terminografia: motivazione, tipologia, applicazioni*, in *mediAzioni*, 7, 2009 (<http://mediazioni.sitlec.unibo.it>).



che l'Europa multilingue e multiculturale si trova ad affrontare nella distinzione tra regime linguistico delle proprie funzioni istituzionali comuni e discorso linguistico delle teorie riferite al comune contesto istituzionale⁵².

3. – Il “flusso” brasiliano tra Tullio Ascarelli e Renato Alessi sullo Stato

In America latina, ed anche in Brasile, i nomi di amministrativisti italiani che segnano l'“influenza” dei giuristi locali sono due: Renato Alessi e Guido Zanobini.

Si tratta di due pensatori importanti del panorama italiano, espressivi, però, di una tendenza dogmatica non comune ad altri amministrativisti coevi come Silvio Trentin e Massimo Severo Giannini, sin dall'origine dei loro studi attenti all'orientamento “costituzionale” delle loro letture e comprensioni dei problemi amministrativi.

Alessi e Zanobini, infatti, profilavano una tendenza dottrinale specificamente ancorata al concetto di Stato e soprattutto all'idea di sovranità come attributo naturale del potere pubblico.

Scriveva Renato Alessi che la esistenza di una funzione amministrativa è essenziale per la esistenza stesa della nozione di Stato. Tuttavia, tale esistenza, secondo l'Autore italiano, non poteva assumersi come sufficiente per affermare la creazione di un diritto amministrativo, inteso come diritto oggettivo. A tal fine, il requisito considerato indispensabile consisteva nella produzione sovrana di norme di soggezione esterna necessarie, e quindi legittime, per il funzionamento dei poteri pubblici⁵³. Pertanto, nella sua prospettiva, il diritto amministrativo non poteva coincidere con una qualsiasi interpretazione o descrizione di funzioni pubbliche, ma in una specifica relazione subordinata tra individuo e potere pubblico, con solo quest'ultimo dotato dell'attributo della sovranità. In altri termini, nella prospettiva di Alessi, diritto amministrativo non poteva che diventare sinonimo di volontà normativa dello Stato verso altri soggetti.

Anche per Guido Zanobini⁵⁴, per poter parlare di diritto amministrativo dovevano concorrere due condizioni specifiche: un'attività amministrativa regolamentata da norme giuridiche dotate di forza esterna; una qualificazione e legittimazione di queste norme in termini differenti da quelle regolatrici di altri tipi di rapporti e altri soggetti, come il diritto privato, il tributario, lo stesso costituzionale. Nella prospettiva di Zanobini, non era il rapporto o il “contatto” tra soggetto e potere a far scaturire fenomeni di diritto amministrativo, bensì la soggezione deliberata a un potere.

Necessità, soggezione, potere, oggettività della norma. Tutte queste figurazioni concettuali arrivano in Italia non solo, come ancora si ripete, per “influenza” francese, ma anche per via del “flusso” delle sistematiche teorie tedesche del diritto pubblico come *Staatsrecht*, diritto dello Stato.

⁵² Sulla specificità di questo problema per la integrazione europea, si v. E. Chiti, R. Gualdo (cur.), *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei*, Quaderno n. 5 della *Riv. Trim. Dir. Pub.*, Milano, Giuffrè, 2008, con riguardo all'uso della lingua nella sfera delle relazioni tra autorità comunitarie europee e nazionali.

⁵³ R. Alessi, *Instituciones de Derecho administrativo*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1970, 20 ss.

⁵⁴ G. Zanobini, *Curso de Derecho administrativo*, 2 tomi, Buenos Aires, Arayú, 1950.



È proprio questo doppio “flusso” a permettere la edificazione di schemi e sistemi concettuali del diritto amministrativo italiano, sia come diritto oggettivo sia come scienza⁵⁵.

Si veniva così conformando quella che proprio un grande giurista operante in Brasile, Tullio Ascarelli⁵⁶, qualificava come tendenza italiana a conservare i riferimenti di dottrina stranieri in termini di mere istanze logiche e calchi concettuali, senza particolare attenzione alla distinzione tra interpretazione scientifica e interpretazione risolutiva di casi concreti⁵⁷, e alimentando piuttosto una sorta di “linguaggio ideale”, con cui legittimare prioritariamente la sovranità dello Stato, prima ancora che la fundamentalità dei diritti.

Lo Stato finisce così col diventare il perno di tutta la dialettica giuridica pubblicistica tra caso e necessità dei rapporti giuridici⁵⁸.

In tale prospettiva, si comprende non solo la vocazione prevalentemente descrittiva del diritto amministrativo italiano come scienza, in quanto mera rappresentazione delle finalità pubbliche del potere, ma anche la dogmatica costruttivistica di concetti, elaborati non dalla osservazione delle patologie del potere in sede di contenzioso giurisdizionale – come luogo “naturale” di incontro tra soggetto e potere – bensì dalla logica del ragionamento astratto stesso.

Così, in un paese a giurisdizione speciale amministrativa e con vocazione “latina”, per riprendere la didascalia di Vittorio Emanuele Orlando, il diritto amministrativo non guarda alla prassi ma si specchia nello Stato quale unico punto di osservazione e giustificazione della propria stessa dinamica. Nonostante una storia di unificazione statale “tardiva” come quella italiana, esso funge da cemento del diritto oggettivo riflesso su quella storia: diventa un diritto pubblico necessariamente sostanziale, per dare sostanza allo Stato.

Qualcosa di analogo si può riscontrare anche nel contesto latinoamericano, e quindi brasiliano⁵⁹, ma con una differenza importante.

Come si è accennato, il «singolare collettivo» fondamentale della semantica storica europea, il concetto di Stato, rappresenta il grande assente della elaborazione concettuale “autoctona” dell’America latina e quindi anche del Brasile. Questa assenza, come evidenziato dagli studi della *Cepal (Commissione Economica per l’America Latina)*⁶⁰, ha segnato la specificità stessa della periferia latinoamericana, ostacolando la elaborazione di una teoria della Costituzione adeguata alla realtà⁶¹. La tesi dominante, recentemente ripresa, tra gli altri, da Bravo

⁵⁵ B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁵⁶ T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952

⁵⁷ G. Calogero, *La natura dei concetti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1945, I, 113 ss.

⁵⁸ T. Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, 1 ss.

⁵⁹ Per il Brasile, si v. N. Saldanha, *Formação da teoria constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, 217 ss.

⁶⁰ F. de Oliveira, *O Ornitorrinco*, in *Crítica à razão dualista*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2003, 125-128.

⁶¹ G. Bercovici, *La periferia del capitalismo come crocevia delle teorie dello Stato e della Costituzione*, trad. it., Lecce-Cavallino, Pensa, 2007.



Lira⁶², attribuisce a questa dissociazione l'insuccesso del costituzionalismo latinoamericano. L'esperienza del simultaneo stabilimento di governi repubblicani in vari Stati, resisi indipendenti dalle metropoli quando ancora non esisteva un modello teorico costituzionale definito nelle grandi narrazioni europee del XIX secolo, avrebbe contribuito a mantenere aperte questioni fondamentali di autorappresentazione delle nuove identità⁶³. A simili disorientamenti sarebbero da collegare atteggiamenti esterofili di "romanticismo costituzionale"⁶⁴, dettati da curiosità letterarie ed estetiche piuttosto che da analisi politica e giuridica comparata, o di "idealismo della Costituzione"⁶⁵, ossia di esaltazione di un apparato linguistico e concettuale intorno a significati della Costituzione, inservibile poi nella pratica politica⁶⁶. Del resto, anche le letture che enfatizzano la originalità del cosiddetto "costituzionalismo latino" presente nel sub-continente, pur contribuendo ad argomentare convincentemente l'esistenza di uno specifico sistema giuridico latinoamericano⁶⁷, diverso e originale rispetto ai grandi sistemi giuridici del Nord del mondo⁶⁸, non vanno oltre la ricostruzione di una serie di intuizioni o spunti, presenti alla scienza dei giuristi del continente, utile a identificare un *mos latinoamericanus iura docendi ac legenda*⁶⁹, insufficiente per spiegare ragioni di successo o fallimento dei singoli esperimenti costituzionali. È in quest'ottica che si comprende il ridondante e semplicistico richiamo a dottrine o storicamente decontestualizzate, come l'evocazione del *Blatt Papier* di Lassalle⁷⁰, assunto quasi ad universale chiave di lettura di qualsiasi Costituzione di quei paesi, o strutturalmente differenti nella base giuridico-formale di riferimento, come nell'attuale sovrapposizione/confusione tra *Verfassungsverbund-Staatenverbund*,

⁶² B. Bravo Lira, *Entre dos Constituciones, Histórica y Escrita: Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica*, in *Quad. Fior. St. Pens. Giur. Mod.*, 27, Milano, Giuffrè, 1998, 151-165.

⁶³ J.A. Aguilar Rivera, *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México DF, EFCE, 2000, 17-19 e 24-33.

⁶⁴ N. Saldanha, *A Teoria do "Poder Moderador" e as Origens do Direito Político Brasileiro*, in *Quad. Fior. St. Pens. Giur. Mod.*, 18, Milano, Giuffrè, 1989, 254-255.

⁶⁵ F.J. de Oliveira Vianna, *O Idealismo da Constituição*, São Paulo, Cia ed. nacional, 1939², 7-11 e 311-314.

⁶⁶ J.L. Fiori, *Para uma crítica da teoria latino-americana do Estado*, cit., 22 ss.

⁶⁷ Cfr. P. Catalano, *Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y Derecho romano*, in *Rev. de legislación y jurisprudencia*, 131, 1982, 161 ss.

⁶⁸ Cfr. G. Lombardi, *Il costituzionalismo latino americano: a proposito di una originalità sconosciuta*, prefazione a G. Guidi, E. Roza Acuña (cur.), *Costituzioni straniere contemporanee*, I, I Paesi Andini, Milano, Giuffrè, 1990, 7 ss.

⁶⁹ Per ulteriori spunti rinvio a M. Carducci, *Lo «scrivere come Dio» e l'umanesimo perenne del costituzionalismo «latino»*, cit.

⁷⁰ Ferdinand Lassalle, *Über Verfassungswesen*, ora in *Gesamtwerte: Politische Reden und Schriften*, Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau, 1907.



*Unione/Comunità*⁷¹, utilizzata per legittimare deboli e contraddittori processi di integrazione sovranazionale del sub-continente⁷² o per prescindere⁷³.

Si tratta evidentemente di processi di “influenza” effettuati prescindendo dalle equivalenze concettuali, ossia attenti solo alla definizione, senza necessariamente preoccuparsi dell’analisi delle caratteristiche del concetto sotteso rispetto al genere di oggetti cui il linguaggio originario si riferisce per delimitare definizioni e orizzonti cognitivi.

Quindi, nonostante la distinzione dichiarata da Vittorio Emanuele Orlando tra “scuole latine” e “scuole germaniche”, scopriamo che le opere di lingua tedesca incidono sulle figurazioni concettuali degli intellettuali e degli operatori giuridici brasiliani. Però, anche in questo caso, il “flusso” registra le caratteristiche prima richiamate.

4.1. – Assenza di una “teoria dello Stato” e germanismo delle categorie giuspubblicistiche brasiliane

Di queste opere tedesche, infatti, si privilegiano o gli studi di teoria dei contenuti delle disposizioni costituzionali, rispetto ai lavori di teoria delle fonti o di teoria generale della interpretazione, oppure le dottrine del cosiddetto diritto costituzionale “culturale”⁷⁴.

Ancora una volta, le ragioni di questa “scelta” del “flusso” non sono casuali. Entrambe le correnti tedesche, infatti, si atleggiano sostanzialmente a teorie costituzionali senza Stato⁷⁵, cioè contributi non solo più facilmente esportabili, perché non compromessi con l’esperienza storica e materiale di uno specifico apparato organizzativo di potere, ma anche più direttamente spendibili sul piano pratico, sia in termini di giustificazione o critica di determinate letture dei testi costituzionali “autoctoni” sia in termini di legittimazione di un uso prevalentemente giudiziale delle categorie concettuali acquisite appunto sotto forma di “*jurisprudencia pop*”.

Si pensi alla grandissima fortuna, riscontrabile ancora oggi in tutto il sub-continente, della teoria di Karl Loewenstein nella parte relativa al cosiddetto «*sentimiento constitucional*»⁷⁶, quale base di classificazione “ontologica” dei testi costituzionali in termini semantici, nominali o normativi⁷⁷. L’espressione tedesca *Verfassungsgefühl*, non riferendosi a soggetti storici specifici di uno Stato (a differenza della formula

⁷¹ Su questi problemi di inquadramento, si v. i contributi in R.F. Bachellar Filho, D.J. Sesín (orgs.), *Ordinamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2006, e F. Herren Aguilar, *Por um direito comunitário no Mercosul?*, in C. Ari Sundfeld (org.), *Direito administrativo econômico*, São Paulo, Malheiros, 2002, 400 ss..

⁷² Di cui è testimonianza per esempio il libro di B. Galindo, *Teoría intercultural da Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

⁷³ Cfr., per spunti connessi, R.F. Bacellar Filho, G. Amintas Pazinato Da Silva (orgs.), *Direito administrativo e integração regional*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2010.

⁷⁴ Si v. in tal senso P. Bonavides, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2009²⁴, cap. 7.

⁷⁵ In tale senso, G. Bercovici, *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição*, in AA.VV., *Teoría da Constituição*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, 75 ss.

⁷⁶ Formula ulteriormente rafforzata nel contesto latinoamericano dal contributo gius-filosofico di Pablo Lucas Verdú, con *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, tradotto anche in portoghese con *O sentimento constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004.

⁷⁷ K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1965, spec. 199 ss.



hegeliana del «sentimento politico» – *politische Gesinnung* – inteso come universalizzazione della particolarità degli interessi nella sovranità storica di un determinato Stato⁷⁸, ma assumendo come referenza esclusiva il rapporto tra interprete e testo costituzionale, ha permesso non solo di prescindere da qualsiasi teoria dello Stato adeguata alla storia locale, ma soprattutto di sganciarsi dall’atavica “influenza” weberiana, pervasivamente presente tra gli intellettuali latinoamericani, di immaginare comunità omogenee di opinione pubblica e di società civile, espressive di un unitario sentimento di comunità (*Gemeinschaftsgefühl*) se non addirittura di una vera e propria coscienza di gruppo (*Bewußtein*), adattando così la chiave di lettura tedesca alle fratture sociali prodotte dall’*ethos ibérico* della “conquista”. Pertanto, il «*sentimiento constitucional*» non identificherebbe né una condizione naturale né un’attitudine culturale (come coscienza giuridica – appunto *Bewußtein* – o addirittura spirito di un popolo – *Volkgeist*), bensì un fenomeno contingente di disponibilità e uso del testo costituzionale.

Analoga funzione assolve la diffusione in Brasile delle traduzioni dei lavori teorici del costituzionalista Friedrich Müller⁷⁹. Del suo linguaggio, espressivo di una originale “interpretazione strutturante” del testo costituzionale particolarmente attenta alla scrittura del *Grundgesetz*, si privilegiano estrapolazioni riferite a lemmi, di cui l’Autore non ricostruisce l’etimologia o la semantica storica, bensì i “giochi linguistici” escogitabili in funzione del potere e delle sue strumentalizzazioni del testo scritto⁸⁰.

4.2. – L’ “influenza” di Tobias Barreto

Ma questo discorso di “influenza” germanica assume particolare rilievo in Brasile per una ulteriore ragione.

Il Brasile è l’unico paese latinoamericano dove, accanto al “flusso” delle traduzioni dal tedesco a partire dalla fine del XIX sec., si registra una diffusione interna anche della lingua, che produce, in alcune aree del paese a forte immigrazione europea (in particolare gli Stati di Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), interessanti processi di “germanizzazione” della cultura anche giuridica.

Fino ai primi dell’Ottocento, quella brasiliana aveva prodotto una inclinazione culturale verso le “influenze” francesi⁸¹, funzionali ad perpetuare il cosiddetto *bacheralismo*⁸², ossia quel nozionismo scolastico erudito, ripetitivo e formalista, disinteressato alla lettura della prassi politico-sociale del paese e indifferente della complessa struttura socio-culturale del suo vasto territorio. Le “scuole giuridiche” di

⁷⁸ Si tratta dei famosi paragrafi 260 e 268 in G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari, Laterza, 1971, 218 e 222.

⁷⁹ Sulla importante influenza di questo pensatore soprattutto in Brasile, si v. le testimonianze raccolte in AA.VV., *Democracia, Direito e política. Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*, São José, Conceito editorial, 2006.

⁸⁰ F. Müller, *Quem é povo?* (ed. originale in portoghese), São Paulo, Max Limonad, 1998; *Fragmento (sobre) o Poder constituinte do Povo*, (1995), trad. port., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2004; *Direito, linguagem, violência. Elementos de uma teoria constitucional*. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Frabris Ed., 1995.

⁸¹ M.S. Zanella Di Pietro, *500 anos do direito administrativo brasileiro*, in *Cadernos de Direito e Cidadania*, 2000, 39 ss.

⁸² Cfr. A. Franco Montoro, *Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira*, in *Rev. Inf. Leg.*, 37, 1973, 3 ss., e A. Soáres da Rocha, *Rui Barbosa, a formação do Brasil e o pensamento jurídico*, in *Pensar*, 15, 2010, 9 ss.



riferimento, quelle di Recife e di São Paulo, avevano sempre proposto adattamenti poco innovativi, produttivi al massimo di formalismi esegetici oppure di tecnicismi orientati ad una pratica forense ripetitiva.

L'opera di traduzione giuridica dal tedesco e di divulgazione della lingua, avviata a Recife da Tobias Barreto, il pioniere della germanismo brasiliano⁸³, segna una svolta nel consolidare un legame privilegiato tra germanismo, inteso come apertura culturale verso la Germania e la sua cultura di introspezione filosofica⁸⁴, e "germanizzazione" della società brasiliana, ossia l'intreccio tra "flussi giuridici" e "flussi" migratori tedeschi, che si realizza tra Otto e Novecento, rendendo più familiare e naturale il contatto tra contesti culturali di origine del "flusso" e il "sitio de recepción" luso-brasiliano.

Il Brasile impara così ad evolversi verso una proiezione culturale cosmopolitica, permeabile anche alla lingua più identitaria dell'Europa: il tedesco. Diversamente da quanto, in quegli stessi anni, si andava riscontrando in altri ambiti di esperienza giuridica, come per esempio con il contributo di Augusto Teixeira de Freitas, il Savigny sudamericano dei processi di codificazione civile⁸⁵, il germanismo brasiliano inaugurato da Barreto farà della dottrina costituzionalistica tedesca un riferimento reiterato di ispirazione e imitazione⁸⁶.

Sea questo si aggiunge la constatazione che il Brasile è stato anche il paese a più vasta immigrazione italiana, tra l'altro proprio all'interno degli stessi territori di "germanizzazione" (Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul), si comprende che l'intreccio di "flussi" e di "influenze" è stato praticamente inevitabile sia sul piano culturale che su quello esistenziale delle condizioni valoriali condivise nella interpretazione dei rapporti tra libertà e potere.

5. – Diritto pubblico "culturale" e Diritto pubblico "generale"

La prova, se così può dirsi, si riscontra nel sincretismo brasiliano tra diritto pubblico "culturale" e diritto pubblico "generale", come venne qualificato in Italia da Vittorio Emanuele Orlando⁸⁷.

Oggi si riscontra la predilezione per il diritto "culturale" come "giurisprudenzializzazione" del diritto pubblico in generale⁸⁸.

Tuttavia, nel contesto anche brasiliano, questa preferenza è determinata da due altri fattori:

⁸³ Cfr. M.G. Losano, *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 98 ss.

⁸⁴ N. Saldanha, *A Escola de Recife*, São Paulo, Convivio, 1985².

⁸⁵ Cfr. S. Schipani (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, Cedam, 1988.

⁸⁶ Si pensi, del resto, all'influenza prodotta in Brasile dal testo costituzionale di Weimar: cfr. A.C. de Amorin Garcia, *A Constituição alemã de 11 de agosto de 1919*, Rio de Janeiro, s.e., 1924.

⁸⁷ Si v. gli studi di G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980; *Storia delle letterature amministrativistica italiana, I: dall'Unità alla fine dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1998; B. Sordi, *Amministrazione: tra pubblico e privato*, in R. Gherardi, G. Gozzi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 2000, 1023 ss.

⁸⁸ Si veda S. Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 1984, il quale riprende le posizioni teoriche italiane di Mortasa sulla "necessità" del controllo giurisdizionale come "interesse pubblico" supremo indisponibile).

- essa sconta la diffidenza per le strumentalizzazioni apologetiche e acritiche del *Dereito político*⁸⁹ praticato nelle stagioni dei regimi militari o dittatoriali⁹⁰;
 - ma essa risulta altresì sintomatica dell'esigenza di "agganciarsi" alla modernità costituzionale della "*Teoría Transnacional del Derecho*", soprattutto con le ultime transizioni democratiche ispirate ai modelli costituzionali di Spagna e Portogallo⁹¹, considerando il "diritto culturale" come necessario armamentario del passaggio dallo Stato di diritto formale allo Stato costituzionale democratico di ispirazione europea, incentrato prioritariamente sui sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi⁹², affidando al luogo "politicamente incontaminato" del processo costituzionale il controllo assiologico di quelle acquisizioni di modernità del primo mondo, che la prassi politica non ha mai effettivamente realizzato⁹³: nasce da qui l'esaltazione del diritto processuale costituzionale come "scienza"⁹⁴.

In questo modo, però, il dato problematico, che ha condotto i costituzionalisti europei del Novecento a sperimentare nel tempo i due approcci, viene sottovalutato, insieme al profilo comune dell'oggetto di osservazione: la disponibilità del testo costituzionale come premessa di attivazione delle dinamiche di mutamento informale della Costituzione all'interno dello Stato.

Prende così piede il convincimento che solo grazie alla processualità dell'agire del giudice, e quindi alle regole del processo non sovrapponibili a quelle di qualsiasi potere "politico", la disponibilità del testo non possa essere indotta a sfociare in arbitrio (l'arbitrio della politica latinoamericana), dato che il giudice può agire solo su richiesta di una parte interessata (*ne procedat iudex ex officio*) e quindi può disporre del testo costituzionale alle condizioni e nei limiti derivanti dalla struttura stessa del processo, in un contraddittorio argomentabile con risorse universali e astratte (tratte anche dall'opera di traduzione del pensiero euro-nordamericano) e politicamente "incontaminato"⁹⁵.

⁸⁹ Si v. E. Gabardo, *Eficiência e legitimidade do Estado*, Barueri, Manole, 2003.

⁹⁰ Per la comprensione di questo non facile (per un osservatore europeo) passaggio "psico-sociale" della dottrina latinoamericana, è imprescindibile l'interessantissimo studio analitico di J. Ramón Cossío, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México DF, Fontamara, 1998, riferito al Messico ma replicabile, come chiave di lettura, per tutto il sub-continente.

⁹¹ Su queste influenze europee, si v. rispettivamente F. Fernández Segado (cur.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Ministerio de la Presidencia, 2003, e J. Miranda (cur.), *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, Coimbra, Coimbra ed., 1996. Sul tema, si v. G. Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

⁹² Per una rappresentazione chiara ed efficace della contrapposizione tra "diritto politico" e "diritto culturale", si v. A. Pizzorusso, *Fonti "politiche" e fonti "culturali" del diritto*, in *Studi on. E.T. Liebman*, I, Milano, Giuffrè, 1979, 327 ss.

⁹³ Sulla inadeguatezza di un simile approccio "culturale" rispetto alla "verità"/storicità del contesto politico istituzionale latinoamericano, si consideri l'importante analisi di L.L. Streck, *Verdade e consenso. Constituição, hermenéutica e teorias discursivas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

⁹⁴ Si pensi alle posizioni di E. MacGregor, in Messico, e di M. Cattoni, in Brasile.

⁹⁵ Si spiega in questi termini la fortuna in America latina delle teorie processuale-costituzionali di Mauro Cappelletti, le cui opere principali, a partire da *Giudici legislatori?* (Milano, Giuffrè, 1984), risultano tradotte sia in spagnolo che in portoghese. Ma nello stesso modo si spiega il protagonismo in America latina del pensiero di Peter Häberle. In tal senso, si v., per esempio, R. Caiado Amaral, *Peter Häberle e a hermenéutica constitucional. Alcance doutrinário*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

Ecco allora che, se la dimensione “politica” del diritto costituzionale avrebbe consentito di studiare più approfonditamente la forma di governo e il diritto parlamentare come luoghi prioritari e principali di conoscenza della disponibilità politica dei testi costituzionali, quella “culturale” assume la giustizia costituzionale e il diritto processuale costituzionale quali “ambiti cognitivi” specifici di comprensione delle dinamiche contemporanee, indipendenti dalla politica e spendibili attraverso imitazioni straniere⁹⁶.

Di riflesso, un pensatore tedesco come Peter Häberle, del quale pur legittimamente si dubita la spendibilità nelle teorie sulla “società aperta degli interpreti” in assenza di comuni storie dei sottostanti «singolari collettivi»⁹⁷, è tradotto senza condizioni nella sua visione “culturale” del processo come «*jurisdicción ciudadana*»⁹⁸.

Del resto, così facendo, l’opzione per il “diritto culturale” favorisce l’immissione dei “flussi” di traduzione come prodotti immediatamente spendibili nel processo appunto come “*jurisprudencia pop*”, legittimando le rielaborazioni del “*sitio de recepción*” non per comunanza di quei «singolari collettivi» delle identità statali che sono state alla base del “diritto politico”, bensì per le rielaborazioni “culturali” che, attraverso il processo, possono appropriarsi di discorsi e linguaggi decontestualizzati.

Nel contempo, però, l’idea di diritto pubblico si è evoluta come diritto costituzionale “generale”, conducendo al superamento di qualsiasi concezione fungibile di Costituzione, originariamente presente nelle dottrine europee del primo dopoguerra (sotto la forma della dimensione identificativa spirituale del documento scritto – come avvenne nella Germania di Weimar – oppure della considerazione della strumentalità di quella scrittura rispetto ai rapporti materiali di forza dei soggetti politici – come fu nella concezione mortatiana fascista della Costituzione “in senso materiale”⁹⁹, ma ridondante anche in numerose esaltazioni contemporanee del ruolo del giudice, ispirate appunto dal diritto “culturale”¹⁰⁰.

Del resto, il diritto pubblico “generale” assumeva come ineludibile la prova della certezza del diritto non in termini di mera prevedibilità dei contenuti, bensì come precomposizione definitiva, appunto non fungibile, dei criteri ordinatori dei rapporti tra fonti prodotti della scrittura costituzionale, dato che sui criteri ordinatori delle fonti si può giocare una “lotta per il potere”, difficilmente controllabile se non “razionalizzata” dalla Costituzione (l’idea di Canotilho della Costituzione “dirigente” e quella italiana di Massimo Severo Giannini della costituzionalizzazione del diritto amministrativo¹⁰¹).

Inoltre, così ragionando, l’affermazione di un diritto costituzionale “generale” ha espresso un bisogno nuovo, definitivamente acquisito nell’Europa del secondo dopoguerra, proprio a partire dalla Costituzione italiana del 1948, e irreversibilmente

⁹⁶ Si v. la condivisibile critica di E. Gabardo, *O suposto carácter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica*, in .M.S. Zanella Di Pietro, C.V. Alves Ribeiro (coord.), *Supremacia do interesse público*, São Paulo, Atlas, 2010, 13 ss.

⁹⁷ Si v. in tal senso le appropriate osservazioni di D. García Belaude, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Rev. Latino-Am. Est. Const.*, 1, 2003, 1 ss.

⁹⁸ P. Häberle, *El Tribunal constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, México DF, Fundap, 2004.

⁹⁹ S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. Soc.*, 1982, 234 ss.

¹⁰⁰ F.G. Pizzetti, *Il giudice nell’ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, 243 ss.

¹⁰¹ M.S. Giannini, *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Madrid, Inst. National de Administración Pública, 1980.



affermato come patrimonio comune di una dimensione unitaria del diritto pubblico, *dentro* gli Stati e nei rapporti internazionali *fra* Stati: l'antropocentrismo della Costituzione come fine della "razionalizzazione" stessa.

È noto che questo antropocentrismo ha presidiato sin dalle origini anche il progetto di integrazione europea: l'idea di promozione dello sviluppo della persona umana come miglioramento complessivo delle sue condizioni di vita materiali, sociali e morali si è radicato, anche implicitamente, in tutti gli ordinamenti (CECA, CEE, *Euratom*) derivati da tale progetto¹⁰².

Del resto, dopo la catastrofe, il diritto in generale¹⁰³, e specialmente quello costituzionale *ri-scoprono* l'umanesimo come spirito e fine delle istituzioni. Oggi, non è sempre frequente ricordare l'impronta umanistica di questo diritto pubblico del secondo dopoguerra, costituzionale "generale" e giurisprudenziale "culturale" al tempo stesso, in una tendenza, espressa in Italia con grande lucidità, da Feliciano Benvenuti¹⁰⁴. Tuttavia, sia che la si assuma come premessa antropologico-culturale del costituzionalismo¹⁰⁵, sia che la si assuma come effetto di una cripto-incidenza delle dottrine cristiane – soprattutto della dottrina sociale della Chiesa cattolica¹⁰⁶ – la vocazione umanistica ha prodotto connotati più articolati, non semplicemente "culturali", ma direi anche specificatamente "tecnici", a base di un modo nuovo di scrivere e intendere le Costituzioni come "riserve di giustizia"¹⁰⁷ rispetto tecniche normative, procedimenti, decisioni¹⁰⁸.

Tutto questo lo si può rappresentare in quattro passaggi esplicativi:

- riconoscere la centralità della persona umana come destinatario della scrittura legale (argomento *pro nomine*);
- giuridificare non il potere, bensì i processi di rappresentazione della società umana dentro le istituzioni (dalle comunità intermedie ai parlamenti) (argomento della democrazia universale);
- affermare la centralità della responsabilità politica di governo come attributo "diffuso" tra più organi (quindi non solo nell'esecutivo);
- giuridificare l'unità del diritto pubblico, costituzionale e internazionale, ossia costituzionalizzare tutte le relazioni giuridiche, trasformandole in un ordinamento comprensivo dei valori e delle tecniche delle Costituzioni degli Stati.

6. – Procedimento e processo nel "dialogo" istituzionale

¹⁰² Si vedano, tra gli altri, R. Monaco, *Art. 2*, in R. Quadri R., R. Monaco, A. Trabucchi A. (diretto da), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, I, Milano, Giuffrè, 1965, 38 ss., nonché le ricostruzioni di F. Pizzolato, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, 15 ss., e di A. Isoni, *L'Alta Autorità del carbone e dell'acciaio*, Lecce, Argo, 2006, 29 ss.

¹⁰³ G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1958, 151.

¹⁰⁴ F. Benvenuti, *Il diritto, scienza umana*, in *Jus*, 1983, 344 ss., e *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 1998, 661 ss..

¹⁰⁵ P. Häberle, *Stato costituzionale*, I) *Principi generali*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Ist. Treccani, 1993, Aggiornamento 2000, 1 ss., ma soprattutto *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura* (1982), trad. it., Roma, Carocci, 2001, spec. 167 ss.

¹⁰⁶ E.-W. Böckenförde, *Cristianesimo, libertà, democrazia*, trad. it., Brascia, Morcelliana, 2007.

¹⁰⁷ O. Vilhena Vieira,

¹⁰⁸ M. Carducci, P. Logroscino, *La Costituzione e le sue «riserve di giustizia»*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2009.



Ma in Italia, fino ad un passato recente, alla già accennata separazione del diritto amministrativo dalla dimensione dinamica del contenzioso come osservatorio privilegiato dei fenomeni giuridici, si è accompagnata anche una ulteriore frattura sia nel “dialogo” tra poteri sostanziali e giurisprudenza amministrativa sia nel confronto tra indirizzi giurisprudenziali amministrativi e giurisprudenza civile. Queste divaricazioni hanno contribuito al consolidamento dell’autoreferenzialità delle categorie amministrativistiche, solo progressivamente e lentamente permeate dalla costituzionalizzazione dei rapporti giuridici inaugurata nel secondo Novecento.

Nel mondo anglosassone, e negli Stati Uniti specialmente, si discute non da oggi di *Deference* delle funzioni amministrative verso la Costituzione e il suo interprete privilegiato, la Corte Suprema¹⁰⁹. Si afferma altresì l’estensione dei canoni, sostanziali e processuali, del *Due Process of Law* a tutto il campo delle azioni pubbliche e a tutti i rami amministrativi, nei quali è in gioco la tutela della costituzionalizzazione concreta dei diritti individuali garantiti¹¹⁰. Si arriva persino a parlare di *Administrative Constitutionalism*, per significare un progressivo spostamento del fulcro dei problemi concreti di effettività costituzionale, dal campo della legislazione a quello della amministrazione e soprattutto della regolazione dei rapporti tra pubblico e privato, nella loro tutela attraverso il “dialogo” tra giudici¹¹¹. A queste tendenze, si reagisce rivendicando una sorta di “purezza” del diritto costituzionale, con la quale non confondere la prassi amministrativa, allo scopo di preservare la separazione dei poteri disegnata appunto in Costituzione¹¹².

In Germania, è ancora frequente il richiamo alla nota formula di Otto Mayer «*il diritto amministrativo resta, il diritto costituzionale passa*»¹¹³, per discutere della *path dependence* che condiziona l’effettività costituzionale nell’ambito dell’azione e del giudizio amministrativo. Friedrich Müller, nel proporre la sua teoria “strutturante” della interpretazione come metodo di lavoro del diritto pubblico del secondo dopoguerra, rintraccia proprio nel diritto amministrativo e nel suo contenzioso – come insieme di

¹⁰⁹ Cfr. L. Alexander, F. Schauer, *L’interpretazione stragiudiziale della Costituzione*, tr. it., Lecce-Cavallino, Pensa, 2005.

¹¹⁰ J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale Univ. Press, 1985. In Italia, si v. M. Comba, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. Sicari, R. Ferrara, (cur.), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Padova, Cedam, 1998, 220.

¹¹¹ L’emersione della formula *Administrative Constitutionalism* risale agli ottanta del Novecento, sulla spinta dei dibattiti intorno alle riforme amministrative e soprattutto della trasformazione dei poteri di intervento e regolazione pubblica. Si cfr. P.A. Lawler, *Public Administration, Constitutionalism, and Political Philosophy in America*, in *15 Teaching Political Science*, 2, 1988, 50 ss.; E.C. Fisher, R. Harding, *The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism*, in *Oxford Legal St. Research Paper*, 31, 2006, 113 ss.; E. Fisher, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, in *J. Environmental L.*, 20, 2008, 489 ss.

¹¹² Valga, per tutti, il riferimento al giudice A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law*, in *Duke L.J.*, 1989, 546.

¹¹³ Cfr. in F. Mayer, *Gli studi di diritto amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, trad. it., in *Archivio ISAP*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, 122. È da osservare che la formula si connetteva altresì con l’idea di uno «*standard*», appartenente all’area del privato non statale, (quello che è denominata *Konstitutionelle Verfassung*, in C. Schmitt, *Il nomos della terra*, tr. it., Milano, Adelphi, 1991), non intaccabile dai mutamenti costituzionali formali o informali di uno Stato, a presidio, evidentemente, dei rapporti economici di proprietà e di scambio.



categorie, concetti e prassi – il luogo cruciale dell’impatto dello sviluppo costituzionale sul rapporto autorità-libertà¹¹⁴. A questo percorso si è richiamato chi, nella comparazione costituzionale, ha voluto distinguere tra Costituzioni “normative”, “semantiche” e “nominali”, per classificare le esperienze di costituzionalizzazione sulla linea di frattura o meno tra discorsi degli organi di vertice – compresi i giudici costituzionali – e discorsi operativi e giudiziari dell’amministrazione¹¹⁵.

In Spagna, una simile linea tematica è emersa nella nota polemica tra Pablo Lucas Verdú ed Eduardo García de Enterría, sintomatica delle resistenze “culturali” degli operatori del diritto pubblico di fronte ai disegni di costituzionalismo sociale, impressi dai testi del secondo Novecento europeo¹¹⁶.

Ma non è da dimenticare la circostanza che sono state proprio le tendenze “razionalizzatrici” del costituzionalismo europeo novecentesco a rendere problematico l’intreccio tra diritto amministrativo e diritto costituzionale, rispetto alle concezioni “neutrali” o meramente “esecutive” del potere pubblico¹¹⁷. In altri termini, è stata la funzione trasformativa delle Costituzioni soprattutto a contenuto “programmatico” – da quelle italiana e, in parte, tedesca, a quelle poi di Portogallo e Spagna – a porre l’ineludibile esigenza del “confronto” – soprattutto giurisprudenziale – tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, in ragione della costituzionalizzazione delle funzioni pubbliche secondo un’architettura non più di mera “divisione”, bensì di “separazione” funzionale, volta cioè a sancire il concorso, differenziato ma convergente, di tutte le funzioni nella materializzazione efficace dei disegni costituzionali impressi dal testo¹¹⁸. Al vincolo del legislatore seguirebbe il vincolo dell’amministrazione, la cui “legalità” non risiederebbe più nella semplice abilitazione dell’azione – in quanto mera “esecuzione” – quanto piuttosto nella conformazione del progetto costituzionale sugli interessi pubblici e privati coinvolti dai procedimenti. Solo in tal modo, procedimento e processo amministrativo si ritroverebbero ad operare intorno al nucleo dei diritti costituzionali¹¹⁹.

Si registra così l’intreccio tra processo, procedimento, testualità costituzionale, sua proiezione assiologica, di cui discorrerà anche la più attenta dottrina brasiliana¹²⁰.

Non è solo il passaggio dal potere alla funzione ad attribuire all’agire amministrativo un essenziale carattere di processualità. Il fondamento di questa necessaria

¹¹⁴ F. Müller, *Métodos de trabalho do Direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2000.

¹¹⁵ L’impostazione, come già accennato è di K. Loewenstein, ed è stata poi seguita da P. Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*, cit., per discutere sulla importanza di identificare i luoghi di formalizzazione giuridica del comune sentire costituzionale, fuori degli organi di vertice dello Stato.

¹¹⁶ P. Lucas Verdú, *El derecho constitucional como derecho administrativo. La ideología constitucional del profesor García de Enterría*, in *Rev. Der. Político*, 13, 1982, 7 ss.; E. García de Enterría, *El derecho constitucional como derecho*, ivi, 15, 1982, 45.

¹¹⁷ Si pensi alle preconizzazioni di L. Duguit, B. Mirkine-Guetzévitch, K. Polanyi.

¹¹⁸ I tre riferimenti “classici” di tale impostazione europea, sono quelli di Vezio Crisafulli, per l’Italia, e Peter Lerche, per la Germania, sintetizzati poi, nel pensiero di J.J. Gomes Canotilho, cui si deve l’idea del superamento del concetto statico di “divisione”, come semplice limite e controllo del potere di portata esclusivamente negativa, a favore di quello dinamico di “separazione”: cfr. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra ed., 1994, nuova ed., 250.

¹¹⁹ Così, L. Pires Ohlweiler, *A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do direito administrativo: algumas repercussões da fenomenologia hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, 9 ss.

¹²⁰ O. Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1993, 69 ss.



dimensione dinamica e dialettica risiede nella Costituzione, con la sua vocazione di inclusione e partecipazione.

Ecco allora che le stesse categorie del diritto processuale – e per il Brasile si pensi a nomi come Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra, Cândido Dinamarco¹²¹ - non servono solo a descrivere quella dinamica, ma piuttosto a spiegarla come riflesso delle istanze trasformative segante a livello costituzionale..

La centralità del contraddittorio assurge a nuova *Anerkennung* dell'interesse pubblico¹²². Il dato appare immediatamente visibile proprio nei contesti di più recente democratizzazione costituzionale, come quello brasiliano, dove il nesso tra diritto amministrativo e diritto costituzionale si dimostra particolarmente avvertito e molto forte, anche in virtù delle specificità dei sistemi di giustizia costituzionale utilizzati in quei paesi, funzionali ad un più rapido apprendimento dell'uso giudiziale della Costituzione nei confronti delle arretratezze dei poteri pubblici¹²³. Non a caso, è lì che ha preso piede il dibattito sul cosiddetto neo-costituzionalismo, come pratica di costituzionalizzazione dell'azione amministrativa¹²⁴.

Non credo che in Italia si possa parlare di *Administrative Constitutionalism*. Gli studi attuali non abilitano neppure a parlare di vero e proprio “dialogo” tra Corte costituzionale e giudici amministrativi. Ad oggi è possibile solo un “confronto” giurisprudenziale tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, come diritti oggettivi e come dottrine giuridiche. Le ragioni di tale specificità italiana sono molteplici, ma in larga misura riconducibili a quelle cause storiche del tardivo processo di unificazione politica e costituzionale, cui si è fatto più volte cenno.

Questo significa che c'è ancora molto da studiare, discutere, criticare: basti pensare, per tutti, alla problematica della specularità tra procedimento e processo amministrativo come luoghi di effettività dei diritti costituzionali¹²⁵, rispetto, per esempio, alla rilevanza della motivazione sugli interessi dei soggetti partecipanti¹²⁶. In occasione del tentativo di riforma costituzionale del 1997, le questioni del raccordo tra giustizia amministrativa e Costituzione furono numerosissime¹²⁷. Molto di quel

¹²¹ O. Medauar, *A processualidade*, cit., 14.

¹²² P. Sommaggio, *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria generale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, 2007, 8 ss.

¹²³ Si v., a titolo di esempio recente, J.A. Tirado Barrera, *Al control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública*, Lima, Adrus, 2009.

¹²⁴ Per una efficace sintesi delle diverse e contrapposte posizioni in Brasile, si v. D. Sarmento (org.), *Filosofia e Teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, ed *ivi* i contributi soprattutto di L. Roberto Barroso e D. Dimoulis.

¹²⁵ D'obbligo è ovviamente il richiamo almeno a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; e M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 252 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, 1435 ss. Per una sintesi recente di riflessione, si v. L. Buffoni, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l'archetipo del “processo”*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 ss.

¹²⁶ Lo ha rilevato di recente lo studio di A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel “giusto processo”*, Padova, Cedam, 2009.

¹²⁷ Si v. per tutti, come efficace sintesi, E. Sticchi Damiani (cur.), *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Atti del convegno Lecce, 21-22 novembre 1997, Milano, Giuffrè, 1998.



dibattito svelava una “cultura giuridica”¹²⁸ ancora poco contaminata dalla reciproca conoscenza e dal dialogo.

Oggi, tuttavia, almeno il “confronto” appare ormai ineludibile per impellenti esigenze pratiche che, sulla spinta dei percorsi di integrazione europea, da un lato, e di sempre più forti affermazioni delle autonomie territoriali intra-statali, dall’altro, fanno insorgere complesse e talvolta inedite esigenze di comprensione della dinamica costituzionale nella sua dimensione quotidiana dei rapporti tra poteri amministrativi e diritti di cittadinanza costituzionale, pieni ed effettivi¹²⁹.

7. – Esempi di sincretismi italo-germanici

Nella dottrina amministrativistica brasiliana di oggi, le formule ricorrenti di “evoluzione” e “nuovi” paradigmi¹³⁰ lasciano intendere la consapevolezza del cambiamento di prospettive.

Bisogna però verificare se le “influenze” che sul contesto brasiliano sono state prodotte dai “flussi” europei, e italiani in particolare, permangano ancora nelle caratterizzazioni storiche richiamate, ossia come scollamento tra campi e oggetti di indagine e di giudizio dei fenomeni giuridici, che non solo alimentano usi assiologici, e non invece problematici, dei concetti¹³¹, ma anche, se non soprattutto, quegli scollamenti tra categorie “influenzate” e realtà storica di riferimento.

Sicuramente il profilo principale che sembra persistere, almeno agli occhi dell’osservatore straniero, investe proprio l’intreccio fra riscontrata assenza di una teoria dello Stato e decontestualizzazione dei «singolari collettivi» che fondano il lessico costituzionale: primo fra tutti, il concetto stesso di Stato come persona giuridica (*Organschaft*), da cui hanno avuto origine sia il vocabolario sulla dinamica degli organi e delle funzioni sia le elaborazioni teorico-linguistiche sulla scrittura e la disponibilità del testo.

Si intende sottolineare, in altri termini, che i “flussi” di alcune terminologie germaniche-italiane non si sono potuti far carico della presupposizione organicistica che ne ha supportato l’utilizzo, prima ancora che il significato, in particolare nella differenziazione tra organo come istituzione, ossia come complesso di elementi giuridici, materiali e personali, e organo in senso stretto, identificato nella sola persona del titolare dell’ufficio; differenziazione fondamentale, nella dogmatica del diritto pubblico italiano, per non confondere gli individui titolari di un ufficio dagli organi titolari della funzione, ovvero per non sovrapporre la dimensione soggettiva della dinamica del potere da quella funzionale e non equivocare così la relazione interorganica in termini di mera personificazione delle attribuzioni¹³².

¹²⁸ Nelle diverse e significative espressioni che si possono desumere, per esempio, da A. Febbrajo, A. La Spina, M. Reiteri (cur.), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹²⁹ In tale direzione, tra l’altro, sembra muoversi la recente indagine di D. Piccione, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, Jovene, 2009.

¹³⁰ O. Medauar, *Direito administrativo em evolução*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2003; F. de Azevedo Marques Neto (coord.), *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

¹³¹ E. Mauro, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, Lecce, Argo, 2007.

¹³² Sulla importanza imprescindibile di questo lessico nell’inquadramento del diritto pubblico in Italia e Germania, si v. per tutti A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto pubblico*, I. Milano, Giuffrè, 1986.

Questa differenziazione risulta sostanzialmente sconosciuta alla letteratura brasiliana, per una serie di ragioni storiche, che, accanto alle già richiamate tendenze culturali verso le “idee fuori luogo”, è stata di fatto accentuata da almeno tre fattori storici materiali:

a. la prolungata effettiva personalizzazione del potere, cristallizzata da prassi presidenzialistiche impregnate di “particolarismo”, che hanno reso inutile qualsiasi sforzo teorico di differenziazione tra soggetto, organo e funzione, con una originaria sovrapposizione tra idee di neutralità della funzione, discrezionalità del soggetto titolare, sovranità dell’organo¹³³ e una successiva idea di supremazia dell’interesse pubblico come reazione al particolarismo dello Stato.

b. la connessa assenza di prolungate e riuscite esperienze costituzionali di parlamentarismo, da osservare come dinamica di rapporti tra plurimi organi composti, in grado di interferire reciprocamente nell’intreccio di quelle dimensioni soggettive di atti, comportamenti, funzioni, volontà, storicamente alla base delle teorie europee sulla organizzazione pubblica e sui rapporti interorganici¹³⁴ e presupposto di fatto della distinzione tra controllo politico e controlli giuridici e giurisdizionali¹³⁵;

c. la originalità della esperienza del *mandato de injunção* come meccanismo processuale di controllo a disponibilità individuale sui fenomeni di “*não cumprimento*” funzionale, ma indifferente, nella sua evoluzione, a qualsiasi separazione tra soggetti/individui/organi/funzioni¹³⁶.

Si spiegano così le sovrapposizioni tra formule tedesche e italiane, spagnole, portoghesi, nella loro imputazione specifica ad organi, soggetti o funzioni, alla fine, proprio per questo, utilizzati indistintamente nella loro spendibilità teoria e pratica.

Si pensi ai termini *Defesa da Constituição* (che ingloba anche la personificazione soggettiva della funzione, resa in tedesco con la espressione *Der Hüter*, ma non quella italiana del procedimento, chiarita dalla termine linguistico e dalla categoria della “garanzia” come attività diversa dal “controllo”¹³⁷) rispetto alle formule latinoamericane di *Protección* e *Garantía*¹³⁸, connesse, tra l’altro, all’eredità concettuale del costituzionalismo di Cadice sulle funzioni “politiche” di osservanza della Costituzione.

Il medesimo effetto di sovrapposizione è riscontrabile in ordine al delicato tema delle omissioni costituzionali, sconosciuto al lessico costituzionale italiano, in cui difetta, anche nel richiamo ai contributi in lingua tedesca, la consapevolezza, spiegabile sempre alla luce della differenziazione tra organo, funzione e persona, della doppia

¹³³ Si v. Ch.E. Cyril Lynch, *O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824)*, in 48 *Dados. Rev. Ciências Sociais*, 3, 2005, 611 ss.

¹³⁴ Valga per tutti il richiamo al fondamentale contributo, particolarmente incisivo in Europa, del pensiero di G. Leibholz, di cui in portoghese esiste *O pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus*, Coimbra, Atlântida, 1974.

¹³⁵ Sulle cui complessità di riproduzione in America latina, si v. gli studi in J.L. Prado Maillard (cur.), *El control político en el derecho comparado*, Granada, Ed. Comares, 2010.

¹³⁶ Non potendosi approfondire questo importante profilo, si rinvia, come utile ed efficace ricognizione, allo studio di G. Eto Cruz, *La naturaleza jurídica del Amparo*, in G. Eto Cruz (cur.), *Horizontes contemporáneos del derecho procesal constitucional*, Tomo II, Lima, Ed. Adrus, 2011, 281 ss..

¹³⁷ Sinteticamente rinvio a M. Carducci, *Controllo, vigilanza e «costituzionalismo latino»*, in *Studi in on. di Luigi Arcidiacono*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2010, 56 ss.

¹³⁸ Cfr. J. Ramón Cossío, L.M. Pérez de Acha (cur.), *La defensa de la Constitución*, México DF, Fontamara, 1997 (in ragione della diversa considerazione di normalità ed eccezionalità).

dimensione del fenomeno come lacuna, ossia assenza di disposizioni normative, o come *Nichtausübung*, ovvero mancato esercizio di funzione costituzionalmente abilitata e quindi come inadempimento istituzionale, espressivo di abusi funzionali (anche se in forma negativa) e fondativo di specifiche responsabilità oggettive¹³⁹. Il tema risale al complesso pensiero di Georg Jellinek, pur tradotto in spagnolo¹⁴⁰ e ampiamente circolante in Brasile, ma ciononostante evocato senza alcuna puntualizzazione di questo lessico¹⁴¹.

Di riflesso, la cangiante semantica del concetto di *Anspruch*¹⁴², come pretesa soggettiva, rispetto alle categorie italiana dell'interesse ad agire, finisce col designare tanto il diritto soggettivo di organi o soggetti, quanto l'esigenza, il requisito, la pretesa personale, indifferente quindi alla posizione organica del soggetto fisico e dunque spendibile anche contro *qualsiasi* omissione¹⁴³.

Pertanto, la consapevolezza delle trasformazioni del diritto amministrativo contemporaneo non richiedono solo una riformulazione più generale della problematica categoria generale del diritto pubblico in sé, come pure si può anche ritenere lasciandosi così "influenzare" dal "flusso" italiano di oggi – per esempio, assumendo pensiero e posizioni di autori come Sabino Cassese¹⁴⁴, quale "nuovo paradigma" – ma anche nella contestualizzazione storica dei "flussi" che hanno contribuito ad edificare categorie e storie di un contesto comunque storicamente diverso da quello italiano.

¹³⁹ Anche in questo caso, rinvio a M. Carducci, *Doveri costituzionali «infedeli» per Nichtausübung. Spunti tedeschi per le tentazioni italiane*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (cur.), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006, Torino, Giappichelli, 2007, 353 ss.

¹⁴⁰ Ci si riferisce a G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, Häring, 1906 (trad. cast., *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

¹⁴¹ G. Bercovici, *La periferia del capitalismo*, cit.

¹⁴² E. Schmidt-Aßman, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

¹⁴³ Cfr. la tesi di W.C. Rothenburg, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 2005.

¹⁴⁴ S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 284. ss.



INFRAESTRUTURA NACIONAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Luiz Alberto Blanchet

Advogado, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR, professor titular da PUC/PR, professor titular do ISULPAR, membro do Instituto dos Advogados do Paraná, membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Sumário: 1 Introdução – 2 O direito administrativo e o desenvolvimento sustentável – 3 Infra-estrutura, logística pública e desenvolvimento – 4 Infra-estrutura energética elétrica – 5 infra-estrutura aeroportuária e desenvolvimento – 6 Infra-estrutura de transportes e desenvolvimento – 7 Infra-estrutura urbana e desenvolvimento sustentável – 8 Infra-estrutura portuária e desenvolvimento

1 Introdução

O homem, por motivos que fogem ao objeto deste estudo, sempre buscou algo estável e perene; não lhe agradam as idéias de que aquilo que lhe é caro seja passageiro e finito. Quando não lhe é possível defender a idéia de perpétua continuidade daquilo que lhe interessa, ele declina para a idéia de transformação e quando nada mais garante efetividade a essa visão do mundo, até na religião ele se refugia, pois esta lhe promete algo eterno. Nada ridículo ou absurdo afirmar-se que essa preocupação é peculiar e inerente à mente humana. Tudo é visto pelo homem como algo que sempre existirá, assim é com seus estudos e experiências, assim é com os interesses que elege como objeto das normas jurídicas por ele concebidas, assim é com o Direito.

A Constituição da República não foi promulgada para viger por prazo determinado. As emendas que se lhe seguiram acrescentaram dispositivos, alteraram textos, mas com o objetivo de preservar e dar concreção aos parâmetros que a delinearam e legitimaram, e ainda que eventualmente o verdadeiro motivo não fosse este, sem dúvida a interpretação da emenda assim criada deve ser levada a efeito com base nos mesmos parâmetros.



O homem, todavia, não deseja que as coisas apenas existam perenemente, ele deseja que elas se desenvolvam e que esse desenvolvimento também seja contínuo, sustentável. Desenvolvimento e sustentabilidade, muito antes de serem objeto de disciplinamento normativo, já eram pressupostos imprescindíveis de tudo que, uma vez criado ou descoberto pelo homem no passado, chegou até hoje com a mesma utilidade e importância.

Trate-se, enfim, de serviço público, de atividade econômica ou de qualquer situação em que o homem esteja envolvido, três princípios são básicos: continuidade, desenvolvimento e sustentabilidade.

A primeira idéia que o vocábulo sustentabilidade inspira é de caráter ambiental, porém o princípio constitucional da sustentabilidade apresenta inúmeras facetas. Todo empreendimento, toda ação pública, deve ser sustentável ambientalmente, mas também sob múltiplos outros enfoques, como o técnico, o social, o jurídico, o econômico-financeiro. Nessa mesma linha, Juarez Freitas ensina que a sustentabilidade é um princípio-tese multidimensional¹:

“A sustentabilidade é multidimensional (ou seja, é ética, jurídico-política, social, econômica e ambiental), o que pressupõe, antes de tudo, uma reviravolta hermenêutica habilitada a produzir o descarte de pré-compreensões espúrias, com libertação de tudo que impede a convivência produtiva e solidária, sob o influxo da sustentabilidade como princípio constitucional-síntese.”

Claro é que nenhum dos múltiplos aspectos se sobrepõe ou elimina os demais. Todos integram um complexo único e harmônico. Dependendo dos valores jurídicos peculiares a cada situação específica à qual se deva aplicar o princípio da sustentabilidade, esses diversos enfoques da sustentabilidade acomodar-se-ão de forma diferente.

2 O direito administrativo e o desenvolvimento sustentável

¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao future**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 337.



Ora expressa, ora implicitamente, a Constituição elege a busca do desenvolvimento sustentável e, pois, os cuidados a ele inerentes, como finalidade da atuação mediata ou imediata do Estado em qualquer âmbito e não exclusivamente no administrativo. Na órbita específica da função administrativa, a atuação do Estado na implementação da infra-estrutura e das condições idôneas à viabilização do desenvolvimento sustentável compreende toda atividade levada a efeito mediante a prática de atos administrativos e não apenas as atividades alcançadas só e diretamente pelo regime do Direito Administrativo. Licenças ambientais, lançamentos de impostos, medidas dos mais diversos conteúdos, como as econômicas, as relativas à saúde, à educação e à segurança, por exemplo, são, nesta mesma sequência, abrangidos pelo Direito Ambiental, pelo Direito Tributário e pelos inúmeros campos da atuação humana, mas são atos administrativos.

Em qualquer das modalidades de atuação do Estado na busca do desenvolvimento sustentável, somente duas opções se lhe disponibilizam: ora seus agentes atuarão no exercício de conduta explícita e detalhadamente predefinida pela norma extraída da disposição constitucional, legal ou regulamentar, ora esses agentes deverão optar por uma dentre duas ou mais soluções. Estarão, portanto, neste segundo caso, diante da discricionariedade, fenômeno que, antes de representar uma liberdade para o administrador, configura um pesado encargo e, não raro, verdadeiro impasse.

É muito mais fácil para o administrador fazer a opção que a norma exigiria apenas em sua literalidade, pois será difícil responsabilizá-lo por ter “cumprido o Direito aplicável” e não ter atingido os objetivos que, técnica, econômica ou socialmente seriam mais desejáveis.

O que na prática sucede, entretanto, é que o agente da Administração, nem sempre intencionalmente, mas frequentemente por despreparo, pois pode não ter formação jurídica, retrocede aos tempos do critério legalista de conceituação da Administração, e sequer percebe que a mera aplicação literal – isolada – do comando legal não garante a juridicidade de sua atuação. Assim ocorre porque desenvolvimento e sustentabilidade, e a infra-estrutura que os viabiliza, são aspectos de básica e inafastável relevância na Constituição. Sem



eles, direitos fundamentais seriam impraticáveis, seriam reduzidos a mero discurso.

A aparente fluidez dos termos desenvolvimento, sustentabilidade e infraestrutura podem levar o administrador incauto a supor que sua atuação seria discricionária. Malgrado o risco de equívoco do agente da Administração, esse primeiro contato com o motivo de fato do ato a ser praticado lhe fornece todos os elementos imprescindíveis para que ele assuma a opção mais idônea para a solução da situação real cujo atendimento compete ao Estado. É a partir do exame prévio para avaliar se há ou não discricionariedade que o Estado obtém os resultados mais adequados à necessidade cuja satisfação é de interesse público.

No exercício do fomento à atividade econômica, o administrador se vê inúmeras vezes diante de opções reciprocamente excludentes. A norma não lhe indica a melhor opção para cada situação dentre as inúmeras que em concreto podem configurar-se. Sem dúvida ele deverá optar por aquela que melhor assegurar o desenvolvimento sustentável da atividade e de seus efeitos sobre a sociedade, tarefa para a qual a norma define os parâmetros, mas não os elementos decisivos para a obtenção da eficiência.

Também ao exercer o poder de polícia sobre atividades econômicas, o administrador é instado a escolher o momento, a forma, e o conteúdo de sua atuação, a fim de não comprometer ou inviabilizar a trajetória da iniciativa privada em direção ao desenvolvimento sustentável.

No campo das licitações, não são raras aquelas cujo objeto é a contratação de obras ou serviços com os quais a população jamais se preocupou e neles não vê necessidade e sequer a mínima utilidade. Há, naturalmente, também objetos contratuais que podem até ser úteis, porém nada acrescentam, não colaboram na busca do desenvolvimento ou, às vezes até levam a este, mas não em bases sustentáveis.

A origem do problema muitas vezes não está na intenção do administrador, mas no seu desconhecimento, no seu despreparo. Todo administrador deveria saber que infra-estrutura é o suporte e pressuposto físico da eficiência do Estado, e que desenvolvimento e sustentabilidade são dois



princípios e como tais, normas, ou seja, vinculam todas as suas condutas no exercício da função pública.

A identificação precisa dos elementos e aspectos definidores da discricionariedade é fundamental para o presente estudo. A fim, porém, de evitar longas considerações sobre a discricionariedade, vez que o objetivo aqui é delinear-la em função do desenvolvimento sustentável a ser alcançado, optou-se por conjugar as considerações necessárias a esse aprofundamento com aquelas diretamente pertinentes ao escopo nuclear deste trabalho: Estado, infra-estrutura e desenvolvimento sustentável.

A Constituição faz poucas referências explícitas à palavra desenvolvimento, mas o texto constitucional e o suporte físico em que está inscrito são apenas o instrumento da verdadeira Constituição, são apenas o documento. Assim como o documento de qualquer pessoa traz muitas informações, inclusive a foto, mas não é a própria pessoa. O exemplar contendo os dispositivos constitucionais não é a Constituição, basta lembrar o grande número, por exemplo, dos princípios constitucionais implícitos. O fato de um princípio ser apenas implícito e não expresso no texto normativo, não o torna menos importante, têm ambos a mesma importância no sistema que integram. Por idênticas razões, o número de vezes que algo é explicitamente citado na Constituição não o torna mais importante.

O legislador constituinte, enfim, lançou bases suficientes para delineamento seguro do princípio do desenvolvimento. Suficientes para dele se deduzir a existência do princípio do empreendedorismo, público e privado, e a imprescindível sustentabilidade

Ao legislador infraconstitucional (federal, estadual, municipal e distrital, por força do art. 23, parágrafo único) compete detalhar o princípio do desenvolvimento e os demais que com ele se correlacionam. Esse detalhamento vem atenuar a discricionariedade originariamente existente nas normas de âmbito constitucional.

A Administração, por sua vez, ao criar as normas infralegais no exercício do poder regulamentar, deve pormenorizar ainda mais as exigências normativas indicativas e asseguradoras do desenvolvimento, da



sustentabilidade e do empreendedorismo que deve caracterizar toda atuação pública ou público-privada. Oportuno lembrar a respeito a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o poder regulamentar, em relação ao qual ele acentua sua função de atenuar a discricionariedade até então existente e de assegurar o tratamento isonômico:

“Sua natureza é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava pra a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais.”²

O agente da Administração, diante da situação concreta cujo atendimento compete ao Estado, conhecendo as imposições decorrentes das peculiaridades juridicamente relevantes do caso concreto, deparar-se-á com uma discricionariedade meramente residual muitíssimo inferior àquela que em tese existia na Constituição, pois o momento, o modo e todos os demais aspectos do ato administrativo perdem muito, quando não totalmente, a fluidez que na friezda da norma em tese eventualmente existia. Assim sucede porque cada fato concreto reúne inúmeros atributos e exigências que a norma extraída do texto - impessoal, geral e abstrata que é - simplesmente não disporia de elementos suficientes para prever com a mínima precisão possível e, pois, conhecer.

É diante da situação concreta que se define com detalhamento inequívoco a resposta a ser dada pela Administração à exigência constitucional de desenvolvimento e nunca é demais lembrar que, em seu sentido constitucional, o termo desenvolvimento traz necessariamente implícitos os aspectos de continuidade, sustentabilidade e empreendedorismo. Não basta ao administrador vislumbrar apenas a solução imediata para o motivo fático, como se o mundo acabasse em seguida. A ele compete buscar a solução que atenda a necessidade tal como se apresenta no momento, mas também que neutralize suas futuras mutações, ressalvadas, obviamente, aquelas que, sendo também supervenientes, sejam imprevisíveis, não provocadas pela Administração e por ela inevitáveis, alcançadas pela teoria da imprevisão.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 354.



A teoria da imprevisão é, a objetivo rigor, a evidência de uma inquestionável realidade: **o Direito vincula a realidade com toda a dinamicidade que a caracteriza e não apenas fatos isolados como se eles fossem perenes e imutáveis**. Estudamos, sem dúvida, fatos jurídicos, atos administrativos, etc., isoladamente, mas a não sem a imprescindível integração – reintegração – ao contexto do qual foram isolados apenas para melhor perscrutá-los.

3 Infra-estrutura, logística pública e desenvolvimento

A infra-estrutura, pressuposto físico do desenvolvimento conforme afirmado linhas acima, a continuidade, o próprio desenvolvimento e a sustentabilidade consubstanciam-se em quatro das grandes preocupações do legislador constituinte. A infra-estrutura é a base, principalmente material, a ser fornecida pelo Estado. O desenvolvimento - contínuo e sustentável – aliado ao empreendedorismo, são perenes e inafastáveis objetivos dos setores público e privado.

Nos três textos principais relativos ao desenvolvimento, Preâmbulo e arts. 3º e 21, a Constituição o insere entre as finalidades do Estado, eleva-o a objetivo fundamental e atribui à União a competência material relativa à infra-estrutura de setores específicos. Do Preâmbulo da Constituição da República, remanesce claro e patente que o povo, representado por seus constituintes, instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a implementar, entre outras finalidades, o desenvolvimento. No art. 3º, inciso II, da Constituição da República, o desenvolvimento nacional é destacado como um dos objetivos fundamentais da República. No art. 21, a Constituição define como competência da União a implementação e a exploração da infra-estrutura nacional, especialmente nas áreas de telecomunicações (inciso XI), de energia elétrica (inciso XII, alínea 'a'), de navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura aeroportuária (inciso XII, alínea 'b'), de transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário (inciso XII, alíneas 'c' e 'd'), e de desenvolvimento urbano (inciso XX).



Três aspectos sobressaem, portanto: a) o sujeito, o titular dos interesses não é o Estado, nem o Governo e tampouco os governantes, mas o povo; b) o desenvolvimento não é apenas um anseio ideológico, e muito menos ideológico-partidário, mas um dever do Estado; c) a Constituição define o desenvolvimento como princípio, aponta os meios para sua busca e elege a União como competente para cumprimento de tal tarefa.

Compete, pois, ao Estado, aprovisionar o pressuposto físico, estático, do desenvolvimento, a infra-estrutura, mas também lhe compete prover o pressuposto dinâmico, a **logística**, porquanto quem efetivamente produz riquezas é o povo, a iniciativa privada (as empresas e seus empregados e os autônomos, as pessoas que formal ou informalmente movimentam a economia). Somente o ser humano tem capacidade para criar, inovar, produzir bens e comodidades, mediante seu trabalho físico ou intelectual, direta ou indiretamente. É o ser humano (célula do povo) que com seu empreendedurismo transforma idéias em tais bens e comodidades que melhoram a vida das pessoas nos mais variados aspectos: alimentação, saúde, educação, transporte, lazer, etc.

Ao Estado cabe prover a infra-estrutura necessária para o desenvolvimento. Ao povo cabe inovar, produzir, com o mesmo objetivo.

É um equívoco ou, no mínimo, mera ilusão, a construção de juízos e teorias a partir da noção de “bens de produção”, pois nenhum bem o é por natureza. A produtividade ou não de qualquer bem, será maior, menor ou mesmo nula, em função do espírito empreendedor maior, menor ou nulo de quem o utiliza.

Ao Estado, portanto, cuja receita advém, em sua quase totalidade, dos tributos pagos pelo povo, cabe prover as condições necessárias para que a produção se efetive, cabe-lhe prover a infra-estrutura e a logística a ela imanente. O que se vê, todavia, é uma infra-estrutura precária e sucateada que não consegue assegurar o simples funcionamento normal e, conseqüentemente, muito menos o desenvolvimento. A realidade parece desconhecer o que estatui a Constituição, o Estado parece adormecido, inerte: estradas em mau estado; aeroportos abaixo da capacidade e literalmente se deteriorando; unidades geradoras e sistemas de transmissão de energia que não resistem ao menor (e sequer identificado) incidente, levando a apagões;



precário e limitado saneamento básico; instalações e estruturas de transporte coletivo sempre superlotadas; telecomunicações deficientes; filas de caminhões nos portos; demora e falta de atendimento em hospitais e postos de saúde; infra-estrutura urbana –e rural- que não resiste a chuvas, sendo rara a semana em que não ocorrem inundações e deslizamentos.

Como bem e prudentemente define a Constituição, infra-estrutura é responsabilidade do Estado, porém quando precária ou inexistente ela impossibilita a continuidade de serviços públicos e de atividades privadas, agride a dignidade, a saúde, o bem-estar e a própria vida das pessoas.

Infra-estrutura não provida ou precariamente provida pelo Estado, compromete e até inviabiliza a vida em sociedade e, especialmente, o exercício de direitos fundamentais, o que imprime ao problema alta relevância e máxima gravidade.

Impende evitar que o Estado continue funcionando como uma represa do desenvolvimento, não se ocupando de sua parte que é a infra-estrutura sem a qual a inovação e a produção operada pela iniciativa privada não consegue fluir naturalmente.

O fluir natural da produção remete à também imprescindível logística, a qual, embora de forma apenas implícita, igualmente é alvo de disciplina constitucional. O desenvolvimento não é um ponto a ser atingido, mas um estilo e meio, um movimento e não um estado; e não é senão a logística que lhe imprime tal característica. Não basta apenas alertar para o cumprimento ou denunciar o descumprimento do Direito, o papel dos profissionais do Direito não é o de simplesmente apontar falhas, mas o de pesquisar os meios e processos juridicamente idôneos para a consecução das finalidades normativas e orientar os responsáveis para sua utilização prática.

Nem sempre os equívocos e a própria omissão do administrador público resultam de deliberada intenção. Na maioria das situações, deve-se ao despreparo, principalmente em pequenos municípios, mas também nos grandes centros e no próprio poder central. A pretensão das reflexões aqui feitas é, portanto, a de sistematizar e contribuir. A pesquisa jurídica não deve ter pretensão meramente descritiva, mas construtiva; a opção útil deve ser sempre pela pesquisa-ação contributiva. Para isto, deve-se recorrer à utilização dos meios juridicamente disponibilizados, em especial pela Constituição, para a busca do efetivo e constante desenvolvimento, destacando-se, entre tais

meios, a execução direta pelo Estado das atividades abrangidas por suas competências, e os institutos da concessão, da permissão, da parceria público-privada, da privatização (onde cabível) e da estatização (onde necessária). Não têm, contudo, menos relevância a atividade estatal de polícia administrativa, a sancionadora e a de fomento. Por suas características, o objetivo impõe a necessidade de método de pesquisa apropriado, o qual não pode limitar-se unicamente à pesquisa bibliográfica, devendo, conseqüentemente, cabe insistir uma vez mais, adotar a pesquisa-ação de caráter crítico-colaborativo.

O método de pesquisa ora eleito leva à inevitável conclusão de que infra-estrutura, na acepção constitucional, é somente aquela que efetivamente atenda os anseios públicos que lhe serviram de motivo empírico, sem o que, aliás, seria insustentável. A idoneidade de todo empreendimento de infra-estrutura exige a ulterior aplicação da logística correspondente. Por logística, deve-se entender a racionalidade das operações vinculadas a cada empreendimento integrante da infra-estrutura pública. Tais operações normalmente consistem na prestação de serviços públicos.

Os mais caros, completos e monumentais empreendimentos de infra-estrutura sem a ulterior adoção da imprescindível e adequada logística, serão absolutamente inúteis e, considerados os recursos públicos utilizados, terão sido nocivas à sociedade. De que adiantaria, por exemplo, um magnífico aeroporto sem racionalidade no funcionamento?

Ainda que existente a infra-estrutura, se não houver **adequação logística**, muitos interesses, principalmente os vinculados a direitos fundamentais, ficarão comprometidos ou literalmente anulados.

4 Infra-estrutura energética elétrica e desenvolvimento

Competência e, portanto, dever do Estado, consoante estatui a Constituição da República, a infra-estrutura nacional, em seu sentido mais abrangente, é pressuposto e suporte do desenvolvimento. Nada diferente é a infra-estrutura energética elétrica nacional. Sua disciplina normativa principal encontra-se no art. 21 da Constituição. No inciso XII, alínea *b.*, o dispositivo constitucional estabelece que a União é competente para explorar diretamente, com seus próprios recursos humanos e materiais, ou indiretamente (mediante autorização, concessão ou permissão a particulares), os serviços e a infra-

estrutura de energia elétrica, assim como o aproveitamento energético dos cursos fluviais, em articulação com os Estados membros. No inciso XXIII, é disciplinada a exploração de energia de origem nuclear. Além destas normas específicas, há as normas gerais concernentes a infra-estrutura, que igualmente incidem sobre a matéria objeto da presente reflexão.

A infra-estrutura do sistema elétrico brasileiro, de origem basicamente hidráulica, é integrada também por unidades geradoras térmicas, as quais empregam os mais variados materiais combustíveis (gás, carvão, bagaço e palha de cana, óleo, serragem de madeira, materiais fósseis e até resíduos sólidos produzidos pela população e coletados pelos municípios.

À análise preliminar, a infra-estrutura elétrica do País parece perfeita, porém não resiste aos mais insignificantes (a até aos jamais identificados) incidentes, resultando em apagões, não raramente de grandes proporções. As perdas são muitas, desde medicamentos e alimentos perdidos até, direta ou indiretamente, vidas humanas. A vinculação entre infra-estrutura e direitos fundamentais é, neste como nos demais setores, indubitável.

Evidente, ademais, é o contraste entre a não raro precária infra-estrutura e o intenso empreendedorismo e desenvolvimento do setor privado. Enquanto a iniciativa privada cresce, evolui, o Estado parece inerte, não faz o bastante e, a cada apagão, limita-se a tentar explicar (e nada convincentemente) ou, em verdade, eximir-se de responsabilidade. Frustra-se, assim, o desenvolvimento, frustram-se os mais caros valores constitucionais, frustram-se direitos fundamentais.

5 Infra-estrutura aeroportuária e desenvolvimento

A implementação da infra-estrutura aeroportuária nacional é outro pressuposto ineliminável do desenvolvimento e, conforme deflui dos termos da Constituição, é também dever do Estado e não da iniciativa privada. À iniciativa privada compete prover os recursos, principalmente pela via tributária, para que o Estado cumpra os seus deveres constitucionais.

Específica e explicitamente, a infra-estrutura aeroportuária é objeto de disciplinamento pelo art. 21, inciso XII, alínea c, da Constituição da República, que define como competência da União a exploração direta ou indireta



(mediante autorização, concessão ou permissão à iniciativa privada) da navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária. Os mandamentos das normas extraídas dos demais dispositivos pertinentes à infra-estrutura nacional em sentido amplo incidem também sobre os atos e procedimentos administrativos a serem levados a efeito pelo Estado na otimização da infra-estrutura do setor aeroportuário.

Sempre necessário e oportuno o estudo desse objeto, **sempre** e não apenas pela proximidade da Copa do Mundo e das Olimpíadas, mas pela atual precariedade da infra-estrutura aeroportuária nacional, a exemplo dos demais setores.

Mesmo sem os gravames de qualquer evento especial, a infra-estrutura aeroportuária já apresenta inúmeros sintomas denunciadores da inadequada condução, pelo Estado, das ações impostas pelos mandamentos constitucionais pertinentes ao assunto. A sociedade está em crescimento e progresso, porém o Estado não está fazendo sua parte; o resultado é a frustração do desenvolvimento nacional. Não se pode, claro, simplistamente pressupor que tal situação se deva exclusivamente a condutas negligentes ou desonestas de administradores públicos. O despreparo de agentes da Administração está na raiz da grande maioria dos casos.

Em períodos de férias e feriados não é preciso grande esforço para se testemunhar nos aeroportos o desprezo pelos direitos fundamentais. Alegar-se que se trata de épocas especiais é, no mínimo, atrevimento, pois a Administração deve planejar suas ações. Esse planejamento é muito mais fácil quando se trata de episódios repetitivos e com periodicidade rigorosamente previsível nos quais, por isto mesmo, os dados estatísticos estão praticamente implorando para serem vistos, considerados e utilizados em benefício do bem comum.

6 Infra-estrutura de transportes e desenvolvimento

Prover e explorar, direta ou indiretamente, a infra-estrutura de transportes é dever do Estado, segundo estabelece a Constituição da República. Além de ser incumbência do Estado, a infra-estrutura de transportes ocupa lugar importante como um dos principais pressupostos materiais do desenvolvimento nacional.



A infra-estrutura nacional de transportes pode parecer, à primeira vista, ter sido desprezada pela Constituição, vez que o art. 21, inciso XII, alínea e refere-se, literalmente, à exploração dos serviços de transporte rodoviário. A interpretação, porém, não pode limitar-se apenas à literalidade do dispositivo; por imperativo lógico, a exploração dos serviços pressupõe a infra-estrutura necessária. Além disso, o Preâmbulo e o art. 3º, inciso II, que elegem, nesta mesma ordem, o desenvolvimento como finalidade do Estado e como objetivo fundamental da República, obviamente pressupõem, além das demais, também uma infra-estrutura de transportes e uma logística adequadas à necessidade de constante desenvolvimento.

O Estado pode prover e explorar a infra-estrutura de transportes diretamente, utilizando seus próprios recursos humanos e materiais, ou indiretamente, outorgando autorizações, concessões ou permissões a particulares. No primeiro, como no segundo caso, a responsabilidade pela eficiência é do Estado.

Como sucede com os demais setores, o estado atual da infra-estrutura de transportes não é o desejável. A iniciativa privada necessita de estradas adequadas para fazer fluir a sua produção e o ulterior consumo ou exportação. De nada adianta a sociedade produzir sempre mais e melhor, progredir, se o Estado não cumprir a sua parte: prover a infra-estrutura e observar as diretrizes da logística pertinente. Sem isso, o Estado frustra o desenvolvimento em lugar de fomentá-lo.

7 Infra-estrutura urbana e desenvolvimento

A finalidade da norma que se extrai do art. 182 da Constituição, relativa à política de desenvolvimento urbano, é manifestamente clara: “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Embora inequívoco o mandamento normativo, poucas cidades são estruturadas de forma a viabilizar o exercício dos direitos mais básicos do cidadão, em especial o direito de locomoção e de acesso a determinados locais. São comuns as grandes propriedades que, comodamente encravadas dentro de áreas urbanas, impõem a pedestres e veículos a necessidade de desviá-las encompridando distâncias no interesse exclusivo do proprietário ou

das pessoas que fazem uso da propriedade. Muitas vezes são propriedades públicas de uso especial, como quartéis, depósitos e até presídios, cuja finalidade, malgrado o indubitável interesse público, tem muito pouco a ver com a vida de cidades e, não raramente, é com ela incompatível. Muito comuns também são os grandes terrenos privados, como clubes, inclusive alguns que curiosamente se autodenominam campestres, depósitos privados e outros imóveis, que certamente não estão ali para servir a coletividade. Embora nem sempre sejam imóveis não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas, o que afasta a incidência da regra jurídica derivada do § 4º do art. 182 da Constituição, não afasta a incidência do princípio jurídico emanado da conjugação do mesmo parágrafo com os valores constantes no *caput*.

Obviamente ninguém discordaria que outras propriedades igualmente de grandes dimensões há em toda cidade, cuja presença é absolutamente compatível com a vida urbana e mesmo imprescindível para o desenvolvimento das funções sociais do aglomerado urbano e para assegurar o bem-estar dos municípios. Nesta posição oposta encontram-se os grandes imóveis com função urbana, como hospitais, super mercados, centros comerciais, praças, parques abertos à visitação pública e outros cuja finalidade é atender indiscriminadamente qualquer habitante da cidade, e não apenas um ou alguns.

Situação paralela à dos transtornos impostos pelas grandes propriedades privadas existentes em áreas urbanizadas, e também frequentemente tolerada em muitas cidades brasileiras é a das ruas bloqueadas, ou “ruas sem saída”. Tanto mais numerosas quanto mais abastados os habitantes do bairro, e quase inexistentes em bairros pobres, essas apropriações privadas de espaço público - pavimentado e conservado com recursos de toda a coletividade –se operam em vias que não raro abrigam endereços de pessoas que são ou já foram “influentes”. É a inadmissível e petulante inversão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Vias bloqueadas impõem tempo e custo extras àqueles que precisam transpor tais locais para chegar a seu destino. Quanto a seus indesejáveis efeitos, pelos transtornos que impõem à coletividade, essas ruas “privatizadas” se assemelham às grandes propriedades objeto de considerações feitas linhas acima, quanto a seu conteúdo são ainda piores, pois utilizam bem público em seu benefício e em detrimento de todos os demais habitantes. Vias



bloqueadas ferem o mesmo princípio que as grandes propriedades sem finalidade de interesse coletivo. Com toda certeza, administrações municipais que toleram a existência de “ruas sem saída” trabalham, por ação ou por omissão, contra o bem-estar da coletividade. Recentemente, na cidade de Curitiba, chegou a ser elaborado um absurdo projeto de lei pretendendo transformar tais ruas em condomínios privados, mas o então prefeito municipal sabiamente o vetou.

8 Infra-estrutura portuária e desenvolvimento

Assim como nos setores energético, aeroportuário, de transportes, portuário e urbano, constitui-se em competência, e portanto dever, do Estado, a exploração dos serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou entre localidades situados em diferentes unidades da Federação. É o que estatui o art. 21 da Constituição, inciso XII, alínea *b* da Constituição da República.

A leitura preliminar menos detida do aludido art. 21 da Constituição pode levar o intérprete a equivocadamente concluir que ao Poder Público cabe apenas explorar os serviços de transporte entre os portos e não a construção e administração destes. Porém a viabilidade de execução desses serviços somente se consubstancia quando existente o pressuposto físico: a infra-estrutura portuária e, obviamente, a ulterior e necessária logística.

A adequada execução dos serviços de transporte aquaviário pressupõe a existência de um sistema, igualmente adequado, de portos. Essa infra-estrutura portuária, a seu turno, é um dos pressupostos do desenvolvimento nacional, ao lado das demais infra-estruturas tratadas neste estudo.

Por ser, a infra-estrutura nacional, a base e pressuposto necessário do desenvolvimento e por ser, ademais, dever do Estado implementá-la, sobressai sua importância diante dos problemas a cada dia mais freqüentes associados à precariedade da infra-estrutura portuária no Brasil: quilométricas filas de caminhões, além de eventuais implicâncias subjetivas não raro de fundo político-partidário que acabam por inviabilizar o trânsito de determinadas mercadorias.

Quando o Estado não cuida da infra-estrutura portuária, ele está se omitindo a cumprir seu dever constitucional. De que adianta o desempenho da



iniciativa privada, da sociedade, se o Estado não fizer a sua parte? A sociedade não pode parar de produzir bens e comodidades, não pode parar de progredir, mas o Estado, ao qual cabe prover a infra-estrutura e a logística, não pode frustrar o desenvolvimento.

Claro é que também contribuem para a má situação dos portos, as atividades criminosas, como, por exemplo, o desvio de cargas; tais ocorrências, todavia, não são tão comuns a ponto de se incluírem entre as principais causas do mau funcionamento dos portos brasileiros. Ademais, não cabe ao Direito apenas buscar ilícitos para elegê-los como causas de maus resultados na condução da Administração Pública, inclusive, e principalmente, porque o grande motivo de tais resultados reside no despreparo de agentes públicos. Desvios de carga e outros ilícitos praticados no âmbito de instalações portuárias muitas vezes são apenas o indício do mau funcionamento de toda a infra-estrutura. Uma adequada logística no mínimo dificulta, quando não impede, a prática de tais delitos.

REFERÊNCIAS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
2. BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2ª Edição. Curitiba: Jurá Editora, 2000.
3. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao future**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
4. JUSTEN FILHO, Marçal, **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Dialética , 2003.
5. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.



INOVAÇÕES PARA A INCREMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS: o papel das licitações e dos contratos administrativos

Daniel Ferreira¹

INTRODUÇÃO

Foi-se o tempo em que todo empresário poderia ser visto como um oportunista escravizador que se valia do poder do capital para espoliar as forças de trabalho. Hoje, muitos se mostram espontaneamente engajados na minimização das desigualdades sociais e regionais, na busca do pleno emprego, na promoção do desenvolvimento nacional (sustentável) e na edificação da nossa sociedade como livre, justa e solidária. Portanto, com marcante compreensão da função social da propriedade, da empresa e dos contratos. De conseguinte, não pouca vez atuam lado a lado com o Poder Público almejando erradicar a pobreza e a marginalização, de modo a materializar – ainda que aos poucos – a democracia e fazer da dignidade da pessoa humana não apenas um sonho distante, mas uma meta a ser plenamente atingida.

Contudo, isso causa um problema evidente, e que salta aos olhos, na exata medida em que a responsabilidade socioambiental das empresas acaba por repercutir nos preços por ela praticados e, pois, no seu potencial econômico de competir no “mercado livre”. Num cenário, frise-se, em que a escolha do agente econômico fornecedor normalmente

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela PUCSP. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba e Membro do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial Cidadania do UNICURITIBA. Líder do Grupo “Atividade Empresarial e Administração Pública”, cuja pesquisa em 2011 assim se revela: Atividade Empresarial e Administração Pública: fomento ao desenvolvimento nacional ambientalmente sustentável pela via das licitações e dos contratos administrativos (<http://lattes.cnpq.br/0992142145444171>).

se contém *na e pela* seleção da proposta menos dispendiosa e não daquela que mais bem satisfaça as necessidades do contratante com adequada consideração do contexto social e ambiental.

Portanto, urge investigar se há e quais são as possibilidades de inovação, especialmente no âmbito da Administração Pública, para estimular comportamentos socioambientalmente desejados, tanto das pessoas físicas como das pessoas coletivas, mas que a ética, a moral e o bom senso, sozinhos, não dão conta de propiciar.

DO PRINCÍPIO RETRIBUTIVO

Tratando da *ordem social*, Kelsen bem observou que

A conduta que uma pessoa observa perante uma ou várias outras pessoas pode ser prejudicial ou útil a esta ou estas pessoas. Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. (...)

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a essa conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção.

Mutatis mutandis, assim também se dá em relação ao comportamento empresarial, que pode ser dirigido pela promessa institucionalizada de que, em direta e imediata resposta a ele, advirá uma vantagem ou uma desvantagem. Dentre estas se encontra a sanção jurídica em sentido estrito, aquela de praxe recebida pelo destinatário “como um



mal”² e como a conduta devida a partir do Direito,³ mas que em nada se confunde com a prescrita na norma jurídica (aquela socialmente reclamada).

Em síntese, no entorno de uma relação lógico-jurídica, *per se* o Direito garante a sanção de mesma ordem e não o comportamento prescrito, porque este reclama adesão material – seja ela desejada ou indesejada – do destinatário da norma.

Nessa perspectiva, para a incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas, é possível imaginar dupla perspectiva: uma decorrente do exercício da função legislativa e outra do atuar administrativo. Ademais, ambas admitem uma expressão aflitiva ou premial, como se fará notar.

Antes, contudo, é preciso compreender em que consiste a chamada “responsabilidade socioambiental”.

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Nem é preciso esforço para se constatar, no próprio âmago da Carta Política, a flagrante cautela com o meio ambiente – que se pretende ver preservado até para as futuras gerações – e com a “função social” da propriedade, sem a qual não há qualquer direito a cogitar e, quanto o mais, de garantido constitucionalmente.

Ou seja, a noção de responsabilidade socioambiental se encontra decantada na Lei das leis e aponta para um dever jurídico genérico, acometido a todos indistintamente, no sentido de harmonização das expectativas de crescimento, especialmente econômico, com os impactos de tanto, no meio social e ambiental. Logo, de forma a garantir o desenvolvimento nacional anunciado como objetivo fundamental da República.

Ignacy SACHS alerta para o fato de que o crescimento é condição necessária para o desenvolvimento, mas não suficiente; aquele pode permanecer indiferente à melhor distribuição de renda ou acentuar ainda mais as desigualdades sociais, beneficiando uma pequena minoria já originalmente abastada.⁴ No mesmo sentido, há

². Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 27.

³. Idem, *ibidem*, p. 28.

⁴. SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. Paulo Freire

que se “minimizar as mudanças irreversíveis e, sobretudo, os danos irreversíveis” ao meio ambiente,⁵ sob pena de revelação do “mau-desenvolvimento”.^{6/7}

Mas parece que José Eli da VEIGA foi ainda mais percuciente, ao previamente justificar e, afinal, concluir que *sociambientalismo* se escreve junto;⁸ “sem hífen”:

Para que seja compreendida a relação dialética que existe entre as temáticas do desenvolvimento e da sustentabilidade, ou do crescimento econômico e da conservação ambiental, são necessários conhecimentos sobre os comportamentos humanos (ciências sociais e humanas), sobre a evolução da natureza (ciências biológicas, físicas e químicas) e sobre suas configurações territoriais, Três âmbitos que interagem e se sobrepõem, afetando-se e condicionando-se mutuamente. O que significa que as revoluções científicas iniciadas por Darwin e Marx não podem continuar a ser subestimadas.

Pode parecer estranho, mas o processo de adoção do termo *socioambiental* nada tem de fortuito ou de acaso. Responde a uma necessidade objetiva. A um imperativo que nunca poderá ser entendido – e muito menos explicado – por quem insista em negar ou rejeitar que a relação entre cultura e natureza tenha um caráter essencialmente dialético.⁹

Que não se baralhe, então, a responsabilidade socioambiental tomada nessa destacada perspectiva – atrelada ao desenvolvimento – com a eventual responsabilidade por infração às normas trabalhistas, às normas protetivas do meio ambiente (natural) ou mesmo do mercado, *e.g.*, e, ainda, por danos.

Vieira (org.). São Paulo: Cortez, 2007. p. 97.

⁵. Idem, *ibidem*. p. 99.

⁶. Não por acaso, Eros GRAU defende, desde os idos de 1980, que o desenvolvimento pressupõe crescimento econômico acompanhado de um processo contínuo e intermitente de mobilidade social, que faz com que as pessoas ascendam de uma condição para outra. (GRAU, Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981. p. 7-14). E Fábio NUSDEO, por sua vez, assenta que “para a continuidade do processo exige-se a presença do Estado. Esta dá-se, sobretudo por vai de indução, ou seja, medidas com vistas a estimular determinados setores ou atividades, (...)”. (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia – introdução ao direito econômico**. 6. ed. RT, 2010. p. 360-361.)

⁷. Na Argentina, BOÓ e VILLAR bem apresentam essa realidade, comentando o trato constitucional dado ao meio ambiente: “La mención de la aptitud para el desarrollo humano enfatiza la intención del constituyente de constituir al hombre como objeto de la protección humana, descartando así como objeto al ‘desarrollo económico’. En el nuevo derecho del ambiente, la economía debe estar al servicio del hombre y no al contrario; debe implementarse, entonces, una economía a escala humana”. (BOÓ, Daniel; VILLAR, Ariel. **El derecho humano al medio ambiente**. Buenos Aires: Némesis, 1999. p. 67.)

⁸. VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007. p. 127-129.

⁹. Idem, *ibidem*. p. 129.

O *socioambientalismo* mira o futuro, vislumbra comportamentos como coletivamente desejados daqui a cinco, cinqüenta e quinhentos anos e não se preocupa, formal ou materialmente, com o descumprimento da lei e do Direito. Para tais hipóteses se propõe o espaço próprio da sanção aflagrada (seja ela administrativa ou penal) e da indenização (recomposição patrimonial do *status quo ante*), já devidamente esmiuçadas por ramos didaticamente autônomos do Direito (quais sejam o Administrativo, o Penal e o Civil).¹⁰

Nesse sentido, qualquer tentativa de maximização de comportamentos – individuais ou coletivos – pautados pela responsabilidade socioambiental (e daqueles que almejam ocupar lugares cada vez mais privilegiados numa sociedade que se reconhece como *global, tecnológica e de riscos*)¹¹ precisa se conciliar com a perspectiva premial, de oferecimento de uma vantagem como retribuição àquilo tudo que *ainda* não se afigura como juridicamente proibido ou obrigatório, mas que, muito provavelmente, *em breve tempo* se verá transmudado.

Ou seja, aqui se assume uma posição notadamente kelseniana, de reconhecer que a ordem jurídica pretende a sanção (numa implicação lógico-jurídica, de antecedente-conseqüente) e não o comportamento prescrito (aquele coletivamente útil). Todavia, isso não significa dizer que o Direito não pode estimular a adesão – *e voluntária* – aos comportamentos prescritos, e ainda quando não ameaçados de sanção. Basta adotar a outra lógica, que se revela tão ou mais importante, como política de estado ou de governo na atualidade.¹²

¹⁰. Carla RISTER se expressa de modo similar, ao tratar do desenvolvimento: “a visão do direito, no presente caso, deve estar voltada para o futuro, e não para o passado. (...) Ao examinarmos as normas construídas sob uma visão prospectiva, apareceria o seu objeto como incerto, como fim a ser perseguido. Assim, não se trataria de norma voltada a assegurar um tipo de conduta, mas sim o próprio alcance do seu objeto. (RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9-10.)

¹¹. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Iberica S.A., 2006.

¹². “Fomento e polícia são, atualmente, formas de atuação estatal, cujo elemento distintivo pode ser identificado na medida em que a polícia “previne e reprime” – com a finalidade de manter e de restabelecer a ordem e a segurança públicas, empregando meios coativos, sempre que necessário –, ao passo que o fomento “promove e protege” – sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177.)

FOMENTO COMO TÉCNICA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL

De outra banda, convém lembrar que o Estado, para cumprir as tarefas que legitimam sua própria existência, pode *e deve* intervir no domínio econômico e no domínio social, com destaque, para regular os mercados e para prestar os serviços públicos, direta ou indiretamente. Mas não só. Conforme o caso, também constitui um seu *dever-poder* estimular certas atividades prestadas por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem finalidade lucrativa, porém de inolvidável interesse coletivo.

Na Constituição da República destacou-se a necessidade de se *favorecer* o microempreendedorismo, de se *fomentar* a produção agropecuária, de a lei *apoiar e estimular* o cooperativismo e, ainda, de *promover* a defesa do meio ambiente (inclusive mediante tratamento diferenciado, consoante o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação).¹³

Assim, tanto o legislador como o administrador público foram incumbidos de certas atribuições, dentre as quais a de potencializar certos comportamentos, pessoais e coletivos, a partir de “vantagens”, como adequadamente propostas por Célia Cunha MELLO.^{14/15}

Quanto à atividade legislativa, resta evidente o multifacetário resultado desse desiderato, favoravelmente perceptível pelo tratamento tributário diferenciado “oferecido” às microempresas e às empresas de pequeno porte (SUPERSIMPLES) pela Lei Complementar nº 123/2006. Nem todas as iniciativas, contudo, atenderam aos reclamos constitucionais. Infelizmente, a Lei nº 9.867/99 – que dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos – não trouxe nenhuma vantagem a si atrelada e deixou as distintas cooperativas, a despeito de juridicamente reconhecidas, à mercê da boa vontade do Estado e da própria sociedade.

¹³. Consulte: REQUI, Érica Miranda dos Santos. Desenvolvimento sustentável e a agenda ambiental na administração pública A3P. In: **Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC**. Curitiba: Zênite, 2011, v. 203, p. 36-41.

¹⁴. *Op. cit.*

¹⁵. Confira: KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. Curitiba. 2009. Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Disponível em: <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf>. Acesso em: 08/10/2011.



No âmbito do Poder Executivo – do Governo e da Administração – a situação é praticamente a mesma, porque há (louváveis) opções políticas e ações jurídico-administrativas (“gerais e abstratas” e/ou “individuais e concretas”) concretizadoras daqueles comandos. Porém, existem tantas outras que são indiferentes ao desenvolvimento nacional sustentável. Quem sabe isso se dê pela falta de estudo ou mesmo de compreensão da “colaboração” e da “consensualidade”, grafadas por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO como expressivas de algumas das mais profundas “Mutações do Direito Administrativo”.¹⁶

Mas há, ainda, hipóteses em que as vantagens concedidas administrativamente são peremptórias, independentes de qualquer ato de volição daquele direta ou indiretamente favorecido. Por exemplo, desde muito se faz largo uso do IPI (imposto sobre produtos industrializados) com finalidade extrafiscal e voltada à minimização de desigualdades sociais e regionais, com esteio até mesmo em decisões do Poder Judiciário em que se reconheceu essa “possibilidade” (*sic*) como conforme a Constituição.¹⁷ E para proteger o meio ambiente usando dessa técnica, a doutrina tem se mostrado ainda mais contundente e sensível, atinando para o abismo entre a incidência e a aplicação do Direito:

Não há dúvidas quanto à correlação incidência x aplicação revelar o hiato existente entre o direito objetivo, como previsão abstrata, depois como direito subjetivo, enquanto norma, já incidida, portanto juridicizada, e a realização de seus efeitos, que somente ocorrem com a aplicação. Portanto, a incidência e a transformação do direito objetivo em subjetivo são infalíveis. O que não o é a aplicação, que depende da atuação dos homens para se realizar.¹⁸

¹⁶. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42-43.

¹⁷. **Ementa**: TRIBUTO. Imposto sobre produtos industrializados. IPI. Alíquota. Fixação. Operações relativas a açúcar e álcool. Percentual de 18% (dezoito por cento) para certas regiões. Art. 2º da Lei nº 8.393/91. Ofensa aos arts. 150, II, 151, I, e 153, 3º, I, da CF. Inexistência. Finalidade extrafiscal. Constitucionalidade reconhecida. Improvimento ao recurso extraordinário. Não é inconstitucional o art. 2º da Lei federal nº 8.393, de 30 de dezembro de 1991. (STF, 1ª Turma, AI 515168 AgR-ED, Relator Min. CEZAR PELUSO, j. 30.08.2005)

¹⁸. TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.



Ou seja, a malsinada claudicância política e administrativa na aplicação das leis e do Direito – com especial destaque para a Carta Magna – é que reclama investigar-se, dentre outros assuntos, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações e dos contratos administrativos, instrumento indubitavelmente propício à incrementação da responsabilidade socioambiental das empresas que são ou que pretendem vir a ser parceiras negociais da Administração Pública.

O PAPEL DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Para nós, o assunto não é novidadeiro. Vem sendo revolido desde 2009, antes mesmo da edição da Medida Provisória nº 495/2010 (de 19 de julho de 2010) – que alterou a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) e expressamente atrelou mais uma “finalidade” aos certames concorrenciais, ao lado das exaustivamente estudadas “promoção da isonomia” e “obtenção da seleção da proposta mais vantajosa”. E a razão para tanto foi simples. A partir de 2006, em especial, detectaram-se novidades políticas, legislativas e administrativas em todo o Brasil agregando uma aparentemente estranha função (social) para as concorrências públicas. Algo dantes impensável, porque, por pressuposto, qualquer ação administrativa estaria umbilicalmente voltada à concretização jurídica ou material, direta e imediata, dos interesses públicos como assim reconhecidos na lei e na Constituição. Tudo delimitado pelo exercício da função administrativa *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *praeter legem*, conforme lúcido e atualizado destaque de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.¹⁹

Deveras, cumprir a lei – na sua frieza literal – era pouco, muito pouco,²⁰ especialmente quando o tema da (potencial) discricionariedade administrativa vinha à

¹⁹. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101.

²⁰. Isto é referido, aliás, desde a década de trinta do século passado por Carlos MAXIMILIANO: “DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO INTELIGENTEMENTE: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela, sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo. Revela acrescentar o seguinte: “é tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não a faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las”. Portanto, a exegese ha de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e

tona, na perspectiva inaugural de, ainda na fase interna da licitação, decidir-se qual a “solução ótima” para satisfação da necessidade (ou da utilidade) administrativa ou coletiva, à qual se poderia acrescentar outra – de positivo e desejado impacto também junto àqueles administrados que jamais viriam a se aproximar ou desfrutar do objeto do contrato. Somente isso autorizava pensar-se, desde então, numa “função social” da licitação.^{21/22}

O pano de fundo apresentado, na oportunidade, foi o seguinte:

a licitação pública no Brasil sempre pôde se voltar para outro fim – adicional, secundário – que não a satisfação da necessidade direta e imediata decorrente da execução do objeto contratado. Em suma, que os procedimentos licitatórios também poderiam mirar outro objetivo, *indireto* e *mediato*, porém não menos importante, sua vocação para cumprimento de uma função social: *latente*, e de *difícil precisão e delimitação*, desde 15 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil); *política em matéria*

não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente* impossível. (MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2. ed. Porto Alegre : Edição da Livraria do Globo, 1933. p. 183.)

²¹. **“Função Social da licitação: um deliberado plus à satisfação do Interesse Público**

Não se tem, aqui, qualquer pretensão de conceituar “função social”. O escopo desta modesta investigação é apenas o de verificar se pode ou mesmo se deve haver uma “função social” para a licitação pública, mormente no sistema jurídico brasileiro, no sentido de se reconhecer outra *potencial* ou *compulsória finalidade* para o certame e que não se confunde com a satisfação da necessidade próxima, premente – de certa parcela da coletividade ou da própria Administração Pública, reprise-se – a ser obtida mediante regular execução do objeto contratado.

Melhor dizendo, busca-se constatar a admissão pelo Direito em vigor de *adicional* fim para ela – remoto: singular ou plúrimo (conforme o caso) –, de modo que não se possibilite a satisfação de apenas um interesse público com sua exitosa realização, encapsulado como *primário* (de uma particularizada coletividade) ou *secundário* (do aparato administrativo), porém vários *interesses públicos*, num viés *primário-primário* (coletivo-coletivo) ou *secundário-primário* (administrativo-coletivo). Como exemplo assumo-se, desde logo, uma licitação que estipule, por força de lei, um *critério ficto de empate* entre propostas com vistas a incentivar a formalização da atividade microempresária e facilitar seu acesso às contratações públicas. Ou, ainda, a delimitação do objeto da licitação, por força de decreto hierárquico, a bens e serviços ambientalmente sustentáveis.

E nisso reside a cogitada “função social da licitação pública” apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, como um *instrumento* para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até mesmo por uma política de governo.” [FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil*, antes e depois da MP 495/2010). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64.]

²². Confira, também: MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci N. Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 07-11.)

ambiental por ocasião da realização da Conferência das Partes – COP 8 no Estado do Paraná (Decreto Estadual nº 6252, de 22 de março de 2006); *economicamente segmentada* a partir de 14 de dezembro de 2006 (dia da publicação da Lei Complementar nº 123/2006 – o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte); *regionalmente dirigida para o desenvolvimento sustentável* (na Amazônia, com a Lei Estadual nº 135, de março de 2007; e em São Paulo, com a Lei Estadual nº 13.798, de novembro de 2009, dentre outras); *nacionalmente especializada em matéria ambiental* (Lei Nacional sobre a Mudança do Clima – Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009) e, por fim – desde a edição da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010 (que alterou a Lei nº 8.666/93) – **genérica e abstratamente dirigida à promoção desenvolvimento** (econômico e social) **nacional**, e como **condição de validade** a ser observada por todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelos órgãos da administração direta, além dos fundos especiais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.²³

E sobre as funções “anômalas” da licitação e do contrato administrativo também tratou Marçal JUSTEN FILHO:

Mas há hipóteses em que o Estado pretende valer-se de uma contratação não apenas para obter uma prestação de que necessita. A execução da prestação é visualizada como meio de promoção de outros valores reputados como relevantes. Na Lei nº 8.666, essa situação conduzia à contratação direta, sem licitação. Já os arts. 47 e 48 da LC nº 123 previram uma situação diferenciada – ainda que não absolutamente original. Trata-se de manter a existência da licitação, porém de modo a assegurar a realização da função anômala do contrato administrativo. Daí se poderia aludir a uma “função extra-econômica” da licitação, para indicar a orientação do certame não propriamente à obtenção da proposta mais vantajosa, mas à seleção da proposta apta à realização de outros fins (não diretamente relacionados com a vantagem econômica). (...) Entretanto, a complexidade da figura dos arts. 47 e 48 é ainda maior. Trata-se de promover uma dupla instrumentalização anormal da contratação. A primeira

²³. FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 51-52.

instrumentalização indireta da contratação relaciona-se à implantação de preferência em favor de pequenas empresas. A segunda instrumentalização refere-se à obtenção de determinados fins macroeconômicos, políticos, complexos. Ou seja, os arts. 47 e 48 prevêm a existência de licitações que assegurariam vantagens às pequenas empresas como meio de promover certos fins de grande relevância.^{24/25}

Mas essa discussão é, contemporaneamente, superada – pelo menos no que diz com a “função social” da licitação concebida à margem da Lei nº 8.666/93.²⁶ Ocorre que, por ocasião da conversão da MP 495/2010 na Lei nº 12.349/2010, conferiu-se a segurança jurídica necessária ao reconhecimento de que, nos termos do *caput* do art. 3º da Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração **e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.²⁷

É dizer: o sistema jurídico-administrativo licitatório brasileiro²⁸ se apóia, na atualidade, em três finalidades – de igual estatura e envergadura – para a licitação e que

²⁴. JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 80-81.

²⁵. Tal possibilidade, aliás, nem é novidadeira ou exclusiva de brasileiros, porque assim já foi revelada, no ano de 1999 e sob os auspícios da UNAM, por León CORTIÑAS-PELÁEZ, no seu “Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública”: “*La discutida instrumentalización*. Partiendo de la postura intervencionista de la administración nacional, tendente al aprovechamiento de masas ingentes de capital capaces de transformar horizontal y verticalmente resortes determinantes del mercado, de la sociedad y de la economía de un país, de ha planteado y aún se discute la posibilidad de *instrumentalización de las compras* del Estado. Así, destinando ingresos, por ejemplo, para la adquisición o promoción de empresas en zonas deprimidas, para la lucha contra la contaminación, para el fomento del pleno empleo de las mujeres en el mercado de trabajo, (...)” (CORTIÑAS-PELÁEZ, León. Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. XXXIII-XXXIV.)

²⁶. Confira: GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. **A Licitação como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável**. Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA.

²⁷. Destaques nossos.

²⁸. Por evidente que há, no Brasil, um microsistema jurídico-administrativo licitatório. Ele é composto de princípios e de regras dispostos na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, em um sem número de Leis Orgânicas Municipais e em leis – dentre as quais as federais que veiculam “normas

reclama a observância de tantos outros princípios como “condição de validade”. Logo, não há mais espaço para se cogitar de uma “potencial” função social para as licitações a partir das regras de matriz constitucional. É a lei, mais simples de ser identificada e compreendida, que agora (também) exige a promoção do desenvolvimento nacional. Aquele que se predicou, ademais, como “sustentável”, e mesmo que sem justificativa patente no processo legislativo, mas que se revela de compulsória assimilação a partir da compreensão do socioambientalismo em sua inteireza.

O mesmo se diga dos contratos administrativos, que sempre puderam ser utilizados – ainda que por exceção – para atingimento de fins diversos da isonômica seleção da proposta mais vantajosa. A contratação direta, nesses moldes, remonta ao Decreto-Lei nº 2300/86, que já previa a possibilidade, em seu art. 22, de a União intervir no domínio econômico para regular os preços ou normalizar o abastecimento, mediante dispensa de licitação. Desde a versão atualizada em 1993, e ampliada em 1994, permite-se, ainda, a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra.²⁹

No entanto, pela via do fomento – dirigindo a licitação para certos fornecedores e produtos – se pode, até mesmo, reduzir os encargos de um contratado-empregador e fazer com que sua proposta comercial seja “incrementada” por conta da sua distinguida responsabilidade socioambiental.³⁰ Ou seja, com um efeito pouco conhecido e

gerais” (como a Lei nº 10.520/2002 – que instituiu o pregão), além de estaduais (como a Baiana – Lei nº 9.433/2005) e municipais (de São Paulo, *e.g.*: Lei nº 13.278/2002), sejam elas “genéricas” (Lei nº 8.666/93) ou “especializadas” (Lei nº 8.987/1995) tratando diretamente da matéria, ou não (Lei Complementar nº 123/2006). Isto sem falar, ainda, nos regulamentos concretizadores de políticas públicas (Decreto Paranaense nº 6.252/2006), daqueles usuais, para fiel execução da(s) lei(s), e dos individualizados – voltados para específicas contratações (: os editais de licitação).

²⁹. O ato-falho do legislador percebe-se na complementar exigência feita, de que “o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”, a olhos vistos equivocada, porque parte do pressuposto de que o “gasto público” seria relevante, quando é o fomento da instituição (prestadora de atividade de relevante interesse coletivo) que se almeja atingir. Aliás, como reforço basta lembrar que o fomento poderia se dar por meio de subvenção social e sem qualquer contrapartida... (Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.)

³⁰. **INCENTIVOS LEGAIS À CONTRATAÇÃO**

A Lei de Execução Penal (LEP) e o Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) estabelecem os seguintes incentivos ao empresário:



explorado. É de se lembrar, na passagem, que pululam em todo o Brasil iniciativas de reinserção social do egresso do sistema prisional e de profissionalização do detento. Dessas merecem destaque as decorrentes da louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, batizada de “Programa Começar de Novo”, de outubro de 2009, que “convenceram” a ITAIPU BINACIONAL e o Governo Federal (no que diz com as obras do PAC viabilizadas com verba federal) a reservar certo “percentual de vagas de trabalho” junto ao contratado para a prestação de serviços.

Desse modo, assumir uma postura *sociambientalmente* diferenciada pode significar para o empresário disputar o mercado público em situação de vantagem competitiva. E mais, com a antecipada e voluntária assunção de padrões de economicidade e de responsabilidade socioambiental de países “desenvolvidos”, os empresários brasileiros “que saírem na frente” terão melhores condições de disputa no mercado internacional.

-
- O trabalho do preso no regime fechado e semiaberto não está sujeito ao regime da CLT. Portanto, o empresário fica isento de encargos como férias, 13º e FGTS. Dependendo do piso salarial, a redução nos custos da mão de obra pode chegar a 50%;
 - A remuneração mínima corresponde a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Normalmente, nos convênios firmados entre empresas e presídios é estipulado um salário mínimo como pagamento;
 - Os apenados, enquanto permanecerem nos regimes fechado e semiaberto, são considerados contribuintes facultativos da Previdência e não segurados obrigatórios na condição de contribuintes individuais (Decreto n. 7.054/2009);
 - Somente são encaminhados às vagas de trabalho externo candidatos selecionados pela Comissão Técnica de Classificação (CTC) de cada unidade penal, a qual é presidida pelo Diretor da unidade e composta por equipe multidisciplinar;
 - O trabalho externo em instituições privadas e órgãos públicos é supervisionado pela Administração Penitenciária ou órgão instituído para esse fim, por meio de inspeções periódicas, de forma não ostensiva;
 - Nas licitações para obras de construção, reforma, ampliação e manutenção de estabelecimento prisional, a proposta de aproveitamento, mediante contrato, de mão de obra de presos, poderá ser considerada fator de pontuação, a critério da legislação estadual ou municipal;
 - Ao empregador cabe apenas o pagamento de salário, alimentação e transporte, salvo nos casos de contratação com registro em Carteira de Trabalho, hipótese em que o preso tem todos os direitos de um trabalhador livre;
 - O trabalho dos detentos também é uma ação de responsabilidade social. Ajuda na ressocialização assim como na redução da pena – a cada três dias de trabalho o detento tem um dia a menos de pena a cumprir.
- Portanto, contratar um apenado pode custar menos do que um empregado comum, especialmente naqueles Estados que instituem incentivos fiscais às empresas contratantes. Esse tipo de iniciativa pode contribuir muito para a diminuição da reincidência e para a reconstrução da vida desses seres humanos.

(BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do empregador – 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf. Acesso em: 08/10/2011 – p. 16-17.)



Todavia, importa mesmo é reconhecer que essa tendência – mesmo a partir de uma perspectiva legislativa – não tem volta, o que o novel RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), instalado pela Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, só fez reforçar, notadamente em matéria ambiental:

Chama a atenção, entretanto, a inovação reveladora da possibilidade de se exigir, conforme o específico objeto licitado, a “certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, *inclusive sob o aspecto ambiental*, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada”, nos termos do inciso III do art. 7º. Logo, como condição de aceitabilidade do produto e, pois, da própria proposta comercial, o que em nada colide com o princípio da isonomia ou mesmo resvala no acesso dos licitantes – mediante oferecimento de seus produtos – aos contratos administrativos. Ao revés, referida disposição acena o óbvio: que os gestores públicos *nunca* poderiam ter sido indiferentes às determinações constitucionais e legais de proteção e de preservação do meio ambiente, sendo-lhes vedado aceitar aquilo que a doutrina refere, faz muito, como objeto “ilícito” e, pois, inadmissível no âmbito da Administração. Aliás, traz ainda uma vantagem, qual seja a certificação prévia dará conta *per se* de “regular o acesso ao mercado público”, na passagem. O que não se poderá tolerar, contudo, será eventual desvio de finalidade, exigindo-se certificação para tudo, sem uma justificativa técnica, pormenorizada e anterior, que reclame a inserção dessa exigência no edital de licitação que deverá, inclusive, ser padronizado. Logo, o trabalho de bem atender ao princípio da motivação, na fase interna (designada preparatória, neste novíssimo ato legislativo), deverá ser feito – e bem feito – uma única vez.³¹

Perceba-se, dessa feita, que a pretexto de participar de uma licitação regida pelo RDC, o proponente poderá ter de adequar-se, antecipadamente, a rígidas normas de certificação ambiental, o que aproveitará não apenas aos “compradores públicos”,³² mas aos parceiros privados e a toda coletividade.

³¹. FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto. Licitações para a copa do mundo e olimpíadas – comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, ano 10, n. 117 set.)

³². Sobre licitações e contratações ambientalmente adequadas, confira: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Fórum: Belo Horizonte, 2011.

Mercê do exposto, pode-se afirmar que a utilização das licitações e dos contratos administrativos em caráter instrumental, de maximização da responsabilidade socioambiental das empresas, não é apenas material e juridicamente viável, porém – hodiernamente – constitui um dever acometido a todos os agentes públicos com direta ou indireta atuação no segmento. E não só porque a referida “função social” passou a (também) ser uma das finalidades das concorrências públicas – e, por decorrência, das próprias contratações –, mas porque o desenvolvimento (nacional sustentável) configura direito fundamental.

DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: UM DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS OS BRASILEIROS

Manoel Messias PEIXINHO e Suzani Andrade Ferraro sustentam que

O direito do desenvolvimento é considerado na categoria de “direito de solidariedade” pertencente à terceira geração dos direitos humanos. (...)

(...) direito ao desenvolvimento é um processo no qual os direitos fundamentais e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados e que todas as pessoas humanas e todos os povos devem participar deste processo, uma vez que **participação** é um dos pontos centrais do direito ao desenvolvimento. (...)

Contudo, o problema para o desenvolvimento está na falta de efetividade das normas, quer por falta de interesse político e da insuficiente iniciativa da sociedade civil no controle dos atos públicos. No entanto, **existem instrumentos jurídicos que podem direcionar a atuação estatal rumo ao desenvolvimento, a exemplo da adoção de políticas públicas aliadas à transparência na gestão pública e ao controle do Judiciário que podem ser o elo entre a positivação constitucional e a efetivação do direito ao desenvolvimento.**^{33/34}

³³. PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6971. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 7 out. 2011.

³⁴. O mesmo entendimento é sustentado por Ana Luiza Chalushnak, ao afirmar que referido direito fundamental (ao desenvolvimento nacional sustentável) encontra no fomento estatal um mecanismo idôneo para garantir a sua eficácia. (CHALUSNHAK, Ana Luiza. O fomento como forma de instrumento concretizador do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9569. Acesso em

E assim indubitavelmente o é, com especial destaque para a “participação”, que pressupõe “colaboração” e “consensualidade”, traços marcantes do Direito Administrativo contemporâneo, na visão de MOREIRA NETO.

Portanto, deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações (e dos contratos administrativos) não equivale a um simples (*sic*) descumprimento de dever legal, ou mesmo desobediência a simples regras constitucionais; revela, sim, descumprimento a direito fundamental.³⁵

Nesta mesma linha de raciocínio, assumindo (a promoção de) o desenvolvimento nacional sustentável como direito que é – de índole social e fundamental –, então em face dele se propõe a invocação do *princípio da vedação ao retrocesso*, que proíbe os poderes públicos de retroagir no atuar que realiza, ou pelo menos prestigia, a sua concretização, direta ou indireta, imediata ou mediata, material ou jurídica.

Como afirmou Joaquim José Gomes CANOTILHO,

uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...) Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo

13/10/2011.)

³⁵. “(...) a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas também uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Os estados têm, assim, o dever de respeitar, proteger e implementar os direitos (...) enunciados no Pacto. (...) Nos termos em que estão previstos pelo Pacto, estes direitos apresentam realização progressiva, estando condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (pacto, art. 2º, § 1º).” [PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129.]

de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma.³⁶

Donde, se um egresso do sistema prisional vê realizado seu direito social ao emprego por meio de um incentivo conferido em licitação, por conta da qual sua mão-de-obra, intermediada pelo licitante, fez-se necessária, não poderá o encerramento do contrato, por exaurimento do seu objeto, redundar, pura e simplesmente, no desfazimento da estimulada relação de emprego. De modo similar, se num instrumento convocatório a Administração assume como devida a exigência de certificação ambiental de um produto, então nas próximas fica obrigada a manter o referencial. Tudo para garantir a manutenção do *status quo*, como expressão – que foi – de promoção efetiva e eficaz do desenvolvimento nacional sustentável.

Para facilitar, colaciona-se, outra vez, a precisa lição do mestre lusitano:

O **princípio da proibição do retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio do desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.³⁷

A perspectiva que se abre, assim, é a seguinte: já que a Lei nº 12.349/2010 fixou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como *um dos fins da licitação* e que ele se revela como direito fundamental, nem por hipótese poderá haver retrocesso legislativo, passando ela a constituir norma de caráter teleológico fugidia a revisão, salvo para extensão e/ou ampliação de seus efeitos.

Outrossim, pelo fato de o art. 3º da Lei nº 8.666/93 se apresentar, indubitavelmente, como “norma geral de licitações”, então todos os demais atos legislativos, estaduais e municipais, e demais de natureza infra-legal, deverão a ela adequar-se, sem exceção.

³⁶. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 320-321.

³⁷. Idem, *ibidem*. p. 321.

Demais disso, considerando que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável se realiza, *in casu*, mediante a adoção de *práticas administrativas* voltadas ao fomento do microempreendedorismo, à preservação do meio ambiente, à inclusão social e, mais atualmente, até mesmo a salvaguardar direitos trabalhistas,³⁸ dentre outras, a falta delas a um só tempo revela descumprimento de dever constitucional e legal, bem como violação a direito fundamental e, neste cariz, ainda, a vulneração de direito subjetivo.

Portanto, os “interessados”³⁹ podem exigir a satisfação desse direito fundamental perante as Cortes de Contas e junto ao Estado-Juiz, mormente reclamando a expedição de regulamentos (para fiel, objetiva e impessoal execução da lei). Conforme o caso, ainda, para fazer-se inserir, nos editais de licitação, requisitos específicos – como “reserva de mercado” para microempresas, exigência de certificação de empresas e de produtos como ambientalmente adequados, e/ou determinação de estipulação de critérios objetivos para valoração de propostas técnico-comerciais, a partir de fatores de sustentabilidade ambiental,⁴⁰ de geração de emprego e de renda.

³⁸. A Lei nº 12.440/2011, de 07 de julho de 2011, alterou a CLT e instituiu novo artigo, cujo teor é o seguinte: “Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. § 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar: I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia. (...)”

Da mesma forma, alterou o *caput* do art. 29 da Lei nº 8.666/93, introduzindo novo inciso, que determina, como condição de habilitação, a “prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” O *vacatio legis* previsto foi de 180 (cento e oitenta dias), de sorte que a novidade trará efeitos a partir de janeiro de 2012.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

³⁹. Na condição de licitantes, as pessoas jurídicas socioambientalmente responsáveis, as microempresas e empresas de pequeno porte, dentre outras; na condição de favorecidos, os egressos do sistema prisional e quaisquer sujeitos que se sintam prejudicados pela desatenção com o meio ambiente etc.

⁴⁰. O Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta a Lei nº 12.462/2011 (instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), estipula, em seu art. 5º, que “o termo de referência, projeto básico ou projeto executivo poderá prever requisitos de sustentabilidade ambiental, além dos previstos na legislação aplicável.” Dessa feita, resta (mais uma vez) evidenciada a intenção do Governo Federal de fazer da licitação um deliberado instrumento de promoção da sustentabilidade ambiental, autorizando (*sic*) o direcionamento do mercado fornecedor ao cumprimento de metas mais rigorosas que as contemporaneamente exigidas por lei. Tudo, enfim, para quem quiser ser parceiro do Poder Público.

POR UMA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL:

Em suma, é chegado o momento de se insistir na necessidade de uma *política pública nacional*, apta a unir todos os entes políticos, órgãos e entidades, públicas e privadas – com ou sem fins lucrativos, e a sociedade em geral na conscientização⁴¹ de que o desenvolvimento nacional sustentável constitui um direito, de índole social, fundamental e *subjeto*; portanto, de todos – e, particularmente, ainda, de cada um de nós.

Mas isso há de ser feito, evidentemente, na acepção técnica da expressão, como apontada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO

Política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País. Estamos em que é inequívoco que se pode controlar juridicamente políticas públicas. Com efeito, se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo. Assim como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política – que é um plexo de atos – que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave. (...)

São legitimados para opor-se a políticas públicas tanto o Ministério Público, como os habilitados em geral á propositura de ações civis públicas, como quaisquer cidadãos que possam demonstrar gravame que pessoalmente os atinja pela política pública empreendida ou indevidamente omitida, ainda que tal prejuízo seja disseminado sobre toda uma coletividade. O que legitima o cidadão não é a particularidade do gravame, mas o fato de subtrair um bem jurídico de que pessoalmente desfrutaria se a ordem jurídica fosse obedecida (...).⁴²

Destarte, uma vez implementada, de fato e de direito, a referida política pública nacional – de promoção do desenvolvimento nacional sustentável induzido pelo “poder

⁴¹. Sobre a importância da educação ambiental, confira: GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba, Juruá, 2008.

⁴². BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 821-822.

de compra estatal”,⁴³ então, num efeito cascata e de progressão geométrica, a responsabilidade empresarial socioambiental restará maximizada, sendo praticamente ínfimas as possibilidades de retrocesso. Afinal, quem possui sua atividade empresarial certificada como ambientalmente adequada, *e.g.*, dificilmente concorrerá para a perda do *status*, obtido, aliás, com significativos investimentos.

EM SÍNTESE – E A GUIZA DE CONCLUSÃO

Enfim, pode-se concluir que:

- (i) são duas as formas de o Direito estimular comportamentos (das pessoas físicas e jurídicas), mas isto sempre se dá no entorno do princípio retributivo: para o comportamento juridicamente indesejado, a sanção aflitiva, punitiva; para o conduta desejada, o prêmio;
- (ii) a responsabilidade socioambiental (das pessoas físicas das pessoas jurídicas) se extrai do sistema jurídico e a partir da própria Constituição da República;
- (iii) *socioambientalismo* se escreve sem hífen: não há como cindir o social do ambiental, mormente quando a pauta do crescimento econômico vem à tona. Desenvolvimento pressupõe crescimento (econômico), repartição da riqueza, minimização das desigualdades e preservação do meio ambiente inclusive para as futuras gerações;
- (iv) o socioambientalismo mira o futuro, vislumbra comportamentos como coletivamente desejados daqui a cinco, cinquenta e quinhentos anos e não se preocupa, formal ou materialmente, com o descumprimento da lei e do Direito. Para tais hipóteses se propõe o espaço próprio da sanção aflitiva, seja ela administrativa ou penal dentre outras;
- (v) tanto o legislador como o administrador público foram incumbidos de certas atribuições, dentre as quais a de potencializar certos

⁴³. Confira, pela relevância: ZANIN, Luís Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. **Cartilha do Comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento**. Brasília DF: CNM, SEBRAE, 2006. Do mesmo modo, consulte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. O que você pode fazer para comprar mais das Micro e Pequenas Empresas (MPE's). 19p. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/Cartilha_MPEs.pdf. Acesso em: 08/10/2011.

comportamentos, pessoais e coletivos, a partir da promessa de “vantagens”. Essa técnica é reconhecida como fomento e se insere nas formas de intervenção do Estado e da Administração Pública no domínio econômico e social;

- (vi) o “poder de compra estatal” pode e deve servir como adequado instrumento de *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, ainda mais quando a Lei nº 8.666/93, em sua nova redação, estipula tal desiderato como finalidade (legal) da licitação – de mesma estatura e envergadura que a observância da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Todos, ademais, como condição de validade;
- (vii) promover o desenvolvimento nacional sustentável é dever do Estado, mas não só. O desenvolvimento nacional sustentável é, também, um direito, de índole social e fundamental, que pode ser exigido por todos e por cada um individualmente;
- (viii) uma vez concretizado, de forma personificada, em uma de suas facetas, resta vedada a desconstituição desse direito fundamental. Logo, para que se possa demitir um ex-detento que tenha sido contratado mediante inolvidável vantagem competitiva deferida em licitação, há de haver causa superveniente e suficiente para tanto. Onde, se houver necessidade de sua substituição ao longo da execução do contrato, ela terá de recair em sujeito em condição similar;
- (ix) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – pela via das licitações e das contratações públicas – reclama por uma urgente política nacional, se não pela sua intrínseca utilidade, pelo menos para fins de harmonizar a interpretação e aplicação dessa “norma geral” de licitações (art. 3º, *caput* – da Lei nº 8.666/93, em sua ampliada versão);
- (x) o “poder de compra estatal” é instrumento bastante para modificação de comportamentos empresariais coletivamente desejados, inclusive com efeitos *que tendem a se manter no futuro*. De conseguinte, a adequada e progressiva incorporação de critérios estimuladores, por exemplo, do microempreendedorismo, da inclusão social e/ou mais severos que os

legalmente tolerados em matéria ambiental – como condição de acesso de proponentes ou de classificação de propostas – serve, por evidente, para incrementar a responsabilidade empresarial socioambiental, além de fazer cumprir um dever legal e constitucional, na realização do tantas vezes referido direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- 2) BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Iberica S.A., 2006.
- 3) BOÓ, Daniel; VILLAR, Ariel. **El derecho humano al medio ambiente**. Buenos Aires: Némesis, 1999.
- 4) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do empregador – 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf. 32p. Acesso em: 08/10/2011.
- 5) BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. O que você pode fazer para comprar mais das Micro e Pequenas Empresas (MPE's). 19p. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/Cartilha_MPEs.pdf. Acesso em: 08/10/2011.
- 6) CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- 7) CHALUSNHAK, Ana Luiza. O fomento como forma de instrumento concretizador do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9569. Acesso em 13/10/2011.
- 8) CORTIÑAS-PELÁEZ, León. Estudio Preliminar. Del horizonte mexicano del derecho de la licitación pública. In: LOPES ELÍAZ, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- 9) FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no* e *do* Brasil, antes e depois da

- MP 495/2010). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov.
- 10) _____; SANTOS, José Anacleto. Licitações para a copa do mundo e olimpíadas – comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, ano 10, n. 117 set.
 - 11) GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba, Juruá, 2008.
 - 12) GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. **A Licitação como instrumento de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável**. Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Trabalho não publicado.
 - 13) GRAU, Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.
 - 14) JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007.
 - 15) KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
 - 16) KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. Curitiba. 2009. 134p. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Disponível em: <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AlineKoladicz.pdf>. Acesso em: 08/10/2011.
 - 17) MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2. ed. Porto Alegre : Edição da Livraria do Globo, 1933.
 - 18) MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
 - 19) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
 - 20) MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci N. Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov.
 - 21) NUSDEO, Fábio. **Curso de economia – introdução ao direito econômico**. 6. ed. RT, 2010.
 - 22) PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte: Fundação Boiteux,

2007. Disponível em:
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_p_eixinho.pdf. Acesso em: 7 out. 2011.
- 23) PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coord.). **Socioambientalismo: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2008.
 - 24) REQUI, Érica Miranda dos Santos. Desenvolvimento sustentável e a agenda ambiental na administração pública A3P. In: **Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC**. Curitiba: Zênite, 2011, v. 203, p. 36-41.
 - 25) RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
 - 26) SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. Paulo Freire Vieira (Org.). São Paulo: Cortez, 2007.
 - 27) SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Fórum: Belo Horizonte, 2011.
 - 28) SILVA, Lígia Neves da. **Os paradigmas da justiça social como referencial teórico da responsabilidade social empresarial**. Curitiba. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA. Trabalho não publicado.
 - 29) TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
 - 30) VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.
 - 31) ZANIN, Luís Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. **Cartilha do Comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento**. Brasília DF: CNM, SEBRAE, 2006.



O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério

*Eneida Desiree Salgado**

A visão mais ampla de desenvolvimento, adequada à configuração constitucional, excede o âmbito econômico. O ordenamento constitucional impõe pensar no aperfeiçoamento individual e coletivo, e, para tanto, não basta a referência às condições materiais de existência. Mostra-se indispensável conceber instituições que permitam o desenvolvimento da autonomia pública.

O desenho constitucional da democracia brasileira permite a compreensão mais audaciosa da noção de desenvolvimento, assim como não se limita a uma noção estatística da democracia, nem tampouco aceita como suficientes aspectos formais do princípio da igualdade.

A intenção neste trabalho é demonstrar que esta configuração democrática do Estado brasileiro impõe um entendimento mais vasto dos direitos fundamentais, que possibilite efetivamente a participação do cidadão na formação da vontade política do Estado. O instrumento escolhido para acentuar essa participação democrática, intuitivamente, é o direito de petição, previsto na Constituição de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais, capaz de acentuar o desenvolvimento democrático, individual e coletivamente.

A democracia brasileira segundo a Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 traz uma concepção ambiciosa de democracia, caracterizada pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político, e informada profundamente pelo ideal republicano, pelo interesse público e pela responsabilidade dos cidadãos pelas decisões políticas.

* Mestre e doutora em Direito do Estado. Professora de Direito Constitucional e Direito Eleitoral na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e do Programa de Mestrado em Direito da Unibrasil. Vice-líder e pesquisadora do Ninc – Núcleo de Investigações Constitucionais. Membro fundadora da Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Advogada.



É possível tratar da democracia constitucional brasileira a partir do pensamento de Ronald Dworkin e de Carlos Santiago Nino. Para Dworkin,¹ a democracia impõe tratamento dos cidadãos com igual respeito e consideração, bem como, afastando uma posição perfeccionista, a possibilidade de que cada um tenha seus juízos próprios de moralidade pessoal. E deve ser pensada a partir de uma ação coletiva que não se confunde com ações individuais, mas que exige a consciência individual de pertencimento ao grupo, a quem a ação é imputada. Essa visão se coaduna com os princípios constitucionais que informam a democracia brasileira, com os valores da igualdade e da liberdade, com os princípios normativos deles derivados e as inúmeras regras constitucionais que os concretizam. A Constituição traz ainda um conteúdo republicano, que impõe solidariedade e responsabilidade pelas decisões coletivas. Ou seja, a Constituição não possui uma concepção axiológica totalizante, mas contempla um projeto de alteração da realidade.²

Carlos Santiago Nino desenvolve uma concepção deliberativa da democracia epistêmica, coerente com a concepção brasileira. A democracia, capaz de transformar os interesses das pessoas de um modo moralmente aceitável, exige uma deliberação coletiva, em que: todas as partes interessadas participem na discussão e na decisão, de maneira razoavelmente igual e sem coerção, em que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada para permitir a maximização da probabilidade de um resultado correto; que as majorias e minorias se formem a cada matéria discutida e nenhuma minoria reste isolada; e que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias.³

¹ DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990]. Mais precisamente no artigo *Igualdad, Democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados*.

² Para Emerson Gabardo, esse projeto contém uma proposta de felicidade para todos os seres humanos. A felicidade, fundamento político do Estado e fim característico do Estado social contemporâneo, deve ser objetivamente considerada (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

³ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 180.



É possível verificar na atual Constituição brasileira os contornos de uma democracia constitucional e deliberativa, como sugere a configuração dos direitos políticos e das liberdades políticas, com o sufrágio universal e com os instrumentos de participação direta, a adoção de princípios que impõem a igualdade na disputa eleitoral, a liberdade para a criação de partidos políticos e a garantia do acesso direito de antena e ao fundo partidário, o sistema eleitoral proporcional e a divisão federativa das atribuições.⁴

Em respeito à Constituição, a participação direta dos indivíduos na tomada de decisões políticas é obrigatória sempre que possível, mas não reduzida à escolha monossilábica entre opções colocadas antecipadamente pela representação política. Tampouco se pode transformar a democracia, como aponta Luhmann, em um processo de tomada de decisões sobre decisões sobre decisões.⁵ O desafio é estabelecer “um poder responsivo ao interesse público (dimensão da *responsiveness*) e um poder que é exercido em público e, por consequência, passível de controle público (dimensão da *accountability*)”.⁶

Há que se ressaltar que esta democracia respeita o espaço de autonomia individual, mas exige a responsabilidade do cidadão pelas decisões políticas tomadas pela sociedade. Não se pode admitir, no entanto, a decisão sobre todas as opções de vida. A deliberação coletiva deve restringir-se às instituições e prescrições de condutas necessárias para a convivência social que assegure

⁴ Carlos Santiago Nino apresenta os obstáculos à implementação da democracia deliberativa – a estrutura exclusivamente representativa, a apatia política, a baixa qualidade do debate público, a dispersão da soberania causada pela descentralização, a intermediação imperfeita dos sistemas eleitorais, o sistema presidencialista e o exagero no controle judicial da constitucionalidade. Aponta como solução a adoção de instrumentos de democracia direta não reduzidos a respostas monossilábicas, com a redução das unidades políticas, a exigência de participação política (sem ser excessiva para não implicar uma visão perfeccionista de virtude cívica), proibição absoluta do financiamento privado e garantia de acesso aos meios de comunicação), tomada de decisão em âmbito local e implementação em nível federal, a mudança para o parlamentarismo e a redução do controle judicial de constitucionalidade à proteção das condições do procedimento democrático, da autonomia pessoal e da constituição histórica, ou prática social constitucional (NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Op., cit., p. 202-293).

⁵ LUHMANN, Niklas. *The future of democracy*. *Thesis eleven*, n. 26, 1990, p. 67-86.

⁶ ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004, p. 11 e 15. As noções de *responsiveness* e *accountability* não possuem uma tradução em português. *Responsiveness* se relaciona à capacidade de responder a demandas e *accountability* se refere à possibilidade de controle e fiscalização.



tratamento com igual consideração e respeito a todos os cidadãos.⁷ Algumas questões não podem ser tratadas no debate democrático, pois estão na esfera da autonomia individual, portanto, para além do espaço de determinação coletiva.

Mas há outras questões que não são passíveis de discussão democrática. O constitucionalismo, com a proteção de liberdade e garantias e com a determinação das decisões políticas estruturantes, retira da arena política do alcance das decisões majoritárias as disposições constitucionais estruturais, que estabelecem de forma democrática e com conteúdo democrático a organização do Estado e dos órgãos de soberania, as tarefas estatais, o estatuto de direitos e garantias e os princípios da disputa democrática, garantem e fortalecem a democracia.

É preciso, acrescente-se, desvincular a democracia da simples vontade da maioria, mesmo quando diante de temas incluídos na deliberação democrática.⁸ A Constituição brasileira pressupõe uma democracia inclusiva, evidenciada pelo princípio do pluralismo político (e pelo conseqüente pluralismo partidário) e pela adoção do sistema eleitoral proporcional, que impõe a convivência institucional de distintos modos de pensar e garante um espaço político efetivo para as concepções de vida não hegemônicas.

Como ressalta Jorge Reis Novais, a leitura jurídica do princípio democrático se identifica com a premissa majoritária (“legitimação do título e exercício do poder político a partir da livre escolha majoritária do eleitorado”) e a de parceria (“a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo”). As premissas devem ser combinadas, de maneira que nem sempre prevaleça a decisão da maioria e que as

⁷ Dicção de Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Op. cit., p. 21.

⁸ Stephen Holmes afirma que a democracia não se identifica com a imposição da vontade majoritária, mas revela-se como o governo por discussão pública, constituída pelo dissenso público. A vontade democrática – e, portanto, soberana – é a que deriva de um debate robusto e aberto, no qual a oposição tenha participação efetiva na defesa de seus pontos de vista (HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262, p. 254-255).



posições mais frágeis não sejam simplesmente opostas à maioria, mas tenham garantida sua escolha pessoal de modo de vida.⁹

Embora a tônica da democracia brasileira seja a representação política, ela não se reduz a este modelo. Há a previsão de formas de participação direta e a permissão da criação de outras formas de intervenção cidadã na tomada de decisões políticas. As primeiras, constantes nos incisos do artigo 14 da Constituição, são praticamente inócuas.¹⁰ Isso, somado à visão democrática formal que caracteriza a eleição, acaba por fazer a democracia coincidir com a decisão sobre quem irá decidir, não mais que isso.

Outros instrumentos, no entanto, são trazidos pela Constituição para permitir a participação na vontade política do Estado de maneira consciente e coerente. Uma delas, como se passará a demonstrar, é o direito de petição.

O direito de petição na democracia brasileira

A configuração ambiciosa da democracia brasileira implica uma noção ampla dos direitos políticos, que ultrapasse a compreensão que os limita ao sufrágio e à elegibilidade. Em tempos de ativismo judicial “pró-majoritário”, como é possível constatar com a construção do Supremo Tribunal Federal em relação à fidelidade partidária – e se pode presumir quanto à constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 a partir do pedido do presidente do Tribunal Superior Eleitoral (e integrante do STF) para a apresentação de uma ação declaratória de constitucionalidade –, faz-se necessário ir além destes direitos e também daqueles trazidos no próprio artigo 14 como temperos à democracia representativa.

Clèmerson Merlin Clève há tempos se refere a esse desenho constitucional mais exigente da cidadania, que traz o cidadão como “sujeito ativo da cena política”. Assinala, em conformidade com esta visão, as seguintes “formas de participação do cidadão na administração da coisa pública”: o cidadão eleitor, o

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 32-35.

¹⁰ Sobre o assunto ver SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



cidadão agente do poder, o cidadão colaborador (por meio da gestão privada de interesses públicos, por concessão, permissão e autorização), o cidadão seduzido (por meio da prática de atividades privadas de interesse coletivo), o cidadão censor (direito de petição na esfera administrativa e ação popular na via judicial) e o cidadão propriamente participante (por referendo, plebiscito ou iniciativa popular de leis, e na administração pública, onde a participação é de fato – através de grupos de pressão e movimentos sociais – ou regulada pela Constituição).¹¹

E é exatamente sobre um destes aspectos dos direitos políticos, sobre a atuação na formação da vontade política do Estado como “censor” segundo a visão de Clèmerson Clève, que se passa a discorrer. A intenção é extrapolar a ideia de uso do direito de petição apenas para afastar a vontade política do Estado, mas sugerir, ainda que intuitivamente, a possibilidade de sua utilização de maneira positiva, para auxiliar a formar a vontade do Estado.

Para Pontes de Miranda, o direito de petição se dirige a todas as autoridades, em matéria legislativa ou administrativa, para “requerer, observar e reclamar contra autoridades ou denunciar abusos delas” em interesse particular e privado ou interesse geral ou público. O ordenamento jurídico brasileiro, para o autor, assegura “o *direito público subjetivo de petição*, com as pretensões respectivas, qualquer que seja o interesse ou direito-base que invoque o peticionário, e independe de qualquer prova de interesse próprio”. Para o autor, o direito exige uma resposta.¹²

Henry Campbell Black faz referência ao direito de reunião e de petição em face do ordenamento constitucional estadunidense, em estudo do final do século XIX. A primeira emenda ao texto constitucional federal traz uma proibição ao congresso de elaborar leis que restrinjam esses direitos, considerados pelo autor um atributo da cidadania nacional. Embora anote a origem do direito de petição na Bill of Rights do Reino Unido logo após a Revolução de 1688, aponta que tal instituto é

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constituição (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 16-17.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo V, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970-1972, p. 628-630.



inerente à natureza dos regimes republicanos, ainda que não expresso em suas constituições. Aduz como limite possível aos direitos de reunião e petição a exigência que seu exercício seja pacífico, o que afasta petições sediciosas ou acompanhadas de manifestações de força, intimidação ou ameaça.¹³

Jean Rivero classifica o direito de petição entre os “meios não organizados de defesa das liberdades”, que possui uma dupla função: denunciar um atentado às liberdades e pedir seu afastamento; e “solicitar uma modificação no direito vigente num sentido mais favorável a uma liberdade”. Afirma, ainda, que “desprovido de sanções diretas, o direito de petição vale sobretudo como meio de pressão” e aproxima da petição tradicional o manifesto de personalidades ou de intelectuais que ecoam – ainda que com eficácia duvidosa, assinala – na opinião pública.¹⁴

Sua configuração como instrumento de proteção a direitos, à constituição, às leis e ao interesse geral é explicitada pela Constituição Portuguesa atual (art. 52). Na ordem jurídica lusitana, o direito de petição é visto por Gomes Canotilho como um direito político, que pode ser exercido individual ou coletivamente.¹⁵ A legislação portuguesa¹⁶ exclui a apresentação de petições aos tribunais, mas prevê garantias para o seu exercício e para afastar represálias quando de sua utilização. Para Canotilho, no entanto, o direito de queixa ao Provedor de Justiça (que demanda uma legislação especial, segundo a Lei n.º 43/90, art. 1.º, 2, b) é uma espécie de direito de petição, que consiste na solicitação de “dinamização do *pedido de declaração de inconstitucionalidade* por acção (CRP, artigo 281.º/2/d) e por omissão (CRP, artigo

¹³ BLACK, Henry Campbell. *Black's Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1897, p. 557-558.

¹⁴ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1973], p. 329-331.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 478.

¹⁶ Lei n. 43/90, de 10 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n. 6/93, de 1 de março Lei n. 15/2003, de 4 de junho e Lei n. 45/2007, de 24 de agosto. Disponíveis na página da Assembleia da República (http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/ExercicioDireitoPeticao_Anotado.pdf), acesso em 09.out.2011.



283º)”, alcançando também a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁷

Parece ser possível afirmar que também no Brasil, o direito de petição – *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* – embora previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição, se aproxima da definição de direito político.

Tal leitura pode ser extraída da visão do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto: “O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática”.¹⁸ O Superior Tribunal de Justiça aduz: “O simples exercício do direito de petição aos Poderes Públicos previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, por se tratar de um direito fundamental geral e incondicionado, não caracteriza má-fé”.¹⁹

O direito de petição sempre encontrou guarida em nossas cartas constitucionais. E, sempre, entre o rol de direitos e garantias individuais.²⁰

Na Constituição imperial de 1824 encontra-se o seguinte dispositivo:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr

¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 479.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, AR 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-10-1994, Plenário, DJ de 6-6-1997. No mesmo sentido: MS 28.857-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-12-2010, Plenário, DJE de 15-4-2011; AO 1.531-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-6-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2009; MS 21.651-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-5-1994, Plenário, DJ de 19-8-1994; Pet 762-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º-2-1994, Plenário, DJ de 8-4-1994.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.200.981 - PR (2010/0130375-0), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 05-10-2010, Primeira Turma.

²⁰ Como se verá, a análise que aqui será feita não extrapolará o âmbito normativo das ordens constitucionais anteriores, em face da insuficiência das fontes sobre a aplicação efetiva dos dispositivos sobre o direito de petição.



qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a efectiva responsabilidade dos infractores.

Pela dicção do texto, pode-se verificar sua proximidade com o texto atual quando localiza o direito de petição entre as garantias individuais. No entanto, estabelece uma restrição, ao impedir sua apresentação ao Poder Judiciário, possivelmente em face da existência de outro instrumento para o acesso a este órgão de soberania. O interessante neste artigo é a possibilidade expressa de se levar ao conhecimento dos poderes “qualquer infração da Constituição”, o que poderia sugerir um controle popular da constitucionalidade dos atos do poder público.

A primeira Constituição republicana traz em seu rol de direitos fundamentais (art. 72) a seguinte disposição: “§ 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados”. Redação quase idêntica está no artigo 113 (dos direitos e das garantias individuais) da carta de 1934: “10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade”.

Ambos dispositivos dão um caráter mais abrangente à titularidade (qualquer pessoa) e ao endereçamento do direito de petição, mas circunscrevem seu objeto ao atos abusivos das autoridades, sem a referência genérica ao desrespeito à Constituição. De maneira indireta, pode-se afirmar que o atuar do Poder Público em desconformidade com a ordem constitucional representa ato abusivo, em face da noção de finalidade e do princípio da legalidade. Tem-se como conteúdo necessário de todo e qualquer ato de todo e qualquer agente público em uma República o interesse público, adequadamente considerado.²¹ Assim, ainda que exigisse do peticionário uma mediação argumentativa, parece possível afirmar que todo abuso de autoridade é infração da Constituição. A recíproca, no entanto, não é verdadeira.

²¹ Como o faz Daniel Wunder Hachem, em *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.



Outra redação, com outros bens em seu elenco, traz o artigo 122 no texto de 1937: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral”.

Então passa-se a se falar em defesa de direitos ou do interesse geral. Ainda que não seja possível se deslocar a ordem constitucional do momento da sua instituição e da sua aplicação – e neste sentido a outorga da Constituição de 1937 dá sinais de que este interesse geral ali posto não se confunde com o interesse público de uma República democrática – ao menos normativamente pode-se afirmar a conformação do direito de petição para além da possibilidade de defesa da esfera do indivíduo, não obstante sua localização entre os direitos e garantias individuais. Isso permite sua configuração como direito político, que alude à participação do cidadão na formação da vontade política do Estado, ainda que de forma negativa.

Na Constituição de 1946 o dispositivo está no artigo 141: “§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas”. Na carta promulgada e democrática que sucedeu o Estado Novo desaparece a menção ao interesse geral e à defesa de direitos e retorna-se ao abuso de poder como objeto do direito de petição.

Nas Constituições militares de 1967 e de 1969 o direito de petição está entre os direitos e garantias individuais, com a mesma redação: “§ 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade”. Na carta de 1967 o disposto está no artigo 150, e na “Emenda Constitucional n° 1/1969”, no artigo 153, no mesmo parágrafo 30. Volta ao texto constitucional a possibilidade do uso do direito de petição para a defesa de direitos, ao lado do afastamento de abuso de autoridade.

A novidade da Constituição de 1988 foi incluir no dispositivo a defesa contra a ilegalidade. Parece, no entanto, conforme ao objetivo do direito de petição, defender sua ampla aplicabilidade em face dos três órgãos de soberania, do



Ministério Público, dos Tribunais de Contas, dos órgãos da Administração indireta e ainda daqueles que prestam serviços públicos sob a delegação do Estado.

José Afonso da Silva inclui o direito de petição entre as garantias constitucionais, relacionado ao direito geral à legalidade da Administração e ao direito a uma atuação democrática dos Poderes Públicos. Para o autor há no direito de petição “uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da sociedade”. Ressalta que pode ser exercido por pessoa física ou pessoa jurídica, individual ou coletivamente, por brasileiro ou por estrangeiro, e que o direito não pode ser destituído de eficácia.²²

Essa leitura, bastante adequada ao texto constitucional, afasta a possibilidade da classificação do direito de petição entre os direitos políticos. Se os estrangeiros e as pessoas jurídicas podem exercê-los, como parecem poder, não restaria coerente com o sistema constitucional dos direitos políticos. Soa apropriado, no entanto, defender uma função pública e republicana do direito de petição, como forma de intervenção, ainda que muitas vezes negativa, na vontade política do Estado.

Gilmar Ferreira Mendes é ainda mais ousado na determinação da titularidade do direito de petição, afirmando seu caráter universal e aduzindo que é assegurado inclusive a entes não dotados de personalidade jurídica. Em sua análise do instituto, assevera que pode ser objeto do pedido algo não previsto em lei, mas se refere à jurisprudência da Corte Constitucional da Alemanha que nega a admissibilidade de petição de conteúdo ofensivo. Vê, ainda, a possibilidade de regulamentação do direito de petição pelo legislador, desde que destinada a garantir sua aplicação e efetividade.²³ Neste ponto, vale trazer a advertência de Alfredo Varela, em estudo que se seguiu à primeira Constituição republicana brasileira: “A

²² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 416 e 443.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518-520.



própria natureza do direito de petição demonstra evidentemente que não pode ser limitado por uma lei”.²⁴

O fato é que não existe lei no Brasil para regulamentar o direito de petição. Nem parece haver respeito a sua fundamentalidade como direito ou como garantia. E aqui que reside um desafio para o desenvolvimento democrático na sociedade brasileira, a partir do fortalecimento das posições de cidadania.

Na Administração Pública a questão é menos grave, com a concretização do direito à reclamação. Conforme Adriana da Costa Ricardo Schier, o direito de reclamação é uma densificação do direito de petição, este como gênero e aquele como espécie, e atua como forma de controle social do poder público, de maneira a democratizá-lo.²⁵ A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal prevê o dever de resposta às reclamações e o prazo de decisão de 30 dias após a instrução do processo administrativo (art. 48 e 49).

Aparentemente, o Poder Legislativo tem uma leitura muito restrita do direito de petição, chegando a esvaziá-lo. E não apenas em sua atuação administrativa,²⁶ mas também em relação à competência legiferante. A possibilidade

²⁴ VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro*. Reforma das instituições nacionais. Brasília: Senado Federal, 2002 [1902], p. 129. Em face da Constituição chilena atual, Carlos Cruz-Coke Ossa afirma que somente são admissíveis as limitações constitucionais ao direito de petição – que é proceder em termos respeituosos – e que “*cualquier otra limitación que establezca el legislador o alguna autoridad administrativa, es nula y origina las responsabilidades y sanciones que determine la ley*” (CRUZ-COKE OSSA, Carlos. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Providencia: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009, p. 461).

²⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26, 193 e 167.

²⁶ Dois acontecimentos no Paraná em 2011 demonstram esta falta de apreço à garantia constitucional. No final de junho, durante o processo eleitoral para a escolha de um conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, um dos candidatos solicitou cópia dos documentos de habilitação de alguns candidatos concorrentes, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos constitucionais. Foi-lhe negado o acesso e a justificativa apresentada pelo parecer nº 553/2011 da assessoria jurídica da procuradoria da Assembleia Legislativa aduz que o direito de petição “não se trata de direito absoluto, eis que o seu exercício está condicionado ao atendimento de determinadas situações que, no caso em referência, não se fazem plenamente presentes”. Autorizando apenas a vista pessoal ao requerente, afirmou a assessoria a necessária relativização do direito de informação. No segundo caso, uma vereadora solicitou à Câmara de Vereadores do Município de Curitiba o acesso a um contrato de publicidade da própria Câmara. Negada a informação, a resposta à solicitação veio apenas após a apresentação de um pedido de informações oficiais internas (proposição nº 064.00018.2011), devidamente votado pelo plenário da casa. Ao que parece, o Poder Legislativo não leva em consideração um direito fundamental que, como visto, não admite restrição sequer por lei.



de propor a retirada do ordenamento de norma jurídica ofensiva a direito fundamental ou ao interesse público não tem previsão e não é aceita. A configuração do direito de iniciativa popular de projeto de lei exige uma articulação desarrazoada da cidadania²⁷ e as comissões de legislação participativa aceitam apenas projetos de associações,²⁸ negando a dimensão individual do direito de petição.

No âmbito do Poder Judiciário, o direito de petição entendido de maneira mais ambiciosa, em toda a sua fundamentalidade política, poderia levar à efetiva realização do direito de acesso à justiça e à real democratização do controle de constitucionalidade.

Um âmbito em que se mostra absolutamente necessária a criação de um mecanismo de acesso é a jurisdição eleitoral. A partir de uma construção jurisprudencial, que extrapola os comandos constitucionais, não se admite a legitimidade processual eleitoral do cidadão. Há uma verdadeira “introversão”²⁹, uma invisibilização do eleitor. Ainda que já tenha havido manifestação *obter dictum* do Tribunal Superior Eleitoral sobre o exercício do direito de petição em matéria eleitoral,³⁰ parece que justamente nesta seara, de realização do princípio

²⁷ Conforme dispõe o texto constitucional, em seu artigo 61: § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

²⁸ Na Câmara de Deputados, a Comissão de Legislação Participativa é instaurada pela Resolução 21, de 30 de maio de 2001, com as seguintes áreas de atividade: “sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos” e “pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas”. De igual forma, a Comissão de Legislação Participativa da Câmara Municipal de Curitiba

²⁹ José Joaquim Gomes Canotilho se refere à “introversão” da legitimidade processual constitucional, afirmando que a previsão de que apenas “órgãos constitucionais” para propor ações de controle de constitucionalidade revela uma visão de mundo em que ainda vige a separação Estado-sociedade e se compreende o direito objetivo apenas sob o aspecto estatal. A isso se relaciona ainda uma “mentalidade ‘justicialista’”, que vê a interpretação da Constituição aberta apenas aos juízes (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 871-887).

³⁰ Assim a decisão no acórdão 1251, julgado em 30 de novembro de 2006, de relatoria do Ministro Cesar Rocha. A ementa está assim redigida: “REPRESENTAÇÃO. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ELEITOR. ILEGITIMIDADE DE PARTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO. DESPROVIMENTO. Possuem legitimidade para o ajuizamento de representação visando a abertura de investigação judicial eleitoral



democrático, a exigência de mostra mais presente, como exigência do princípio da autenticidade eleitoral.³¹

E finalmente, em face da crescente abstratalização do modelo brasileiro, com as medidas trazidas pela Emenda Constitucional n° 45/2004 e, principalmente, pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, urge abrir espaço para a exposição de argumentos em sede de controle concentrado, a fim de permitir que em todas as ações – inclusive na ação declaratória de constitucionalidade – os cidadãos possam levar sua opinião para a apreciação da corte, atuando em defesa da Constituição por meio do direito de petição. Não é suficiente para a efetiva democratização do controle de constitucionalidade (ou pluralização do debate constitucional, como afirma o STF³²) a figura do *amicus curiae*, sobretudo em face de sua forçosa atuação por meio de órgãos ou entidades.

Não há que se falar, aqui, em alargamento da legitimidade processual, nem em confusão com o direito de ação, devidamente regulado pelo ordenamento processual. O que se pretende é levar ao conhecimento do Poder Judiciário – o que

apenas os entes arrolados no art. 22 da Lei Complementar n° 64/90, entre os quais não figura o mero eleitor, conforme a reiterada jurisprudência do TSE. O direito de petição consagrado no art. 5°^o, XXXIV, a, da Constituição, embora sendo matriz do direito de ação, com ele não se confunde, encontrando este último regulação específica na legislação infraconstitucional, daí decorrendo não poder ser exercido de forma incondicionada. Não infirmados os fundamentos da decisão, impõe-se o desprovemento do agravo regimental”. Vera Maria Nunes Michels é crítica em relação à exclusão do eleitor como legitimado para propor investigação judicial, afirmando que essa postura “não se coaduna com as idéias de democracia participativa” (MICHELIS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 155).

³¹ Um dos princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral, conforme SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³² PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7°^o, § 2°^o, da Lei n° 9.868/99, a figura do "*amicus curiae*", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "*amicus curiae*", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "*amicus curiae*" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. STF, ADI 2321 MC / DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25/10/2000, Pleno.



implica, necessariamente, o dever de responder à petição de maneira adequada – argumentos que possam contribuir para a decisão, de maneira a lhe tornar mais deliberativa e democrática.

Conclusão

A democracia brasileira é exigente e ambiciosa, ao menos em seu caráter normativo. O texto constitucional, ainda que não o promova diretamente, permite uma configuração mais enfática dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. Em relação ao âmbito político, no que se refere à autodeterminação e à participação na formação da vontade política do Estado, a configuração legislativa está aquém da potencialidade constitucional.

Uma das possibilidades de fortalecer a participação do cidadão no processo decisório e deliberativo é desenvolver o direito de petição, evidenciando sua aplicação perante os órgãos de soberania. Desta forma o tratamento com igual consideração e respeito, exigência do regime republicano, e a consideração de todos os argumentos, marca da democracia deliberativa, restarão menos ofendidos pelos poderes públicos.

Referências bibliográficas:

- ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranufo; SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. São Paulo: Editora da Unesp, 2004.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1897.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 871-887
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constituição (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.



- CRUZ-COKE OSSA, Carlos. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Providencia: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990].
- GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262.
- LUHMANN, Niklas. The future of democracy. *Thesis eleven*, n. 26, 1990, p. 67-86.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: análise panorâmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo V, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970-1972.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1973].
- SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30^a edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro*. Reforma das instituições nacionais. Brasília: Senado Federal, 2002 [1902].



Déficit democrático e paradoxos na ordem jurídica internacional contemporânea: crise ambiental, transição para a matriz energética limpa e regulação internacional da energia nuclear

Larissa Ramina¹

Resumo: O século XXI inicia-se mergulhado na maior crise ambiental da história da humanidade, com o planeta pressionado por necessidades crescentes de energia e pela urgência de reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Esses imperativos exigem a transição para matrizes energéticas limpas, sendo a energia nuclear a mais viável entre as possibilidades existentes. Não obstante, a regulação dessa fonte de energia encontra-se no direito internacional, que por sua vez repousa em normas e estruturas arcaicas decorrentes da geometria de poder imperante no pós-Segunda Guerra Mundial, cuja principal característica é o déficit democrático. Recentemente, além da proibição do uso militar da energia nuclear, as potências oficialmente nucleares pretendem impor aos demais membros da comunidade internacional também a proibição do uso pacífico daquela fonte de energia, o que tornaria mais difícil o combate à crise ambiental e perpetuaria sua independência tecnológica e econômica.

Palavras-chave: Energia nuclear. Matriz energética limpa. Tratado sobre a Não-Proliferação das Armas Nucleares. Soberania nuclear.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Transição para a matriz energética limpa 3. A Regulação internacional da energia nuclear 4. A Soberania Nuclear 5. Considerações Finais

1. Introdução

O século XXI apresenta um bom momento de reflexão sobre o esgotamento da era das energias fósseis ou sujas. A crise ambiental, que se materializa principalmente no aquecimento global, demonstra a urgência da transição para matrizes energéticas limpas, sendo a energia nuclear a mais viável entre as possibilidades existentes.

O economista Ignacy Sachs, em evento na recém-criada Unila - Universidade da Integração Latino-Americana - alertou para a ocorrência de várias crises conjugadas nessa entrada de século XXI. Enumerou a crise

¹ Doutora em Direito Internacional pela USP, Professora da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, Professora do UniCuritiba.

financeira e especulativa nos Estados Unidos, a crise sócio-econômica de âmbito mundial, a crise epistemológica, da forma como se pensar o desenvolvimento, e sobretudo a crise ambiental, que remete à co-evolução da espécie humana com a biosfera. Afirmou o referido pesquisador que a solução para a crise ambiental estaria justamente em efetuar uma saída ordenada da era das energias fósseis, que teve início no século XVII com o carvão, o gás e o petróleo. Não se trataria, entretanto, de uma volta às civilizações tradicionais do vegetal, e sim de uma nova transição em direção ao que chamou de “biocivilizações do futuro”, com o uso inteligente e múltiplo das biomassas², ou seja, bioprodutos produzidos por biorefinarias³.

O grande desafio do século XXI, por conseguinte, estaria em encontrar uma fórmula para mitigar as mudanças climáticas. As respostas estariam na transição para uma economia de matriz energética limpa, subordinada a um duplo critério, qual seja, uma economia ambientalmente sustentável e economicamente viável⁴.

A sociedade tecnológica atual, com o uso exagerado das energias fósseis que provocam o aquecimento global, levou a globalização a extremos que não se justificam, dando origem a um padrão de trocas internacionais absolutamente irracional, com base na criação constante de necessidades imprescindíveis para a manutenção da lógica da sociedade de consumo. O sistema capitalista que embasa o consumo globalizado está em crise, cabendo

² Do ponto de vista da geração de energia, o termo biomassa abrange os derivados recentes de organismos vivos utilizados como combustíveis ou para a sua produção. Na definição de biomassa para a geração de energia, excluem-se os tradicionais combustíveis fósseis, embora estes também sejam derivados da vida vegetal, como o carvão mineral, ou derivados da vida animal, como o petróleo e o gás natural, mas que são resultado de várias transformações ocorridas no espaço de milhões de anos. A biomassa pode considerar-se um recurso natural renovável, enquanto que os combustíveis fósseis não se renovam a curto prazo. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/05-Biomassa\(2\).pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/05-Biomassa(2).pdf)>. Acesso em 29 set. 2011.

³ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente**. Cátedra Unila, 2009. Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Disponível em: <<http://www.unila.edu.br/?q=node/283>>. Acesso em 03 set. 2011.

⁴ Id.



à humanidade organizar, o mais urgentemente possível, a transição para a era das energias limpas⁵. Nesse contexto, imprescindível uma reflexão com base democrática acerca das vantagens e dos riscos do uso pacífico da energia nuclear, analisando os paradoxos de sua regulação internacional e seus reflexos na soberania dos Estados, além da insuperável questão do desequilíbrio na geometria do poder nuclear atual.

2. A Transição para a matriz energética limpa

No planeta Terra encontram-se diversos tipos de fontes de energia, que podem ser renováveis ou esgotáveis. Estas últimas estão na base da economia industrial moderna. A energia fóssil, não-renovável, é formada em milhões de anos a partir do acúmulo de materiais orgânicos no subsolo. A geração de energia a partir destas fontes provoca poluição, contribuindo com o

⁵ Michel Lowy, em palestra proferida nas Faculdades Integradas do Brasil, no Projeto UniBrasil Futuro, em 14 de setembro de 2011 sobre o ecossocialismo, faz um paralelo entre o pessimismo da razão e o otimismo da vontade. No âmbito do pessimismo da razão, enquadra a atual crise ecológica decorrente do aquecimento global e suas conseqüências, como a desertificação, a diminuição progressiva da água potável, o derretimento dos pólos e a subida do nível do mar. Sustenta que a responsabilidade dessa crise não é do ser humano em geral, mas do sistema capitalista que induz ao consumismo sem limites e à lógica da competição feroz. Para o referido pesquisador, o aquecimento global é o maior fracasso da economia de mercado, juntamente com a tentativa de limitar a emissão de gases através de mecanismos de mercado, com o Protocolo de Quioto. No âmbito do otimismo da vontade, Michel Lowy insere as alternativas radicais para solucionar a crise ambiental, cujas causas estariam na lógica perversa do sistema capitalista. Por conseguinte, as soluções seriam pós-capitalistas e, mais exatamente, socialistas e ecológicas. O ecossocialismo seria uma proposta tendente a articular as idéias principais do socialismo e as idéias do movimento ecológico (não se trataria do socialismo soviético despreocupado com o fator ambiental que levou ao acidente de Chernobyl). Para o sociólogo, no sistema capitalista as forças produtivas se transformam em forças destrutivas do meio-ambiente e dos equilíbrios ecológicos. Do ponto de vista do ecossocialismo, portanto, não se deve aproveitar o aparelho produtivo capitalista, mas transformá-lo radicalmente mudando os padrões de produção e as fontes de energia para aquelas renováveis. Michel Lowy condena a insustentabilidade do padrão de consumo do capitalismo, que inclui a chamada “obsolescência programada”, significando uma duração limitada dos produtos para que depois sejam substituídos por outros. Sustenta a necessidade de mudança de paradigma da civilização industrial capitalista ocidental para o projeto revolucionário ecossocialista, exaltando os valores da solidariedade, democracia social e econômica, entre outros. LOWY, Michel Lowy. **Ecossocialismo**. Palestra proferida nas Faculdades Integradas do Brasil, no Projeto UniBrasil Futuro, em 14 de setembro de 2011.



aumento do efeito estufa e o aquecimento global. Isto ocorre principalmente nos casos dos derivados de petróleo, quais sejam, diesel e gasolina e do carvão mineral. Já no caso do gás natural, o nível de poluentes é bem menor. Por outro lado, os combustíveis fósseis, derivados do petróleo e do carvão mineral, encontram-se em quantidade limitada no planeta, podendo esgotar-se caso não haja um consumo racional.

Entre as fontes de energia renováveis, por sua vez, a energia hidráulica é a mais utilizada no Brasil em função da grande quantidade de rios em seu território. A água detém um potencial energético e, quando represada, tem esse potencial aumentado. Numa usina hidrelétrica existem turbinas que, na queda d'água, fazem funcionar um gerador elétrico, produzindo energia. Embora a implantação de uma usina provoque impactos ambientais na fase de construção da represa, trata-se de uma fonte considerada limpa. A energia solar, por outro lado, é ainda pouco explorada em função de seu alto custo de implantação e também por ser intermitente. Todavia, é uma fonte limpa, que não gera poluição nem impactos ambientais. A radiação solar é captada e transformada para gerar calor ou eletricidade. A energia de biomassa, por outro lado, é aquela gerada a partir da decomposição, em curto prazo, de materiais orgânicos, como esterco, restos de alimentos, resíduos agrícolas, entre outros. O gás metano produzido é usado para gerar energia. A energia eólica é gerada a partir do vento, por meio de grandes hélices são instaladas em áreas abertas, sendo que seus movimentos geram energia elétrica. É uma fonte limpa e inesgotável, porém, ainda pouco utilizada. A energia geotérmica, também pouco utilizada, provém das camadas profundas da crosta terrestre, onde existe um alto nível de calor. Em algumas regiões, para se ter uma ideia, a temperatura pode superar os cinco mil graus centígrados. As usinas podem utilizar este calor para acionar turbinas elétricas e gerar energia. A energia gravitacional, menos conhecida, é aquela gerada a partir do movimento das águas oceânicas nas marés. Como seu custo de

implantação é elevado, é pouco utilizada. No entanto, especialistas em energia afirmam que, no futuro, esta será uma das principais fontes de energia do planeta. Por fim, a energia nuclear é oriunda do elemento químico urânio, detentor de muita energia. Quando o núcleo do urânio é desintegrado, uma enorme quantidade de energia é liberada. As usinas nucleares aproveitam esta energia para gerar eletricidade. Embora não produza poluentes, a quantidade de lixo nuclear é um ponto negativo. Os acidentes em usinas nucleares, embora raros, também representam um grande perigo.

O acúmulo de gases de efeito estufa na atmosfera está na origem do problema do aquecimento global e de suas conseqüências devastadoras. Cerca de setenta e sete por cento desses gases correspondem a CO², dióxido de carbono, resultado da queima de combustíveis fósseis, que estão na base da economia industrial moderna. Imprescindível, portanto, reduzir as emissões de dióxido de carbono, a fim de impedir que a temperatura do planeta aumente acima do limiar hoje considerado como o máximo tolerável, devido ao degelo das calotas polares e ao aquecimento dos oceanos, podendo levar à inundação das zonas costeiras de muitos países, onde vivem cerca de setenta por cento da população mundial⁶.

Não obstante, desde a assinatura do Protocolo de Quioto⁷, em 1997, que estabeleceu metas para 2008-2012 de redução dessas emissões a níveis

⁶ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Catástrofes Ambientais, Energia Nuclear e Protocolo Adicional.** Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5378>. Acesso em 06 set. 2011.

⁷ Protocolo de Quioto é um acordo internacional criado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, aprovado na cidade de Quioto, no Japão, em 1997 e que entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005. Seu principal objetivo é estabilizar a emissão de gases de efeito estufa na atmosfera e assim frear o aquecimento global e seus possíveis impactos. Ao todo, 184 países ratificaram o tratado até o momento. Os países signatários foram divididos em dois grupos, de acordo com seu nível de industrialização. Cada grupo tem obrigações distintas em relação ao Protocolo, países desenvolvidos e países em desenvolvimento, entre eles o Brasil. Portal Brasil. Disponível em:

cinco por cento inferiores àqueles verificados em 1990, a emissão de gases de efeito estufa, ao invés de diminuir, tem aumentado gradativamente. A título de exemplo, setenta por cento da energia elétrica nos Estados Unidos e cinqüenta por cento da energia elétrica produzida na Europa é gerada por termoelétricas a carvão e gás; e oitenta por cento da energia elétrica chinesa tem origem em termoelétricas a carvão, sendo que na Índia a situação não é diferente⁸.

Não restam dúvidas, portanto, no sentido de que a solução da crise ambiental depende da transição da matriz energética suja, para fontes renováveis de energia. Muitos dos países emissores de gases de efeito estufa, e que deveriam transformar suas matrizes energéticas, não têm recursos hídricos suficientes, como China, Índia e países europeus, ou não têm capacidade para gerar energia eólica e solar economicamente, fontes que por serem intermitentes (a usina eólica funciona, em média, vinte e cinco por cento do tempo e a solar somente durante o período do dia) não asseguram continuidade de suprimento e nem possibilidade de armazenamento. Com relação à produção econômica de energia a partir da biomassa - etanol e biodiesel - aplicar-se-ia mais à substituição de gasolina e diesel em veículos do que à produção de energia elétrica⁹.

A energia nuclear, portanto, aparece nesse cenário como uma alternativa viável para a geração de energia elétrica em grande escala, e talvez como a única grande fonte de energia que possui condições reais de substituir os combustíveis fósseis. A questão que se impõe, todavia, diz respeito aos riscos ambientais e aos riscos de segurança ligados a essa fonte de energia, em decorrência dos acidentes testemunhados a partir da segunda metade do século XX. Por outro lado, há que se analisar se esses riscos compensam as vantagens da energia nuclear. Para se ter algum parâmetro, para gerar 1Kw de

<<http://www.brasil.gov.br/cop/panorama/o-que-esta-em-jogo/protocolo-de-quioto>>. Acesso em 08 set. 2011.

⁸ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Op. cit.

⁹ Id.

energia elétrica, uma usina a carvão gera 955 gramas de CO²; uma usina a óleo 818g; uma usina a gás gera 446g e a usina nuclear 4g de CO²¹⁰.

A indústria nuclear, comumente, é considerada mais segura do que a generalidade das indústrias químicas. Entretanto, não pode ser vista como uma indústria imaculada que não esteja exposta a nenhum tipo de risco. Como se sabe, os acidentes nucleares são potencialmente muito mais perigosos para a humanidade e para o ecossistema planetário, além de muito mais difíceis de serem remediados, até mesmo porque as usinas de produção de energia nuclear são normalmente protegidas por segredos tecnológicos, e por isso pouco transparentes.

É oportuno mencionar que, vinte e cinco anos depois do acidente nuclear de Chernobyl, em 26 de abril de 1986, milhões de pessoas continuam sofrendo os devastadores efeitos radiológicos, psicológicos, sociais, ecológicos e econômicos da maior catástrofe da história nuclear civil. O desastre revelou ao mundo que o uso civil da energia nuclear era capaz de produzir os mesmos efeitos de uma bomba atômica. Por infeliz coincidência, em 2011, a data foi marcada pelo vazamento dos reatores da usina nuclear de Fukushima, resultante de um terremoto de grande magnitude que atingiu o Japão em março daquele ano. A tragédia fomentou o debate acerca da viabilidade da energia limpa como alternativa à energia derivada de recursos fósseis.

A explosão do reator de Chernobyl liberou uma nuvem radioativa gigantesca que contaminou tudo num raio de 200 mil km², chegando até outras partes da Europa e à África, e irradiando efeitos por toda a atmosfera terrestre. Estima-se que milhares de pessoas foram contaminadas. Em seguida ao acidente, a União Soviética realocou cerca de 350 mil pessoas que viviam nas proximidades, e enviou quase seiscentas mil pessoas, entre bombeiros, civis e soldados, à zona afetada para a construção de um sarcófago que isolasse o material radioativo concentrado no reator por vinte a trinta anos. Não há

¹⁰ Id.



estudos confiáveis, mas se estima que a maior parte daquelas pessoas tenha sofrido, esteja sofrendo ou sofrerá algum efeito em decorrência da exposição à radiação.

Um quarto de século se passou, portanto, mas a tragédia de Chernobyl está longe de pertencer ao passado. Mesmo após a construção do sarcófago, não foi possível reocupar todas as áreas que foram contaminadas. Cinco milhões de hectares de terras foram inutilizados, e houve contaminação significativa de florestas. Os cientistas registraram queda da biodiversidade e várias mutações genéticas em pássaros, insetos e flores. No que diz respeito às pessoas, a situação é alarmante. Além daquelas diretamente afetadas, as estimativas oficiais não se pronunciam a respeito dos milhões de seres humanos afetados indiretamente pela nuvem radioativa que cruzou continentes.

O acidente provocou a liberação de quantidade quatrocentas vezes maior de material radioativo do que aquela liberada pelas bombas despejadas sobre Hiroshima e Nagasaki, no final da Segunda Guerra. Por ironia, percebe-se que a era nuclear iniciou não muito longe de Fukushima, quando os Estados Unidos se converteram no primeiro país na história da humanidade a lançar bombas atômicas sobre outro país, duas bombas que destruíram Hiroshima e Nagasaki, matando centenas de milhares de civis.

A precipitação radioativa de Chernobyl permanece como um perigo para o meio ambiente. As regiões mais afetadas têm contaminação radioativa em até vinte centímetros abaixo do solo. Elas representam uma fonte pequena, mas constante, de exposição. As partículas radioativas passam do solo para as plantas por meio das raízes, e para os animais por meio da vegetação que os alimenta e, para os humanos, por meio da carne e do leite. Médicos e geneticistas alertam para os efeitos das doses fracas de radioatividade em dezenas de milhões de pessoas que vivem, bebem, se alimentam e se reproduzem em um meio contaminado. Para além de tudo isso, teme-se efeitos irreversíveis sobre o genoma humano.

Estima-se que muitas doenças hereditárias, provocadas por mutações genéticas, atingirão milhares de bebês no futuro. A conclusão trágica é de que o acidente nuclear de Chernobyl deverá ficar perpetuado por várias gerações no patrimônio genético da humanidade. Não se trata, portanto, de assunto do passado, mas também do presente e do futuro.

Atualmente existem quatrocentas centrais nucleares no mundo, que significam quatrocentos focos de riscos de desastres nucleares. É fato que o debate acerca do futuro da energia nuclear deverá envolver os mais diversos setores da sociedade, uma vez que o assunto ultrapassa a questão estratégico-energética, afetando de pleno a saúde pública e o meio ambiente. Não se trata, portanto, de ignorar os riscos inerentes à utilização da energia nuclear para fins pacíficos.

Todavia, a energia nuclear hoje aparece como a mais viável entre as fontes de energia renováveis. Um argumento interessante sustenta que a energia nuclear causa calamidades apenas em casos de acidentes, ao passo que o carvão causa calamidades sempre, ou seja, quando funciona adequadamente. De mais a mais, o carvão funciona com muito mais frequência do que a energia nuclear apresenta problemas, concluindo-se que mesmo em casos de acidentes nucleares, o mal causado ao planeta seria menor do que aquele causado pelas usinas que queimam carvão operando normalmente¹¹.

Foge, portanto, ao objeto desse estudo, a análise dessa complexa equação entre as vantagens e as desvantagens do uso pacífico da energia nuclear. O foco emergencial está na crise ambiental, que urge pela transição rumo a matrizes energéticas limpas, entre as quais a energia nuclear apresenta-se como a mais viável no presente momento.

¹¹ SOBRINHO, Wilson. **Fukushima provoca revisão nuclear em escala global.** Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=17568>. Acesso em 30 set. 2011.

Hodiernamente, a energia nuclear responde por vinte por cento da energia elétrica produzida nos Estados Unidos; setenta e cinco por cento na França; vinte e cinco por cento no Japão e vinte por cento na Alemanha¹² e, como se sabe, é produzida a partir do complexo processo de enriquecimento de urânio.

Relativamente às reservas de urânio, oitenta e um por cento daquelas reservas conhecidas hoje se encontram em seis países, sendo que cinco companhias no mundo produzem setenta e um por cento do urânio enriquecido. O Brasil, por sua vez, pode ser o país com a maior reserva desse elemento químico no mundo, pois com apenas trinta por cento do território prospectado, o Estado brasileiro já é dono da sétima maior reserva, atrás de Austrália, Cazaquistão, Rússia, África do Sul, Canadá e Estados Unidos. Assim, a partir da análise dos outros setenta por cento do território, são grandes as chances de que o Brasil torne-se o segundo ou até o primeiro no ranking mundial, resultando na independência energética do país e em uma nova condição de futuro exportador dessa matriz¹³. Por essa razão, é natural que o governo brasileiro defenda o desenvolvimento em escala industrial de todo o ciclo do combustível nuclear.

Por outro lado, o Brasil domina toda a técnica de produção do combustível nuclear, desde a prospecção mineral à fabricação das pastilhas de urânio que alimentam os reatores. No entanto, ainda não é capaz de obter em escala industrial o urânio enriquecido, processo que consiste na montagem das varetas utilizadas como combustível nas usinas nucleares, necessário para atender as Usinas de Angra 1 e 2, que por sua vez tem origem em importações. Há previsão de domínio dessa tecnologia de enriquecimento de

¹² GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Op. cit.

¹³ PRASS, Alberto Ricardo. **A Energia Nuclear Hoje: Uma Análise Exploratória**. Monografia apresentada como parte dos requisitos para obtenção do Grau de Especialista em Ciências Radiológicas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.fisica.net/monografias/A_Energia_Nuclear_Hoje.pdf>. Acesso em 15 set. 2011.



urânio até o ano de 2014 ou no máximo 2015, resultando em um impacto substancial para a balança comercial do país, que poderá se tornar futuramente um dos maiores exportadores de urânio enriquecido no mundo, no grau permitido de três a vinte por cento (e registre-se que o grau considerado para produção de arma nuclear é o enriquecimento de noventa por cento do urânio, portanto muito superior). Com o enriquecimento do urânio, será possível gerar energia nuclear, que é energia limpa, e exportar para outros países, como por exemplo, o Irã.

Em relação ao Irã, o Brasil defende o direito soberano daquele Estado de desenvolver a energia nuclear para fins pacíficos, o que, aliás, está permitido pelo Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP)¹⁴. Não se pode descartar, conseqüentemente, o interesse comercial brasileiro envolvido.

O processo industrial do urânio é extremamente complexo e apenas oito países do mundo detêm o conhecimento tecnológico do ciclo completo e a capacidade industrial para produzir todas as etapas do ciclo. O Brasil combina, assim, a posse de reservas substanciais, e potencialmente muito maiores, com o conhecimento tecnológico e a capacidade industrial. Dessa forma, a energia nuclear, além de ser fonte renovável de energia e contribuir para a redução da emissão de gases de efeito estufa, também é economicamente interessante.

O controle da crise ambiental, todavia, depende de um esforço conjunto em nível internacional. Portanto, todos os países grandes produtores de energia deverão mudar sua matriz energética, cuja base hoje se encontra nos combustíveis fósseis, para utilizar combustíveis renováveis e não-fósseis como a energia nuclear, que é a única que atende aos requisitos de regularidade, de suprimento, de economia e de localização flexível.

¹⁴ Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares, assinado em Londres, Moscou e Washington, em 1º de julho de 1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2864.htm >. Acesso em 28 ago. 2011.



Por outro lado, não restam dúvidas acerca da necessidade de se inserir no centro do debate sobre a crise ambiental a redução do padrão da demanda energética. O consumo aumenta a um ritmo maior do que a descoberta de novas jazidas, e estas, por sua vez, são de mais difícil acesso, e logo com custos de produção mais elevados e maiores riscos ambientais¹⁵. Com essas considerações, inevitável não pensarmos no pré-sal brasileiro, situado a sete mil metros abaixo do sal. A questão ética está em decidir explorar ou não essas novas jazidas.

Relativamente à responsabilidade pelo aquecimento planetário, não restam dúvidas de que os responsáveis históricos são os países desenvolvidos, aqueles que de fato aproveitaram-se da energia fóssil barata para se industrializar. É complicado, porém, compartilhar os custos, uma vez que os mesmos países desenvolvidos, por terem maiores recursos, deveriam arcar com uma parte maior nesse processo. Trata-se de uma fórmula difícil de ser traduzida em termos concretos, embora fosse a solução mais justa.

A transição para as matrizes energéticas limpas, conseqüentemente, deverá ter como base o diálogo, a pesquisa, o financiamento público e, sobretudo, a cooperação internacional como pilar fundamental. Destaque-se, nesse contexto, a cooperação sul-sul, entre países que têm problemas similares para serem resolvidos.

Por outro lado, necessita-se com urgência de uma reestruturação do sistema das Nações Unidas, com planejamento democrático, alimentado por propostas realmente existentes e viáveis, muito mais pesquisa em cima dos recursos naturais e dos problemas sociais, programas com o financiamento público existente, com objetivos de longo prazo, além, naturalmente, da imprescindível cooperação internacional. Globalmente, quanto maior for a

¹⁵ A catástrofe ambiental do Golfo do México, em 2010, de dimensões subestimadas, nos oferece um bom momento de reflexão sobre o esgotamento da era das energias fósseis ou sujas.



pressão dos países emergentes, maior a probabilidade de se promover uma reestruturação do sistema onusiano.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) foi uma extraordinária vitória da humanidade, pois sem ela provavelmente já teríamos tido um terceiro conflito armado com proporções mundiais e conseqüências dificilmente imagináveis. Todavia, enquanto não for corrigido seu mecanismo de tomada de decisões, há espaço para a construção de alianças e sinergias, e a aliança entre países emergentes é fundamental, pois acontece entre os países que têm condições similares, interesses comuns dentro do sistema global. É necessário construir alianças de fato operacionais, em cima de objetivos concretos, onde o Brasil desempenharia um papel fundamental. Essas parcerias são fundamentais quando o objetivo consiste na transição para matrizes energéticas limpas e, sobretudo, a energia nuclear.

Por enquanto, porém, o maior desafio para a transição das matrizes energéticas sujas em direção à energia nuclear está na regulação internacional desta fonte de energia, que se encontra fundamentada em normas e estruturas internacionais arcaicas, cujos contornos foram desenhados há mais de sessenta anos, por ocasião do término da Segunda Guerra Mundial.

3. A Regulação internacional da energia nuclear

A Carta da ONU de 1945 prevê, em seu Artigo Primeiro, o respeito ao princípio da autodeterminação dos povos¹⁶. Como sujeitos de direito, os povos definem-se em função dos direitos e obrigações que lhes são reconhecidos pelo direito internacional.

¹⁶ Carta das Nações Unidas. “Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf. Acesso em: 21 set. 2011.

O referido princípio está sujeito a interpretações diversas e flexíveis, sempre na esteira dos interesses estratégicos das grandes potências. É possível interpretá-lo, todavia, como o princípio que garante a todos os povos o direito de se autogovernar, de eleger suas escolhas sem intervenções externas, desta forma exercendo a sua soberania.

O Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP)¹⁷, assinado em 1968, em vigor a partir de 5 de março de 1970, constitui o principal instrumento internacional para evitar a disseminação de armas nucleares e para viabilizar o uso da energia nuclear para fins pacíficos. No entanto, sustenta-se num desequilíbrio de direitos, uma vez que impõe o monopólio das armas nucleares aos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança, quais sejam, China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia, com a contrapartida do compromisso de desarmamento progressivo. Sendo assim, imobiliza a geometria do poder nuclear imperante à época de sua negociação, impondo a esses países a proibição de transferência de tecnologia nuclear aos chamados países não-nucleares. Aos demais Estados, coube à renúncia ao desenvolvimento da tecnologia nuclear para fins militares. Por outro lado, os Estados não oficialmente nucleares, quais sejam, Paquistão, Índia, Israel e Coreia do Norte, não firmaram o TNP¹⁸.

O TNP conta atualmente com cento e oitenta e nove Estados-Partes, sendo que dois dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, China e França, ratificaram o Tratado apenas em 1992¹⁹.

O Brasil, por sua vez, apenas aderiu ao Tratado em 1998, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso²⁰. Hoje, muitos críticos

¹⁷ Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares. Op. cit.

¹⁸ A Coreia do Norte tornou-se Estado-Parte do TNP, denunciando-o em seguida para dar seguimento ao seu programa nuclear.

¹⁹ Agência Internacional de Energia Atômica. Disponível em: <<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infocircs/Others/infocirc140.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2011.

estrategistas condenam aquela decisão brasileira, por ter sido influenciada pela teoria da dependência econômica, que defende o postulado segundo o qual as regiões periféricas só poderiam desenvolver-se se estivessem atreladas às economias mais avançadas. Essa idéia, naturalmente, não mais se coaduna com a inserção brasileira no cenário internacional do século XXI.

Com relação à construção de armas nucleares pelo Brasil, vale ressaltar que o Artigo 21, XXIII, (a) da Constituição Federal do Brasil proíbe expressamente tal empreendimento²¹. Outro dispositivo constitucional relevante é o Artigo 5º, § 2º, que assegura aos cidadãos os direitos e garantias previstos na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja Parte²², considerando-se que o Brasil de fato ratificou vários instrumentos internacionais que vedam o desenvolvimento da tecnologia nuclear para fins militares.

De mais a mais, desprende-se do texto do TNP, que o mesmo não proíbe o desenvolvimento da tecnologia nuclear, nem tampouco a comercialização de urânio enriquecido, desde que para fins pacíficos. Nesse sentido, o TNP é bastante claro. Seu artigo 29 dispõe que:

Artigo IV. “1. Nenhuma disposição deste Tratado será interpretada como afetando o direito inalienável de todas as Partes do Tratado de desenvolverem a pesquisa, a produção e a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, sem discriminação, e de conformidade com os artigos I e II deste Tratado. 2. Todas as partes deste Tratado comprometem-se a facilitar o mais amplo intercâmbio possível de equipamento,

²⁰ Brasil e Argentina tomaram juntos a decisão de abandonar seus programas nucleares rivais, pondo fim à corrida armamentista na América Latina e abrindo caminho à integração pela via do Mercosul.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 21. Compete à União: XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15 set. 2011.

²² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Id.



materiais e informação científica e tecnológica sobre a utilização pacífica da energia nuclear e dele tem o direito de participar. As partes do Tratado em condições de o fazerem deverão também cooperar - isoladamente ou juntamente com outros Estados ou Organizações Internacionais - com vistas a contribuir para o desenvolvimento crescente das aplicações da energia nuclear para fins pacíficos, especialmente nos territórios dos Estados não-nuclearmente armados, Partes do Tratado, com a devida consideração pelas necessidades das regiões do mundo em desenvolvimento²³.

Conforme se desprende do texto, portanto, não há proibição da tecnologia nuclear pacífica. Ao contrário, identificam-se como os três principais eixos temáticos do Tratado o desarmamento, a não-proliferação e os usos pacíficos da energia nuclear. Esse quadro motivou o governo dos Estados Unidos a convocar uma Cúpula sobre Segurança Nuclear, em Washington, em meados de abril de 2010, visando justamente a revisar os termos acordados no TNP²⁴.

O TNP fora inicialmente concebido para evitar uma guerra nuclear. Hoje, todavia, diante da inexistência dessa hipótese, o argumento dos países oficialmente detentores de armas nucleares está na possibilidade de que terroristas adquiram a tecnologia ou então as próprias armas nucleares. Aquela tecnologia, não obstante, está disponível. A questão que realmente importa está na capacidade de desenvolver industrialmente as armas nucleares, que por sua vez não está ao alcance de nenhum grupo terrorista, até onde se sabe. Por outro lado, os terroristas só poderiam obter essas armas onde elas de fato estão disponíveis, ou seja, nos países nucleares.

Nesse contexto, insere-se o Protocolo Adicional ao TNP, promovido pela Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) e assinado em 1997. O TNP prevê que todos os países-membros assinem acordos de salvaguardas com a AIEA, pelos quais os Estados não nucleares submetem à inspeção todas as

²³ Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares, assinado em Londres, Moscou e Washington, em 1º de julho de 1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2864.htm >. Acesso em 28 ago. 2011.

²⁴ Ministério das Relações Exteriores. Op. cit.



suas instalações nucleares. O objetivo do Acordo é verificar se há desvio de material nuclear da instalação, como reatores e usinas de enriquecimento, para fins militares.

O Protocolo Adicional, todavia, autoriza a AIEA a inspecionar não apenas as instalações em funcionamento, mas também os lugares não permitidos pelo TNP, como reatores parados, centros de pesquisa ou usinas que fabricam produtos passíveis de serem utilizados num programa nuclear. O texto garante à AIEA acesso por um tempo breve, com um aviso prévio de duas a vinte e quatro horas, a todos os lugares declarados e eventualmente não declarados para que possa se assegurar da ausência das atividades e dos materiais nucleares não-declarados. Nesses locais, a AIEA poderá realizar atividades de observação e colher amostras de água, terra e ar para detectar eventuais traços de atividades clandestinas. Os Estados-Partes do Protocolo Adicional têm a obrigação de providenciar, num prazo curto, vistos válidos por um ano para os inspetores da AIEA e que permitam entradas e saídas múltiplas. Logo, o TNP confere à AIEA a função de dar garantias à comunidade internacional de que não está havendo uma proliferação de material nuclear não declarado. O Protocolo Adicional, por sua vez, e em razão de seus controles mais rígidos, obriga a AIEA a assegurar à comunidade internacional a ausência de materiais e atividades nucleares não declarados. Por conseguinte, objetiva claramente a tolher o direito dos Estados de desenvolver a energia nuclear também para fins pacíficos, ampliando a competência da AIEA para inspecionar instalações nucleares *in loco* a qualquer tempo. Na prática, o monopólio da tecnologia nuclear estaria assegurado, tanto para fins militares quanto para fins pacíficos.

Paradoxalmente, os países nucleares, ao continuarem a desenvolver suas armas e, portanto, a intimidar os países não nucleares, estimulam a proliferação, pois os países que se sentem mais ameaçados procuram se capacitar. Isso ocorreu com a então União Soviética em 1949, com a França



em 1960, com a China em 1964 e, bem mais recentemente, com a Coréia do Norte e com o Irã.

Relativamente à posição brasileira, cabe lembrar que a Constituição Federal de 1988 dispõe que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da autodeterminação dos povos²⁵. Nesse sentido, o Brasil tem buscado uma fórmula negociada e aceitável tanto para os países membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, quanto para os demais, sempre combatendo os usos militares da tecnologia nuclear. Nessa seara, reconhece o direito da comunidade internacional de receber garantias de que não haverá violações nem desvios da tecnologia nuclear para o uso militar, como também reconhece o direito dos Estados soberanos de manter atividades nucleares pacíficas.

É fato que a solução para a crise ambiental exige a reforma da matriz energética, sendo que uma das mais importantes fontes de energia não geradora de gases de efeito estufa é a energia nuclear. O Brasil tem grandes reservas de urânio, tem o conhecimento do ciclo de enriquecimento do urânio, podendo tornar-se um grande exportador dessa energia. Nessa seara, a proteção do conhecimento tecnológico é imprescindível, principalmente considerando que as ultracentrífugas de tecnologia brasileira são atualmente as mais eficientes do mundo. Por óbvio, há grande interesse de certos países em ter acesso a essa tecnologia, o que seria viável com a adesão ao Protocolo Adicional²⁶. Por conseguinte, esse Protocolo Adicional traz à tona duas questões, quais sejam, a indiscutível violação da soberania brasileira, diante da

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: III - autodeterminação dos povos”. Op. cit.

²⁶ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Instrumento desnecessário e humilhante. Protocolo adicional ao TNP: duas visões contrastantes**. Folha de São Paulo, 10 de abril de 2010. Disponível em: < <http://diplomattizzando.blogspot.com/2010/04/2082-protocolo-adicional-ao-tnp-duas.html>>. Acesso em: 23 set. 2011.



natureza pacífica das atividades nucleares nacionais, além da desconfiança injustificada sobre os compromissos constitucionais e internacionais do Brasil.

De mais a mais, o Brasil defende a prioridade ao desarmamento das potências nucleares, compromisso formalizado no TNP e jamais cumprido. Ao contrário da eliminação das armas nucleares, o que se constata é a evolução da eficiência dessas armas. Como a atual proposta de revisão do TNP não contempla nenhum prazo para o desarmamento nuclear das potências, fica subentendido, então, a tendência de se perpetuar a defesa da unilateralidade em favor dos interesses estratégicos dos membros permanentes do Conselho de Segurança.

Paradoxalmente, as mesmas potências nucleares que violam o Tratado insistem em impor obrigações aos países não nucleares, dificultando seu desenvolvimento tecnológico para fins pacíficos, absolutamente imprescindível no momento atual de combate à crise ambiental de âmbito planetário e de substituição da matriz energética suja. Cabe mencionar, ainda, que a possibilidade real de uma guerra nuclear está unicamente nas mãos das potências nucleares.

A posição brasileira, portanto definitivamente pacífica, reflete o amadurecimento de um país que hoje é a nona maior economia mundial, conta com uma indústria diversificada, é auto-suficiente em alimentos e energia, quitou a dívida externa, e tornou-se voz importante nas decisões mundiais. A ideologia colonialista que insiste em manter o Brasil alinhado aos interesses hegemônicos deverá, cedo ou tarde, recuar. Ademais, mister se faz observar que o Brasil não possui qualquer interesse em adquirir a bomba atômica, uma vez que não se encontra ameaçado ou em zona de conflito, tendo completado mais de cento e quarenta anos de paz ininterrupta com seus dez vizinhos sulamericanos.

Na apresentação que o então do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva preparou sobre os temas que estariam em pauta na Cúpula de Segurança Nuclear anteriormente mencionada, o mesmo ressaltou que a segurança



nuclear constitui aspecto essencial do uso da energia nuclear para fins pacíficos, particularmente no contexto atual em que se almeja o aumento expressivo da geração de energia nuclear no mundo, sendo fundamental para a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento das aplicações da energia nuclear em benefício da humanidade. Destacou, destarte, o comprometimento do Brasil com ações nacionais e internacionais para combater o terrorismo nuclear, explicando que a preocupação legítima com o terrorismo nuclear não deve prejudicar o direito de acesso, uso e desenvolvimento da energia nuclear para fins pacíficos. Nesse sentido, reiterou a posição brasileira no sentido de que o modo mais eficaz de se reduzir os riscos de terrorismo nuclear consiste na eliminação total e irreversível de todos os arsenais nucleares, de que o desarmamento nuclear e a não-proliferação constituem componentes essenciais de qualquer estratégia efetiva que vise alcançar os objetivos da segurança nuclear, e de que o Brasil não abre mão de cobrar de todos os Estados-Partes a observância dos objetivos do TNP. Mencionou, ainda, que o Brasil fortaleceu e aprimorou sua autoridade nacional regulatória, a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), que hoje exerce controle estrito sobre as mais de cinquenta mil fontes radioativas utilizadas para inúmeras atividades pacíficas no Brasil, em áreas como medicina, indústria e pesquisa, ressaltando que o Brasil possui uma legislação robusta, eficiente e adequada nas áreas de proteção física e prevenção do terrorismo, além de ser Estado-Parte de todas as convenções da AIEA sobre a matéria, bem como de treze acordos multilaterais e regionais sobre combate ao terrorismo. Ademais, o então Presidente brasileiro ressaltou a importância central da cooperação multilateral pela AIEA, ao mesmo tempo em que deixou clara sua posição de que considerações relacionadas à segurança nuclear não podem em absoluto servir como pretexto para dificultar o acesso à tecnologia nuclear para fins pacíficos, lembrando que o Brasil tem fornecido à comunidade internacional todas as garantias de que suas atividades nucleares destinam-se exclusivamente a fins pacíficos, no plano bilateral por meio de acordo com a



Argentina, no plano regional por meio do Tratado de Tlatelolco e no plano multilateral por meio do Acordo Quadripartite (Argentina, Brasil, ABACC e AIEA), mencionando ainda que a legislação brasileira incorporou todas as Diretrizes do Grupo de Supridores Nucleares^{27 28}.

Naquela ocasião, o Presidente Lula aproveitou para reiterar o entendimento brasileiro no sentido de que “o tratamento adequado das preocupações relacionadas à segurança nuclear e, em contexto mais amplo, das questões relativas à paz e à segurança internacionais envolve a necessária reforma das instâncias decisórias máximas sobre tais temas, em especial o Conselho de Segurança das Nações Unidas²⁹”. Há muito, a diplomacia brasileira vem expressando a idéia de que a segurança nuclear implica em se pensar o tipo de governança global que administra a segurança internacional, onde persistem as estruturas e as normas do pós-segunda guerra mundial.

A sociedade internacional do pós-1945 está impregnada pela vontade, manifestada na Carta das Nações Unidas, de fortalecer os fundamentos do Direito Internacional e de afirmar a solidariedade, não somente entre os Estados soberanos, mas também entre os povos das Nações Unidas, conforme se verifica do próprio Preâmbulo daquele documento. Entretanto, as relações de poder constituem um fator persistente de enfraquecimento do Direito Internacional, sendo que o direito presta-se como o próprio instrumento da política internacional. A análise do Protocolo Adicional ao TNP confirma sem equívocos essa assertiva.

A conclusão a qual se chega da leitura do TNP consiste em que a não-proliferação é defendida juntamente com o desarmamento dos países nucleares, e que a utilização da energia nuclear para fins pacíficos está

²⁷ Ministério das Relações Exteriores. Op. cit.

²⁸ O Grupo de Supridores Nucleares surgiu na década de setenta, com o objetivo de contribuir para a não –proliferação de armas nucleares nas situações de transferências de tecnologia. Disponível em: < <http://www.nuclearsuppliersgroup.org/Leng/default.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011.

²⁹ Ministério das Relações Exteriores. Op. cit.



legitimada por aquele instrumento internacional. O Protocolo Adicional ao TNP, por outro lado, consiste em um artifício jurídico para tolher dos países não-nucleares o direito legítimo de utilização pacífica da energia nuclear, imperativamente necessária no momento atual de exigência da transição das matrizes energéticas sujas para as matrizes energéticas limpas.

4. A Soberania nuclear

Em termos internacionais, a regulação jurídica dos recursos energéticos está intimamente associada à soberania estatal, principalmente quando se trata de energia nuclear.

Para ilustrar a assertiva, interessante fazer referência à situação do Irã, que atualmente encontra-se envolvido em uma querela fundamentada em seu direito ao desenvolvimento da tecnologia nuclear para fins pacíficos, paralelamente à incessante busca do governo dos Estados Unidos para aprovar sanções contra aquele Estado. Sanções econômicas, todavia, não são eficazes, como se desprende do caso do Iraque, país que ficou por mais de dez anos submetido às mesmas, sem que os objetivos perseguidos pelas potências ocidentais fossem alcançados. A campanha liderada pelos Estados Unidos para que o Conselho de Segurança da ONU adote sanções contra o Irã obedece à mesma lógica geopolítica implementada durante o governo de George W. Bush. O atual governo iraniano, bem como o antigo governo de Saddam Hussein que levou à agressão armada contra o Iraque, é absolutamente avesso ao controle norte-americano. Da mesma forma, Irã e Iraque estão em território energeticamente fundamental, trazendo à tona a tradicional disputa pelo controle do petróleo, bem como a questão da hegemonia militar de Israel na região.

No decorrer de seu segundo mandato, o presidente Luís Inácio Lula da Silva questionou a legitimidade dos países detentores de armas nucleares para criticar o governo iraniano na busca de sua soberania nuclear. Desafiando



ainda mais o sistema internacional oligárquico vigente, sugeriu o desmantelamento de todos os arsenais nucleares existentes, que se encontram oficialmente nos países que são membros permanentes do Conselho de Segurança, como pressuposto para um acordo democrático baseado na igualdade soberana de todos os Estados perante o Direito Internacional.

Desde a visita do Presidente do Irã ao Brasil, em 2009, o debate acerca da situação nuclear naquele país e suas relações com o governo brasileiro têm ensejado atenção privilegiada. As críticas vêm de várias fontes, embora todas elas ignorem o fato de o Brasil possuir o direito, bem como a maturidade suficiente para defender posições autônomas em política externa, independentemente de seguir alinhado com interesses que não são seus. Perceba-se que a visita do Presidente de Israel, na mesma época, não suscitou debate semelhante, muito embora este país seja detentor não-oficial de bombas atômicas há décadas, situação que vem sendo tolerada pelas potências ocidentais paradoxalmente à pressão exercida contra o Irã.

Para elucidar a reflexão, alguns pontos devem ser esclarecidos. O tratado internacional que está na base da autoridade para integrar o rol de países detentores de armas nucleares é o TNP, que está envelhecido. O TNP é tão velho quanto o auge da Guerra Fria, datando de 1968. Naquela época, objetivava primordialmente impedir um conflito nuclear criando uma espécie de “duopólio atômico” para os protagonistas do então bipolarismo, quais sejam, Estados Unidos e União Soviética, com base em um equilíbrio entre os arsenais nucleares. As superpotências, por sua vez, deveriam proteger os países alinhados a seu bloco. Esse sistema acentuava o hegemonismo bipolar, razão pela qual França e China, membros permanentes do Conselho de Segurança, só aderiram ao TNP na década de noventa, além da meta de impedir a proliferação em direção aos países periféricos. Um exemplo desta possibilidade está no caso da Coreia do Norte, que denunciou o tratado em 2003 em nome de sua soberania nuclear.



Aquela realidade bipolar, não obstante, desmoronou juntamente com o muro de Berlim, dando origem ao unipolarismo militar em favor dos Estados Unidos. Isso explica alguns fatos, tais como o patrocínio de conflitos que seriam inviáveis durante a Guerra Fria, como as agressões armadas contra o Iraque e o Afeganistão, só para citar os principais; bem assim a manutenção de situações díspares como a de Irã e Israel, e os motivos que levam a comunidade internacional a forçar o primeiro a abrir mão de sua soberania nuclear, ao mesmo tempo em que tolerou o acesso à tecnologia nuclear militar de Israel há décadas, bem como sua recusa veemente de aderir ao TNP e de permitir as inspeções da AIEA. Essa política discriminatória visa a privilegiar o aliado regional ocidental no Oriente Médio e viabilizar a implementação de uma política expansionista e imperialista na região. Recorde-se que o Irã integrava o chamado “Eixo do Mal” de George W. Bush, ao lado de Iraque, Coréia do Norte e Cuba, muito embora aquele país não tenha soldados invadindo territórios estrangeiros.

O TNP, muito embora tenha caducado em seus objetivos, serve bem à perpetuação da hegemonia militar das potências que já adquiriram a tecnologia nuclear. A lógica da geometria nuclear imposta pelo Tratado baseia-se na idéia de que aqueles países que já são potências nucleares continuarão nesta posição perpetuamente, enquanto aqueles que não o são não poderão sê-lo jamais, salvo autorização dos países que detêm autoridade para determinar quais são os Estados que podem ingressar no restrito círculo de potências atômicas, incluindo aqui o uso da tecnologia nuclear para fins pacíficos.

Certas propostas dos países nucleares, sob o pretexto de enfrentar ameaças terroristas, podem afetar profundamente as possibilidades de participação do Brasil no mercado da energia nuclear pacífica. Essas propostas se caracterizam por procurar concentrar nos países altamente desenvolvidos a produção de urânio enriquecido e de impedir sua produção em outros, em especial naqueles países que detêm reservas de urânio e a tecnologia de enriquecimento daquele material. Na maioria dos países, que não dispõem de



reservas nem de tecnologia, essas propostas não têm importância, e servem apenas para criar meios de pressão sobre os primeiros.

A situação do Brasil, todavia, não é essa. Enquanto detentor de importantes reservas de urânio e da tecnologia de enriquecimento, seria economicamente solapado pelas propostas tendentes a amputar sua soberania nuclear. Os países que já detêm a tecnologia nuclear restringem ao máximo os meios de transferência dessa tecnologia, ao mesmo tempo em que tentam entrar o desenvolvimento da mesma em outros países, além de buscarem acesso aos segredos tecnológicos alheios. O Protocolo Adicional ao TNP fornece a base jurídica ideal contra aqueles países que de fato dispõem da capacidade de desenvolvimento tecnológico, como é o caso do Brasil. Onde não há esta capacidade, não tem o Protocolo importância alguma, nem para Estados nucleares, nem para os Estados não-nucleares que não possuem urânio, tecnologia ou capacidade industrial, e que compõem a maioria esmagadora dos Estados da comunidade internacional. A eventual adesão do Brasil ao referido Protocolo Adicional permitiria que inspetores da AIEA, sem aviso prévio, inspecionassem qualquer instalação industrial brasileira que considerassem de interesse além das instalações nucleares, incluindo as fábricas de ultracentrífugas e o submarino nuclear, e tivessem acesso a qualquer máquina, a suas partes e aos métodos de sua fabricação, ou seja, a qualquer lugar do território brasileiro, quer seja civil ou militar, para inspecioná-lo, incluindo instituições de pesquisa civis e militares. Muito embora os inspetores sejam formalmente funcionários da AIEA, são em geral técnicos altamente qualificados nacionais de países desenvolvidos, com interesse em manter o oligopólio nuclear militar e também civil³⁰.

No episódio que envolveu o acordo nuclear costurado com o Irã e a Turquia, o Brasil, enquanto detentor de reservas de urânio e da tecnologia de enriquecimento, tentou lançar-se definitivamente como interlocutor na solução

³⁰ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Instrumento...** Op. cit.



das grandes crises mundiais envolvendo o setor energético. Almejando uma cadeira permanente no Conselho de Segurança da ONU, o Brasil buscou provar suas habilidades na gestão da questão sensível da tecnologia nuclear, espinha dorsal do sistema de segurança coletiva global.

No referido acordo, o Irã comprometeu-se a entregar seu estoque de urânio pouco enriquecido para a Turquia após sua aceitação pela AIEA. O trato baseou-se na proposta anteriormente apresentada pela AIEA, prevendo o envio de mil e duzentos quilogramas de urânio do Irã para outro país em troca do urânio enriquecido em nível adequado para abastecer um reator médico de Teerã. As alterações significativas na base do acordo, que levaram à aceitação do Irã, consistiram na mudança do depositário do urânio enriquecido, que deixou de ser a França ou a Rússia, e passou a ser a Turquia, bem como na garantia de que o urânio retornaria ao país caso o processo fracassasse. Todavia, o ceticismo com que os Estados Unidos e a Europa receberam o anúncio do acordo Irã-Brasil-Turquia não surpreendeu a diplomacia brasileira. O então chanceler brasileiro, Celso Amorim chegou a declarar que inexistiam motivos para que as potências não retomassem o diálogo com o Irã, salvo se estivessem mais interessadas nas sanções pura e simplesmente.

A posição conciliadora do Brasil na questão nuclear iraniana também tinha em vista possíveis repercussões em seu próprio programa nuclear. A diplomacia brasileira posiciona-se firmemente contrária à adoção de sanções econômicas contra um país em desenvolvimento por buscar a tecnologia nuclear para fins pacíficos. A política externa, como se vê, nada mais é que o prolongamento da política interna no âmbito internacional.

O Brasil vive um período importante de sua história, pois neste início do século XXI tenta negociar seu lugar no restrito rol das grandes potências. Nesse novo contexto, reconhece a importância do Irã como parceiro estratégico, por serem ambos grandes países em desenvolvimento, detentores de alto nível tecnológico, que desejam desenvolver um programa nuclear autônomo, direito legitimamente garantido pelo TNP.



Por outro lado, o Brasil está entre os dez países detentores da tecnologia para enriquecimento de urânio e, segundo estimativas, será capaz de fazê-lo em escala industrial até 2015. A tecnologia brasileira de enriquecimento de urânio é muito competitiva por necessitar vinte e cinco vezes menos energia que a tecnologia americana ou francesa. Logo, tudo leva a crer que o Brasil poderá transformar-se, em curto prazo de tempo, num sério concorrente no mercado de urânio enriquecido.

A posição da diplomacia brasileira, portanto, longe de ser resultado de qualquer ideologia, reflete importante estratégia comercial e preocupação comum de preservar a soberania e a autodeterminação dos países no que diz respeito a suas escolhas, livre de intervenções estrangeiras, na busca de um objetivo comum que consiste na promoção de um mundo multipolar e, no que diz respeito a esse estudo, na utilização da energia nuclear para fins pacíficos.

5. Considerações Finais

O maior desafio do século XXI, talvez, seja o de administrar a crise ambiental – ou catástrofe ambiental, segundo as visões mais pessimistas – evitando o superaquecimento planetário e os desastres naturais que trariam conseqüências irreversíveis para o futuro da humanidade e o meio-ambiente na Terra.

Os maiores vilões do aquecimento global são os gases de efeito estufa, emitidos a partir da queima de combustíveis fósseis. O efeito estufa tem colaborado radicalmente com o aumento da temperatura no globo terrestre, sendo que pesquisas recentes indicaram o século XX como o mais quente dos últimos cinco séculos. Há previsões de que num futuro próximo, o aumento da temperatura provocado pelo efeito estufa poderá ocasionar o derretimento das calotas polares e o aumento do nível dos mares. Como conseqüência, muitas cidades litorâneas poderão desaparecer do mapa.



Diante dessa realidade ecológica, é imprescindível a cooperação e coordenação dos Estados em nível internacional para diminuir a emissão dos gases de efeito estufa, por meio da redução da queima de combustíveis fósseis. Essa redução, por sua vez, só se tornará possível a partir da transição das matrizes energéticas sujas, predominantes no cenário global atual, para as matrizes energéticas limpas. Entre estas, a alternativa energética mais viável é, sem dúvida, a nuclear.

Em termos internacionais, a regulação jurídica dos usos militares e pacíficos da energia nuclear está intimamente associada à soberania estatal. O principal instrumento jurídico multilateral a dispor sobre o tema, elaborado sob a égide das potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial, é o Tratado sobre a Não-Proliferação das Armas Nucleares, assinado em 1968, que traduziu em termos jurídicos o desequilíbrio da geometria nuclear daquela época histórica.

A Organização das Nações Unidas, criada em 1945 nos moldes da antiga Liga das Nações de 1919, apropriou-se do termo “Nações Unidas”, cunhado pelo então presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, embora tenha traduzido na verdade a união das cinco nações que mais concentravam poder à época. Assim, Estados Unidos, Inglaterra, União Soviética, China e França perpetuaram aquele contexto histórico no Conselho de Segurança da ONU, órgão em que se auto-atribuíram o direito de veto na decisão das principais questões de interesse da comunidade internacional.

A ONU, portanto, já nasceu com déficit democrático, tendendo a cortejar os interesses dos Estados mais poderosos no pós-Segunda Guerra Mundial. Atualmente, uma das principais questões na agenda internacional diz respeito à reforma da estrutura do Conselho de Segurança, cujos membros permanentes são os únicos detentores oficiais de armas nucleares.

O TNP é fruto da geometria desequilibrada de poder institucionalizada na ONU, e teve como objetivo declarado impedir uma guerra nuclear, por meio da proibição de transferência de armas nucleares para os chamados países



não-nucleares. Estes últimos, portanto, se comprometeram a não desenvolver ou adquirir armas nucleares podendo, todavia, desenvolver pesquisas nucleares com fins pacíficos. Logo, as armas nucleares que existem oficialmente serão de propriedade legítima tão somente dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança, que por sua vez comprometeram-se com o desarmamento progressivo, premissa central do Tratado que até o presente momento não está sendo respeitada.

Não obstante, com o intuito de promover uma revisão mascarada do TNP, apresentou-se em 1997 um Protocolo Adicional àquele Tratado, que atinge seu pilar mais importante para o Brasil, qual seja, o direito de desenvolver tecnologia para o uso pacífico da energia nuclear, por meio da imposição de obrigações e fiscalizações da Agência Internacional de Energia Atômica que inviabilizariam o desenvolvimento da tecnologia em escala industrial do enriquecimento de urânio para fins não-militares. Este direito consistiu, inclusive, em uma das condições para que o Brasil aderisse ao TNP em 1998, sendo a outra o desarmamento geral, tanto nuclear como convencional, dos Estados oficialmente nucleares.

Desde 1968, porém, quando foi assinado o TNP, os Estados nucleares, sob variados pretextos, engordaram seus orçamentos militares e aprimoraram de forma crescente a letalidade de suas armas nucleares e também convencionais, violando diretamente o TNP. Apesar dessas violações, pretendem com o Protocolo Adicional impor não apenas o oligopólio sobre os usos militares da energia nuclear, como também sobre os usos pacíficos daquela fonte de energia, tornando os países não-nucleares ainda mais vulneráveis economicamente e dependentes da tecnologia dos países centrais para combater a crise ambiental.

O Brasil, diferentemente da maioria dos Estados que se comprometeram com o Protocolo Adicional ao TNP, domina a tecnologia de todo o ciclo de enriquecimento do urânio, além de ser detentor de importantes reservas daquele material. Tal situação privilegiada verifica-se apenas no Brasil, Estados



Unidos e Rússia, Estados que desempenharão papel fundamental na reestruturação da economia livre de carbono. No caso brasileiro, portanto, a possibilidade de adesão ao referido Protocolo deverá ser totalmente afastada, com o objetivo de estruturar a economia nacional em direção à transição para matrizes energéticas livres de carbono e ambientalmente sustentáveis, como é o caso da energia nuclear.

Por outro lado, é prioridade da política externa brasileira a reforma na composição do atual Conselho de Segurança da ONU, reivindicando àquela instituição sua ampliação para representar com maior fidedignidade os interesses multilaterais da comunidade internacional. A reconstrução de uma nova ordem internacional com distribuição mais equilibrada e igualitária em termos de poder e de recursos terá no Brasil, certamente, uma liderança geopolítica e geoeconômica natural, especialmente no combate ao aquecimento global e na eliminação de todos os arsenais nucleares.

Referências Bibliográficas

Agência Internacional de Energia Atômica. Disponível em: <<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/infcirc140.pdf>>.

Acesso em: 04 set. 2011

Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/05-Biomassa\(2\).pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/05-Biomassa(2).pdf)>. Acesso em

29 set. 2011.

Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>.

Acesso em: 21 set. 2011.



Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15 set. 2011.

Grupo de Supridores Nucleares. Disponível em: <<http://www.nuclearsuppliersgroup.org/Leng/default.htm>>. Acesso em: 27 set. 2011.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Catástrofes Ambientais, Energia Nuclear e Protocolo Adicional.** Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5378> Acesso em 06 set. 2011.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Instrumento desnecessário e humilhante. Protocolo adicional ao TNP: duas visões contrastantes.** Folha de São Paulo, 10 de abril de 2010. Disponível em: <<http://diplomattizando.blogspot.com/2010/04/2082-protocolo-adicional-ao-tnp-duas.html>>. Acesso em: 23 set. 2011.

LOWY, Michel Lowy. **Ecosocialismo.** Palestra proferida nas Faculdades Integradas do Brasil, no Projeto UniBrasil Futuro, em 14 de setembro de 2011.

Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2010/04/12/cupula-de-seguranca-nuclear-washington-12-e-13-de>>. Acesso em: 14 set. 2011.

Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cop/panorama/o-que-esta-em-jogo/protocolo-de-quioto>>. Acesso em 08 set. 2011.



PRASS, Alberto Ricardo. **A Energia Nuclear Hoje: Uma Análise Exploratória**. Monografia apresentada como parte dos requisitos para obtenção do Grau de Especialista em Ciências Radiológicas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.fisica.net/monografias/A_Energia_Nuclear_Hoje.pdf>. Acesso em 15 set. 2011.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente**. Cátedra Unila, 2009. Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Disponível em: <<http://www.unila.edu.br/?q=node/283>>. Acesso em 03 set. 2011.

SOBRINHO, Wilson. **Fukushima provoca revisão nuclear em escala global**. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=17568>. Acesso em 30 set. 2011.

Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2864.htm>. Acesso em 28 ago. 2011.



INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS PARA A INCREMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL POR INTERMÉDIO DO FOMENTO DA PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA¹

I. INTRODUÇÃO

A função social da licitação pública e do contrato administrativo tem sido alvo de inúmeras pesquisas a partir de algumas inovações legislativas que foram efetuadas nos últimos anos no Brasil, conquanto já tivessem guarida constitucional e infraconstitucional. Tendo em vista a existência de algumas mudanças significativas no campo normativo desta seara jurídica, a análise deste ensaio cingir-se-á sobre a dispensa de licitação insculpida no inciso XXXI do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 e a sua importância para a responsabilidade socioambiental das empresas principalmente atuando ao lado do Estado na busca do desenvolvimento.

A responsabilidade social das empresas não deve ser estudada como decorrente da atuação solitária da empresa no mundo, mas sim, deve-se transcender as fronteiras da empresa, motivo que gera uma nova perspectiva sobre os impactos das decisões e ações de todos os agentes sociais para a busca de uma sociedade sustentável.²

Neste viés, o Poder Público também é ator protagonista para a responsabilidade socioambiental das empresas a partir das licitações públicas, contratos administrativos ou por intermédio das parcerias. Sobre a descentralização desta responsabilidade socioambiental das empresas, lembrem-se das palavras de Patrícia Almeida Ashley quando aborda sobre a responsabilidade social empresarial:

¹ Luciano Elias Reis. Advogado. Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA e da Universidade Tuiuti do Paraná. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Municipal da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão. Ministrante de cursos e palestras pelo Instituto Negócios Públicos.

² ASHLEY, Patrícia Almeida. A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial. *In*: ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

É preciso descentralizar o debate sobre responsabilidade social, que hoje tem a empresa como centro e origem de toda responsabilidade, passando-se a adotar novas premissas:

- buscar a responsabilidade social de todos os indivíduos, organizações e instituições em suas decisões e ações na sociedade – para isso o núcleo familiar e sua comunidade local precisam ter seu tempo e seu espaço resgatados com políticas de proteção social e defesa de valores humanistas e solidários, a fim de poder melhor educar suas novas gerações;
- considerar o poder de compra e consumo dos indivíduos, das organizações privadas e públicas como fomentador de um mercado responsável, ou sejam criar uma nova lógica de mercado que privilegie o fornecimento por empresas que concebem seus produtos de forma socialmente responsável – o que é distinto de empresas que reduzem o conceito de responsabilidade social empresarial a apenas praticar benevolência ou assistencialismo empresarial, dissociados de mudanças na essência do negócio em que opera;
- formação profissional de nível técnico e superior para uma sociedade sustentável, proporcionando a consciência de vivermos em uma rede de complexidade com múltiplos e simultâneos fatores antecedentes e resultantes.³

Por tais razões, o presente ensaio enfocará a responsabilidade ambiental das empresas a partir dos contratos administrativos celebrados com base no artigo 24, inciso XXXI, da Lei de Licitações que exterioriza uma atividade administrativa de fomento a partir da contratação de empresas para a realização de pesquisas e o desenvolvimento de projetos científicos e tecnológicos.

II. A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO PÚBLICA E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Sob o viés do Direito Público, mais precisamente das licitações públicas e das contratações administrativas, verificam-se que inúmeras inovações legislativas nos últimos tempos têm refletido e repercutido na atuação empresarial.

As licitações públicas não podem ser interpretadas como um processo⁴ que tem puramente um caráter econômico, entretanto devem ser examinadas também

³ ASHLEY, Patrícia Almeida. A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

⁴ Sobre as diferenças entre processo e procedimento, vide: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 37-55.



como um instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.⁵ Quando se fala em desenvolvimento nacional sustentável quer dizer que os certames deverão perquirir também os aspectos ambientais, sociais e econômicos relacionados às propostas e aos licitantes.

Quando se aborda este caráter do desenvolvimento nacional sustentável, pode-se pensar que este raciocínio é inovador e decorre diretamente da Lei n. 12.349/2010. Entrementes, a prescrição normativa do novo artigo 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, após alteração advinda da Lei n. 12.349/2010, simplesmente transluziu a exteriorização pelo legislador de comandos já existentes na própria Constituição da República Federativa de 1988 e de outras legislações nacionais.⁶

Explica-se. A Constituição preceitua em seu artigo 3º que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem de todos sem qualquer preconceito e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. O artigo 170 prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios, dentre outros, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, bem como deve buscar a redução das desigualdades regionais e sociais.

⁵ Lembra-se que licitação pública, conforme clássico escólio de Enrique Laso é “*un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que ele contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.*” (LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005, p. 01)

⁶ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. ([Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#))



Já o artigo 174 pontua que o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Além disso, em seus parágrafos também esclarece que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Não bastasse tais dispositivos concernentes à busca da diminuição das desigualdades sociais e regionais ainda existe, no âmbito constitucional pátrio, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Inclusive, a norma constitucional preconiza que para assegurar o direito ao meio ambiental incumbe ao Poder Público, além de outras atribuições, o dever de 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; bem como promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Pelas normas constitucionais supracitadas, verifica-se que existe supedâneo na Carta Maior para que a Administração Pública perquiria a responsabilidade socioambiental das empresas, inclusive no relacionamento destas com o Poder Público, por intermédio de licitações públicas e contratos administrativos. Assenta-se com isso que é dever do Estado trespassar este dever de responsabilidade socioambiental às empresas, até porque este fardo deve ser suportado por todos, e não somente pelo Poder Público. No entanto, ao discorrer sobre a responsabilidade socioambiental, não se pode assentir com uma visão parcelada e facetária, e sim se deve almejar uma visão ampla e geral.

Justifica-se. A responsabilidade socioambiental não é alcançada tão somente por intermédio das licitações sustentáveis a partir da aquisição de produtos ecológica e socialmente corretos, mas também deve a Administração Pública investigar científica e tecnologicamente os mecanismos mais adequados para



alcançar tais propósitos.⁷ Isto é, não se pode medir esforços em busca do desenvolvimento, razão pela qual se compreende que o protagonismo das atividades de pesquisa e de desenvolvimento científico e/ou tecnológica deve pautar a atuação do Estado Brasileiro nos próximos anos, mormente frente aos avanços legislativos existentes nos últimos anos.

III. BREVES NOÇÕES SOBRE A DISPENSA DE LICITAÇÃO

Prefacialmente, compete lembrar que a dispensa de licitação e a inexigibilidade são espécies de contratação direta, as quais estão previstas na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil quando prescreve “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a contratação direta ocorre em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, no qual o princípio do dever de licitar “cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia.” O autor continua dizendo que “em todos os casos delineados pela Lei n. 8.666/1993, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar

⁷ Sobre práticas de licitações sustentáveis já realizadas com sucesso no Brasil, vide a seguinte obra: RIBEIRO, Márcia Carla; GABARDO, Emerson e REIS, Luciano Elias (Coord.). **Anuário: Prêmio 5 de junho – 2011**. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2011. No tocante ao aspecto doutrinário das licitações sustentáveis, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado – contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 13. jun. 2011; VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, março de 2011. Disponível na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.

em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um destes.”⁸

Especificamente sobre a dispensa de licitação, Marçal Justen Filho segmenta tais hipóteses taxativamente previstas em lei sobre quatro ângulos: “a) pelo custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefícios dela extraível.” Exemplos: art. 24, incisos I e II; “b) pelo custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação.” Exemplo: Art. 24, incisos III e IV; “c) pela ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício, em decorrência da licitação.” Exemplos: art. 24, incisos V, VII, VIII, XI, XIV e XXIII; “d) pela destinação da contratação: quando a contratação não for norteadada pelo critério de vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.” Exemplos: Art. 24, incisos VI, IX, XIII, XVI, XX, XXI, XXIV e XXV.⁹ Por sua vez, Adilson Abreu Dallari formula três princípios em função dos quais a licitação seria dispensável, quais sejam: impossibilidade material, impossibilidade jurídica e conveniência administrativa. A impossibilidade material “significa que a licitação seria dispensada nos casos em que sua realização fosse materialmente impossível, em virtude da singularidade do objeto.” A impossibilidade jurídica verifica-se quando o confronto de interesses em jogo puder resultar em ofensa aos princípios fundamentais do regime jurídico administrativo. Já a conveniência administrativa “é o mais débil de todos, e pode tornar dispensável a licitação com fundamento na presunção de legitimidade dos atos da Administração.”¹⁰

Vale destacar que a dispensa de licitação trata-se de hipóteses prescritivamente taxadas em que o legislador permite ao administrador público afastar a regra do dever de licitar. Para Marcos Juruena Villela Souto, “cuidou-se, também, de quebrar a rigidez do processo, para não emperrar a Administração,

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 234.

¹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58, 69 e 71.



elegendo hipóteses em que a autoridade administrativa, diante do fato concreto, poderia excepcionar a regra da licitação, sem desrespeito aos princípios da moralidade e da isonomia.”¹¹

Os casos de dispensa de licitação estão principalmente previstos nos artigos 17 e 24 da Lei de Licitações.¹² Abre-se parêntese para destacar que não se visualiza qualquer diferença entre dispensa de licitação alicerçada no artigo 24 da Lei n. 8.666 e a licitação dispensada baseada no artigo 17 da referida Lei, pois ambos dispositivos legais estipulam hipóteses legais em que se permite repelir o dever de licitar, desde que preenchidos os requisitos legais e aferida a oportunidade e conveniência administrativa por intermédio da motivação.¹³ Doutro lado, há quem entenda existir diferenças. Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr compreende que:

É solar a diferença de sentido entre algo que se declara dispensado e outro que se declara dispensável. Dispensada significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada pelo legislador, em virtude do que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa. A discricionariedade do agente administrativo, nesses casos, resume-se na avaliação da oportunidade e conveniência de realizar uma das espécies de contrato qualificadas, efetivamente, como de licitação dispensada. Realizado este juízo, tendo-se decidido a respeito da celebração de tais contratos, a dispensa de impõe. Já o dispensável denota que a dispensa ainda não foi ultimada, depende da avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do artigo 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não gravame ao interesse público, retratando competência discricionária. E, reacentua-se, essa competência discricionária é orientada pela norma programática prescrita na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, em razão do que o agente administrativo deve priorizar a obrigatoriedade de licitação pública, tratando de modo paritário, todos os interessados no contrato e preservando, com isso, o interesse público e a moralidade administrativa. Ou seja, diante de uma das hipóteses admitidas pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/93, o agente administrativo somente deve optar pela dispensa de licitação pública

¹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações & Contratos Administrativos**: Lei nº 8.666, de 21-06-93 (comentada). 3. Ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, p. 121.

¹² Discorre-se “principalmente” de modo proposital, pois há hipóteses de dispensa de licitação que não estão estatuídos dentro da Lei n. 8.666. Como, por exemplo, àquela estipulada no artigo 14 da Lei n. 11.947/2008 que trata da aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar para alimentação escolar e regulada pela Resolução n. 38 do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

¹³ Nesta linha, compreende Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 346).



nas situações em que o interesse público concretamente sujeita-se a risco de sacrifício ou gravame de monta.¹⁴

Compete ressaltar que, em inúmeros casos das hipóteses preconizadas como dispensa de licitação, existe a plena possibilidade fática de competição no mercado entre possíveis interessados para ser contratado pela Administração Pública, entretanto são situações delineadas pelo legislador que rechaçam a abertura de um processo licitatório. Nesse compasso, Flávio Amaral Garcia comenta que as hipóteses do artigo 24 da Lei de Licitações são “hipóteses em que a competição é plenamente viável e que, em tese, comportariam a realização de prévio procedimento licitatório, mas que diante das especificidades do caso concreto, confere-se ao administrador público a possibilidade de dispensar a licitação formal, sempre com vistas a atingir uma finalidade pública ou outros valores que norteiam a atividade administrativa.”¹⁵

Para finalizar estas breves palavras sobre dispensa de licitação, não se pode olvidar que a dispensa é uma exceção à regra constitucional do dever de licitar alicerçada no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa de 1988. Sendo exceção, “é um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer de que a regra geral é a exigibilidade, e que a exceção é a dispensa.”¹⁶

IV. HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO RELACIONADAS AO INCENTIVO À PESQUISA E AO DESENVOLVIMENTO, PROJETOS CIENTÍFICOS E TECNOLÓGICOS

¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 372-373. Em sentido similar, vide Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 205).

¹⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações & Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.



Atualmente, na legislação brasileira, há os incisos XXV e XXXI do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 que prescrevem casos que poderão culminar em contratações advindas de dispensa de licitação e que são pertinentes à área de incentivo e inovação tecnológica:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXI – para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológicas com recursos concedidos pela Capes, pela FINEP, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; [\(Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#)

(...)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. [\(Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004\)](#)

(...)

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. [\(Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#)”

Pela análise dos dispositivos em tela, infere-se que os referidos incisos não constam da redação original da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e sim foram acrescentados, respectivamente, pelas Leis nº 12.349/2010, 10.973/2004 e 12.349/2010.

O inciso XXI já estava prescrito na redação original da Lei de Licitações, sendo que somente foi alterado para agregar a palavra “insumos”. A sua utilização é serviente para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológicas com recursos concedidos pela Capes, pela FINEP, pelo CNPQ ou por qualquer outra instituição de fomento a pesquisa devidamente credenciadas pelo CNPQ para este fim. Obviamente não se pode admitir a aquisição via dispensa de licitação para um bem ou insumo que não tenha finalidade atinente à pesquisa desenvolvida, como, por exemplo, para aquisição de materiais básicos e não arrolados particularmente à pesquisa (combustível, papel, cartucho de impressora, etc.).

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, quando comentava a redação do inciso XXI antes da alteração advinda da Lei n. 12.349, porém alusão que



permanece oportuna, é dispensável a licitação para os objetos que sejam conexos ao projeto que “tenha sido previamente apreciados pelo órgão financiador e a aquisição seja compatível com tais objetivos.” O autor justifica a aludida dispensa de licitação ao dizer que a “competição, nem sempre, é a melhor saída para tais contratações, eis que o pesquisador busca itens específicos, determinados em função das contingências; não raro, sequer há prazo para uma competição.”¹⁷

O inciso XXV, por sua vez, foi inserido a partir da Lei n. 10.973/2004, também denominada de legislação da inovação. Versa sobre a contratação direta que será efetivada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.¹⁸ Consoante se observa, é uma hipótese de dispensa que almeja a proteção de outros fins que não os econômicos que devem ser perseguidos pelo Estado. Carlos Pinto Coelho Motta enuncia que se trata de “um incentivo às denominadas ICTs, bem como às agências de fomento, conceituadas na referida Lei como órgãos ou instituições, de natureza pública ou privada, que tenham entre seus objetivos ‘o financiamento de ações que visem a estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação’ (art. 2º, I e V).” O autor mineiro ainda menciona que a referida dispensa “ao que tudo indica, é um expediente adicional para facilitar as ações previstas, relativas à capacitação e ao alcance da inovação e autonomia tecnológica.”¹⁹

A grande particularidade e de extrema relevância neste inciso comentado é o fato de a Administração Pública facilitar e incentivar a atividade de pesquisa. Como bem relata Marçal Justen Filho, “a finalidade é fomentar atividade de pesquisa aplicada, apta a gerar resultados econômicos, especialmente no setor industrial.

¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações & Contratos Administrativos**: Lei nº 8.666, de 21-06-93 (comentada). 3. Ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 134.

¹⁸ Segundo os incisos I e V do artigo 2º da Lei n. 10.973/2004 considera-se: agência de fomento: órgão ou instituição de natureza pública ou privada que tenha entre os seus objetivos o financiamento de ações que visem a estimular e promover o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação; e Instituição Científica e Tecnológica - ICT: órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico.

¹⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos administrativos**. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 332.



Para tanto, a lei cogitou da criação de agências de fomento, expressão que indica uma instituição pública ou privada cuja atuação seja orientada ao financiamento de atividades de pesquisa.” Sendo assim, pode-se dizer que “a lei introduziu diversas medidas de incentivo à atividade pública e privada de pesquisa.”²⁰

Sobre a utilização deste inciso do artigo 24, Joel de Menezes Niebuhr alerta que não se pode utilizar a dispensa para todo e qualquer caso que seja relacionado à pesquisa, pois segundo o autor:

(...) a dispensa deve ser levada a cabo somente em situações cuja peculiaridade seja suficiente para evidenciar que a obrigatoriedade de licitação pública importaria prejuízos ou gravames à pesquisa. Por exemplo, em princípio, não há justificativa para a dispensa destinada à compra de grande quantidade de microscópios, que visem a substituir os existentes. Nesse caso, a realização de licitação pública não configura prejuízo algum à pesquisa, antes disso, serve para proteger o interesse público de deturpações.

Convém lembrar que os casos de dispensa enfeixados nos incisos do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 se referem à licitação dispensável, razão pela qual assiste à Administração competência discricionária para avaliar se ela deve proceder à licitação pública ou não. Em homenagem à norma programática prescrita na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, essa competência discricionária é norteadada pelo programa de tratar a licitação com regra, e a dispensa como exceção. Para tanto, só é admissível dispensar a licitação diante de casos em que a realização dela pode causar prejuízo à Administração. Dessa sorte, em vista do inciso XXV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, a dispensa deve ser utilizada somente nos casos em que se vislumbra que a licitação pública importaria prejuízos à pesquisa.²¹

No que se refere ao inciso XXXI, este sim trata de uma novel inovação trazida pela Lei n. 12.349/2010 e que também está relacionado ao fomento de atividades de pesquisa, desenvolvimento e incentivo tecnológico. O dispositivo menciona sobre as contratações visando ao cumprimento dos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei de Inovação (Lei n. 10.973/2004), razão pela qual resta indispensável tomar conhecimento de tais preceptivos legais.

O artigo 3º preconiza que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 269

²¹ NIEBUHR, Joel Menezes de. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 500.



cooperação envolvendo empresas nacionais, Instituições Científicas e Tecnológicas e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores. Tal apoio poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

O artigo 3º-A prevê que a Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,²² por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no caput do art. 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com a anuência expressa das instituições apoiadas.

O artigo 4º contempla as atribuições e atividades que poderão ser realizadas pelas Instituições Científicas e Tecnológicas, mediante remuneração e por prazo determinado, conforme previsão contratual ou convenial, quais sejam: (i) compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; e (ii) permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.

²² XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.



O artigo 5º permite que a União e suas entidades autorizadas possam participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores, sendo que a propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação. Alerta-se para esta relação entre o público e o privado no desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para produtos ou processos inovadores.

Já o artigo 20 estipula que os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

Sobre a inserção desta prescrição normativa, insta destacar que a exposição de motivos da Medida Provisória n. 495, que se converteu em Lei n. 12.349/2010, atrelou-se à teleologia da Lei nº 10.973/2004 (Lei da Inovação), conforme se desprende do Parecer nº 104/MP/MF/MEC/MCT que inclusive alertou para o fato de que a previsão normativa também não viola quaisquer regras da Organização Mundial do Comércio – OMC:

(...) ações de estímulo e apoio à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, na forma prevista nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, devendo contemplar: (i) a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento; (ii) o compartilhamento e utilização de laboratórios de ICTs, segundo termos definidos em contrato ou convênio; (iii) a participação minoritária da União e suas entidades autorizadas no capital da empresa privada de propósito específico, que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção do produto ou processo inovadores; e (iv) a contratação por órgãos e entidades da administração pública de empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento que envolvam risco tecnológico, para a solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

(....)



a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição dos produtos contemplados sob esta modalidade, reúne condições para viabilizar o surgimento, o fortalecimento e a multiplicação de empresas inovadoras brasileiras, notadamente de empreendimentos atuantes em setores com amplo impacto na economia e que podem, como este estímulo, promover efetiva autonomia tecnológica do País.²³

Diante do exposto, conclui-se que a hipótese de dispensa de licitação com fulcro no artigo 24, inciso XXXI, da Lei de Licitações, revela-se como uma grande alternativa para contratações administrativas que envolvam fortalecimento, irradiação e multiplicação de projetos tecnológicos e científicos no País. Toda esta preocupação por parte do Estado Brasileiro está diretamente arraigada na responsabilidade socioambiental, isto porque não se pode pensar e admitir na atualidade a aprovação e investimento de projetos científicos e/ou tecnológicos que desprezem a questão socioambiental.

Além deste aspecto, Jose Eli da Veiga argumenta também que “a sustentabilidade ambiental de qualquer estilo de crescimento econômico que possa ser imaginado depende de descobertas científicas, novas tecnologias e conseqüências inovações. E provavelmente venha delas depender cada vez mais.”²⁴ Ou seja, a própria imperiosidade de descobertas na área científica, tecnológica e de inovação culminará em incontáveis benesses à sustentabilidade ambiental.

Somado a tudo isso, não se pode dissociar a pesquisa científica e/ou tecnológica do verdadeiro desenvolvimento, razão pela qual se pode asseverar que, se o Estado Brasileiro tem uma missão comprometida com o desenvolvimento em si, deve valorizar e fomentar o sistema de ciência, tecnologia e inovação. Consoante alerta feito por José Eli Veiga:

Nada poderá ser pior para um futuro desenvolvimento do Brasil que a reinante subestimação das relações necessariamente umbilicais que precisam prevalecer entre educação e sistema de CT&I²⁵, sem falar nos inúmeros impactos sociais que as instituições de ensino superior podem exercer nas comunidades de sua área de influência. Por isso, é ótimo que tenha surgido o movimento ‘Todos pela educação’, mas

²³ Trecho do parecer extraído da obra MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos administrativos**. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 337-338.

²⁴ VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora SENAC, 2007, p. 24.

²⁵ Ciência, tecnologia e inovação.



é preciso que se pergunte qual o seu foco. Se esse foco não estiver na educação científica, o país não conseguirá sair da condição de emergente e entrar no restrito time dos desenvolvidos.²⁶

Com base nesta diretriz normativa de investimento, atuação estatal fomentadora e de prospecção para o desenvolvimento, a Lei de Licitações também foi alterada pela Lei nº 12.349/2010 para permitir que os contratos administrativos que sejam efetuados com supedâneo na dispensa do inciso XXXI do artigo 24 possam ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses. Esta é uma insopitável conquista para as pesquisas e projetos tecnológicos e/ou científicos contratados pela Administração Pública, pois demonstra a preocupação com objetos sérios e perenes. Não se pode pensar em pesquisas e projetos de tais naipes em curto prazo. Deve-se planejar e dar condições para que tais desígnios sejam alcançados no tempo certo com a devida maturação. Via de regra, inovações e descobertas decorrem do labor de anos, inadmissível, desse modo, uma visão imediatista.

Tais mudanças legislativas demonstram um *Estado Estrategista*, o que per se coaduna com novas dimensões desempenhadas pelo Estado na economia. Sobre o assunto, Jaques Chevallier explica:

O Estado estrategista aparece inicialmente como um Estado garantidor da promoção da economia nacional, pelo desenvolvimento de uma 'estratégia macroeconômica ofensiva', visando a criar e a manter os empregos e as riquezas (R. FAUFOUX, B. SPITZ, dir., 2000): o Estado teria por tarefa essencial criar as condições de um crescimento equilibrado, de se fazer advogado dos interesses nacionais, de acompanhar as empresas na competição mundial; ele é convidado a apoiar as estratégias de implantação das empresas nos mercados externos ou de aquisição do controle de empresas estrangeiras. O 'Estado competitivo' (S. Strange) inscreve desde logo plenamente a sua ação em um quadro concorrencial: não apenas ele se reconhece em competição permanente com os outros Estados no sistema econômico internacional, mas ainda ele se assume como defensor dos interesses econômicos nacionais, seja nas negociações internacionais como na proteção das empresas nacionais. Correlativamente são adotados, não sem alguma contradição com a estratégia precedente, dispositivos visando, em nome do 'patriotismo econômico', não apenas a colocar certos setores julgados estratégicos ao abrigo dos investidores estrangeiros (o decreto francês de 30 de dezembro de 2005 institui, desse modo, um dispositivo de autorização prévia para onze setores), mas ainda a proteger certos grupos em face de ofertas públicas de aquisição (POA) hostis (desse modo, a lei francesa de 31 de março de 2006, transpondo a diretiva de 21 de abril de 2004, alterou o dispositivo liberal que estava previsto em origem). O tema do Estado estrategista implica também o desenvolvimento de políticas econômicas marcadas pela seletividade: tratar-se-á tanto do apoio aportado a certos

²⁶



setores ou atividades julgadas estratégicas (por exemplo, a indústria de armamentos nos Estados Unidos), como do financiamento de grandes equipamentos (no entanto, com recurso crescente às fórmulas de parceria público-privada), como ainda do acento colocado sobre a inovação e o desenvolvimento tecnológico.²⁷

Portanto, conquanto as dispensas dos incisos XXI e XXV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 serem importantes marcos para o fomento de atividades atreladas às pesquisas científicas e tecnológicas, o inciso XXXI do artigo 24 em conjunto com o artigo 57, inciso V, da Lei de Licitações, modificados pela Lei nº 12.349/2010, manifestam de maneira incontestada a relevância proeminente das atividades de pesquisa e desenvolvimento, bem como os projetos científicos e tecnológicos, assumem para o Estado Brasileiro daqui para frente, o que per se refletirá inequivocadamente na responsabilidade socioambiental das empresas.

V. O DESENVOLVIMENTO PERSEGUIDO POR INTERMÉDIO DA REGULAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quando se fala sobre desenvolvimento, o primeiro grande estigma a ser feito é separar desenvolvimento de crescimento, já que não são sinônimos. Consoante Luis Carlos Bresser Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo.”²⁸ Não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, sem falar em social, político, etc., ou seja, é indispensável que se alie sempre todos os setores do local a ser analisado, não podendo analisar somente o aspecto econômico ou social, por exemplo.²⁹ Neste sentido, Bresser esclarece que “quando falamos em desenvolvimento, temos sempre como objeto um sistema social determinado, o qual se localizará geograficamente em uma região, um país, um continente. Será sempre, porém um sistema

²⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

²⁸ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21.

²⁹ Neste mesmo passo, vide: NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 17-18; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 01-03.



social. Suas partes, portanto, serão interdependentes. Quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e vice-versa.” Ou seja, o verdadeiro desenvolvimento poderá originar mudanças na estrutura econômica, mas também deverá surtir repercussões na esfera política e social. Não se esconde que o aspecto econômico é preponderante para o desenvolvimento, sendo que as demais transformações e conseqüências (como, por exemplo, o desenvolvimento social) são reflexos dele.³⁰ Sobre o assunto, Carla Abrantkoski Rister expõe que o crescimento alia-se a mudanças quantitativas, não refletindo necessariamente em melhorias na vida da população, já o desenvolvimento “consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.”³¹

No mesmo sentido, explicando de modo pormenorizado, Fábio Nusdeo aduz que o crescimento a rigor não conduz em si o país ao desenvolvimento em razão de duas justificativas: ou já ocorreram transformações estruturais no país que está crescendo e, portanto, não é mais subdesenvolvido; ou a transformação face o crescimento econômico não se está produzindo, o que transluz ser a elevação da disponibilidade de bens e serviço apenas transitória e sem condições de sustentabilidade. Além deste viés, o autor comenta que em tais situações o crescimento é decorrente de um fator exógeno, externo à economia do país, sendo que cessada a ação do fator que deu origem ao crescimento, ocorrerá a regressão, mais precisamente contraindo-se a renda, o emprego, a produção e tudo mais. Exemplifica tais casos de crescimento, sem desenvolvimento, com a situação brasileira à época da economia colonial, quando ocorria altas nos preços de insumos e produtos agrícolas que geravam uma expansão extraordinária naquele momento e tão somente nas

³⁰ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21-22. A título complementar, o autor também alerta que dependendo “o setor político pode transformar-se, em determinados momentos, no foco dinâmico do processo de desenvolvimento, como, paradoxalmente, aconteceu nos países comunistas. Esses fenômenos, porém, revestem-se sempre do caráter de exceção. A regra geral é que o desenvolvimento tenha como aspecto dominante de seu processo a transformação econômica e como resultado por excelência o crescimento do padrão de vida da população no seio da qual ocorre o desenvolvimento.”

³¹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.



zonas produtoras.³²

Desse modo, não importa aos Estados somente o crescimento econômico, mas sim o desenvolvimento. Do contrário, o crescimento econômico poderá gerar uma riqueza efêmera, a qual não repercutirá sobre a sociedade e, em muitas vezes, deixará o Estado em sua condição precária, típica de países subdesenvolvidos, ou atualmente denominados de países em desenvolvimento, expressão que gera a sensação de desenvolvimento em curso, o que nem sempre é verdade.³³

VI. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO CONTRIBUINDO PARA A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

O enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas. Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.”³⁴ Por esta relevância, o autor infere que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”³⁵ Na mesma diretriz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conduz que diversas alterações têm se destacado em

³² NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 18.

³³ “Designa-se por subdesenvolvimento o estado das sociedades cujas economias não atingiram o estágio de crescimento auto-sustentado ou, dito de outra forma, que não realizaram ainda sua ‘decolagem’ ou evolução industrial e, dada a dificuldade de aferir com exatidão tal passagem a economias desenvolvidas, caracteriza-se habitualmente o fenômeno do subdesenvolvimento por uma série de indicadores econômicos e sociais, dentre eles, o mais corrente é o rendimento nacional per capita.” (RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 21).

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.



razão do Estado Subsidiário, dentre estas o crescimento de técnicas de fomento e o debate sobre o dever do Estado em fomentar, mais precisamente ajudando, estimulando, criando condições a fim de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público. Por tais razões, a autora descreve que com tais modificações:

objetiva-se a “reforme do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em ‘privatização’ em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos.³⁶

Carlos Ari Sunfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. Desse modo, advoga explicitamente favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”³⁷ Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Via de consequência, o autor descreve que:

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.



Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público.³⁸

Consoante se verifica, o crescimento do fomento para a atuação das atividades administrativas e para a satisfação das necessidades coletivas, é indispensável que se possa delinear uma noção de atividade administrativa de fomento. Um dos principais autores e referência acerca do tema, Silvio Luis Ferreira da Rocha circunscreve-a como uma atividade teleológica, pautando-se pela finalidade a ser perseguida – satisfação das necessidades coletivas. Quanto à definição, o autor define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas.³⁹

Fernando Garrido Falla descreve a atividade de fomento como *“aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.”*⁴⁰ Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma *“acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.”* O autor argentino posiciona-se ainda que a idéia predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de

³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514-515.

³⁹ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

⁴⁰ FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.



estímulo, sendo que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita.⁴¹ De forma um pouco diferente, no mínimo quanto ao modo para a descrição, Manuel Maria Diez aponta que a atividade de fomento pode ser estudada partindo de uma idéia negativa ou positiva. Pelo lado negativo, a Administração mediante o fomento persegue fins públicos sem o emprego de coação e sem a realização de prestações. Já pelo positivo, o fomento é considerado como ação administrativa encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou visem utilidade geral.⁴² Revela-se interessante esta divisão, apesar que não se visualiza óbice para a junção de tais idéias negativa e positiva para uma noção única, bem como diferenças substanciais com as demais noções apresentadas.

Postas estas noções sobre a atividade de fomento, fica incontroverso pelas definições alinhavadas que a sua finalidade sempre será o interesse geral, o legítimo interesse público primário. Silvio Luis Ferreira da Rocha qualifica a atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral como ilícita, já que o fomento legítimo e justificado “é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral.”⁴³ Por esta razão, Dromi aponta que o objeto pode recair tanto em atividades de particulares como de entidades públicas, mas “*el fin del fomento es la satisfacción indirecta de necesidades públicas.*”⁴⁴ Convém registrar a idéia de José Pimenta de Oliveira, a qual defende acertadamente que o

⁴¹ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

⁴² “*Se puede estudiar la actividad de fomento partiendo de una idea negativa y de una idea positiva. Si se parte de la idea negativa, mediante el fomento, la administración persigue fines públicos, sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones. En cuanto a la idea positiva, el fomento debe ser considerado como la acción administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares u otros entes públicos que satisfagan necesidades públicas o se estimen de utilidad general.*” (DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 231).

⁴³ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

⁴⁴ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.



interesse público primário é a mola propulsora do fomento, sendo que o excesso às custas de recursos públicos escoa a sua validade.⁴⁵

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha, a atividade administrativa possui algumas características, como: (i) é uma atividade administrativa que visa à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; (ii) não procura alcançar imediata e diretamente tais fins, e sim objetiva que estes sejam alcançados pelas atividades dos particulares mediante a proteção e a promoção dessas atividades, excluída qualquer forma de intervenção coativa; (iii) a determinação concreta das atividades particulares a serem fomentadas caracteriza-se como uma questão política de conveniência e política, escapando ao campo estritamente jurídico e; (iv) a participação é voluntária, ou seja, depende da vontade dos particulares.⁴⁶ Quanto à inexistência de compulsoriedade, José Pimenta alerta a imperiosidade de um marco normativo diferenciado como condição, mas não suficiente, “para implementação do fomento e consecução do fim estatal isto porque, sem nota de compulsoriedade, a relação de fomento depende, em derradeira instância, do consentimento e engajamento dos particulares na buscas das finalidades pretendidas, nos moldes legais.”⁴⁷ Já Célia Cunha Mello utiliza o aspecto voluntário para justificar a diferença entre a atividade de fomento e a tradicional atividade de polícia.⁴⁸

Como dito por Gustavo Justino de Oliveira, vale destacar que a transferências de recursos públicos a entidades privadas também pode ser uma das possíveis técnicas de fomento, até porque se presta a dois fins: “a) incentivar que

⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 527

⁴⁶ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26. Célia Cunha Mello define a atividade de fomento pela existência de quatro caracteres fundamentais, quais sejam: exercício de função administrativa; proteção e/ou promoção de seu objeto; ausência de compulsoriedade e; satisfação indireta das necessidades públicas. Compete destacar que a satisfação é indireta das necessidades públicas em razão de não ser realizada diretamente pela Administração fomentadora, e sim pelo agente fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-27, 31).

⁴⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

⁴⁸ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.



tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.”⁴⁹

Em razão das diversas espécies e meios que uma atividade administrativa de fomento poderá incidir, há uma classificação no campo doutrinário. Para demonstrar a referida, alvitra-se da posição de Roberto Dromi que segmenta os meios (ou espécies)⁵⁰ de fomento em positivos e negativos, segundo o critério da forma de atuação sobre a vontade do particular. Os primeiros concretizam-se pela outorga de prestações, bens ou vantagens; já os segundos constituem-se em obstáculos ou cargas impostas para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias às quais se pretende fomentar. Além disso, divide-se também o fomento em quatro meios, de acordo com as vantagens outorgadas aos particulares: meios honoríficos, quando se consegue uma atuação particular de interesse público mediante o incentivo de títulos, condecorações, menções especiais, etc.; meios psicológicos, quando o Estado por intermédio dos órgãos oficiais desenvolve propaganda de fomento a uma determinada atividade e em razão desta há a realização voluntária das atividades pretendidas; meios jurídicos, quando há a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas que indiretamente cria diversas vantagens econômicas e de segurança; meios econômicos, quando há a subvenção a terceiros, mais precisamente com vantagens econômicas que podem ser reais (aproveitamento, uso ou disposição de um bem público por um particular) ou financeiras (auxílios diretos e indiretos, como subvenção direta, isenção fiscal, proteção aduaneira, etc.).⁵¹ Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve uma classificação sem o fomento psicológico e critica o aspecto de classificar em tais modos

⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259, p. 226.

⁵⁰ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34-38.

⁵¹ DROMI, Roberto. Derecho administrativo. P. 1027-1028. No mesmo sentido, vide: GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 649-650; DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 233-234.



suscitados, visto que, segundo o autor, todos os fomentos são jurídicos, visto que estão calcados em normas jurídicas. Sob este espectro, o autor descreve que a referida classificação “não é correta, pois se a atribuição das vantagens honoríficas e econômicas está prevista em normas, essa espécie de fomento não deixa de ser jurídica.”⁵²

Quanto à exteriorização da atividade de fomento no Direito Brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca como uma modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, caracterizada pelos incentivos fiscais e financiamentos, e na ordem social por meio do fomento da prestação de serviços públicos de natureza social e mediante trespasse de recursos a particulares a serem aplicados em fins sociais.⁵³ Desta feita, verifica-se o grande espectro de atividades e serviços que poderão ser fomentados, já que estão arraigadas na ordem social e na ordem econômica. Somado a isso, Carlos Ari Sunfeld expõe que os atos da administração fomentadora não se cingem “a conferir aos particulares possibilidades de autuações que estes já não tenham” e sim “consiste em prestações produzidas pela Administração – sejam positivas (ajuda financeira a cientistas, créditos subsidiados a empresas estratégicas) ou negativas (isenção de impostos) – para tornar mais fáceis ou eficazes atividades que, não obstante, os indivíduos são livres para explorar.”⁵⁴ Ademais, insta lembrar também “a atividade de fomento não pode mais ser compreendida como benevolência do Estado, deixando de ser considerada mera liberalidade, favor ou graça, para se apresentar como poderoso mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltada ao desenvolvimento socioeconômico.”⁵⁵

Nesta linha, em razão da escassez de recursos públicos e da própria (re)discussão do tamanho do aparelho estatal, o fortalecimento da atividade administrativa de fomento aparece como uma excelente alternativa para a melhor

⁵² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 799-803.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

⁵⁵ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.



prestação de certos serviços e atividades públicas visando à efetivação e satisfação da sociedade como um todo. Inclusive, revela-se imbuída a atividade administrativa de fomento já em novas atuações dos representantes brasileiros, consoante se desprende da recente legislação, Lei nº 12.349/2010,⁵⁶ que alterou a Lei n. 8.666/1993 e trouxe uma série de dispositivos de fomento ao incremento tecnológico no Brasil. Portanto, em tempos de mudanças e crescimento econômico, não se pode deixar de aprofundar os estudos e debates sobre a atividade administrativa de fomento, até para servir de justificativa para inovações e melhorias na vida dos cidadãos brasileiros. Como visto, o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente, como defende Manuel Maria Diez, isto porque a atividade administrativa de fomento é mais ampla que o mero caráter econômico, alcançando em diversos objetos um caráter essencialmente social, isso sem falar que não necessariamente serve o precípuo de ajudar e incentivar somente atividades “carentes” na iniciativa privada.⁵⁷

Vale apontar que a atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência⁵⁸ ou intervenção da Administração Pública no campo privado. Nesta toada, Carlos Ari Sundfeld qualifica que a interferência da Administração Pública no campo privado poderá ocorrer por três modalidades diversas: a) por intermédio de estímulos à iniciativa privada para induzi-la numa determinada direção; b) quando

⁵⁶ Decorrente da conversão da Medida Provisória n. 495/2010. Sobre a medida provisória e seus impactos, vide os seguintes artigos: RIGOLIN, Ivan Barbosa Lei das licitações é novamente alterada. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 199, Curitiba, set.2010, p. 871; NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 198, ago.2010, p. 777; TOLOSA FILHO, Benedicto de.Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 202, dez.2010, p. 1203; FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64.

⁵⁷ DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 232.

⁵⁸ “Qualquer ação estatal que repercuta na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, a autora defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01-02).



assume atividades particulares, passando a atuar em substituição a eles e; c) pela ordenação dos seus comportamentos via comandos cogentes advindos do poder de autoridade.⁵⁹ Abre-se parêntese que não se pode furtar de conhecer que as atividades administrativas de fomento podem gerar um rechaço ou receio de alguns em razão da interferência e intervenção do Estado na atuação de terceiros, a qual poderia culminar em algum desrespeito aos direitos individuais, os quais foram tão duramente conquistados pelo Estado de Direito.⁶⁰ Entretanto este temor não pode gerar a inaplicabilidade ou o apagamento de um insumo tão importante para a atividade econômica, para a atuação estatal e para a satisfação e efetivação de interesses e necessidades da coletividade. Por conseguinte, refutando qualquer possível receio, deve-se preferir a cautela e responsabilidade na atuação estatal fomentadora a simplesmente repeli-la. O mesmo raciocínio de muito zelo deve prevalecer em razão da corrupção suscetível na transferência de atividades públicas para o setor privado, pois como destaca André Borges “a passagem de atividades públicas para o setor privado, em vez de reduzir as oportunidades de corrupção, acaba por criar novas ‘rendas’ passíveis de serem caçadas.”⁶¹

Outro aspecto importante a ser destacado, refere-se ao uso distorcido do fomento pela Administração Pública para se esquivar das suas missões legais. Para mitigar qualquer pensamento errôneo, José Roberto Pimenta Oliveira, com propriedade, comenta que “o fomento constitucional legítimo é norteado pelo princípio da subsidiariedade, não autorizando mera e desvirtuada substituição do aparelho administrativo, por figurino jurídico privatístico, mantida a significativa participação de recursos públicos (verbas, bens e pessoal) no exercício da atividade.”⁶² No mesmo caminho, Carolina Zancaner também entoa que o ato de

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

⁶⁰ Sobre a luta pelo Estado de Direito, vide: VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-154.

⁶¹ BORGES, André. Ética, Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: Contradições da Resposta Conservadora à “Crise de Carácter” do Estado. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, nº 1, Rio de Janeiro, 2000.

⁶² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 531. Sobre a proximidade entre o fomento e a subsidiariedade, Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve que “o fomento, dentre as



fomentar atividades particulares não significa desoneração do Estado de suas missões constitucionais.⁶³ Desta feita, não é legítima e nem legal o uso da atividade fomentadora para a transferência integral da atuação estatal preconizada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Quanto à correlação entre a atividade administrativa de fomento e a contratação administrativa baseada no inciso XXXI do artigo 24 da Lei de Licitações, impende destacar que os ajustes a serem formalizados para projetos científicos e tecnológicos representam uma intervenção, por meio do fomento, do Estado favorável ao fortalecimento, multiplicação e propagação de projetos científicos e tecnológicos

Neste sentido, inclusive informa-se que a atividade administrativa de fomento, ou também denominada de promoção para os autores hispanos, pode almejar a promoção industrial, investimento estrangeiros, transferência de tecnologia ou criação de zonas francas.⁶⁴ Além destes desígnios, Marcos Juruena Villela Souto exemplifica outros tipos de fomento hábeis de serem desenvolvidos pelo Estado, como: garantias; subsídio; empréstimos em condições favoráveis; assistência técnica; privilégios especiais; desenvolvimento do mercado de títulos; protecionismo à produção nacional; pólos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco.⁶⁵

Para finalizar este tópico, alvitra-se que a regulação e fiscalização do Estado como o fez no inciso XXXI do artigo 24 é indispensável para o sucesso do desenvolvimento tecnológico e científico que repercutirá na responsabilidade socioambiental das empresas. Nesta linha de raciocínio, Emerson Gabardo descreve que “o repasse dos serviços públicos não privativos do Estado para o

atividades administrativas do Estado, é a que sofre maior influência do princípio da subsidiariedade; constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade.” Ou seja, a subsidiariedade é fundamento para o fomento. (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

⁶³ ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

⁶⁴ GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 654-666.

⁶⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38, p. 20-30.



mercado ou para o terceiro setor exige como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área de regulação e fiscalização.”⁶⁶ Sobre esta posição do Estado, Jacques Chevallier descreve que o Estado Pós-Moderno clama pelo Estado Supervisor, o qual passe de operador para regulador. Na regulação, “o novo papel desempenhado pelo Estado na economia não se reduz, no entanto, a uma simples função de regulação: ele se traduz também por uma intervenção ativa no jogo econômico, tomando em conta o contexto de interdependência ligado ao processo de globalização.”⁶⁷

VII. CONCLUSÃO

Há uma grande necessidade de revisitar a função das licitações públicas e dos contratos administrativos, devendo repassar de uma função puramente econômica para aglutinar-se com uma função social que deve se preocupar com a responsabilidade socioambiental das empresas.

Neste ideário, visualiza-se que diversas legislações recentes enfatizam as licitações sustentáveis sob o aspecto socioambiental, todavia resta impreterível também que se dê a devida importância para as contratações administrativas enfocadas em pesquisas científicas e tecnológicas, as quais são molas propulsoras para o fortalecimento do Estado Brasileiro com base na sustentabilidade socioambiental.

Sob este raciocínio, a recente alteração legislativa, que incluiu o artigo 24, inciso XXXI e o artigo 57, inciso V, da Lei de Licitações, evidencia uma inovação legislativa que incrementa a responsabilidade socioambiental das empresas a fim de participarem junto com o Estado para o desenvolvimento a partir da concretização de pesquisas científicas e tecnológicas. Isto é, tais projetos representam uma atividade administrativa de fomento do estado brasileiro na busca incessante e

⁶⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 140.

⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.



prospectiva de um desenvolvimento respaldado em aspectos científicos e tecnológicos,

Por derradeiro, lembrem-se das palavras de José Eli da Veiga que “o crescimento moderno se apóia na capacidade de inovação da sociedade, que resulta de forte interação entre a ciência e a tecnologia (C&T). O Brasil não voltará a crescer bastante, com constância e qualidade, enquanto não atribuir a seu sistema de C&T um valor ao menos equivalente ao que dá às telenovelas.”⁶⁸

⁶⁸ VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora SENAC, 2007, p. 55
143



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BORGES, André. Ética, Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: Contradições da Resposta Conservadora à “Crise de Carácter” do Estado. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, nº 1, Rio de Janeiro, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil*, antes e depois da MP 495/2010). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações & Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 346).



_____. Desenvolvimento nacional sustentado – contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 13. jun. 2011.

LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos administrativos**. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 198, ago.2010, p. 777

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.

RIBEIRO, Márcia Carla; GABARDO, Emerson e REIS, Luciano Elias (Coord.). **Anuário: Prêmio 5 de junho – 2011**. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2011.

RIGOLIN, Ivan Barbosa Lei das licitações é novamente alterada. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 199, Curitiba, set.2010, p. 871

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Licitações & Contratos Administrativos**: Lei nº 8.666, de 21-06-93 (comentada). 3. Ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 202, dez.2010, p. 1203

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, março de 2011. Disponível na Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora SENAC, 2007.

VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-154.

ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.



FORME DI RESPONSABILITÀ GIURIDICA INTERNAZIONALE DELL'IMPRESA IN AMBITO NON COMMERCIALE

Saverio di Benedetto

Premessa

I mutamenti profondi nell'economia mondiale, che si è soliti ricondurre al concetto di globalizzazione, quali l'impetuosa crescita del commercio internazionale e la sempre maggiore delocalizzazione delle attività produttive, implicano rischi crescenti per alcuni beni di rilevanza fondamentale: ambiente, salute umana, finanche dignità della persona. In questo quadro si colloca l'accresciuto interesse per il tema della responsabilità sociale delle imprese anche nell'ambito del diritto internazionale.

Con l'espressione responsabilità sociale delle imprese si fa riferimento a strumenti di disciplina di carattere volontario e non vincolanti, pur molto diversi tra loro (codici di condotta, raccomandazioni, sistemi di incentivi, controllo dei consumatori), che si sviluppano su un piano parallelo a quello giuridico classico e sono riconducibili al più ampio fenomeno giuridico del c.d. soft law.

Nei diritti nazionali tali strumenti volontari offrono una prospettiva più flessibile, rispetto alle ipotesi tipiche di tutela giuridica, che restano comunque ampiamente sviluppate e concettualmente prevalenti. Quando però si affronta la questione della responsabilità delle imprese sul piano sociale dal punto di vista del diritto internazionale, la prospettiva appare rovesciata. I soggetti economici privati si trovano ai margini del tessuto di diritti ed obblighi che compongono l'ordinamento internazionale, anche per ragioni strutturali, legate alla sua natura di fenomeno giuridico degli stati e tra gli stati. Questo si traduce sempre più in uno scompensamento negli equilibri globali, visto il peso sempre più forte – non solo economico – che hanno assunto in particolare diverse imprese c.d. multinazionali. Gli strumenti di soft law appaiono spesso gli unici in grado di poter in qualche modo ovviare a ciò,



indirizzando la condotta delle imprese verso il rispetto di valori fondamentali e condivisi.

In questo contributo, tuttavia, si intende porre l'attenzione, viceversa, sulle forme più tradizionali di responsabilità giuridica, valutando se e in che misura esse siano riferibili ai soggetti economici privati in ambito internazionale, nella convinzione che l'assolutizzazione dell'idea per cui oggi, con la società interconnessa, occorrono regole flessibili, conduca alla fine ad una debole responsabilità delle imprese sul piano sociale. Ciò anche nel solco del tema del seminario, che sottolinea l'importanza di prospettive innovative in tema di responsabilità delle imprese: nel diritto internazionale esse hanno molto più senso proprio riguardo a ipotesi di responsabilità giuridica classica per gli operatori economici privati.

Se in questo contributo si tratterà dunque di responsabilità 'strettamente' giuridica delle imprese – invece che 'sociale' – e ciò dall'angolo del diritto internazionale, invece che interno, ciò non significa che i diversi approcci siano in contrasto tra loro. E infatti, gli strumenti di soft law spesso sono complementari e sinergici con quelli più classici di tutela e possono anche servire per interpretare questi ultimi, mentre d'altra parte il diritto interno è decisivo per l'adempimento degli obblighi internazionali degli stati, in particolare quando si tratta di garantire diritti ed interessi fondamentali degli individui.

1) La soggettività internazionale delle persone giuridiche (cenni)

Il tema della soggettività giuridica dei cosiddetti non-state actors nel diritto internazionale è da lungo tempo dibattuto e può essere qui solo oggetto di limitati cenni¹. In estrema sintesi, nel XX secolo l'attribuzione esclusiva agli stati della qualifica di soggetti internazionali è stata superata, soprattutto con l'affermarsi prepotente del fenomeno delle organizzazioni internazionali, la cui soggettività è oramai fuori discussione. Il punto fondamentale sta nella differente connotazione della soggettività degli stati rispetto a quella di qualunque altro (supposto) soggetto

¹ Per una panoramica generale v. P. Alston (ed.), *Non State Actors and Human Rights*, Oxford 2005.



del diritto internazionale. Ancora oggi – è opinione condivisa – gli stati sono gli unici soggetti a godere delle piene prerogative sovrane, la loro prassi è alla base della nascita delle consuetudini internazionali e, soprattutto, gli altri soggetti del diritto internazionale sono tali in virtù di norme create dagli stati che attribuiscono loro tale caratteristica. Ad esempio, le organizzazioni internazionali intanto esistono e hanno diritti ed obblighi in quanto vi è stata una volontà costitutiva di esse da parte di due o più stati. Insomma, gli stati sono gli unici soggetti originari del diritto internazionale, almeno come inteso negli ultimi secoli.

Tutto ciò fa tuttora dubitare a diversi autori che si possa parlare di soggetti di diritto internazionale per enti diversi dagli stati e dalle organizzazioni internazionali², limitandosi essi a qualificare i non-state actors come oggetto del diritto internazionale³. Un'altra parte della dottrina, in modo condivisibile, riconduce tuttavia il tema della soggettività a quello della titolarità di situazioni giuridiche soggettive (in sostanza di diritti ed obblighi) previste da norme internazionali. In tale prospettiva, oltre alle organizzazioni internazionali, acquisiscono rilievo di soggetti internazionali anche le persone fisiche, in quanto titolari di veri e propri diritti soggettivi nell'ambito degli human rights, e anche di obblighi nel quadro del diritto penale internazionale⁴. Insomma, tanto le organizzazioni internazionali quanto gli individui sono destinatari di talune regole internazionali che attribuiscono loro determinati diritti ed obblighi e appaiono quindi dotati di soggettività internazionale, pur limitata e minore rispetto a quella, piena, degli stati.

La questione appare ancor più controversa se si valuta la posizione degli enti collettivi nel quadro del diritto internazionale. Non si pone, sostanzialmente, un problema di soggettività giuridica per quegli enti collettivi pubblici facenti funzioni

² Per una panoramica degli autori che sostengono ciò, con sfumature diverse di pensiero, v. P. Alston, *The 'Not-a-Cat' Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?*, in P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, cit., 3-36 (19 ss.). Egli così sintetizza il pensiero prevalente dei giuristi internazionali sulla soggettività delle imprese: "transnational corporations should perhaps accept some moral obligations; but they have no clear legal obligations in respect to human rights apart from compliance with the law of the particular country in which they are operating" (36).

³ L'espressione non-state actors è usata non a caso da quegli autori che vogliono minimizzare il fenomeno, spostandolo su un generico piano sociologico e descrittivo (questa la critica condivisibile di P. Alston, *The 'Not-a-Cat' Syndrome*, cit., (20).

⁴ Così ad esempio Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*. Milano 2005.



tipiche dello stato e del suo apparato: gli atti prodotti da una regione autonoma, da un'autorità di controllo o anche da un giudice sono tutti imputabili direttamente allo stato, in quanto forme di articolazione interna del suo potere sovrano⁵. Viceversa, il dibattito attuale in tema di soggettività nel diritto internazionale verte principalmente proprio sulle persone giuridiche private. Due sono i tipi che maggiormente rilevano nello scenario internazionale: le organizzazioni non governative (ONG) e le società⁶, in particolare quelle c.d. multinazionali⁷. Ad esempio, nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, che pur prevede solo diritti e obblighi per gli stati, si è spesso posto il problema della partecipazione a determinate procedure di non-state actors, e segnatamente di ONG da un lato e di società dall'altro. Per quanto concerne in particolare le ONG, la loro rilevanza diretta nel diritto internazionale attiene appunto quasi del tutto a momenti procedurali e negoziali⁸, e in particolare alla possibilità di partecipare a giudizi o ad arbitrati internazionali nella veste di amici curiae⁹. Per le imprese e le società il discorso è ancor più ampio e articolato, come si vedrà nel paragrafo che segue.

⁵ Il discorso diventa più complesso trattandosi di enti pubblici che svolgono attività di carattere economico: il criterio prevalente per affermare l'autonomia dell'ente rispetto allo stato dal punto di vista del diritto internazionale dovrebbe risiedere nell'esistenza di effettive condizioni di concorrenzialità con soggetti privati nello svolgimento delle attività dell'ente pubblico, che consentano una sua equiparazione a questi ultimi.

⁶ Nella riflessione sulla soggettività delle società si include anche la posizione degli individui facenti attività di impresa: questo perché le norme che trattano gli uni e gli altri sono in buona misura le stesse (soprattutto in tema di disciplina degli investimenti esteri). E, d'altro canto, l'imprenditore in quanto tale non rileva come destinatario di specifiche norme di h.r. o di diritto penale internazionale.

⁷ Si usa qui l'espressione tradizionale di società (o impresa) multinazionale per riferirci a quelle società che, incardinate in uno stato, svolgono attività in altri stati, in particolare col supporto di società collegate. Più corretto sarebbe forse l'uso dell'aggettivo transnazionale (il primo rischia infatti di generare l'idea di una pluralità di stati di origine, mentre quest'ultimo richiama più esattamente la natura trasversale rispetto agli stati del fenomeno).

⁸ Spesso le ONG sono chiamate come osservatori sia nella fase di stesura di convenzioni internazionali in materia ambientale, sia, più raramente, durante le sessioni operative di organismi internazionali: cfr. P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge 2003, 113.

⁹ La questione si è posta tanto nel quadro del diritto dell'OMC, a partire dal celebre caso *Asbestos*, quanto negli arbitrati internazionali misti sugli investimenti (v. infra, Il 1). In questo tipo di procedimenti, specialmente quando essi vertevano su casi che toccavano anche temi di grande rilevanza pubblica (come ambiente e h.r.), si è avuto negli ultimi anni un riconoscimento pieno del ruolo delle ONG come amici curiae, con la possibilità di sottomettere documenti e rapporti liberamente utilizzabili e valutabili dal tribunale.



2) La supposta esistenza di obblighi internazionali di tutela a carico delle imprese: trattati di civil liability e modelli di enforcement.

Il diritto internazionale contemporaneo si caratterizza per l'elevato livello di cooperazione interstatale, e per la conseguente, progressiva previsione di limiti alla sovranità statale, in particolare in funzione della tutela di interessi e valori ritenuti particolarmente meritevoli dalla comunità internazionale, come ambiente e diritti umani. Spesso questa tutela si realizza anche attraverso discipline più restrittive delle attività economiche e commerciali. Inoltre, seguendo un filone più risalente, negli ultimi anni si è intensificata la produzione di norme tra stati aventi ad oggetto direttamente l'economia, segnatamente nel campo del commercio internazionale e degli investimenti diretti esteri.

Vi sono, quindi, sempre più casi di norme nazionali, variamente disciplinanti la produzione e lo scambio di beni e servizi, che hanno matrice internazionale, che sono cioè create sulla falsariga (e nell'ottemperanza) di una norma internazionale. Ciò si ripercuote, naturalmente, anche sul tessuto dei diritti e degli obblighi in capo agli operatori economici privati. Tuttavia, basarsi esclusivamente su questa premessa di base per affermare l'esistenza di obblighi internazionali in capo a società ed imprese, e quindi sostenere una loro certa soggettività giuridica internazionale, appare fuorviante. Senza l'emersione di elementi ulteriori, l'esistenza della norma internazionale appare, dal punto di vista della posizione giuridica dei privati, una mera occasio, e comunque un elemento esterno distinto dalla fonte interna degli obblighi a loro attribuiti¹⁰. Si potrebbe parlare di una matrice internazionale dell'obbligo del privato, ma non di una siffatta natura¹¹. Imprese e

¹⁰ Così anche quando la norma internazionale sia occasionalmente utilizzata dal giudice interno per interpretare la norma interna, al di fuori naturalmente delle ipotesi che seguono nel testo.

¹¹ Ad esempio, la Convenzione di Stoccolma del 2001 sugli inquinanti organici persistenti (POPs), prevede un fitto tessuto di obblighi per gli stati riguardanti il controllo e, spesso, il divieto di utilizzo di tali sostanze. Ora, è chiaro che l'ottemperanza di uno stato a tali obblighi internazionali si traduce nell'adozione di misure che prevedono a loro volta tutta una serie di obblighi e divieti per gli operatori economici. Tuttavia, nella norma internazionale non c'è menzione dei privati; soprattutto, essa né rileva per la genesi dell'obbligo e la sua delimitazione (potendo forse in taluni casi rilevare solo per l'interpretazione) né prevede, direttamente o indirettamente, meccanismi di enforcement sul piano internazionale (nel qual caso vi sarebbe una dimensione internazionale della responsabilità dell'impresa).

società, in tal caso, semplicemente appaiono destinatarie indirette (quindi, oggetto) delle regole internazionali¹².

Si notano però, nella prassi più recente, casi in cui i soggetti economici privati figurano direttamente in norme internazionali volte a tutelare interessi e valori fondamentali. In particolare, degni di analisi sono alcuni trattati multilaterali di tutela ambientale, dettati in tema di responsabilità civile (civil liability) per danni all'ambiente.

La Convenzione di Bruxelles del 1992 sulla responsabilità civile per danno da inquinamento petrolifero e quella di Lugano del 1993 sulla responsabilità civile per danni derivanti da attività pericolose per l'ambiente, contengono, come correttamente è stato notato¹³, un riferimento comune alla nozione di persona, al fine della disciplina della responsabilità: "Person" means any individual or partnership or any public or private body, whether corporate or not, including a State or any of its constituent subdivisions."¹⁴ (quindi con riferimento diretto anche alla figura della corporation). E infatti, in entrambe le Convenzioni, si trovano tutta una serie di disposizioni, di forma obbligatoria, che sono riferite direttamente al privato, piuttosto che vincolare lo stato a disciplinare attività private¹⁵. Un ragionamento analogo si può fare per il Protocollo su responsabilità e risarcimento adottato nell'ambito della Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo di movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi. Il suo art. 4.1 prevede che "The person who notifies in accordance with

¹² Lo stesso ragionamento sembra dover valere anche quando lo strumento internazionale, nel prevedere obblighi per lo stato, faccia menzione delle imprese quali attori potenzialmente in conflitto con i valori tutelati: così ad esempio la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW secondo l'acronimo inglese) impone agli stati membri di "take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise". Anche qui le imprese, pur nominate, restano mere destinatarie indirette della regola internazionale, in mancanza di elementi ulteriori (sul punto, diversamente, cfr. D. Weissbrodt e M. Kruger, *Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors*, in P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, cit., 315-351 (331).

¹³ D. Weissbrodt e M. Kruger, *Human Rights Responsibilities*, cit., 334.

¹⁴ Art 1 della Convenzione di Bruxelles; art. 2.6 della Convenzione di Lugano.

¹⁵ Così ad esempio la Convenzione del 1992 al suo art. 3.1 prevede che "... the owner of a ship at the time of an incident, or, where the incident consists of a series of occurrences, at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by the ship as a result of the incident." E nella Convenzione di Lugano parimenti si legge, all'art. 6, "The operator in respect of a dangerous activity mentioned under Article 2, paragraph 1, sub-paragraphs a to c shall be liable for the damage caused by the activity as a result of incidents at the time or during the period when he was exercising the control of that activity."

Article 6 of the Convention¹⁶, shall be liable for damage until the disposer has taken possession of the hazardous wastes and other wastes. Thereafter the disposer shall be liable for damage.”

Questi strumenti internazionali sembrano effettivamente collocarsi su un piano diverso rispetto all'ipotesi vista prima. In essi, appunto, si trovano disposizioni che determinano direttamente la condotta che deve essere seguita dal privato, senza riferimento all'attività di regolamentazione dello stato. Tuttavia, il destinatario ultimo delle convenzioni in questione resta sempre lo stato, che ha però il compito di adattarvi il proprio ordinamento secondo le previsioni ivi contenute¹⁷. Si può allora parlare, in casi siffatti, di obblighi internazionali per le imprese private? In assenza di ulteriori elementi ciò sembra problematico e conduce a temi generali molto complessi¹⁸; tuttavia, il riferimento diretto ai privati come destinatari di obblighi realizza uno scarto concettuale importante, con sicura rilevanza sul piano ermeneutico. In particolare, nel caso in cui l'ordinamento di uno stato recepisca integralmente, con un semplice rinvio al trattato internazionale¹⁹ e senza norme adattative ulteriori, disposizioni di esso che prevedono obblighi per le imprese, la loro interpretazione non potrà non tener conto della loro genesi nel trattato, il quale costituirà il vero contesto di riferimento per l'interprete.

A una più attenta lettura dei trattati suddetti, si trovano degli elementi ulteriori, che sembrano rafforzare la tesi della natura internazionale degli obblighi di tutela in capo all'impresa.

¹⁶ Ossia l'exporter o l'importer, i quali a loro volta possono essere “any natural or legal person” (art. 2 Basel Convention).

¹⁷ Normalmente si tratta delle cosiddette regole di diritto uniforme.

¹⁸ Si tratta di verificare soprattutto la modalità di adattamento del singolo diritto interno a quello internazionale, se cioè ciò avviene tramite un meccanismo di mero rinvio o richiamo (possibile per le norme c.d. self executing) o se avvenga tramite una formulazione giuridica autonoma che intenda ottemperare agli obblighi internazionali derivanti dal trattato. Solo nel primo caso sembrerebbe doversi parlare di una norma internazionale recepita e operante direttamente nell'ordinamento interno. Si dovrà comunque valutare se il giudice interno, nel caso concreto mostri di applicare la norma interna o quella internazionale. È una questione dibattuta, che, oltretutto, non appare da sola decisiva: come si vedrà, altri elementi specifici, desumibili dal testo e dalla prassi, appaiono di grande utilità per il tema qui affrontato.

¹⁹ Secondo il procedimento di adattamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio che si realizza tramite il c.d. ordine di esecuzione.



L'art. 5 della Convenzione di Lugano dispone che “The provisions of this chapter²⁰ shall apply to incidents occurring after the entry into force of the Convention in respect of a Party.” Se combiniamo questa disposizione con quella dell'articolo successivo²¹, se ne ricava che la responsabilità in capo al soggetto che pone in essere un'attività pericolosa per l'ambiente riguarda eventi accaduti a partire dall'entrata in vigore della Convenzione nello stato dell'incidente. Si tratta di un punto fondamentale. L'obbligo dell'imprenditore o della società di risarcire il danno non sorge al momento dell'adozione di norme interne di adattamento alla Convenzione, bensì già dal momento in cui la Convenzione comincia a produrre i suoi effetti. La fonte dell'obbligo di risarcimento in capo al privato è quindi uno strumento di diritto internazionale: siamo in presenza di un'ipotesi di responsabilità internazionale di operatori privati per danni all'ambiente.

Un ragionamento analogo vale per il Protocollo alla Convenzione di Basilea. “The Protocol shall not apply to damage that has arisen from a transboundary movement of hazardous wastes and other wastes that has commenced before the entry into force of the Protocol for the Contracting Party concerned.” (Art.3.6 a). Anche in questo caso il termine di riferimento per l'applicazione del protocollo (e quindi anche per le sue disposizioni in materia di responsabilità dei soggetti privati) è la sua entrata in vigore, e non il recepimento formale all'interno dell'ordinamento. Anche quando uno stato ponesse in essere, dopo la ratifica del protocollo (e la sua entrata in vigore), atti ulteriori che inglobassero lo strumento internazionale, il titolo della responsabilità del privato si troverebbe sempre nel Protocollo e a decorrere dal momento della sua entrata in vigore. Se poi uno Stato negasse ciò esplicitamente con atti successivi, si porrebbe in violazione dei suoi obblighi derivanti dal trattato ratificato.

²⁰ Chapter II on Liability.

²¹ “The operator in respect of a dangerous activity mentioned under Article 2, paragraph 1, sub-paragraphs a to c shall be liable for the damage caused by the activity as a result of incidents at the time or during the period when he was exercising the control of that activity.”



Possiamo ricavare, dagli esempi forniti, un modello di obblighi per le imprese derivanti dal diritto internazionale²². La norma internazionale fa esplicita menzione dei soggetti privati come destinatari di un obbligo di tutela e l'obbligo è formulato in modo tale da poter avere diretta applicabilità nel diritto interno, senza necessità di misure attuative ulteriori. Inoltre, si trova conferma della natura internazionale dell'obbligo dalla determinazione del *dies a quo* per la responsabilità del soggetto nell'entrata in vigore del trattato. Quest'ultimo elemento sgancia del tutto l'obbligo per l'impresa dal contesto nazionale in cui trova concreta applicazione (giudice interno ma anche altre autorità e pubblica amministrazione in generale).

Gli esempi appena forniti riguardano una tipologia specifica di accordi internazionali, quelli che prevedono un regime uniforme di responsabilità civile. Essi si prestano particolarmente al discorso qui sviluppato poiché mirano a implementare nei vari ordinamenti statali un modello normativo definito: quasi naturalmente non richiedono (se non addirittura rifiutano) norme ulteriori di adattamento da parte dello stato. I vari obblighi previsti per le imprese si incastonano così nel tessuto normativo dei vari stati, mantenendo la natura e l'origine di obblighi internazionali.

Lo stesso ragionamento, però, appare più difficile per la stragrande maggioranza di accordi internazionali di tutela dell'ambiente e affermazione dei diritti umani, nei quali le norme, come accennato, prevedono obblighi, anche stringenti, destinati agli stati. Anche quando esse prospettino limiti di vario genere riguardo all'esercizio delle attività di impresa, attribuiscono comunque allo stato, nella procedura attuativa del trattato, la concreta determinazione delle misure più idonee a conseguire l'obiettivo richiesto²³. La discrezionalità dello stato nel definire e modulare gli obblighi di tutela

²² Un modello analogo di disciplina, pur dotato di minore incisività, si trova in tema di responsabilità civile per danno nucleare, con le Convenzioni di Parigi del 1960 e Vienna del 1963, variamente modificate (cfr. P. Sands, op. cit., 905-12). Tra i punti controversi vi è la non risarcibilità del danno puramente ambientale e di quello occorso in aree al di là della giurisdizione degli stati.

²³ Questo sembra, ad esempio, il caso della Convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, che pur secondo alcuni autori crea obblighi direttamente per gruppi e individui. L'art. 2.1, d) prevede che "Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization". Il grado di discrezionalità dello stato sembra troppo elevato perché si possa dire che la convenzione crea obblighi in capo a soggetti privati. Il ragionamento è estendibile alla stragrande maggioranza di trattati a tutela dell'ambiente e dei diritti umani.



per i soggetti economici privati sembra impedire alla radice la caratterizzazione di siffatti obblighi come internazionali.

Il discorso cambierebbe tuttavia qualora, pur nel contesto di norme che lasciano agli stati la libertà di determinare limiti e vincoli all'attività d'impresa, i trattati ponessero in essere meccanismi di controllo e di coinvolgimento nei loro confronti. Si tratta di ipotesi che sono ancora poco praticate sul piano internazionale e che potrebbero costituire forme importanti di innovazione, nel futuro, in tema di responsabilità giuridica internazionale delle imprese per la tutela di non economic values.

La prassi internazionale offre alcuni casi che possono fungere da modello in tal senso. Proprio in collegamento con la Convenzione sulla responsabilità civile per danno da inquinamento petrolifero è stata adottata, sempre nel 1992, un'altra convenzione internazionale avente ad oggetto la costituzione di un Fondo Internazionale per il risarcimento del danno da inquinamento petrolifero. Lo scopo del Fondo è quello di risarcire le vittime per i danni per i quali esse non abbiano ottenuto risarcimento secondo le norme della suddetta Convenzione sulla responsabilità civile. Il Fondo ha natura di organizzazione internazionale: è infatti strutturato internamente con un'assemblea e un segretariato presieduto da un direttore e dell'assemblea fanno parte rappresentanti di tutti gli stati membri. Come è tipico di un'organizzazione internazionale, esso ha personalità giuridica, in particolare nell'ordinamento di ciascuno degli stati membri per le funzioni che gli sono attribuite.

Vi sono due aspetti del funzionamento del Fondo che coinvolgono direttamente le imprese del settore. Il Fondo si sostiene sulla base di contributi che sono versati ad esso obbligatoriamente da operatori privati che abbiano trattato, nell'anno solare, più di 150.000 tonnellate di petrolio²⁴. Le imprese private, che viste le cifre avranno quasi sempre carattere multinazionale, hanno dunque un vero e proprio obbligo giuridico nei confronti di un'organizzazione internazionale. In questo caso, non solo

²⁴ Art. 10 "Annual contributions to the Fund shall be made in respect of each Contracting State by any person who, in the calendar year referred to in Article 12, paragraph 2(a) or (b), has received in total quantities exceeding 150,000 tons:

(a) in the ports or terminal installations in the territory of that State contributing oil carried by sea to such ports or terminal installations [...]"



l'obbligo per l'impresa ha natura internazionale perché è previsto direttamente e operativamente da un trattato, ma esso è rivolto proprio ad un soggetto di diritto internazionale quale il Fondo. Si realizza così una forma di responsabilità internazionale, per le grandi imprese internazionali che commercializzano petrolio, che si svolge secondo modalità che assomigliano al modello assicurativo: ciascuna paga una cifra annuale in ragione dell'alto rischio di inquinamento marino posto in essere dalla sua attività.

Inoltre, il Fondo ha il diritto di surroga nei crediti vantati, dalle persone che ha indennizzato, nei confronti dei soggetti economici responsabili del danno ambientale²⁵: anche in questa forma si ha lo schema di un obbligo di un soggetto privato nei confronti del Fondo e in questo caso proprio per la responsabilità diretta del danno ambientale causato²⁶.

Il modello di gestione proposto dal fondo sembra esportabile ad altri settori delle attività economiche caratterizzati da elevati rischi di danni per l'ambiente e la salute umana²⁷. Esso rappresenta, più in generale, una forma di enforcement internazionale della responsabilità del privato in caso di lesione di beni ambientali e di diritti fondamentali tutelati da norme internazionali. L'istituzione di nuove forme di enforcement di questo tipo, in settori determinati e con regole di condotta condivise, rappresenterebbe un modo incisivo per influire sulla condotta delle imprese in funzione della tutela di valori non economici fondamentali. Ciò potrebbe avvenire tanto attraverso enti specifici (come il Fondo) quanto tramite organi appartenenti ad organizzazioni internazionali o istituiti dalla conferenza delle parti di un trattato

²⁵ Art. 9 The Fund shall, in respect of any amount of compensation for pollution damage paid by the Fund in accordance with Article 4, paragraph 1, of this Convention, acquire by subrogation the rights that the person so compensated may enjoy under the 1992 Liability Convention against the owner or his guarantor.

²⁶ È interessante notare come il Fondo partecipi direttamente in procedimenti giudiziari presso gli stati membri, normalmente quando vi sia una controversia tra la richiesta di risarcimento e la somma che il Fondo è disposto a dare. Ciò mostra come spesso il giudice interno sia chiamato ad applicare direttamente un trattato (qui, la convenzione istitutiva del Fondo), nel solco degli argomenti qui sostenuti. Per alcune controversie che hanno visto coinvolto il Fondo (che negava la risarcibilità del danno ambientale oltre i danni direttamente quantificabili) v. P. Sands, op. cit., 918-22.

²⁷ Un meccanismo solo apparentemente simile si ha in tema di responsabilità civile per danno nucleare: negli strumenti internazionali di diritto uniforme (supra nota 22) si prevedono meccanismi di risarcimento al di là della somma pagata dal privato, ma essi si basano sulla contribuzione degli stati secondo criteri di proporzionalità e senza la creazione di un organismo di gestione internazionale.



multilaterale. Inoltre, l'attività di controllo e di intervento sulla condotta delle imprese non dovrebbe necessariamente fondarsi su obblighi internazionali del tipo di quelli di diritto uniforme visti in precedenza. Gli stati parte di un trattato ambientale potrebbero, ad esempio, prevedere che un organo ad hoc abbia compiti di controllo e reporting sul rispetto degli obblighi delle imprese previsti da norme interne che attuano il trattato di riferimento. In tal modo, questi obblighi interni assumerebbero una piena dimensione internazionale, e una tale gestione collegiale potrebbe favorire un'armonizzazione delle discipline nazionali riguardanti la responsabilità delle imprese.

3) Diritto internazionale degli investimenti e responsabilità delle imprese multinazionali.

L'analisi sin qui svolta, con la ricognizione e la proposizione di diversi modelli di responsabilità giuridica delle imprese sul piano sociale, si è sviluppata con riferimento a strumenti internazionali di tutela di valori non strettamente economici, come l'ambiente e i diritti umani. In questi casi le forme di responsabilità per le imprese – esistenti o prospettate – sono coerenti con le finalità principali degli strumenti giuridici considerati. Tuttavia, la questione della responsabilità dei soggetti economici privati riguardo al rispetto di interessi fondamentali si colloca anche nei contesti giuridici internazionali che promuovono e disciplinano la liberalizzazione degli scambi e dei servizi e la protezione dei diritti patrimoniali delle imprese. Il diritto internazionale dell'economia ha infatti notevolmente accresciuto la propria portata e influenza negli ultimi venti anni, nei suoi tre principali settori – commercio, investimenti, finanza – e in corrispondenza di questo notevolissimo sviluppo si sono sempre più palesate questioni di coordinamento, se non proprio di conflitto, con altre aree giuridiche, come quelle della protezione dell'ambiente e della tutela degli human rights. Tali questioni sono uno dei temi oggi più dibattuti nello studio e nella pratica del diritto internazionale dell'economia.



Il problema si caratterizza diversamente a seconda dei settori interessati. Il rapporto commercio-ambiente e commercio-diritti umani, nel contesto del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), è stato al centro di svariate controversie e di innumerevoli studi. Il punto fondamentale, per quello che qui interessa, è che il diritto OMC non dà praticamente rilevanza autonoma ai privati: il tessuto di diritti ed obblighi riguarda solo gli stati, mentre le imprese sono mere destinatarie indirette di essi²⁸. Anche quando si tratta di conciliare liberalizzazione degli scambi e tutela di non-trade issues sono gli stati ad essere coinvolti. Nell'ambito della cooperazione in ambito finanziario e monetario, è la Banca Mondiale (BM), più che il Fondo Monetario Internazionale (FMI), ad occuparsi di questioni non strettamente economiche. Ciò avviene proprio in rapporto a soggetti privati, normalmente con l'inclusione di condizioni e requisiti di tutela negli strumenti finanziari negoziati. In questo caso si hanno sì degli obblighi giuridici di tutela sociale per i privati, ma essi trovano la loro fonte in strumenti volontari, che devono essere previamente accettati dalle imprese stesse. Si tratta di una zona di confine tra il tipo di responsabilità qui indagata e quella cosiddetta 'sociale' – tra hard e soft law – su cui un'analisi autonoma si impone, al di là di questo contributo.

Il diritto internazionale degli investimenti si è invece sviluppato secondo linee che hanno attribuito ai privati un ruolo centrale come soggetti giuridici e titolari di obblighi. Ne si delineano in estrema sintesi i tratti salienti.

La migliore immagine del diritto internazionale degli investimenti è quella di un patchwork²⁹, di uno zibaldone giuridico. Non vi sono organizzazioni internazionali che svolgono un ruolo centrale, come avviene rispettivamente per l'OMC e per FMI/WB. Non vi è neppure uno strumento internazionale che disciplini in modo unitario la materia. Vi è, viceversa, un coacervo di trattati bilaterali sugli investimenti (BITs, secondo l'acronimo inglese), di accordi di libero scambio (FTAs) con sezioni ad hoc, di concorrenti strumenti di soluzione delle controversie, inquadrati in un tessuto, limitato ma rilevante, di regole consuetudinarie. Tuttavia, si parla comunemente del

²⁸ Un ragionamento in parte diverso vale per l'accordo in materia di proprietà intellettuale (TRIPs Agreement).

²⁹ D. Carreau, *Investissements*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit international, Tome II*, p. 3, Paris 1998.



diritto internazionale degli investimenti, di un fenomeno riconducibile ad unità quindi. Ciò per due ragioni fondamentali, al di là del ruolo unificante svolto dalle regole generali: da un lato, si riscontrano, negli innumerevoli BITs e nei FTAs, fortissimi elementi di comunanza strutturale³⁰ e, spesso, di identità di disciplina; dall'altro, la copiosa attività giurisprudenziale dei tribunali arbitrali tende ad affermare canoni comuni, richiamandosi vicendevolmente e creando talora fenomeni di diritto pretorio.

È proprio nella fase di risoluzione delle controversie che i privati giocano un ruolo fondamentale³¹. Nei BITs e nei FTAs si trova comunemente una clausola che prevede il diritto, per gli investitori di uno stato membro, di adire un tribunale arbitrale internazionale qualora un altro stato, dove si trova la loro attività economica, abbia violato norme del trattato a tutela degli investimenti³². Si noti l'elemento di complessità costituito dall'esistenza di un diritto spettante all'investitore in un contesto giuridico – il trattato internazionale – che vede gli stati unici protagonisti.

Nelle numerose controversie privato-stato risolte dai tribunali arbitrali negli ultimi anni, una parte rilevante ha riguardato casi in cui i diritti dell'investitore si sono posti, almeno dal punto di vista dello stato, in contrasto con istanze di tutela della salute e di diritti fondamentali. Ad esempio, una società americana si è vista espropriare una grossa proprietà in Costa Rica per realizzarvi un parco (in luogo del complesso turistico progettato che minacciava la biodiversità) e la controversia si è incentrata sull'ammontare dell'indennizzo. Oppure, uno stato messicano non ha rinnovato il permesso per una grossa discarica gestita da un investitore straniero, in ragione di

³⁰ Ad esempio, in pressoché tutti i quasi 3.000 BITs oggi esistenti vi è una clausola che disciplina l'espropriazione, una che stabilisce l'obbligo dello stato di offrire un trattamento giusto ed equo, una che afferma il principio di non discriminazione, una che prevede il ricorso all'arbitrato per i privati.

³¹ Si noti che il concetto di investitore non coincide del tutto con quello di soggetto economico privato (impresa, società commerciale) visto sinora. Il diritto internazionale tutela solo gli investitori stranieri che operano in un determinato stato, ma non quelli nazionali (la ratio delle norme infatti corrisponde a quella della tradizionale protezione diplomatica). Si tratta comunque di una porzione ampia di fenomeno e ci rientrano in pieno gli attori più problematici dal punto di vista sociale e ambientale, ossia le imprese multinazionali. Nello stesso tempo, la nozione di investitore proposta dai BITs è spesso molto ampia e finisce per ricomprendere anche semplici forme di proprietà privata all'estero, in ciò esulando dalla presente analisi: cfr. R. Dolzer e C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, p. 46 ss. Tuttavia, tutte le controversie in materia di investimenti che hanno interessato l'ambiente e i diritti fondamentali hanno sempre visto come protagonisti privati soggetti che svolgevano attività imprenditoriali.

³² Nell'ultimo decennio le controversie privato-stato presso i tribunali arbitrali sono aumentate vertiginosamente, in parallelo con l'aumento notevole dei flussi di investimenti esteri e dei trattati a tutela degli investimenti.



timori per la salute degli abitanti, e l'investitore ha invocato la violazione della regola del trattamento giusto ed equo prevista dall'Accordo Nordamericano di Libero Scambio (NAFTA). O ancora, la città di Vilnius ha negato l'autorizzazione ad un parcheggio nel centro storico per ragioni di tutela del patrimonio culturale, sollevando le censure dell'investitore richiedente, che ha prospettato una violazione del principio di non discriminazione perché un'analogha autorizzazione era stata concessa per un parcheggio in periferia³³.

Il punto fondamentale è che nel diritto internazionale degli investimenti le istanze di tutela di valori non economici non rilevano direttamente: il difficile punto di equilibrio sta nel rispettare la tutela dei diritti degli investitori senza ledere fondamentali prerogative sovrane dello stato. La tutela di ambiente e diritti umani, in altre parole, si pone per così dire, al negativo, come limite ai diritti attribuiti agli investitori. Questo carattere ne implica un altro, decisivo: gli investitori stranieri vantano diritti nei confronti dello stato ma non hanno formalmente obblighi e non possono quindi essere chiamati davanti a tali tribunali per rispondere delle loro condotte, neanche attraverso domande riconvenzionali (counterclaims).

Nel contesto normativo vigente del diritto degli investimenti esteri, ragionare di responsabilità delle imprese (straniere) potrebbe allora apparire vano. Tuttavia, già il fatto stesso che le istanze di tutela ambientale e dei diritti umani possano essere fatte valere dallo stato come eccezione (defence) rispetto alle pretese degli investitori può tradursi in una forma di responsabilità giuridica nei loro confronti. In un recente caso³⁴, un tribunale arbitrale ha negato qualsiasi indennizzo a una società canadese che lamentava un'espropriazione indiretta del suo investimento, a seguito di una misura interna di salute pubblica che lo aveva di fatto vanificato³⁵. Il risultato è stato

³³ Si tratta di tre casi verificati nella prassi dei tribunali arbitrali ICSID: per una loro disamina sistematica cfr. S. Di Benedetto, *Le rôle des tribunaux CIRDI au regard de la mise en œuvre de la protection de l'environnement*, in S. Maljean-Dubois e L. Rajamani (eds.), *La mise en œuvre du droit de l'environnement*, Académie de Droit International de la Haye, 2011.

³⁴ *Methanex Corporation vs. USA*, Uncitral Tribunal, Final Award, 3 agosto 2005.

³⁵ Nel caso in questione, lo stato della California aveva adottato una misura che riduceva notevolmente l'uso di un additivo della benzina, l'MTBE, sulla base di un significativo rischio di contaminazione delle falde acquifere. La società canadese ('Methanex') era il più grande produttore mondiale di metanolo, un componente fondamentale del MTBE, ed aveva stabilimenti collocati nel territorio statunitense. Methanex sostenne che tali provvedimenti configuravano un'ipotesi di espropriazione indiretta, come prevista dall'art. 1110 del NAFTA e che, tuttavia, non aveva ricevuto



che, sotto forma di blocco delle attività e di mancato ottenimento del risarcimento, l'impresa che metteva a rischio l'ambiente ne ha pagato i costi, anche sul piano del diritto internazionale degli investimenti e a seguito di una decisione vincolante.

Il caso descritto rappresenta un'avanguardia nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali, che spesso sono restii ad integrare le istanze di tutela ambientale e sociale nell'interpretazione dei BITs e dei FTAs. Tuttavia, in casi ancor più controversi, la recezione delle istanze di tutela nelle decisioni, e quindi l'affermazione di una forma di responsabilità giuridica delle imprese, può passare anche attraverso la modalità di determinazione dell'indennizzo all'investitore. Si pensi al caso visto prima dell'espropriazione di una grossa proprietà per farne un parco ed evitare che il progetto di villaggio turistico distrugga l'ambiente. In tal caso sembra difficile negare alla radice il pagamento della *compensation*, esistendo un vero e proprio trasferimento coattivo della proprietà. Quello che un giudice potrebbe fare, con prassi innovativa, sarebbe di interpretare le norme sul calcolo della *compensation* alla luce delle istanze di tutela ambientale e del principio chi inquina paga. Il valore del bene espropriato non andrebbe calcolato alla luce della classica regola commerciale del *fair market value*, attribuendo ad esso il semplice valore di mercato al momento dell'espropriazione. Si dovrebbe tener conto che tale valore è gonfiato dall'esistenza di un progetto – il villaggio turistico – che lede un valore fondamentale tutelato a livello internazionale, quello della biodiversità. L'indennizzo andrebbe allora calcolato al netto dei costi ambientali passati e potenziali del bene. In tal modo vi sarebbe una forma di responsabilità giuridica dell'impresa sotto forma di decurtazione del valore del bene, senza peraltro negare in assoluto la *compensation*³⁶.

Attualmente, come si è visto, la via per affermare nel diritto internazionale una forma di responsabilità dell'investitore straniero sul piano sociale è quella di integrare le istanze di tutela dell'ambiente e dei diritti umani nell'interpretazione dei trattati in

l'indennizzo dovuto. Gli USA si difesero negando la natura espropriatoria dei provvedimenti. Il tribunale ha dato ragione allo stato affermando – con costruzione pretoria – che nel caso di c.d. regulatory expropriation (ossia espropriazioni indirette dovute a misure di carattere generale) l'indennizzo non era dovuto.

³⁶ Per un articolato sviluppo di questa opinione, sulla base di diversi argomenti interpretativi, v. S. Di Benedetto, *The Standards of Compensation for Foreign Investment Expropriations in International Law: Internalizing Environmental Costs?*, in *Select Proceedings of the European Society of International Law* (a cura di H. Ruiz Fabri, R. Wolfrum and J. Gogolin), Hart Publishing 2010.



materia di investimenti. Tuttavia è stata di recente proposta da alcuni autori una possibile innovazione nelle modalità di risoluzione delle controversie presso i tribunali arbitrali misti: la possibilità dello stato di operare delle *counterclaims* nei confronti dell'investitore, di fare cioè valere nei loro confronti la violazione di regole fondamentali di tutela di diritti fondamentali, chiedendo un risarcimento³⁷.

La mancata previsione di domande contro l'investitore nei tribunali arbitrali ha una sua logica: lo stato può prevedere e far valere obblighi nei confronti dell'investitore col suo diritto interno, secondo le regole che egli sovranamente detta. Il diritto internazionale degli investimenti servirebbe appunto a bilanciare ciò, prevedendo un nucleo forte di diritti pro investitore tutelati con meccanismi effettivi di tipo giurisdizionale. Tuttavia, l'argomento più forte a supporto di tale proposta è che essa riequilibrerebbe uno schema processuale del tutto atipico, dove una parte vanta diritti e non ha doveri. E ciò in un contesto nel quale l'impresa straniera, quasi sempre multinazionale, ha spesso un potere politico che travalica quello propriamente economico. Inoltre, ciò permetterebbe di estendere direttamente la portata giurisdizionale dei tribunali arbitrali su temi – ambiente e human rights – che di fatto già si trova a dover affrontare. Infine, in caso di gravi danni procurati nello stato ospite, col meccanismo del counterclaim lo stato potrebbe rivalersi non solo sui beni della società controllata nel suo territorio – come può aver già fatto – ma anche sui beni della società madre, realizzandosi così una piena forma di responsabilità patrimoniale dell'impresa per lesioni di diritti ed interessi fondamentali.

4) Prospettive evolutive di responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto internazionale.

Un settore del diritto internazionale che sembra offrire prospettive innovative per la realizzazione di forme giuridiche di responsabilità sociale delle imprese è poi il

³⁷ Sul punto cfr. H. Hellio, L'état, un justiciable de second ordre? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers, in RGDIP 2009, 589-620.



diritto penale internazionale (international criminal law). Il tema della responsabilità penale delle persone giuridiche è estremamente complesso, implicando riflessioni che concernono in primis la teoria e la comparazione giuridiche in ambito penalistico. Basti dire che solo in alcuni ordinamenti si concepisce la possibilità di sanzioni penali riguardanti le persone giuridiche³⁸. Tuttavia, in casi di gravi violazioni di norme a tutela di valori fondamentali, o per taluni specifici tipi di reato (come quelli specificamente riguardanti condotte nell'ambito delle relazioni economiche) la responsabilità delle società commerciali avrebbe un impatto forte per la tutela dei beni lesi. Si pensi solo al fatto che, se si limitassero a rispondere di reati solo gli amministratori o i rappresentanti della società, essa resterebbe indenne dalle conseguenze giuridiche di fatti anche molto gravi.

Su questo punto si è avuta recentemente una fondamentale novità: la Convenzione OCSE del 1997 in materia di corruzione dei pubblici ufficiali stranieri in transazioni ("transactions") commerciali internazionali. Il tema è solo apparentemente eccentrico rispetto alla responsabilità delle imprese sul piano sociale. Infatti, molti fenomeni corruttivi si traducono nella mancata vigilanza dei pubblici ufficiali su condotte lesive di interessi fondamentali sul piano sociale e dei diritti umani. Si pensi a dazioni di denaro finalizzate a consentire violazioni di norme fondamentali sul lavoro o sulla tutela dell'ambiente; o volte a realizzare frodi fiscali danneggiando il pubblico erario. Insomma, il disvalore del fenomeno corruttivo non si limita all'alterazione delle procedure amministrative, ma si estende al risultato illecito ulteriore che si cerca di ottenere con esso.

La Convenzione OCSE, che è entrata in vigore nel 1999, anche con la ratifica di stati non membri, si limita a disciplinare la dimensione internazionale del fenomeno, ossia i casi in cui la nazionalità del corruttore sia diversa da quello del funzionario e l'operazione commerciale abbia elementi di estraneità. Si tratta comunque di una parte rilevante del fenomeno corruttivo in generale e riguarda in particolare molti dei

³⁸ Vi sono due piani di rilevanza per le persone giuridiche: rispondere a livello di responsabilità civile dei reati commessi da amministratori, rappresentanti o dipendenti; rispondere direttamente del reato e soggiacere a pene direttamente riguardanti l'ente, come la sospensione dell'attività, confisca dei beni, divieto di contrarre con la pubblica amministrazione. In questo secondo caso si parla propriamente di responsabilità penale delle persone giuridiche.



casi più rilevanti a livello di impatto sociale ed economico (viste le dimensioni internazionali). Ora, la Convenzione prevede, al suo articolo 2, la responsabilità delle persone giuridiche. “Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official.” Pur se tale norma non appare di carattere self executing, essa ha comunque un’importanza fondamentale nella materia discussa, aprendo le porte alla responsabilità penale delle imprese multinazionali che operano nei vari paesi del mondo.

La Convenzione OCSE, inoltre, può svolgere un ruolo precursore per l’ampliamento delle ipotesi di responsabilità penale delle imprese (multinazionali e non). Vi sono infatti, nel diritto internazionale penale vigente, diverse fattispecie che sono potenzialmente riferibili anche a una dimensione di impresa. Nel Trattato di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale si trovano elencati i crimini di competenza della Corte: genocidio, crimini contro l’umanità, crimini di guerra, aggressione³⁹. Tali crimini riguardano principalmente situazioni di belligeranza o comunque di forte conflitto sociale, esulando quindi dal campo di azione tipico delle imprese e delle società commerciali. Anche quando determinate imprese fossero coinvolte in alcuni di questi crimini, si tratterebbe normalmente di un’azione inquadrabile in un contesto politico più generale ed imputabile quindi in primis ai soggetti e ai gruppi operanti in quel contesto⁴⁰.

Vi possono però essere dei casi in cui alcuni crimini, in particolare taluni di quelli contro l’umanità (e, in casi molto rari fattispecie, di genocidio), sarebbero astrattamente imputabili a una impresa, realizzati cioè nel perseguimento di un fine direttamente riconducibile a un suo interesse o a una sua strategia. Ciò potrebbe verificarsi quando l’impresa controlli in modo autonomo un determinato spazio e le persone che vi vivono o vi operano.

³⁹ Per una disamina delle varie fattispecie v. A. Cassese, *International Criminal Law*, 2° ed., Oxford 2008.

⁴⁰ Si potrebbe comunque pensare a ipotesi di corresponsabilità delle imprese: si pensi al caso di imprese che compiano costanti “atti inumani ... commessi nel contesto di un regime istituzionalizzato di oppressione sistematica o di dominazione da parte di un gruppo razziale su un altro” (così la definizione di apartheid come fattispecie di crimine contro l’umanità ex art. 7 del Trattato di Roma).



L'art. 7.1 dello Statuto prevede un elenco di atti il cui compimento integra appunto un crimine contro l'umanità. La condizione perché ciò avvenga è che l'atto sia commesso "nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili"⁴¹. Nel successivo paragrafo 2 si precisa che l'attacco contro le popolazioni civili di cui al primo paragrafo si ha quando gli atti sono reiterati e "in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una Organizzazione". L'espressione 'organizzazione' è molto ampia e si presta a ricomprendervi anche società commerciali, in particolare quelle con un'elevata articolazione interna. Più problematica è la caratterizzazione del disegno come politico. Se passasse l'idea innovativa della responsabilità penale internazionale anche delle imprese, si potrebbe semplicemente eliminare tale aggettivazione. Comunque, in determinati casi, come si dirà, anche l'azione di un'impresa, specialmente operante a largo raggio, può perseguire un disegno politico.

Veniamo alle fattispecie. L'art. 7.1 prevede, tra gli atti che integrano un crimine contro l'umanità, la "riduzione in schiavitù" (lett. c) e "l'imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali del diritto internazionale" (lett. e). Si pensi ora al caso di un'impresa manifatturiera, di larghe dimensioni, operante in un paese con una debole protezione dei diritti fondamentali, che utilizzi quotidianamente lavoratori contro la loro volontà e con forme di coartazione fisica. Si potrebbero integrare in tal caso gli estremi per configurare l'ipotesi di cui alla fattispecie e); anche la condizione del 'disegno' sarebbe integrata, visto che si tratterebbe di una pratica costante volta a realizzare una strategia di ottimizzazione del rendimento dell'impresa. In casi estremi, in cui l'impresa controlli fisicamente un'ampia porzione di territorio, per esempio nel settore agricolo, essa potrebbe arrivare a realizzare anche forme di schiavitù.

Anche la fattispecie prevista dalla lett. g) – persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale etc. – potrebbe applicarsi a una condotta di un'impresa. Qualora un'impresa perseguitasse sistematicamente i lavoratori appartenenti a un sindacato o a un partito politico a causa di tale militanza, privandoli "dei diritti fondamentali in

⁴¹ Parte iniziale dell'art. 7.1.



violazione del diritto internazionale” (per esempio imprigionandoli, percuotendoli, ledendo la loro dignità di esseri umani), ben si integrerebbe la fattispecie descritta. E in questo caso anche la condizione del disegno politico si realizzerebbe in sé (senza bisogno di superare l’aggettivazione), poiché la natura della persecuzione avrebbe una natura eminentemente politica.

Infine, la lett. k) dell’art. 7.1 prevede una clausola aperta (“altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale”) che si potrebbe applicare anche alla condotta delle imprese secondo ipotesi e ragionamenti analoghi a quelli svolti in precedenza.

Se la tipologia di crimini contro l’umanità sembra poter riguardare astrattamente, in diverse ipotesi, le condotte riferibili a un’impresa, anche per il genocidio, in casi rari ma possibili, si potrebbe seguire un approccio analogo. Ai sensi dello Statuto, il crimine di genocidio si articola in una tipologia di atti gravissimi (tra cui uccisioni, gravi lesioni psicofisiche, impedimento delle nascite) “commessi nell’intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso”. Si pensi ora al caso di una grande impresa che controlli un vasto territorio, su cui insiste, o che si trova a contatto con, una popolazione autonoma per lingua, cultura, etnia. Un esempio tipico sarebbe quello di una popolazione di nativi di un territorio rimasta isolata dalle popolazioni che sono il risultato di immigrazioni successive.

Supponiamo che l’impresa abbia interesse a sfruttare economicamente il territorio in questione, magari anche oltre la sua proprietà, cambiando in modo radicale la fisionomia del territorio dove vive la popolazione autoctona (per esempio abbattendo la foresta originaria per praticare l’allevamento) e che questa popolazione si ribelli a ciò, invocando il diritto ad abitare le proprie terre ancestrali. Se l’impresa in questione cercasse di eliminare in tutto o in parte quella popolazione per ‘risolvere il problema’, con omicidi mirati, sistematici pestaggi, schiavitù, ecco che si configurerebbe una chiara ipotesi di genocidio. Oltre a perseguire i responsabili individuali, materiali e morali, di tale efferatezza, sarebbe importante poter colpire anche la società in quanto tale, limitandone l’attività, se necessario confiscandola,



senza il paravento della responsabilità solo individuale e, al massimo, il rischio di dover pagare un risarcimento.

Tutti gli esempi fatti sinora non sono solo astratte congetture, ma poggiano purtroppo su vicende che spesso sono all'ordine del giorno in diverse realtà del mondo, in particolare nei paesi in via di sviluppo e in quelli emergenti. Dopo la Convenzione OCSE, si può immaginare una evoluzione del diritto penale internazionale, magari emendando lo Statuto della Corte, che permetta di perseguire anche le persone giuridiche, e segnatamente le imprese e le società commerciali: si tratterebbe di un passo avanti fondamentale per la tutela effettiva dei diritti fondamentali delle persone e della loro dignità.



A ÁGUA EM SUA DIMENSÃO PÚBLICA (REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL, REGIONAL E NACIONAL) E PRIVADA (A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS). O CASO DO PROGRAMA CULTIVANDO ÁGUA BOA DA ITAIPU BINACIONAL

Tatyana Scheila Friedrich – Doutora, Professora de Direito Internacional da UFPR

Nelton Miguel Friedrich – Advogado, Diretor de Coordenação da Itaipu Binacional e coordenador do Programa Cultivando Água Boa

ABORDAGEM DA ÁGUA E SEU ACESSO

Na categoria de Direitos Fundamentais encontram-se os postulados necessários para a garantia da dignidade humana, congregando os valores mais elementares do sistema jurídico a que o ser humano pertence, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo do Estado, somados aos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais a que seu Estado se vinculou.

Nesse sentido, não há como desvincular o acesso à água do sentido de direito fundamental, uma vez que se trata de necessidade básica do ser humano, imprescindível a sua sobrevivência.

Em conseqüência, a água, em si, é geralmente considerada como bem de interesse público, por seu caráter coletivo e sua abrangência *erga omnes*. Qualquer limitação nesse sentido deve justificar-se no interesse comum.

Entretanto, há ainda o entendimento da água como um bem econômico que deve ser negociado, gerando a cobrança pelo seu acesso. Isso se justificaria por gerar maior conscientização para o tema da água, ressaltando sua importância para a sobrevivência humana e das demais espécies, seu caráter de recurso natural



findável e escasso, que deve ser utilizado com parcimônia e racionalidade. Possuindo um valor econômico, tornar-se-ia então numa mercadoria negociável, de caráter pecuniário, cuja utilização requer o estabelecimento de um preço. Só que, nesse caso, a possibilidade de pagamento do preço passa a separar os que têm e os que não têm acesso a tal bem.

A opção por uma ou outra abordagem depende de questões filosóficas e ideológicas de cada país e de sua legislação interna, além da influência da regulamentação regional e internacional.

A REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE ÁGUA.

A água faz parte do território do Estado em que se encontra, prevalecendo o princípio da soberania do Estado sobre os recursos naturais que se encontram sobre seu território. Assim, cada país estabelece normas internas sobre seu acesso e aproveitamento.

A regulamentação internacional resta, portanto, limitada. De um modo geral, o que se percebe em termos de legislação internacional sobre o tema da água é a proliferação de tratados regionais para estabelecimento de regras para o uso compartilhado de fontes comuns de água, entre dois ou mais países. E os textos de tais acordos variam conforme as características muito próprias de cada região.

A sociedade internacional ainda carece de regras universais gerais sobre o tema. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Utilizações dos Cursos d'Água Internacionais para fins Distintos da Navegação, foi adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 21 de maio de 1997, exatamente para suprir tal lacuna. Entretanto, tal convenção ainda não conseguiu o número mínimo de ratificações estatais, necessário para entrar em vigor internacionalmente. Em 1º. de agosto de 2011,



havia 24 Estados Partes na Convenção e mais 5 Estados que a assinaram mas não a ratificaram. O Brasil nem sequer a assinou.¹

Tal Convenção adota os princípios da utilização e participação equitativas e razoáveis, Obrigação de não causar danos sensíveis, Obrigação geral do cooperar, Intercâmbio regular de dados e informação, Obrigação de informação e notificação de medidas projetadas que possam causar efeito prejudicial. Ainda prevê as obrigações de proteger e preservar individual ou conjuntamente, fazendo prevenção, redução e controle da contaminação, impedindo a introdução de espécies estranhas ou novas no ecossistema do curso d'água e, por fim realizando o planejamento e a regulação do uso compartilhado.

Na Europa, existe a Convenção sobre a Proteção e o Uso dos Cursos D'água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, celebrada em Helsinque, em 1992, a partir dos trabalhos do Comitê Economicosocial da ONU (ECOSOC), através da Comissão das Nações Unidas para a Europa.

No processo de integração regional, a União Européia já expediu mais de 600 atos relativos ao meio ambiente, dentre os quais aparece, especificamente sobre a água, a Diretiva 2000/60/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 23/10/2000, que estabelece "Um Quadro de Ação Comunitária no Domínio da Política da Água", com posteriores modificações.²

Na América Latina, envolvendo o Brasil, destaca-se, ao sul, o Tratado da Bacia do Prata (Brasília, 23/04/1969); a Convenção que constituiu um Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata - Fonplata (Buenos Aires, 12/06/1974); e o Acordo Tripartite de Cooperação Técnica e Operacional entre Itaipu e corpus (Argentina, Brasil e Paraguai, Ciudad Presidente Stroessner/Ciudad del Este, 19/10/1979). Ao norte, foi celebrado em 1978 o Tratado de Cooperação Amazônica. Em todo o continente, inúmeros são os Tratados Bilaterais, como já explicado.

¹ Disponível em http://internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/watercourse_status.html. Acesso em 06/10/2011.

² Disponível em http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm. Acesso em 7/10/2011.



O Mercosul, por ser um processo de integração regional ainda no estágio de União Aduaneira, longe de ser um Mercado Comum, não tem normativa vinculante sobre o meio ambiente, incluindo a água. Há diversos trabalhos realizados pelo Subgrupo de Trabalho no. 6, vinculado do GMC – Grupo Mercado Comum, o órgão executivo do bloco. Em outubro de 1995, a estrutura inicial do MERCOSUL, feita pelo Tratado de Assunção que lhe deu origem, foi alterada através do Protocolo Adicional do Tratado de Assunção – Protocolo de Outro Preto sobre Estrutura Institucional do Mercosul, eliminando alguns Subgrupos técnicos e criando outros. A partir daí surgiu o Subgrupo de Meio Ambiente – SGT 6, que tem por objetivo geral a formulação e proposição estratégias e diretrizes para garantir a proteção e a integridade do meio ambiente nos países-membros no contexto do livre comércio e da consolidação da união aduaneira, assegurando, paralelamente, iguais condições de competitividade, tendo em linha de conta as Diretrizes Básicas de Política Ambiental, aprovadas pela Resolução nº 10/94 do CMC – Conselho Mercado Comum, órgão político do Mercosul, e os princípios do desenvolvimento sustentável emanados da CNUMAD – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. Vários estudos e apontamentos foram realizados pelo SG 6, mas ainda não há um marco regulatório comum sobre o meio ambiente ou sobre o uso das fontes d’água do Mercosul.

A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ÁGUA

A Constituição Federal prevê o direito à vida, no seu artigo 5º. e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no artigo 225, sendo este considerado como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. A água, sendo necessária para a sobrevivência e um dos componentes desse meio ambiente, pode ser considerada, em decorrência, como um direito fundamental.



Assim, toda e qualquer análise ou proposta sobre o regime jurídico das águas, superficiais ou subterrâneas, deverá levar em consideração a noção de direitos fundamentais indisponíveis. Entretanto, não é o que ocorre na prática.

A Lei Federal n. 9.433/97 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o artigo 21, inciso XIX, da CF. Já no seu artigo primeiro a lei parece agregar todos os conceitos iniciais sobre a água, já vistos neste trabalho, enquadrando-a como um bem de domínio, com valor econômico, e esquecendo-se de abordá-la como direito fundamental.

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Segundo esta Lei a matéria do Gerenciamento de Recursos Hídricos está disposta na previsão legal do Relatório sobre a Situação dos Recursos Hídricos que deve conter o *prognóstico sobre a disponibilidade futuro dos recursos, em quantidade e qualidade, mantidas as atuais tendências de uso e procedimento gerenciais*, e no Plano de Recurso Hídrico que deve conter *metas de racionalização de uso e propostas para a criação de áreas sujeitas à restrição de uso, com vistas à proteção do recurso hídrico*.

São integrantes do Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, o Comitê Intersetorial, os Comitês de Regiões Hidrográficas, os Comitês de Bacia Hidrográfica e as Agências de Bacia Hidrográfica.



O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, composto pelo Comitê Intersectorial e pelos Comitês de Regiões Hidrográficas, tem como principais funções o estabelecimento de diretrizes suplementares para a implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos, a arbitragem administrativa dos conflitos existentes entre os Comitês que o compõem, aprovação do Relatório Nacional sobre a situação dos recursos hídricos, aprovação do Plano Nacional de Recursos Hídricos, acompanhamento da execução do Plano Nacional de Recursos Hídricos, análise das propostas de alteração legislativa relacionada aos recursos hídricos, deliberação sobre projetos de aproveitamento e, por fim, aprovação do plano de trabalho e do orçamento da Secretaria Executiva.

O Comitê Intersectorial, composto por doze representantes do Poder Executivo federal e dozes representantes de organizações da sociedade civil, tem como principais atribuições a informação ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos dos condicionantes que são impostos ao planejamento e à gestão dos recursos hídricos pelos planejamentos nacional e regional, informação aos setores usuários dos condicionantes existentes ao uso dos recursos hídricos, proposição ao Conselho Nacional de diretrizes adicionais e a supervisão do Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Os Comitês de Região Hidrográfica (Região Hidrográfica da Amazônia, Região Hidrográfica Nordeste e Região Hidrográfica Centro-Sul) têm competência para arbitrar administrativamente os conflitos existentes em um Comitê da Bacia Hidrográfica ou entre os Comitês, aprovar, divulgar, acompanhar e executar o Relatório e o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica, analisar os projetos de aproveitamento dos recursos hídricos que extrapolam a área da região hidrográfica, e deliberar sobre os projetos de aproveitamento dos recursos hídricos cuja repercussão extrapola a bacia hidrográfica de sua implantação.

A principal competência dos Comitês de Agências de Bacia Hidrográfica é a arbitragem administrativa dos conflitos relacionados aos recursos hídricos, aprovação, divulgação e atualização dos relatórios sobre a situação dos recursos



hídricos, aprovação do Plano de Recursos Hídricos, acompanhamento da execução deste Plano, definição das derivações, captações e lançamentos para a isenção de obrigatoriedade de outorga de direitos de uso dos recursos, efetivação do enquadramento dos corpos de água em classes de uso, ratear o custo das obras de uso múltiplo ou de interesse comum ou coletivo, estabelecimento dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos e suas respectivas multas por inadimplência, e, finalmente, aprovação do plano de aplicação dos recursos arrecadados.

A Agência de Bacia Hidrográfica deve atuar em conjunto ao Comitê da Agência da Bacia Hidrográfica, devendo aquela fiscalizar a atividade de arrecadação financeira e a aplicação dos recursos arrecadados.

Em 17/07/2000, foi promulgada a Lei nº 9.984, que criou a Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que o vem fazendo desde então.

EMPRESAS E ÁGUAS – O CASE ‘CULTIVANDO ÁGUA BOA’ DA ITAIPU BINACIONAL.

ABORDAGEM DA RELAÇÃO EMPRESA E O MEIO AMBIENTE

O mundo vive hoje a mais grave crise socioambiental da história da humanidade, na qual está inserida a assustadora escassez de água, havendo regiões em que ela pouco existe e regiões em que há quantidades de água, mas ela não é cuidada, não é boa. O que está em jogo é a sobrevivência do ser humano no Planeta Terra e, em consequência, mudanças precisam acontecer.

A esperança está no exercício intenso do senso de urgência e na responsabilidade compartilhada: significa “Todos enfrentando o desafio”, sem omissões. A ação deve



acontecer por iniciativa de cada um: governos, sociedades, universidades, o cidadão e a cidadã, além do papel das empresas públicas ou privadas. Empresas não florescerão num tempo muito próximo se não tiverem, além de seus negócios, ações estruturantes de responsabilidade social e ambiental.

Esse papel pró-ativo e de liderança enquanto ator social territorial configura verdadeira gestão sustentável e construtora da economia verde e inclusiva. Vale dizer, a empresa deve desempenhar uma saudável articulação, com soma de esforços e divisão de responsabilidades, com os demais atores políticos, econômicos, sociais, ambientais e culturais na área que a empresa influencia e/ou sofre influência, para o fim de implementação de programas estruturantes de inclusão social e de ações para a sustentabilidade, comparecendo também com parte dos recursos financiadores das atividades e ações projetadas.

Na conceituação do Instituto Ethos:

Responsabilidade social empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.³

O PROGRAMA CULTIVANDO ÁGUA BOA DA ITAIPU BINACIONAL

Consciente dessa nova abordagem sobre a responsabilidade socioambiental empresarial, a Itaipu Binacional assumiu a sua parte, implementando um dos mais abrangentes programas de responsabilidade socioambiental.

Na etapa dos diagnósticos, a Itaipu detectou que, anualmente, uma das treze sub-bacias hidrográficas do Rio Paraná III, a do Rio São Francisco Falso, no extremo oeste do Estado do Paraná, recebia em média 50 mil toneladas de sedimentos/ano, decorrentes de uso não adequado do solo e da carência de determinadas práticas conservacionistas e de cuidado com a água. Considerável quantidade de

³ Disponível em: http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx. Acesso em 10 de outubro de 2011.



agrotóxicos, dejetos humanos e animais (a região tem a maior produção de leite, de aves e de suínos do Paraná – para ilustrar, um dos municípios, de seis mil habitantes, tem 120 mil suínos), resíduos industriais, lixo, terra cultivável (além da terra, seu adubo e fertilizante) e plantações agrícolas alcançavam os rios da sub-bacia e, pelos rios, eram levadas para o reservatório da empresa, comprometendo o multiuso das águas, contribuindo para a poluição ambiental, eutrofização das águas, mudanças climáticas e seus efeitos na qualidade de vida das populações.

Diante do quadro preocupante, a empresa voltou seus olhos para as comunidades mais necessitadas, como pequenos produtores, pescadores, catadores, indígenas, jovens e micro e pequenos empresários. Para tanto, no contexto de uma nova missão empresarial que emergiu à luz de uma visão de futuro gestada no planejamento estratégico situacional implementado pela direção da Itaipu Binacional empossada em 2003, a Diretoria de Coordenação e Meio Ambiente implantou o **PROGRAMA CULTIVANDO ÁGUA BOA**, em funcionamento até os dias atuais.

Fundamentada em conceitos, valores e metodologias inovadores, a centralidade do programa está na quantidade e qualidade das águas; na proteção, recuperação e conservação dos solos e da biodiversidade; na melhoria dos fluxos ambientais; nos sistemas de produção diversificados e limpos; na educação ambiental formal, não formal e difusa; na cultura da água e da sustentabilidade e na melhoria da qualidade de vida, principalmente dos segmentos socioambientalmente vulneráveis. Estabeleceu-se, assim, uma estreita relação entre o desafio da sustentabilidade planetária, com a realidade e a necessária reflexão-ação local, a partir de uma visão sistêmica, integral e integrada da relação do homem com seu meio, onde a sustentabilidade é uma resultante de novos modos de “ser e sentir, viver, produzir e consumir”.

A territorialidade operativa do Programa Cultivando Água Boa se dá respeitando a unidade de planejamento da natureza, que é a bacia hidrográfica - no caso a Bacia Hidrográfica do Rio Paraná III, com 29 municípios e um milhão de habitantes. Ali, busca-se vivenciar e aplicar de forma conjunta Políticas Públicas, Plano Nacional de



Recursos Hídricos e legislação pertinente, além de documentos planetários, como a Carta da Terra, Metas do Milênio, Agenda 21, Pacto Global, “Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global” e Protocolo de Quioto.

A filosofia do programa centra-se na promoção do paradigma da ÉTICA DO CUIDADO, da ecopedagogia e a nova governança, com metas comuns e compartilhadas, cooperativas e energizadas, voltadas para a democracia participativa. O amplo envolvimento comunitário e o protagonismo de atores locais congregam mais de 2.380 parceiros, 29 Comitês Gestores, 29 Coletivos Educadores, dezenas de Pactos das Águas realizados por microbacia, centenas de Oficinas do Futuro e mais de 12 mil Educadores Ambientais.

Na compreensão de que a mudança para ser duradora precisa ser cultural, o Cultivando Água Boa e seus parceiros trabalham muito a Cultura da Água (“o que se faz para, com, e na água”), resgatando o diálogo de saberes desde a modernidade à ancestralidade. Revisitam as dimensões da água (jurídica, econômica, social, política, ambiental, biológica e da saúde, poética, cultural e espiritual), inclusive com o efeito-demonstrativo do ecopedagógico projeto de captação da água da chuva nas escolas. Neste caso, durante a construção da cisterna, na aula de matemática, por exemplo, calculam-se quantidades de ferro e de cimento, e, na horta escolar, aprende-se ciências e biologia. Assim, multiplicam-se as comunidades de aprendizagem, sendo promovido o monitoramento participativo da qualidade da água por bioindicadores, em cada microbacia, e capacitado-se os “gestores das águas”.

Hoje, os principais resultados alcançados pelo Programa podem ser encontrados:

- a) Nas mais de 70 microbacias que tiveram seus passivos recuperados, com recuperação de nascentes, adequação de estradas rurais (510 quilômetros de foram estradas readequadas), terraceamentos, adubação verde, plantio direto de qualidade, matas ciliares recompostas (hoje há mais de 830 quilômetros



- de cerca com mata ciliar refeita sem um conflito jurídico ou administrativo, numa região em que 90% das propriedades rurais têm menos de 50 hectares);
- b) Nas 973 propriedades rurais com agricultura orgânica;
 - c) Nos 53% de merenda escolar orgânica servidas nos 29 municípios; e nos concursos de pratos saudáveis em que participam as merendeiras das escolas municipais, com publicação de seus respectivos livros de receitas;
 - d) Na significativa produção de fitoterápicos, condimentares e aromáticos nos municípios, com 23 postos de saúde onde são receitadas ervas medicinais, gerando, portanto, novos arranjos produtivos locais;
 - e) Nos mais de 760 pescadores, hoje inclusos, muitos produzindo peixe nos tanques-rede cedidos pela empresa;
 - f) Nas mais de 640 famílias de catadores incluídos no programa Coleta Solidária, com melhoria de 350% na sua renda, com resgate da atividade e já com mais de 200 carinhos elétricos que dispensam o esforço físico desumano;
 - g) Nas 207 famílias Ava-Guarani, cada com 6 filhos sem nenhum caso de subnutrição, produzindo grande parte de sua alimentação e com viva manifestação cultural;
 - h) No amplo trabalho de educação ambiental, inclusive na conscientização, na reflexão-ação, na mudança de comportamentos, com novas atitudes; e
 - i) Na Plataforma Itaipu de Energias Renováveis que coordena a geração de energia a partir da biomassa residual, já funcionando um condomínio cooperativo de agroenergia na agricultura familiar, onde 37 pequenos produtores têm energia para sua propriedade a partir dos dejetos de seus animais, dispondo de biofertilizante e vendendo o excedente de energia à COPEL;



O Programa inspira-se no pensamento de Peter Senge, para quem “nossos problemas de hoje vem das soluções de ontem”.⁴ Por isso, parte-se da idéia de que “Mudar é preciso, fazer é necessário”. Não há mais lugar para o olhar e agir fragmentado, separatista, utilitarista, linear, mecanicista, monocausal e economicista que tem predominado. Só com pensamento-ação multifacético, interdisciplinar e transversal da água, garantindo seus multiusos e essencialidade, é que são possíveis os avanços. Se água é vida, se não há vida animal, vegetal nem humana sem água, não se pode tratá-la como mera mercadoria ou apenas insumo. Água deve ser para todos e de qualidade. A visão sistêmica do Programa leva a compreender que “o homem não teceu a teia da vida, ele é dela apenas um fio. O que ele fizer para a teia estará fazendo a si mesmo”.⁵

Diante de todo o exposto, verifica-se que as grandes intenções de preservação da água no mundo podem ser revertidas em ação local, desde que realizadas com boas práticas, com exemplar tecnologia social testada, praticada e consolidada, demonstrando que é possível fazer e com escala.

Mais do que discursos, reuniões e novas leis internas e tratados internacionais, o que o mundo precisa atualmente é reflexão-ação. Colocar em prática o que já foi convencionalizado, tratado, legislado. E com metas, compromissos e concretude, para mudar a si mesmo, as pessoas, as comunidades e o meio, confirmando o legado de Mahatma Ghandi: "temos que ser a mudança que queremos ver no planeta".

⁴ SENGE, Peter. A quinta disciplina : arte, teoria e prática da organização da aprendizagem. São Paulo : Best Seller, 1993. passim

⁵ Ted Perry, inspirado pelo Chefe Seattle em sua carta para o presidente norte-americano, extraído do livro A Teia da Vida, de Fritjof Capra. CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida - Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Editora Cultrix. 1996. Prólogo.



REGULAÇÃO SUSTENTÁVEL DE INFRAESTRUTURAS

Thiago Marrara

Professor de direito administrativo da Universidade de São Paulo
(USP/FDRP)

Doutor pela Universidade de Munique (LMU)

marrara@usp.br

Resumo: o presente ensaio analisa os conceitos de infraestrutura e de regulação de infraestrutura, relacionando-os com a ideia geral de sustentabilidade. A partir daí, aborda três desafios à construção de políticas sustentáveis de infraestruturas no Brasil, a saber: o desafio federativo, o desafio socioambiental e o desafio procedimental. Durante a exposição, são debatidos institutos jurídicos que poderiam ser empregados para superar os desafios examinados.

Palavras-chaves: Infraestrutura; regulação estatal; sustentabilidade

Sumário: 1. Introdução: as infraestruturas e o Direito; 2. Pressupostos conceituais: regulação e sustentabilidade; 3. O desafio federativo; 4. O desafio socioambiental; 5. O desafio procedimental; 6. Conclusão.

1. Introdução: as infraestruturas e o Direito

O presente ensaio objetiva apontar alguns desafios da regulação de infraestruturas no Brasil à luz do princípio da sustentabilidade. Para se compreender adequadamente tal proposta, não se poderia abdicar, a título introdutório, de esclarecimentos básicos a duas perguntas fundamentais: a) o que é infraestrutura? e b) porque infraestruturas são elementos juridicamente relevantes, merecendo atenção das ciências jurídicas?



A significação do vocábulo infraestrutura varia de acordo com a ciência que o estuda. Simplificadamente, porém, quando se pensa em direito administrativo, direito econômico e direito ambiental e urbanístico, infraestrutura representa o aparato físico, tecnológico e humano fundamental para que as funções estatais ou atividades econômicas socialmente relevantes sejam devidamente exercidas. Assim, os recursos humanos de que dispõem as entidades administrativas, bem como seus edifícios, mobiliários, redes e outros aparatos físicos constituem a infraestrutura essencial para seu funcionamento. Em sentido ainda mais restrito, poder-se-ia excluir o fator humano do conceito, deixando-o somente como conjunto de elementos físicos materiais e imateriais, contínuos ou descontínuos, necessários a uma atividade econômica ou serviço público de caráter econômico-industrial ou social.¹

Restringindo-se o foco de análise aos serviços públicos de natureza econômico-comercial ou mesmo social, as infraestruturas sujeitam-se a uma classificação de acordo com a função que exercem em vista da função econômica

¹ Fernando Fróes sustenta haver uma diferenciação entre obra pública e infraestrutura pública. Nas palavras do autor, “não se deve confundir o conceito de uma simples *obra pública* como a construção de um hospital, uma praça ou um monumento, com o de uma *infraestrutura pública*. A *infraestrutura pública* agrega os seguintes elementos: (a) itens não tangíveis – por exemplo, a infraestrutura de telecomunicações envolve o uso de serviços de informática e de ondas de rádio para transmissão; (b) o conceito de *rede*, devendo ser diferenciados os três tipos existentes – as rodovias e ferrovias, exemplos de *redes contínuas*; os portos e aeroportos, exemplos de *redes descontínuas*; os sistemas de abastecimento de água e de energia elétrica, exemplos de *redes únicas*, que geralmente não são duplicadas, por razões técnicas ou econômicas. A infraestrutura pública permite alcançar os distintos pontos de uma rede para uma finalidade concreta. As obras públicas, ao contrário, são pontuais, portanto, não constituem uma rede, no sentido de que não estão conectadas a outros equipamentos; (c) a vontade do Poder Público de exercer um domínio especial e específico, estabelecido em lei, para os equipamentos, investimentos e serviços propiciados pela infraestrutura pública, tendo em vista ser de interesse geral da população”. Cf. FRÓES, Fernando. *Infraestrutura pública: conceitos básicos, importância e a intervenção governamental*. In: Cardoso, José Eduardo Martins et. al. (org.). *Curso de direito administrativo econômico*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 222. Essa reflexão é válida. No entanto, parece mais correto dizer que a obra pública é conceito menor que, muitas vezes, não esgota a ideia de infraestrutura de um serviço público ou atividade econômica. Em outras palavras, é preferível sustentar que obra pública e infraestrutura pública não são dois conceitos que se colocam lado a lado, mas sim que o segundo é mais amplo que o primeiro, principalmente quando se pensa em infraestrutura de rede. Sobre as redes especificamente, cf., entre outros, SANTOS, Milton. *A natureza do espaço*. São Paulo: Edusp, 2002, p. 261 e MARRARA, Thiago. *Bens públicos – domínio urbano – infraestruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 241 e seguintes.

da atividade a que se vincula. Nesse sentido, há três tipos básicos que merecem destaque:

- a) A *infraestrutura energética*, entendida como o conjunto de elementos técnicos, móveis e imóveis, empregados na produção, transmissão e geração dos mais diversos tipos de energia e combustível, incluindo energia elétrica e energias alternativas. São exemplos de grandes infraestruturas energéticas as plataformas de extração de hidrocarbonetos; as usinas hidrelétricas, as plantas nucleares etc.;
- b) A *infraestrutura logística*, consistente no aparato técnico, móvel ou imóvel, geralmente organizado de acordo com uma ótica reticular, é empregada nos serviços de transporte de passageiros, transporte de cargas em suas diversas modalidades, bem como transporte de matérias-primas. São exemplos de grandes infraestruturas logísticas as rodovias, os aeroportos, os terminais rodoviários, os portos, bem como oleodutos, gasodutos etc.
- c) A *infraestrutura social*, consistente no conjunto de móveis ou imóveis empregados na prestação de serviços públicos sociais ou serviços sociais de interesse públicos. Especial relevo detém a infraestrutura social para a prestação dos serviços de saúde, serviços educacionais, bem como serviços culturais. Escolas, *campi* universitários, grandes hospitais e áreas de lazer enquadram-se nessa categoria.
- d) A *infraestrutura ambiental*, consistente na prestação de serviços ou atividades econômicas necessárias para a promoção de condições ambientais naturais ou urbanas, de que são exemplos as infraestruturas para tratamento de



resíduos sólidos; as infraestruturas de coleta de esgoto e abastamento de água (saneamento básico) etc.

Na medida em que ao Estado compete executar, direta ou indiretamente, atividades de produção, transmissão e distribuição de energias, de transporte de bens e pessoas, de oferta de comodidades sociais e de proteção e promoção do ambiente urbano e natural, os quatro conjuntos de infraestruturas tornam-se objeto de suas políticas públicas, na medida em que condicionam a execução eficiente e socialmente eficaz dessas atribuições prestativas estatais. Em outras palavras, a eficiência, a eficácia social, bem como a universalização de diversas tarefas públicas enquadradas na categoria de monopólios econômicos estatais, serviços públicos de caráter comercial ou industrial, bem como serviços públicos de caráter social, dependem fortemente da criação e manutenção de infraestrutura pública adequada, razão pela qual tais objetos não poderiam fugir aos olhos da Administração Pública.

De outro lado, a questão das infraestruturas assume relevo como tema de direito administrativo econômico na medida em que os mais diversos serviços e atividades privados regulados pelo Estado dependem, igualmente, da disponibilização de um aparato técnico adequado. Em algumas situações, essa infraestrutura é criada e utilizada pelo próprio empreendedor. Nessas situações, o Estado geralmente controla o procedimento de construção das infraestruturas, sua localização territorial, seus efeitos poluentes e suas modalidades de uso. Esse controle é realizado, por exemplo, na seara do licenciamento ambiental e urbanístico, bem como através do monitoramento das condições concorrenciais dos mercados. Já em outras situações, as infraestruturas criadas e detidas por determinado indivíduo ou empresa, além de mostrarem-se extremamente importantes para o próprio empreendedor, podem afetar fortemente a esfera de direitos de terceiros, concorrentes ou não. Isso ocorre, sobretudo, frente a amplas e custosas infraestruturas de rede. Nesse caso, também o Estado poderá agir,



regulando, por exemplo, o uso de infraestruturas essenciais (*essential facility*), bem como formas de compartilhamento interno ou externo em benefício de terceiros.

O papel da Administração Pública não se esgota, porém, no controle de infraestrutura necessária para serviços públicos e atividades estatais monopolizadas, nem no controle de infraestruturas privadas de relevante importância econômica. Na realidade, toda e qualquer grande infraestrutura sempre assume inegável papel social, uma vez que, por seus efeitos diretos ou indiretos, condiciona o exercício de direitos fundamentais básicos pelos cidadãos. Em muitas situações, o aparato infraestrutural, na prática, é imprescindível para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentalíssimos. Os direitos à saúde, à educação, à locomoção, à reunião, à comunicação, ao consumo de serviços essenciais como telefonia, energia e saneamento básico jamais seriam faticamente viáveis caso o Estado não garantisse ou estimulasse a distribuição equânime de infraestrutura à sua população em quantidade e qualidade compatível com suas necessidades humanas e sociais. De nada adiantaria, portanto, reconhecer juridicamente direitos fundamentais sem que, em realidade, a respectiva infraestrutura não fosse ofertada ao público, tornando possível a concretização desses direitos.² Daí a razão de se insistir fortemente na universalização de infraestruturas públicas e no controle de distribuição espacial de infraestruturas privadas de interesse público.

Em síntese, a temática das infraestruturas revela irrefragável importância sob três prismas. Do ponto de vista econômico, as infraestruturas condicionam a eficácia dos princípios constitucionais da ordem econômica, de modo que sua gestão ou regulação pelo Estado dirá em que medida liberdades econômicas serão ou não concretizadas. Do ponto de vista administrativo, as

² Acerca da relação entre infraestruturas e direitos fundamentais, cf., entre outros, BAYLISS, Kate. *Privatization and poverty: the distributional impact of utility privatization*. Manchester: Center on Regulation and Competition – University of Manchester, working paper n. 16, 2003; TOLEDO SILVA, Ricardo. *Infraestrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública*. Rio de Janeiro: Instituto de Pós-graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003 e MARRARA, Thiago. Regulação local de infraestruturas e direitos urbanos fundamentais. *Revista Jurídica da Presidência da República*, v. 8, 2007, edição digital.



infraestruturas surgem como condição fática para a distribuição de serviços públicos de natureza econômica e industrial, serviços públicos sociais e atividades econômicas monopolizadas pelo Estado. Nesse sentido, sem infraestrutura, o Estado torna-se incapaz de realizar suas funções administrativas mais básicas, fragilizando, com isso, suas bases de legitimação. Do ponto de vista social, por fim, as infraestruturas, públicas e eventualmente privadas, revelam-se como aparato físico condicionante de grande parte dos direitos fundamentais, razão pela qual o Estado ora fomentará a construção e ampliação de infraestruturas isoladas ou em rede, ora limitará (via poder de polícia) a liberdade privada de construção, uso e ampliação de infraestruturas.

Vale lembrar que as restrições estatais da vida dos particulares em matéria de infraestruturas têm uma especial razão de ser. A mera multiplicação da infraestrutura disponível em um país não é suficiente, por si só, para promover o desenvolvimento sustentável, ou seja, o crescimento com qualidade e com ampliação de direitos. Em realidade, caso opere-se de modo desordenado e aleatório, o incremento de infraestrutura em determinado território certamente irá gerar mais caos, conflitos, restrições de direitos e liberdades fundamentais, bem como mais desigualdades socioeconômicas do que verdadeiros efeitos positivos. Isso significa que a geração e a distribuição de infraestrutura dependem de direcionamento, isto é, de disciplina quer por parte dos particulares (através de autorregulação), quer através do Estado (através do poder de polícia como instrumental regulatório). Somente a disciplina adequada das infraestruturas é capaz de ordená-las em prol do desenvolvimento sustentável, e não do mero crescimento em sentido numérico ou quantitativo.

No intuito de esclarecer essa última afirmação, o presente ensaio inicia seu percurso com considerações gerais acerca da regulação estatal de infraestruturas em suas mais diversas facetas, buscando examinar como a ideia de desenvolvimento sustentável a influencia. A partir dessa base conceitual, são então tratados três desafios da regulação de infraestruturas no Brasil, que, se não



resolvidos, dificilmente permitirão que a regulação de infraestruturas se firme como instrumento de promoção da sustentabilidade.

O primeiro desafio diz respeito à capacidade de organização dos interesses dos três entes federados brasileiros na atividade regulatória, bem como à compatibilização das atividades estatais de regulação. O segundo desafio se refere ao controle de efeitos socioambientais inerentes à geração de infraestruturas, os quais, até há pouco tempo, vinham sendo deixados de lado pela regulação, sobretudo federal, mas que, aos poucos, ganha força quer pela mobilização dos Municípios brasileiros, quer pelo “controle externo” do Estado brasileiro exercido por organizações internacionais. Já o terceiro desafio consiste em problemas procedimentais que surgem em razão da regulação de infraestruturas em um contexto federativo complexo e marcado por forte setorialização das entidades reguladoras, sobretudo no nível federal.

2. Pressupostos conceituais: regulação e sustentabilidade

Tamanha relevância ganhou a questão das infraestruturas no Brasil que, mais recentemente, tornou-se possível falar de um campo específico do direito a tratar desses elementos. Nesse campo, goza de especial importância a atividade estatal de *regulação de infraestruturas*. De modo geral, é difícil estabelecer uma definição clara dessa expressão, bem como de suas características principais. Isso tem uma razão simples. De um lado, infraestrutura é vocábulo que designa objetos variados de acordo com cada setor econômico ou social tratado. De outro, mesmo nas situações em que a infraestrutura de um e outro serviço ou atividade econômica se mostre semelhante, a regulação desses bens será assimétrica. Essa assimetria regulatória vai decorrer, em primeiro lugar, da divisão de competências estatais para o tratamento legislativo e a execução administrativa dos mais diversos serviços e atividades econômicas. Em segundo lugar, será acentuada pela distribuição de competências entre os três níveis políticos da federação brasileira.



Nesse cenário administrativo e político complexo, a conceituação da regulação de infraestruturas não resta vinculada a um ou outro setor específico, nem mesmo a uma ou outra esfera da federação. A regulação de infraestruturas – vinculadas a serviços públicos em geral, monopólios estatais ou atividades privadas reguladas pelo Estado – constituirá atividade comum das três esferas políticas, limitada pelas divisões constitucionais de competência. Em outras palavras, regulação de infraestrutura é atividade de controle estatal que não se restringe ao nível federal, nem tampouco a serviços públicos. Em sentido transdisciplinar e inter-federativo, trata-se de atividade estatal, viabilizada mediante ações de poder de polícia e/ou de fomento que visam, respectivamente, ora limitar ora estimular a criação, a distribuição e o uso adequado e harmônico de infraestruturas, públicas ou privadas, em favor da concretização de liberdades econômicas, direitos fundamentais e, em última instância, do desenvolvimento nacional.

A regulação estatal de infraestrutura, assim como a regulação de serviços ou atividades econômicas, persegue interesses diversos a depender do campo em que ocorre. Exatamente por isso, nem toda atividade regulatória é naturalmente sustentável. Muito pelo contrário. Na realidade atual, o movimento de tecnização, fragmentação e setorialização do direito administrativo tende a afastar as ações de controle de serviços públicos e atividades privadas de um modelo de políticas públicas sustentáveis.

Vale explicar mais detalhadamente essa última afirmação. Como se sabe, o fenômeno de regulação que se ampliou em meados da década de 1990 no Brasil veio acompanhado, de modo geral, do movimento de agencificação, ou seja, da criação de “autarquias especiais e especializadas”, portadoras de competências regulatórias restritas a determinados segmentos de mercado e, via de regra, pretensamente “blindadas” contra os humores políticos. Um exame das agências reguladoras federais existentes revela que poucas delas atuam em campos inter-setoriais. Na verdade, um dos fundamentos maiores do movimento regulatório é a ideia de eficiência e, no senso comum, isso teria a ver necessariamente com



setorialização e atuação tecnicizada do Estado. Melhor dizendo: supõe-se, via de regra, que as agências devem atuar sobre mercados bem delimitados para que, assim, consigam se aprofundar nas questões e especificidades dos segmentos econômicos regulados, disciplinando-os de maneira mais técnica e, supostamente, mais eficiente.

Realmente, a história tem mostrado que a divisão de trabalho e a especialização de entes públicos ou privados guardam relação inegável com a ampliação da eficiência funcional de uma pessoa natural ou de uma pessoa jurídica, pelo menos no curto prazo. Não se pode negar, contudo, que o corte técnico que impregna as competências das agências reguladoras entra em choque com outras tendências do direito público, dentre elas, a de sustentabilidade. A razão para esse conflito primário – não necessariamente insuperável – reside na própria noção interdisciplinar da sustentabilidade.

Com efeito, a ideia original de sustentabilidade tem exatamente a ver com o equilíbrio de fatores diferenciados, com ações razoáveis e não polarizadas. No âmbito do direito ambiental e econômico, em que o termo é mais comum, entende-se sustentabilidade basicamente como o equilíbrio dos elementos e fatores ambientais, sociais e econômicos. Nesse sentido, uma política pública sustentável é necessariamente uma política que persegue e atinge seus objetivos principais sem causar prejuízos sociais, econômicos e ambientais³ desarrazoados. E mais: uma política somente é sustentável na medida em que compatibiliza seus objetivos com o equilíbrio socioeconômico e ambiental não apenas no presente, mas sim em perspectiva transgeracional. De acordo com Betania Alfonsin, por mais que se critique a baixa operacionalidade do conceito de desenvolvimento sustentável, é inegável que ele pressupõe a capacidade de “atendimento às necessidades das

³ Ambiente, nesse contexto, deve ser entendido em sentido amplo, ou seja, como ambiente natural, urbano/artificial, cultural e social.



presentes gerações sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem às suas”, tal como prescrito pelo Relatório Brundtland de 1987.⁴

As exigências que a sustentabilidade impõe ao Estado, suas entidades e órgãos públicos, não são simples. A busca de equilíbrio inter-setorial e transgeracional impõe planejamento estatal abrangente e atento a realidades que não necessariamente estão relacionadas ao núcleo material de uma política pública. É exatamente aí que a regulação setorializada, marca do modelo brasileiro pós-1990, torna-se um óbice à busca de sustentabilidade.

A regulação setorial por agências reguladoras extremamente especializadas corre o sério risco de se desenvolver sem a devida observância de elementos contextuais. Nesse sentido, a regulação de infraestrutura quando pensada apenas no tocante a um setor específico e sob o olhar de um único ente federativo provavelmente olvidará de muitas outras facetas que a multiplicação e instalação de infraestruturas no Brasil atual apresentam.

Será, entretanto, que o modelo setorializado da regulação pode ser compatibilizado de alguma maneira com a ideia de sustentabilidade? Como se poderia unir setorialização regulatória, de um lado, e sustentabilidade, de outro? Ou melhor, se é possível falar de regulação sustentável, sobretudo no campo das infraestruturas?

Definitivamente, os óbices colocados pela setorialização regulatória à concretização de um modelo de políticas públicas sustentáveis são inegáveis. A contradição entre setorialização regulatória e sustentabilidade não é, porém, insuperável. De modo geral, restringindo nosso campo de reflexão ao direito e às normas jurídicas, é possível mencionar três conjuntos de estratégias que poderiam aproximar a regulação estatal e setorializada, inclusive de infraestruturas, a um modelo sustentável. Essas estratégias envolvem: 1) soluções cooperativas; 2)

⁴ Cf. ALFONSIN, Betania de Moraes. O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. *Boletim de Direito Administrativo*, março de 2002, p. 453 e seguintes.



soluções comunicativas e 3) soluções institucionais – todas desenvolvidas no âmbito da Administração Pública e que, por isso, podem ser estruturadas e estimuladas pelo direito administrativo.

As *soluções cooperativas* consistem em normas jurídicas que tornem obrigatório o trabalho conjunto entre entes reguladores tanto no nível de um mesmo ente político (cooperação horizontal), quanto entre agentes reguladores de diferentes níveis (cooperação vertical). Do ponto de vista normativo, até existe base para essa ação cooperativa em algumas políticas públicas, sobretudo aquelas incluídas no âmbito das competências comuns. No entanto, em realidade, essa cooperação esbarrará muitas vezes na ausência de instrumentos cooperativos. Mesmo quando existentes, a cooperação ainda será dificultada pela indefinição acerca dos laços jurídicos de vinculação entre os entes que deveriam trabalhar em conjunto na atividade regulatória, abrindo-se grande espaço para omissões e desajustes.

As *soluções comunicativas* consistem basicamente no intercâmbio de informações estratégicas e na criação de bancos de dados sobre políticas públicas específicas e suas infraestruturas, disponibilizando-os a todos os agentes reguladores que atuem no mesmo setor. Na verdade, a comunicação intra e interestatal é fundamental para que os agentes reguladores sejam capazes de tomar conhecimento da execução de políticas públicas por outras entidades públicas e, com isso, trabalhar medidas de coordenação regulatória no sentido de evitar conflitos de vontades estatais e, mais importante, de impedir conflitos infraestruturais⁵ que possam obstar a concretização de direitos fundamentais, inviabilizar políticas públicas ou, ainda, dar margem ao desperdício de dinheiro público.

⁵ É preciso esclarecer o que se entende, aqui, por conflito infraestrutural. Tais conflitos envolvem basicamente a criação de uma infraestrutura que, especialmente, entre em choque com outra (e.g. criação de uma hidrovía em rio que seria utilizado para produção de energia) ou a criação de infraestrutura física que inviabilize ou prejudique outras, a despeito de não se encontrarem em efetivo choque territorial ou espacial.



As *soluções institucionais*, por sua vez, relacionam-se com a formatação das entidades reguladoras. Para compatibilizar a setorialização com a sustentabilidade, é fundamental que se exija, entre outras coisas, uma composição plural dos conselhos diretores dos entes reguladores, bem como uma estrutura organizacional que envolva especialistas de múltiplos setores, impedindo que o Estado se guie, na prática, por decisões indesejavelmente setorializadas e ignorantes da inter-relação necessária entre políticas públicas estatais, sobretudo no campo das infraestruturas.

Em síntese, esses três tipos de solução representam formas de estímulo à “regulação estatal sustentável”. Afinal, como dito, sustentabilidade exige conjunção de perspectivas. Assim, no campo das infraestruturas, a regulação sustentável ou pró-sustentabilidade será aquela capaz de, simultaneamente, estimular o incremento de infraestruturas em favor do desenvolvimento dos mais diversos setores reguladores (energia, telecomunicações, saúde, transportes etc.) e promover a melhoria das condições sociais, econômicas e ambientais gerais do país. Em outras palavras, a regulação será sustentável caso se prove capaz de promover as funções sociais das infraestruturas⁶ em prol das liberdades econômicas, dos interesses públicos primários e dos direitos individuais, coletivos e difusos que delas dependem.

Na consolidação de um modelo de regulação sustentável de infraestruturas no Brasil, há, porém, alguns desafios que necessitam ser superados ou, ao menos, controlados. Dentre eles, destacam-se o desafio federativo, o desafio ambiental e o desafio procedimental – todos inter-relacionados em maior ou menor grau.

⁶ Como já defendemos alhures, as infraestruturas públicas ou privadas, como objetos de propriedade, devem cumprir funções sociais por força do art. 5º, inciso XXIII da Constituição da República. Ainda que a legislação seja omissa em uma regra geral a respeito do tema, a função social das infraestruturas deve ser compreendida como decorrência de funções sociais dos bens que a compõem e dos territórios em que elas se inserem. A respeito, cf. MARRARA, Thiago. Intervenção do Estado na propriedade de redes de infraestrutura, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 98, 2003, p. 379 e seguintes.



3. O desafio federativo

Não é à toa que nações territorialmente extensas, como Rússia, Brasil, Estados Unidos, Canadá e Índia, geralmente adotam estruturas federativas. O sistema federativo tem exatamente a vantagem de manter um mínimo de autonomia para os entes políticos (*“self rule”*) e, simultaneamente, submeter assuntos de interesse estratégico do Estado à decisão conjunta dos entes federados (*“shared rule”*). Naturalmente, a regulação de infraestruturas, como política geralmente acessória à política de prestação de serviços públicos ou regulação de atividades econômicas, desponta como tema sujeito ora à disciplina por um ente federativo menor, ora ao tratamento conjunto por diversos entes políticos.

Exemplo de tratamento exclusivo das infraestruturas se verifica, por exemplo, no setor de transporte urbano de passageiros, estruturado pelos Municípios (art. 30, V da Constituição) ou no setor de telecomunicações públicas, estruturado pela União (art. 21, XI da Constituição). Em outras situações, porém, a infraestrutura será incrementada por todos os entes políticos e, inclusive, por agentes privados que atuem no setor, tal como se vislumbra no tocante às infraestruturas sociais de educação e de saúde.⁷

A federação, nesse contexto, revela-se como um fator de multiplicação de competências legislativas e executivas. Isso, na prática, resulta diretamente na multiplicação de entidades e órgãos públicos tomando decisões normativas gerais ou concretas. E essa pluralidade de decisões expedidas por incontáveis entidades públicas tende naturalmente a criar uma situação regulatória caótica.

Uns poderiam pensar que o caos inerente às estruturas federadas poderia ser resolvido por um recorte mais preciso de competências legislativas e executivas. Mero engano. As competências estatais jamais poderão ser distribuídas

⁷ Para um panorama da distribuição de competências na federação brasileira em matéria de infraestruturas, cf. o excelente estudo de FRÓES, Fernando. Infraestrutura pública: conceitos básicos, importância e a intervenção governamental. In: Cardoso, José Eduardo Martins et. al. (org.). *Curso de direito administrativo econômico*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 223-224.



de modo perfeito por dois fatores razoavelmente simples. A uma, a realidade é transdisciplinar, de modo que espaços, territórios, propriedades e atividades referidas a certo ente da federação necessariamente influenciarão espaços, territórios e propriedades de outros, sobrepondo-se-lhes ou com eles colidindo. A duas, mesmo que a realidade se dividisse em “gavetas”, em “disciplinas jurídicas” bem delimitadas, dificilmente a linguagem humana, pressuposto de um ordenamento jurídico positivo, seria capaz de descrevê-la com a precisão ideal. Esses dois simples argumentos evidenciam, portanto, quão ilusória é a busca de solução de conflitos federativos de competência através de reformas “lingüísticas” do texto constitucional.

Em realidade, soluções mais efetivas para eventuais conflitos federativos certamente resultarão do uso de mecanismos de cooperação e coordenação estatal. Cooperação significa trabalho conjunto entre níveis políticos. Coordenação representa alinhamento de decisões políticas e administrativas entre níveis políticos. Nesse sentido, coordenação tem como pressuposto cooperação e comunicação. Mas, poderia o leitor indagar, o que isso tem a ver como regulação sustentável de infraestruturas?

A resposta é simples. Os conflitos decisórios típicos de estruturas federativas atingem toda forma de regulação e, por conseguinte, a regulação de infraestruturas públicas e privadas. Nesse sentido, cooperação e coordenação regulatória são mecanismos que permitem evitar conflitos espaciais ou funcionais de infraestruturas. Além disso, tais mecanismos de compatibilização política são igualmente pró-sustentabilidade, na medida em que viabilizam trocas de informações sobre as realidades *dos* e *nos* diversos níveis políticos. Em outras palavras, a cooperação e coordenação federativa permitem, por exemplo, que a União entre em contato com anseios de Municipalidades e de comunidades locais ao traçar uma estratégia de incrementação de infraestruturas de transporte ou de produção de energia. Através da cooperação, o ente político responsável por certa política de infraestrutura é capaz de conhecer e, mais importante, de considerar em



seu processo decisório os diversos elementos ambientais, sociais e econômicos que circundam o objeto de sua decisão. O trabalho conjunto dos entes políticos em matéria regulatória lhes concede a visão global dos cenários regulados, dando-lhes subsídios para a elaboração de políticas mais adequadas e sustentáveis desde o nível local até o nível federal.

A despeito dessas qualidades, a consolidação de um direito administrativo verdadeiramente cooperativo parece ainda distante no Brasil. É verdade que, desde a década de 1980, sente-se a forte ampliação dos chamados “sistemas administrativos”, ou seja, de conjuntos de entidades públicas de mais de um ente político que unem esforços na execução de determinada política pública, tal como se vislumbra no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), no Sistema Único de Saúde (SUS) ou no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). Ainda assim, em muitos setores extremamente relevantes para o país e em que as infraestruturas exercem um papel estratégico, nota-se certo isolamento normativo-organizacional das entidades federativas, sobretudo as federais, em relação aos interesses e anseios dos outros entes.

Esse isolamento torna-se claro quando, por exemplo, examinam-se as leis de algumas agências reguladoras federais.⁸ De certa forma, o distanciamento dos entes reguladores no diferentes níveis políticos tem a ver com histórica tendência centralizadora do federalismo brasileiro, de um lado, e com a contínua omissão do legislador na criação de eficientes mecanismos de cooperação federativa para os mais diversos sistemas regulatórios, de outro. E tal omissão talvez decorra da própria estrutura do Poder Legislativo brasileiro, deficiente na verdadeira

⁸ Das leis de criação e disciplina das agências reguladoras federais, poucas se preocupam efetivamente com a cooperação e integração federativa. Bons exemplos de norma pró-cooperação encontram-se: na Lei n. 10.233/2001, que cria a ANTAQ e a ANTT e disciplina as atribuições do CONIT. Esse conselho detém, entre outras coisas, a função de compatibilizar as políticas de transporte dos diversos entes políticos e estipular diretrizes para a integração física dos elementos do sistema viário (art. 5º, inciso II e 6º, inciso III); e na Lei n. 9.984/2000, que cria a ANA e prevê a articulação da agência com Estados e Municípios no planejamento e promoção de ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações (art. 4º, inciso X).



representação dos entes quer porque o Senado não contém efetivos representantes dos governos estaduais (senão pessoas diretamente eleitas pelo povo sem necessária vinculação com o governo do Estado que irão representar), quer porque o Legislativo estadual prescinde de representantes de Municípios ou microrregiões intraestaduais (na medida em que sua estrutura é monocameral e independente de equânime representatividade microrregional).

É preciso, contudo, superar essas deficiências para que se efetive, no Brasil, um verdadeiro federalismo cooperativo. Cooperação federativa não é algo que decorre de uma mera citação constitucional. A cooperação e a coordenação federativa exigem uma transformação do direito administrativo organizacional no sentido de se obrigar crescentemente as entidades e os órgãos públicos a agirem com respeito e consideração aos anseios, interesses e peculiaridades de todos os entes da Federação. Não há federalismo cooperativo sem direito administrativo cooperativo.

4. O desafio socioambiental

Outro desafio que obsta a regulação sustentável de infraestruturas refere-se à compatibilização da construção, instalação e funcionamento de grandes infraestruturas com a proteção do ambiente socioambiental. Esse debate é relevante na medida em que as grandes infraestruturas energéticas, logísticas e mesmo sociais vêm geralmente acompanhadas de graves impactos negativos ao meio ambiente urbano, cultural, laboral e ambiental.

Imagine-se a construção de uma grande usina hidrelétrica no território de um Município pouco populoso. Em um espaço de poucos anos, esse empreendimento infraestrutural dará causa à multiplicação da população local e esse incremento demográfico não será obviamente uniforme, uma vez que grande parte dos trabalhadores será do sexo masculino. Nesse simples cenário hipotético, não é preciso muito para se concluir que o empreendimento causará sérios impactos para o ambiente regional em geral. Para além dos prováveis efeitos devastadores



diretamente acarretados pela hidrelétrica para a fauna e para a flora regional, provavelmente se elevarão, nas áreas urbanas afetadas, as taxas de criminalidade, de prostituição, de utilização de infraestruturas sociais (como escolas e hospitais), de utilização de serviços públicos econômicos (como telefonia fixa, energia e gás canalizado) e de conflitos laborais. Esse simples exercício ilustrativo revela, claramente, como o incremento de grandes infraestruturas influencia o equilíbrio socioambiental de uma determinada região.

Por essa razão, mostra-se imprescindível pensar as políticas de infraestrutura de maneira socioambientalmente responsável, ou seja, de sorte conciliar todos os aspectos sociais, ambientais e econômicos relacionados ao empreendimento. Nessa linha de pensamento, a ideia de sustentabilidade⁹ demanda que os impactos de tais empreendimentos não sejam analisados de modo monotemático, nem de modo temporal e espacialmente restritivo. Sustentabilidade exige análises complexas de cenários fáticos, incluindo considerações sobre as transformações das realidades local, estadual, nacional e internacional, bem como os impactos sobre a cultura, a natureza, o mercado de trabalho e o meio urbano tanto para as gerações presentes quanto para as futuras.¹⁰ Portanto, as políticas públicas de incremento de infraestrutura que se pretendem verdadeiramente sustentáveis devem assumir caráter inter-setorial, inter-federativo e inter-temporal, superando a mera consideração técnica de um empreendimento ou obra em si. Nesse contexto, a regulação sustentável imporá necessariamente a consideração das seguintes indagações:

- a. Quais os impactos da infraestrutura para o ambiente natural, cultural, urbano e laboral no nível local?

⁹ Sobre sustentabilidade e riscos ambientais, AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva. Saúde e vigilância ambiental: um tema em construção. *Epidemiologia e serviços de saúde*, v. 12, n. 4, 2003, p. 179.

¹⁰ Vale registrar que a sustentabilidade foi corretamente erigida, no direito brasileiro, à qualidade de princípio de política urbana. Nos termos do art. 2º, inciso VIII do Estatuto da Cidade, a política de desenvolvimento urbano deve se pautar pela “adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influências”.



- b. Quais os impactos da infraestrutura para o ambiente natural, cultural, urbano e laboral no nível nacional?
- c. Quais os impactos da infraestrutura para o ambiente natural, cultural, urbano e laboral no nível global?
- d. Qual a relevância dos impactos frente aos interesses públicos primários e secundários envolvidos, ainda que indiretamente?
- e. Quais as soluções técnicas viáveis para compatibilizar os interesses no incremento da infraestrutura com outros interesses afetados?
- f. Qual o melhor dimensionamento para a infraestrutura em vista de seus impactos socioambientais?
- g. Em que medida a infraestrutura atende a interesses atuais sem comprometer significativamente os interesses jurídicos tuteláveis de gerações futuras?

Como se vislumbra, a formulação de um método de análise, ainda que rudimentar, para a avaliação da sustentabilidade de infraestruturas envolve múltiplas interrogações. O desafio socioambiental das infraestruturas, portanto, não decorre exatamente de problemas quanto à compreensão do que venha a ser sustentabilidade. O problema na concretização de uma política sustentável de infraestruturas, em realidade, tem raízes em aspectos organizacionais, institucionais e operacionais das entidades responsáveis pela regulação desses elementos físicos. São os arranjos institucionais ou procedimentos operacionais que, muitas vezes, desestimulam a aplicação de métodos decisórios pró-sustentabilidade.

Tal como dito anteriormente, a regulação de infraestruturas, sobretudo no Brasil atual, vem sendo realizada por entidades públicas especializadas em segmentos de mercado. Tais entidades geralmente são criadas na forma de autarquias especiais com competências bem delimitadas e fortemente protegidas



contra influências – ainda que legítimas – da Administração Pública Direta.¹¹ Tamanha relevância tem ganhado esse fenômeno que, no âmbito acadêmico, o direito administrativo passou a dar lugar a um direito das telecomunicações, direito da energia, direito do petróleo etc. – muitas vezes estudados como ramos autônomos sem qualquer preocupação com os princípios e institutos gerais da Administração Pública. A criação dessas pretensas “novas disciplinas” é a prova maior de que a setorialização da Administração Pública também invadiu a ciência do direito administrativo.

Ocorre que esse movimento de agencificação, acompanhado de forte setorialização e tecnização da atividade regulatória estatal dos setores e suas infraestruturas, bem como de uma conseqüente multiplicação de ramos jurídicos especializados, cria uma dificuldade primária à construção de visões globais sobre problemas e questões reguladas.¹² Nesse cenário, a atuação do Estado torna-se perigosamente “super especializada” e, com isso, decisões administrativas tomadas em determinado nível político e com vistas a um setor regulado específico dificilmente levarão em conta as visões de outros entes políticos e outros setores. Exemplificando: uma decisão elaborada por uma agência federal de energia e por funcionários especializados nesse assunto tenderá a ignorar aspectos urbanísticos, como segurança pública, educação e saúde, nos municípios atingidos pelo empreendimento energético. Por isso, abstratamente, pode-se dizer que a compartimentação funcional e decisional que marca o fenômeno do Estado regulador brasileiro – apontada como uma de suas condições necessárias de eficiência – desestimula a cooperação e a coordenação inter-federativa e inter-

¹¹ Acerca das relações entre agências reguladoras e Administração Pública Direta, cf., entre outros, MARRARA, Thiago. A relação entre Ministérios e agências reguladoras. In: Aragão, Alexandre Santos de (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 309.

¹² Nunca é demais lembrar, no sentido do exposto por Lia Augusto, que “o modelo cartesiano-positivista de ciência, por seu caráter compartimentado, monocausal, controlado e autoritário, não permite a análise global da realidade, mas apenas atua em fragmentos dela”. Cf. AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva. Saúde e vigilância ambiental: um tema em construção. *Epidemiologia e serviços de saúde*, v. 12, n. 4, 2003, p. 184. A criação de novas disciplinas, muitas vezes depreendidas das raízes maiores do direito público, tende a levar o problema do modelo cartesiano-positivista ao extremo.



setorial. Em virtude dessa estrutura organizacional da Administração Pública reguladora, típica do Estado brasileiro pós-1988, o desafio de compatibilizar incremento de infraestruturas e equilíbrio socioambiental cresce significativamente.

Uma solução para esse desafio poderia advir, contudo, da ampliação normativa e do uso prático mais freqüentes de instrumentos de cooperação, coordenação e comunicação inter-federativa e inter-setorial entre entidades reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas fortemente dependentes de infraestruturas. Não bastasse isso, há outros mecanismos de que já dispõe o direito brasileiro atual e que, de certo modo, permitem à Administração Pública promover a compatibilização das infraestruturas com os interesses públicos primários e difusos que a circundam na prática. Dentre eles, vale mencionar o estudo de impacto ambiental (EIA), o estudo de impacto de vizinhança (EIV), bem como o acordo ambiental e algumas normas criminais mais recentes.

O estudo de impacto ambiental é o instrumento preventivo clássico para o controle de impactos socioambientais derivados de infraestruturas. Sua previsão se encontra no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei da Política Nacional do Meio Ambiental e, hoje, encontra raiz na Constituição da República e em inúmeras resoluções específicas do Conselho Nacional de Meio Ambiente.¹³ De modo geral, o estudo de impacto ambiental constituirá etapa prévia do procedimento administrativo de licenciamento ambiental nas situações em que a atividade que se busca licenciar apresente riscos de significativo impacto ambiental. É o caso das grandes infraestruturas públicas e privadas.¹⁴ Além de se destinar a verificação inter-

¹³ Conferir, respectivamente, a Lei n. 6.938/1981 (art. 9º, incisos III e IV); a Constituição da República (art. 225, § 1º, inciso IV) e Resoluções CONAMA n. 01/1986 e n. 237/1997.

¹⁴ De modo geral, nos termos da Resolução CONAMA n. 1/1986, dependem de estudo de impacto ambiental as seguintes infraestruturas: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; linhas de transmissão de energia elétrica com determinada potencial; obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, infraestrutura de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; e usinas de geração de eletricidade de determinada potencia.



setorial das “implicações contextuais” das infraestruturas tanto em nível local, quanto nacional, a sistemática do estudo ainda permite o diálogo federativo e, com isso, a coleta de percepções municipais, estaduais e nacionais sobre determinado empreendimento de infra-estrutura. Isso se dá por força da previsão, na legislação, de regras específicas para participação de municípios e outras entidades públicas na elaboração dos estudos em questão.¹⁵

Desde 2001, o estudo de impacto de vizinhança criado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001, art. 36 e seguintes) se soma ao EIA como um mecanismo de controle de impactos urbanos, sociais e ambientais derivados da construção de infraestruturas.¹⁶ Determinado estudo será igualmente prévio ao procedimento de licenciamento urbanístico de obras ou atividades públicas ou privadas. Nele deverão ser contemplados os efeitos positivos e negativos do empreendimento em relação à qualidade de vida da população, examinando-se, no mínimo, as implicações para adensamento populacional; equipamentos urbanos e comunitários; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; geração de tráfego e demanda por transporte público; ventilação e iluminação; paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Regras especiais sobre o estudo de impacto ambiental e licenciamento ambiental para grandes infraestruturas constam, por exemplo, das Resoluções CONAMA n. 06/1987 (energia elétrica), 05/1988 (saneamento básico), 23/1994 (atividades petrolíferas), 249/2004 (empreendimentos ferroviários) etc.

¹⁵ Nos termos do art. 10 da Resolução CONAMA n. 1/1986, “o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município terá um prazo para se manifestar de forma conclusiva sobre o RIMA apresentado”. Essa norma é reforçada pelo art. 11, § 1º da mesma Resolução, pelo qual “os órgãos públicos que manifestarem interesse, ou tiverem relação direta com o projeto, receberão cópia do RIMA, para conhecimento e manifestação”. Note-se, ainda, que o Estatuto da Cidade também criou regras importantes de proteção dos Municípios frente a grandes projetos de infraestruturas. No art. 2º, inciso XIII, o Estatuto obriga a “audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”. De outra parte, o art. 41, § 1º obriga que, no caso de realização de empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estejam inseridos entre as medidas de compensação determinadas pelo órgão ambiental responsável pelo licenciamento.

¹⁶ Com efeito, o art. 38 do Estatuto é claro ao afirmar que “a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental”.



O grande problema na disciplina do EIV parece estar, porém, na sua não obrigatoriedade. Como grande parte dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, os Municípios não estão obrigados a criá-lo e, mesmo quando o façam, poderão definir, por lei, os empreendimentos e atividades privados ou públicos que se sujeitarão ao estudo. Em outras palavras, diferentemente do que vislumbra no EIA, o EIV poderá não ser aplicado a casos de impacto significativo ao meio urbano se o Município não o adotar expressamente. A legislação federal, porém, poderia ter refletido a regra geral do estudo de impacto ambiental, prevista na Constituição, para esse instrumento de proteção do ambiente urbano, exigindo sua obrigatoriedade em todas as situações de significativo impacto para as condições de vida na cidade.

Além do EIV e do EIA, como instrumentos de alinhamento das políticas de infraestrutura ao desenvolvimento sustentável, há dois recentes dispositivos inseridos na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998 com alteração dada pela Lei n. 11.284/2006) que demonstram acentuada relevância para a superação do desafio socioambiental nas políticas de incremento de infraestruturas. O primeiro deles é o acordo ambiental (art. 79-A); o segundo, o crime de enganabilidade ou falsidade de estudos, laudos ou relatórios ambientais (art. 69-A).

O acordo ambiental é instrumento consensual firmado entre as entidades ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), de um lado, e as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores”. Trata-se claramente de um instituto de consensualização da relação entre a Administração Pública e os administrados no campo da regulação ambiental de infraestruturas. Através do compromisso, cujo prazo varia de noventa dias a três anos, os particulares beneficiados poderão promover as “necessárias correções de suas atividades”, no intuito de atender às

exigências de proteção ambiental impostas pelas autoridades do SISNAMA.¹⁷ Com isso, o particular responsável pelo empreendimento obtém a suspensão de processos administrativos sancionadores de natureza ambiental. A imunização em relação a ações penais e de responsabilização civil por dano ambiental não ficam, porém, excluídas – o que pode naturalmente comprometer o interesses dos empreendedores na utilização desse tipo de acordo.

Além disso, registre-se outra alteração da Lei de Crimes Ambientais que se afigura bastante relevante para a proteção do ambiente socioeconômico. Trata-se do crime previsto no art. 69-A da lei, consistente em elaboração ou apresentação, “no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, (de) estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão”. Referido dispositivo prevê uma espécie de crime de perigo e que, portanto, dispensa resultado concreto de dano ao bem ambiental. Não por outra razão, parte da doutrina tem se voltado contra tal inovação. Nessa toada, Edis Milaré sustenta, entre outras coisas, que o novo tipo é desproporcional, pois as sanções nele previstas seriam extremamente graves.¹⁸ Para sustentar sua crítica, pressupõe que o bem tutelado no tipo em questão seja meramente a administração ambiental e, por isso, as sanções previstas seriam desproporcionais. Sustenta, ainda, haver violação do princípio da isonomia, pois a legislação trataria diferentemente o administrado que se vale de informações

¹⁷ Do acordo constarão, obrigatoriamente: a) o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; b) o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; c) a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; d) as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas e e) o foro competente para dirimir litígios entre as partes.

¹⁸ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina jurisprudência, glossário*, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 448. Vale a transcrição da crítica: “de fato, não há como não se espantar com a aberrante desproporção entre a importância do “bem jurídico” penalmente tutelado (no caso, a administração ambiental) e a gravidade da sanção (pena) prevista para a conduta tipificada como crime (aqui, a elaboração ou apresentação, em qualquer procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão)”.



falas ou enganosas em comparação com “o funcionário público que, constatando a falha, cala-se e promove deferimento do pedido de autorização, licença ou permissão”.¹⁹

Com a devida licença, tal crítica parece exagerada. É certo que tanto o servidor público quanto o empreendedor deveriam ser punidos em razão do princípio da isonomia e também é certo que a sanção deveria ser proporcional. No entanto, parece equivocados sustentar que o tipo penal do art. 69-A tutele apenas a administração ambiental. Na verdade, para além do bom funcionamento do SISNAMA, o tipo protege, claramente, o ambiente em si contra pedidos apresentados de modo distorcido ou falseado à Administração Pública, o que poderia dar margem ao licenciamento de atividades sem as devidas condicionantes, por exemplo. O bem tutelado é, portanto, o ambiente em geral, daí a importância do crime em questão. O que se poderia dizer, porém, é que a sanção para esse tipo de conduta poderia ter ficado apenas no âmbito administrativo, ou seja, como sanção administrativa, evitando a excessiva criminalização do direito ambiental – o que, não raro, esfumaça a lógica do sistema punitivo tríplice, composto de sanções penais, administrativas e civis.

A despeito de críticas pontuais, torna-se patente que o ordenamento jurídico pátrio já dispõe de alguns instrumentos e mecanismos que visam a conciliar a necessidade de incrementação da infraestrutura nacional com a proteção do equilíbrio socioambiental. Tais mecanismos são transdisciplinares e, por essa razão, conseguem mitigar alguns dos efeitos nocivos gerados pela setorialização típica do modelo de Estado regulador atual, impedindo que sua característica fragmentação em termos de elaboração e execução de políticas públicas estimule um crescimento

¹⁹ Em arremate, conclui o autor que, “a infeliz criação desse tipo penal descrito no art. 69-A da Lei de Crimes Ambientais, além de vulneradora dos princípios constitucionais antes auferidos, acaba por operar em prejuízo do meio ambiente, cuja proteção e monitoramento sempre dependerão de trabalhos técnico-científicos de profissionais gabaritados e honestos, nem todos dispostos a correr o risco de se verem, por qualquer razão, processados criminalmente por seus pontos de vista, que podem não ser os mesmos defendidos pelo órgão ambiental”. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina jurisprudência, glossário*, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 450.



desordenado de infraestruturas em detrimento da melhoria do bem-estar social e do desenvolvimento sustentável.

5. O desafio procedimental

Somando-se à problemática federativa e ao desafio socioambiental, desponta para a Administração Pública brasileira a tarefa de superar incontáveis dificuldades procedimentais para que a regulação sustentável de infraestruturas torne-se viável. Melhor dizendo: a cooperação e a coordenação inter-federativa, bem como o trabalho inter-setorial exigidos como condições de elaboração e execução de políticas sustentáveis, demanda que as diversas entidades envolvidas nesse tipo de política nos três níveis políticos (União, Estados e Municípios) desenvolvam procedimentos administrativos que tornem exequíveis as atividades de cooperação, comunicação e coordenação.

Essa preocupação com os procedimentos para a concretização da sustentabilidade não é exagerada. Com efeito, de nada adiantará elaborar políticas sustentáveis, se, na prática, tais políticas tornarem-se inviáveis em razão de dificuldades operacionais. É preciso, destarte, que os procedimentos de fomento, orientação, licenciamento, autorização e, até mesmo, de sancionamento sejam trabalhados, no nível da Administração Pública, de maneira minimamente coerente e em favor da construção de uma visão global do Estado acerca dos problemas reais gerados pela criação e distribuição de infraestruturas.

Sem o desenvolvimento de mecanismos procedimentais desburocratizados e eficientes, a execução de políticas sustentáveis em um contexto federativo tornar-se-á certamente impossível. Aqui se revela, portanto, um *“trade-off”* entre eficiência administrativa e políticas sustentáveis. Essa tensão não é meramente imaginária ou especulativa. Ela decorre, novamente, da transformação da Administração Pública brasileira em direção a um modelo fortemente marcado pela atuação setorializada e tecnicizada das entidades reguladoras, bem como pela celeridade, eficiência e economicidade que se lhes impõem o princípio geral de



eficiência para a Administração Pública (art. 37, *caput* da Constituição) e o direito fundamental à duração razoável de processos administrativos (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição).

Não que a eficiência como princípio geral do direito administrativo e o direito fundamental à duração razoável dos processos sejam nocivos. Muito pelo contrário. Tais inovações representam estímulos normativos essenciais à transformação da Administração Pública brasileira em uma instituição mais produtiva e digna dos extraordinários recursos públicos que consome. Isso não impede, porém, que se reconheça no plano abstrato uma tensão entre eficiência e celeridade, de um lado, e sustentabilidade, de outro.

Como se sabe, em linha com a concepção gerencial da Administração Pública brasileira, grande parte das agências reguladoras também gozam do *status* de agências executivas, ou seja, entidades beneficiárias de mais ampla autonomia administrativa e financeira em razão de contratos de gestão que celebram com o Ministério que as supervisionam. Ora, um dos requisitos para a celebração desses contratos é exatamente a fixação de metas de desempenho para a agência. Assim, resta claro que as agências serão desestimuladas a atuar na busca de soluções sustentáveis, por exemplo, ao deliberarem sobre infraestruturas, caso o custo financeiro e operacional da criação e execução de políticas sustentáveis, dependentes de cooperação inter-setorial e inter-federativa, mostrem-se desinteressantes e incompatíveis com as metas de gestão.

Para solucionar esse problema, a única saída parece consistir no desenvolvimento de mecanismos procedimentais capazes de permitir um diálogo barato e veloz entre entidades reguladoras dos mais diversos níveis da federação. É preciso que esses mecanismos, frente ao imperativo da sustentabilidade, viabilizem a fácil interlocução e cooperação entre os reguladores em favor da criação de uma visão global a respeito das implicações das políticas de infraestruturas em um caso concreto.



Ainda que não se faça aqui uma apreciação amplíssima dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, parece evidente que a legislação brasileira tanto em matéria de regulação de setores específicos, quanto no tratamento das implicações socioambientais de atividades e empreendimentos públicos ou privados, está longe de resolver as tensões entre eficiência administrativa e busca da sustentabilidade. O exemplo do licenciamento de grandes empreendimentos com impacto ambiental mostra bem essa problemática.

De modo geral, as competências para a execução de políticas ambientais recaem, no Brasil, sobre as três esferas da federação, configurando política de execução comum (art. 23, inciso VI da CF). O problema natural que surge nesse cenário diz respeito à execução simultânea do poder de polícia ambiental, ou seja, de licenciamentos ambientais, processos administrativos sancionatórios ambientais, fiscalização ambiental etc. A princípio, sendo competência comum, todos os entes políticos estariam livres para atuar na execução dessas políticas até que se delimitassem competências em nível legislativo.

Em matéria de licenciamento, como se sabe, não havia inicialmente uma regra escrita sobre a questão da multiplicação de ações administrativas, ou seja, sobre a multiplicação de procedimentos licenciatórios. Assim, nada vedava que um mesmo empreendimento relacionado à construção de infraestruturas tivesse que ser licenciado ambientalmente em mais de uma esfera da federação. Para solucionar tal situação, a Resolução CONAMA n. 237/1997, restringiu o licenciamento ambiental a apenas um “nível de competência”, ou seja, a somente um nível político. Assim, se o licenciamento é realizado pelo IBAMA, não poderá exigida licença ambiental pelas entidades ambientais estaduais ou municipais participantes do SISNAMA.

Apesar dessa evolução, ainda existe no Brasil a possibilidade de licenciamento múltiplo, o que atinge diretamente as políticas de infra-estruturas. A licença ambiental, ainda que obtida nos três níveis e nas três fases (prévia, de



instalação e de operação), não impedirá que o Estado exija do empreendedor licenças para o uso de recursos hídricos, bem como licenças urbanísticas e outras que se façam necessárias. Assim, a análise de um empreendimento torna-se extremamente vagarosa na Administração Pública brasileira.

Vale lembrar, porém, que problemas do gênero não são necessariamente insuperáveis. Na federação alemã, por exemplo, o desafio procedimental também suscita problemas e, no intuito de se solucioná-lo administrativamente, foram criados institutos como o efeito concentrativo de decisões administrativas (*“Konzentrationswirkung”*), bem como as autorizações administrativas tácitas ou fictícias (*“Genehmigungsfiktion”*).

O efeito concentrativo constitui uma ferramenta fundamental à compatibilização de procedimentos administrativos, inclusive de licenciamento de infraestruturas e outros empreendimentos, em contextos federativos. De acordo com essa sistemática, uma licença ou autorização pode abranger, em si, outras licenças ou autorizações, evitando, com isso, a multiplicação de procedimentos de controle preventivo de atividades privadas pela Administração Pública. Na sua modalidade formal, o efeito concentrativo impõe a substituição do procedimento administrativo de outros órgãos públicos, porém mantém a obrigação de o órgão atuante, responsável pelo procedimento concentrado, examinar tanto o direito material sob sua competência quanto o direito material que seria averiguado nos procedimentos que foram concentrados (ou substituídos). Assim, na modalidade formal, caso determinada autoridade federal concentrasse procedimentos de licenciamento ambiental e de licenciamento para uso de recursos hídricos de competência de autoridades diversas, teria que realizar uma análise tanto do direito ambiental, quanto das normas do direito das águas. Em outras palavras, a concentração procedimental formal não significa redução dos requisitos materiais para a expedição de autorização ou licença solicitada pelo particular/empreendedor. Diferentemente, na modalidade concentrativa material, os procedimentos são concentrados em um só e este substitui inclusive o exame do direito material que



seria realizado nos procedimentos substituídos. Exemplo disso ocorreria caso o licenciamento ambiental por entidade federal substituísse diretamente o licenciamento urbanístico, inclusive suplantando a análise do direito urbanístico local.

Ora, o mecanismo de concentração procedimental e do respectivo efeito concentrativo de certas decisões administrativas apresenta inegável utilidade na redução das tensões derivadas de uma Administração Pública federativa, permitindo que a ação pública se torne mais célere, eficiente e compatível com a segurança jurídica. Afinal, para além do prejuízo temporal, também é certo que a pluralidade de procedimentos de licenciamento ou autorização em contextos federativos e complexos ainda contribui fortemente para a ampliação da insegurança jurídica, por exemplo, pelo aumento de risco de que um empreendimento particular seja licenciado por um órgão público de certo setor, mas proibido por órgãos de outros setores. Coibindo esses riscos adversos, felizmente, no Brasil, alguns Estados de federação têm empregado a concentração de procedimentos, inclusive em relação ao licenciamento ambiental de infraestruturas.²⁰

Mesmo que não exista ou não se aceite o efeito concentrativo das decisões administrativas em alguns ordenamentos jurídicos, há outros meios que permitem conciliar as atividades de licenciamento ou autorização estatal, por exemplo, em matéria de empreendimentos de infraestrutura, e a eficiente ação que se espera da Administração Pública.

Um exemplo desse tipo de mecanismos é a autorização fictícia, inserida no direito alemão e em outros sistemas europeus como instituto geral por

²⁰ No Estado de São Paulo, a Lei n. 13.542/2009 alterou os procedimentos de licenciamento. De acordo com a nova sistemática, o empreendedor solicitará a licença à CETESB, a qual concentra os pedidos de licenças que, antes, eram expedidas por quatro departamentos do Sistema Estadual de Meio Ambiente, a saber: o Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais - DEPRN, o Departamento de Uso do Solo Metropolitano - DUSM, o Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental - DAIA e a própria CETESB. Com isso, operou-se no Estado de São Paulo a unificação e a centralização do licenciamento dentro da estrutura da CETESB, tornando tal procedimento mais ágil e barato.



força de medidas da União Europeia para estimular a integração de serviços.²¹ Trata-se, simplificada, de uma espécie de ato administrativo fictício²² pelo qual, segundo Johannes Caspar, uma decisão administrativa benéfica ao particular e autorizativa de algum comportamento seu é considerada dada não em virtude de um ato de vontade da autoridade pública, mas sim por força do decurso de um prazo previsto na legislação e não observado pela autoridade competente para expedir a decisão autorizativa.²³ De acordo com Jachmann, para coibir a demora em benefício da celeridade da ação pública, cria-se uma ficção de direito público, ou seja, supõe-se existente uma autorização ou licença que, na verdade, jamais foi expedida.²⁴

A despeito de todas as críticas e elogios que rondam o instituto da autorização fictícia, fato é que tal instrumento destina-se a impedir que a multiplicação de procedimentos licenciatórios – por vezes necessária para garantir uma política sustentável – não sirva como um empecilho ao bom funcionamento da Administração Pública e à proteção do direito fundamental à duração razoável do processo. Assim, ainda que, para empreendimentos de infraestrutura, seja necessário manter um sistema de múltiplo licenciamento favorável ao exame dos impactos inter-setoriais de um empreendimento, as tensões eventualmente decorrentes de uma Administração Pública fragmentada, setorializada e federalizada poderão ser, de certa forma, mitigadas pela figura das autorizações ou licenças fictícias.

²¹ Na lei de processo administrativo alemã, a licença fictícia vem prevista de maneira explícita no art. § 42A nos seguintes termos: “(1) Eine beantragte Genehmigung gilt nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten und über das Rechtsbehelfsverfahren gelten entsprechend. (2) Die Frist nach Absatz 1 Satz 1 beträgt drei Monate, soweit durch Rechtsvorschrift nichts Abweichendes bestimmt ist. Die Frist beginnt mit Eingang der vollständigen Unterlagen. Sie kann einmal angemessen verlängert werden, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit gerechtfertigt ist. Die Fristverlängerung ist zu begründen und rechtzeitig mitzuteilen. (3) Auf Verlangen ist demjenigen, dem der Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 hätte bekannt gegeben werden müssen, der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen”.

²² Sobre a matéria, cf. MARRARA, Thiago. A autorização fictícia no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009, p. 201 e seguintes.

²³ CASPAR, Johannes. Der fiktive Verwaltungsakt – Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 125, 2000, p. 131.

²⁴ JACHMANN, Monika. *Die Fiktion im öffentlichen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 137.



6. Conclusão

Este breve ensaio objetivou relacionar a regulação de infraestruturas, de um lado, e a noção de sustentabilidade de outro. Para tanto, partiu de uma conceituação primária e resumida do que se entende por infraestrutura, regulação de infraestrutura e sustentabilidade. Disso se extraiu um conceito de regulação sustentável de infraestruturas, que pode ser resumido como o conjunto de “atividades estatais, da União, dos Estados e/ou dos Municípios, de fomento e controle (via poder de polícia) das atividades de construção, ampliação, gestão e uso de infraestruturas, públicas ou privadas, a favor da proteção das liberdades econômicas, da promoção de direitos fundamentais e da consecução de interesses públicos primários”.

A formulação de um conceito de regulação sustentável no plano teórico, entre outras coisas, tem a utilidade de revelar os problemas que a estrutura atual da Administração Pública brasileira gera para a consecução da sustentabilidade, ou melhor, a transformação do crescimento econômico e da multiplicação quantitativa de infraestruturas em verdadeiro desenvolvimento, entendido, na boa síntese de Bercovici, como “condição necessária para a realização do bem-estar social”, promovida pelo Estado através do planejamento.²⁵

A partir da noção de regulação sustentável como instrumento essencial para a transformação qualitativa do crescimento em desenvolvimento, buscou este ensaio examinar três desafios principais que deverão ser superados pela Administração Pública brasileira no campo da gestão de infraestruturas para se atingir a sustentabilidade, a saber: o desafio federativo; o desafio socioambiental e o desafio procedimental.

O primeiro consiste na necessidade de se superar a fragmentação que a estrutura tripartite da federação brasileira necessariamente cria, dificultando a

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In: Cardoso, José Eduardo et al. (org.). *Direito administrativo econômico*, v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.



cooperação intergovernamental e, o que é mais importante, uma visão global das implicações locais, regionais, nacionais e até internacionais da regulação de infraestruturas específicas. Sem a visão global dos problemas relativos ao aporte e funcionamento, sobretudo, de grandes infraestruturas logísticas e energéticas, dificilmente as entidades públicas responsáveis pela regulação desses elementos serão capazes de encontrar alternativas políticas e técnicas viáveis para a promoção da sustentabilidade.

O segundo desafio diz respeito às dificuldades que a setorialização e a fragmentação do modelo regulatório adotado em meados da década de 1990 no Brasil geram para a compreensão transdisciplinar e inter-setorial dos problemas sociais, ambientais, urbanos e econômicos presentes na regulação de serviços públicos e atividades econômicas altamente dependentes do incremento de infraestruturas. Nesse particular, mostrou-se a relevância do uso de mecanismos transdisciplinares previstos no direito urbanístico e ambiental para o controle dos efeitos e impactos negativos de infraestruturas para o equilíbrio ambiental geral, dando-se destaque ao estudo de impacto ambiental (EIA), ao estudo de impacto de vizinhança (EIV), bem como ao acordo ambiental e ao crime de falseamento de procedimentos licenciatórios – dois institutos introduzidos em 2006 na Lei de Crimes Ambientais.

O terceiro desafio, por fim, reside na complexidade procedimental que a consolidação de políticas públicas sustentáveis traz consigo. Com efeito, na medida em que sustentabilidade exige pluralidade de visões e análises complexas, ela demanda a multiplicação da atuação preventiva da Administração Pública nos mais diversos níveis da federação. Em matéria de regulação de infraestruturas, isso significa um aumento de procedimentos de licenciamento, autorização, fiscalização e sancionamento baseados no poder de polícia da Administração Pública. Essa multiplicação, por sua vez, tem um custo temporal, financeiro e operacional, ou seja, torna o controle estatal de empreendimentos a princípio mais lento, mais caro e mais instável. Por essa razão, impõe-se a criação de mecanismos que sejam capazes de



reduzir as tensões entre a busca de sustentabilidade, de um lado, e custos procedimentais, de outro. No Brasil, porém, tal discussão ainda merece extremo aprofundamento. Entre outras coisas, é preciso debater em que medida institutos como o da “concentração procedimental” e da “autorização ou licença fictícia”, já empregados em outros ordenamentos jurídicos, poderão ser úteis ao bom funcionamento da Administração Pública pátria.

Através do apontamento desses três desafios exemplificativos, espera-se ter demonstrado que a consecução da regulação sustentável de infraestruturas não depende de simples esforços ou da mera boa-vontade de um ou outro agente, órgão ou entidade pública. Pensar de maneira sustentável, ainda mais em um contexto federativo, significa ser capaz de descobrir e avaliar as implicações de uma atividade, serviço ou infra-estrutura de modo inter-setorial (nas mais diversas áreas), inter-espacial (desde o espaço local até o espaço internacional) e transgeracional (para as gerações presentes e futuras). Nesse sentido, cumpre à ciência do direito, em auxílio aos Poderes do Estado, colaborar com a formulação de mecanismos e ferramentas que permitam a execução de políticas sustentáveis, superando os obstáculos impostos pela estrutura federativa brasileira, pelo movimento de setorialização e de isolamento das entidades regulatórias, bem como pelas complexidades procedimentais que entram em choque com a ideia de boa administração pública.



PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS MANUFATURADOS E SERVIÇOS NACIONAIS EM LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE CRÍTICA A LUZ DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Gabriela Verona Pércio¹

Flávio Ramos²

Resumo

O presente artigo tece considerações sobre a busca de geração de políticas públicas e a utilização das contratações administrativas como ferramenta indutor do crescimento de setores estratégicos do mercado nacional.

O Tópico 1 faz uma breve digressão histórica e contextualiza o tema das políticas públicas no Brasil, trazendo alguns aspectos do debate que o circunda.

O Tópico 2 aborda a configuração do Estado, a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas no Brasil e a utilização das licitações públicas como instrumentos de regulação inerente à atuação interventiva do Estado na economia. Delimita, também, as normas que possibilitam atualmente o estabelecimento de margens de preferências para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações realizadas pelo Poder Público brasileiro.

O tópico 3 traz reflexões sobre a adequação da implementação de tal política pública no País, aponta aspectos controversos e sugere interpretação legal em prol da coerência e da constitucionalidade do novel sistema jurídico.

¹ Advogada, graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, pós graduada *lato sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo pelas Faculdades de Direito de Curitiba - Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA/PR, aluna do mestrado em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC.

² Doutor em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Coordenador do Mestrado em Gestão de Políticas Públicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC.



O tópico Conclusões compartilha algumas impressões sobre a implementação da política pública em questão e preocupações relacionadas ao seu controle e efetividade.

I A busca pelo desenvolvimento nacional e as políticas públicas no Brasil

O Brasil é um país com heterogeneidades e contradições que tornam especialmente distinto o objetivo constitucional de atingir o desenvolvimento, relacionado à idéia de mudança e a um salto de qualidade nas áreas econômica, social, cultural e intelectual.³ Ao longo de décadas, fórmulas tem sido testadas para a concretização de tais mudanças, produzindo avanços, mas também retrocessos.

A tentativa de reforma do Estado, implementada por Bresser-Pereira na corrente do movimento de construção do Estado Pós-Moderno, mundialmente em expansão, que soleniza o compromisso com a busca de resultados que assegurem a concretização dos direitos fundamentais, produziu modificações relevantes, mas não logrou conclusão. A superação de atributos clássicos do Estado, sem oferecer os precisos contornos de um novo modelo, imerso em incertezas e indeterminações, pode ser apontada como uma das causas genéricas do fracasso⁴, que também decorreu, entre outras causas específicas, da prevalência da reforma fiscal sobre a institucional.⁵

O fenômeno da globalização, um sistema complexo de integração política, econômica, jurídica, cultural e social de nível mundial, produz a desaceleração do processo de desenvolvimento nacional, especificamente sob o enfoque econômico, na medida em que o Estado brasileiro vislumbra uma forte vinculação dos problemas nacionais às questões internacionais,

³GONZÁLEZ, Thiago Holanda. A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização. XIX. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. Fortaleza. *Anais*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

⁴CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós Moderno**, trad. Marçal Justen Filho. Ed. Fórum, 309 pág.

⁵ABRUCIO, Fernando Luiz. **Trajectoria recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas**. RAP, Rio de Janeiro, Edição Especial Comemorativa, 57- 86, 1967 – 2007.

deparando-se com um espectro de interesses privados que influenciam as decisões político-econômicas em favor do externo⁶. A intensa pressão dos setores vinculados ao sistema capitalista internacional pela desregulamentação e liberalização dos mercados produz drásticas conseqüências para o mercado interno, escorchado pela agressiva atuação de países que buscam além fronteiras as receitas que o seu próprio *status* de desenvolvimento nacional não pode prover.

De outro lado, por mais esforços que se façam para “resolver” problemas, os cidadãos encontram dificuldades para exigir que as ações governamentais sejam cumpridas, e isto por vários motivos e interesses. A garantia de uma efetiva *accountability* encontra limitações. Indicadores para monitoramento e avaliação dos programas sociais, bem como fortalecer processos de descentralização podem contribuir para formas de controle social das ações governamentais.⁷

A *descentralização* e/ou desconcentração⁸ dos processos decisórios, noções de participação e cidadania *ampliadas* e novas e inovadoras formas de gestão permeiam o debate na atualidade. Formas de participação, limites dessas mesmas concepções de participação e deliberação e transformações na esfera democrática predominam, portanto, nesse amplo debate envolvendo as relações entre Estado e sociedade e as conseqüentes políticas públicas advindas desse processo.⁹

⁶ GONZÁLEZ, Thiago Holanda. Ob cit.

⁷ JANNUZZI, Paulo. M. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público - RSP**. Brasília, n. 56, abr/jun 2005. p.137-160.

⁸ Por descentralização entenda-se a formação de novas arenas de decisão que contemplem novos ou outros agentes e modelos que podem ser construídos pelos próprios envolvidos e que dali se estabelecem, no sentido *bottom up*, os canais de ação a partir das decisões. Por desconcentração compreenda-se a manutenção das esferas de poder e a preservação do sentido *top down*, tendo-se novos participantes como forma de consulta esporádica e, muitas vezes, com propósitos de ações superficiais.

⁹ ARRETCHE, Marta. A agenda institucional. **Revista brasileira de Ciências Sociais - RBCS**. v. 22, n. 64. São Paulo, 2007. p. 147- 151.



Os modelos de formulação e análise de políticas públicas apresentam grande diversidade¹⁰, cabendo, aqui, uma primeira reflexão: uma reforma administrativa não poderia emergir a partir de construções conjuntas entre gestores e geridos em uma determinada organização pública e setores da sociedade? As formas de *accountability* não poderiam ser aprimoradas? As respostas parecem ser simples, mas sua composição traz diferenças e oposições.

Os estudos envolvendo políticas públicas no Brasil são relativamente recentes. A década de 1980 inaugurou uma sequência de trabalhos contemplando o tema, fruto do processo de democratização do País. Cidadania, direitos humanos, saúde, educação, e as ações sociais do Estado brasileiro constituíram esse ambiente fecundo para que as políticas públicas e seus enfoques sociais ganhassem destaque. Houve um esforço acentuado para que tais ações fossem devidamente analisadas, desde aspectos envolvendo a formulação dessas políticas, como sua efetividade. As relações entre Estado e sociedade, adquirindo novos patamares, privilegiam atores até então não contemplados por estudos do gênero.

A Constituinte de 1988, apesar do debate em torno do (neo) liberalismo no início da década de 1990, definiu, em grande parte o desenho do Estado brasileiro e as concepções de políticas públicas a partir dessa nova arquitetura do Estado brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil - CF/88 contém um conjunto de normas que permitem a superação do subdesenvolvimento mediante ações do Estado inseridas na esfera de deveres inarredáveis, passíveis de serem exigidas pela coletividade e, em caso de omissão, gerar a necessária responsabilização. A cogência das políticas públicas previstas no Texto Constitucional é decorrente da supremacia da Constituição, um dos paradigmas de gestão pós moderna, que eleva a sua implementação ao nível de dever e autoriza a intervenção do Poder Judiciário

¹⁰ TREVISAN, Andrei. P.; VAN BELLEN, Hans. M. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. **Revista de Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, 42 (3), mai/jun. 2008. p. 529-550.

para exigir seu cumprimento.¹¹ Segundo o art. 3º, inc. II, um dos objetivos fundamentais da República é garantir o desenvolvimento nacional.

Cabe lembrar, *ad cautelam*, a distinção entre as noções de desenvolvimento e de crescimento econômico. Tal como ensina Eros Grau, o desenvolvimento de um país pressupõe mutações dinâmicas e um processo de mobilidade social contínuo e intermitente.¹² O desenvolvimento envolve aspectos qualitativos e quantitativos, conduzindo a uma estrutura social nova, em um processo que abrange não apenas a melhoria do padrão econômico, mas também dos padrões sociais, culturais e intelectuais de uma dada sociedade.¹³

O crescimento econômico, que muitas vezes se opera pela desigualdades e por efeitos sociais perversos, não é, portanto, conexo à condição de desenvolvimento, equação que não apresenta equilíbrio em suas variáveis.¹⁴ Segundo Celso Furtado, apenas quando o projeto social confere prioridade e concretiza o incremento das condições de vida da população, o crescimento se transforma em desenvolvimento, o que ocorrerá, contudo, mediante vontade política, em uma sociedade que desempenhe um papel dinâmico nesse processo evolutivo.¹⁵

A busca pelo desenvolvimento nacional é um grande desafio, permanecendo, os mecanismos sutis que conduzem a ele, envoltos em um

¹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTI, Marinês Restelato. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 24 - 25.

¹² GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 7.

¹³ GONZALEZ, Thiago Holanda. **A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 9 a 12 de junho de 2010.

¹⁴ VECCHIATTI, Karin. **Três fases rumo ao desenvolvimento sustentável: do reducionismo à valorização da cultura**. São Paulo: São Paulo em Perspectiva, 2004, p. 90-95.

¹⁵ FURTADO, Celso, *apud* OLIVEIRA, Edenis César. **Crescimento e desenvolvimento econômico: a sustentabilidade como modelo alternativo**. Disponível em http://www.funge.com.br/upload_trabalhos/13_artigoiiforumambiental.pdf, acesso em 11/8/2011.



grande mistério.¹⁶ São necessárias ações em setores diversos e complementares, entre eles a educação, a ciência e a tecnologia, com o objetivo de propiciar ao Brasil o desenvolvimento de tecnologias que produzam a modernização econômica e social e permitam a participação igualitária no mercado internacional¹⁷ deixando a condição de economia periférica e passando a usufruir dos benefícios oferecidos pelo mercado globalizado. De acordo com o art. 219 da CF/88, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia do País, nos termos de lei federal”, não havendo dúvidas quanto ao dever do Estado, sob o mote do desenvolvimento nacional, de intervir na economia, criando e implementando políticas públicas para setores incapazes de competir igualmente com o mercado externo.

Apesar da evolução do conceito de desenvolvimento nacional que se operou nas últimas décadas, o desenvolvimento econômico continua a orientar, precipuamente, as ações do Estado. Contudo, na esteira do movimento mundial em torno da conservação e preservação do meio ambiente e com respaldo no próprio Texto Constitucional, encontra-se definitivamente adjetivado pela sustentabilidade, não se admitindo, modernamente, um desenvolvimento econômico focado apenas ao aumento da produção, do consumo e da riqueza, agregando-se obrigatoriamente a tais fatores a busca por um desenvolvimento sociocultural, que preserve recursos naturais e não gere ou amplie diferenças sociais. Muito embora o conceito de desenvolvimento sustentável ainda seja um conceito em evolução¹⁸, é perfeitamente possível identificar os deveres do Estado que concretamente

¹⁶ ARBIX, Glauco. **Tecnologia e crescimento econômico**. Novos Estudos nº 77, mar - 2007, pp. 37 a 46.

¹⁷ GONZÁLEZ, Thiago Holanda. Ob. cit.

¹⁸ MATOS, Richer de Andrade e ROVELLA, Syane Brandão Caribé. **Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução**. Disponível em http://www.opet.com.br/revista/administracao_e_cienciascontabeis/pdf/n3/DO-CRESCIMENTO-ECONOMICO-AO-DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL-CONCEITOS-EM-EVOLUCAO.pdf, acesso em 11/8/2011.



exalam dessa nova concepção de desenvolvimento equilibrado, que trata de monitorar, gerir e controlar os estoques de recursos naturais¹⁹.

Uma vertente ainda tímida do debate atual acerca do desenvolvimento nacional propugna que o desígnio de uma nação rica social, econômica, científica e tecnologicamente e a criação de uma verdadeira espiral do desenvolvimento econômico sustentável, depende fundamentalmente de iniciativas nos campos da ciência, da tecnologia e da inovação, voltadas para capacidade do Estado e do setor empresarial de desenvolver e aplicar políticas e incentivos destinados à criação de ambientes e processos capazes de gerar riquezas adicionais a partir da inteligência nacional e do que já existe no País.²⁰ Segundo essa teoria, que já se difunde no País, a nova essência de um processo desenvolvimentista seria inteligência, tecnologia e inovação decorrentes, transformando-se em moeda ou capacidade de agir, competitivamente, no mercado mundial e nacional, seguindo o exemplo de países que se tornaram industrialmente poderosos sem dispor de riquezas naturais como o Brasil. Nessa esteira, a propósito, estudos da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE confirmaram que o desenvolvimento de produtos ou processos inovadores para os padrões mundiais proporcionam aos respectivos países benesses competitivas singulares em mercados dispostos a aumentar as quantidades adquiridas e a pagar preços altos, justificando, pois, políticas públicas nessa direção.

É, contudo, importante ressaltar que os debates deflagrados pelas realidades de países que eclodiram em desenvolvimento, como os denominados Tigres Asiáticos, convergiram para as escolhas de longa duração, em detrimento das estratégias de curto e médio prazo, realçando o fato de que os mecanismos de impulsão do crescimento não são espontâneos, automáticos ou naturais.²¹ Os extensos processos de aprendizagem e

¹⁹ FERNANDES, Marcionila. **Desenvolvimento Sustentável: antinomias de um conceito.** *Apud*, MATOS, Richer de Andrade e ROVELLA, Syane Brandão Caribé, ob. cit.

²⁰ FANTINE, José e ALVIM, Carlos Feu. **Um modelo de desenvolvimento nacional.** Disponível em http://ecen.com/eee57/eee57p/um_modelo_de_desenvolvimento_nacional.htm, acesso em 11/8/2011.

²¹ ARBIX, Glauco. Ob. cit.



inovação, produção do conhecimento e capacitação científica e tecnológica estiveram na raiz do desempenho diferenciado de tais países, motivando o estudo de como esses processos possibilitaram a superação do atraso social e econômico e o *catching-up*.²² Em tal contexto, as políticas públicas, revitalizadas e redefinidas, surgiram como “atividade nobre”, tendo, o Estado, desempenhado papel de suma relevância como indutor de escolhas que sustentaram um crescimento econômico a longo prazo.

2 Desenvolvimento nacional, intervenção do Estado na economia e licitações públicas

A década de 1990, no Brasil, contemplou instigante debate envolvendo o desenho do Estado e as reformas administrativas englobando a estrutura burocrática brasileira. A ideologia (neo) liberal conhecia seu apogeu. Não foi por acaso que as reformas administrativas que contemplaram organizações públicas e a busca por flexibilidade nos modelos de gestão foram associadas a esse movimento de escala global. O discurso liberal afirmava que o Estado era perdulário e ineficaz. A esquerda reagia e acusava os reformadores de seguirem os ditames do neoliberalismo, mas estava em consonância com a necessidade de mudança do Estado; o caminho a seguir é que marcava a distinção.

Esse debate, em parte, foi superado. A abordagem neoliberal cede espaço para novas formas de crescimento econômico, *welfare state* e democracia. Draibe assinala que possivelmente estejamos a vivenciar, não apenas no Brasil, uma nova fase de política desenvolvimentista em que o Estado assume compromissos abandonados desde meados da década de 1980. Independente das divergências envolvendo o tema, fatos como a

²² O conceito de *catch up* refere-se às habilidades que um determinado país desenvolve para viabilizar a redução da distância que o separa de um país líder (ARBIX, Glauco. Ob. cit)



intervenção do Estado assumindo a promoção de políticas de desenvolvimento ganham destaque na atualidade.²³

De qualquer modo, o debate em torno da configuração do Estado e da formulação, implementação e avaliação de políticas públicas permanece ativo. Afinal, os instrumentos formais de representatividade, notadamente os processos de controle vertical, demonstram não atender às necessidades de uma sociedade multifacetada. Demandas diferenciadas fazem pressão sobre um Estado que não apresenta as respostas esperadas. De outro lado, fenômenos da tradição política brasileira mantêm-no nos dias atuais. Por exemplo, o fato segundo o qual obtemos conveniências de uma organização política que confunde governo e Estado por meio da concentração de poder e sua manutenção, subsumindo a gestão e a cidadania no mínimo ao segundo plano ou como conseqüências do poder político, e remetemos ao eleitor, no período eleitoral, o desagravo ou aprovação de governantes (e menos de governos).

A atuação normativa concretiza a intervenção do Estado na economia em sentido lato, ou seja, toda atuação do Estado no âmbito da economia, admitindo-se como tal qualquer tipo de atividade institucional que reflita a participação direta ou indireta do Estado nessa seara.²⁴ Na última década, tem-se verificado no Brasil uma significativa intervenção nesse sentido. A preocupação principalmente com o ingresso de produtos e serviços estrangeiros no mercado interno, a preços muito mais competitivos do que os nacionais, tem conduzido a uma atividade estatal reguladora, de criação de incentivos ao mercado nacional. Não se trata de atuação inovadora, pois tais espécies de discriminações são praticadas por diversos países, inclusive os

²³ DRAIBE, Sônia. M. Estado de Bem-Estar, desenvolvimento econômico e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 27-64.

²⁴ COLLAÇO, Maria Heliadora do Vale Romeiro. **Do direito ao desenvolvimento**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6038/do-direito-ao-desenvolvimento>, acesso em 11/8/2011.



desenvolvidos, em defesa da economia nacional e em nome do princípio da soberania.²⁵

As compras públicas também passaram a ser utilizadas como ferramenta de indução de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de setores estratégicos, servindo, o poder econômico do Estado, aos seus objetivos maiores. Não se olvida tratar-se, esta, de uma atuação legítima e lícita. Segundo Souto, o poder de compra da Administração possibilita uma forma de atuação no mercado que se preste a resultados de interesse público primário.²⁶ Ferraz, enfocando o uso da licitação como instrumento de regulação de mercado, afirma que uma leitura constitucionalizada da licitação possibilita possível prescrever-lhe outros papéis fundamentais à economia de mercado, sendo necessária uma mudança de paradigma, percebendo e aceitando que a licitação é um instrumento de alcance e garantia do interesse público e que nem sempre cabe na rigidez dos Códigos.²⁷ Justen Filho, conceituando regulação, escreve tratar-se do “conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos”, envolvendo a “adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da República”²⁸. Ressaltando a necessidade de sincronizar, no Brasil, as atividades de administração pública e de políticas públicas, Moreira defende a possibilidade de “governar por contratos” e a eficácia dessa medida para garantir a efetividade das políticas públicas.²⁹ Assim, não há óbice jurídico

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 7.

²⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ato-set-out, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 12/8/2011.

²⁷ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº19, ago/set/out, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10/8/2011.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Governando por meio de contratos**. Disponível em http://www.portalbrasil.net/2011/colunas/direito/fevereiro_01.htm, acesso em 11/8/2011.



a que as contratações administrativas sirvam de instrumentos à regulação do mercado.

Nessa senda, a Lei 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos administrativos – admite como critério de desempate, em igualdade de condições, que seja dada preferência, sucessivamente, a bens e serviços produzidos no país, produzidos ou prestados por empresas brasileiras e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (art. 3º, §2º). A preferência a empresas brasileiras de capital nacional situava-se como primeira opção nesse rol (inc. I), mas não vinha sendo aplicada desde a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que revogou o art. 171 da Constituição da República. O dispositivo estabelecia distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional, possibilitando a estas benefícios considerados necessários ao desempenho de atividades estratégicas ou imprescindíveis ao desenvolvimento nacional e, ainda, a possibilidade de tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços. A Lei 12.349/2010, que alterou a Lei 8.666/93, corrigiu essa incompatibilidade, revogando expressamente o inc. I do §2º do seu art. 3º.

A Lei 12.349/2010 trouxe, também, a possibilidade de se estabelecer, por ato do Poder Executivo, margem de preferência de até 25% sobre os preços de produtos manufaturados e serviços estrangeiros, para produtos manufaturados e serviços nacionais que atenderem a normas técnicas brasileiras. Para tanto, deverão ser considerados indicadores relacionados à geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, o custo adicional dos produtos e serviços e, nas revisões periódicas, uma análise retrospectiva de resultados. Ainda, produtos e serviços que resultarem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País poderão beneficiar-se de margem de preferência adicional, não superior aos 25%.

A exposição de motivos da Medida Provisória 495/2010, que deu origem à Lei 12.349/2010, deixa clara a intenção de posicionar o Estado como efetivo



indutor do desenvolvimento nacional mediante a utilização de seu poder de compra para estimular a produção doméstica de bens e serviços e produzir um correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade e a geração de emprego e renda³⁰. Não há, por todo o exposto, críticas a serem tecidas no tocante à *forma* de intervenção adotada.

3 Aspectos controversos da política pública de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações

Não obstante à perfeição da forma, o produto final da atividade normativa que resultou na política pública ora em análise merece críticas.

O processo que leva à formulação de uma política pública é um importante objeto de estudo, não havendo consenso doutrinário em torno dele. Diversos modelos de formulação e análise de políticas públicas podem ser identificados, não cabendo, para os fins do presente trabalho, sua exploração. Todos demonstram, contudo, tratar-se de processo complexo, multidisciplinar e multisetorial, conduzido por diversos atores e influenciado por aspectos exógenos e endógenos. A definição da agenda, a identificação de alternativas, a avaliação e a seleção das opções, fases que, no ciclo das políticas públicas, antecedem a implementação e a avaliação, ocorrem sob a ascendência de fatores sociais, econômicos, religiosos, políticos e, ainda, humanos, o que as torna sensíveis a erros. Sob tal premissa, resta claro que a fase de planejamento é essencial seja para possibilitar os resultados, seja para evitar conseqüências indesejadas no âmbito de outras searas do interesse público.

Segundo Costaldello, o planejamento de políticas públicas “pressupõe o exame cuidadoso e completo do objeto que constituirá as políticas públicas e dos meios para sua materialização”³¹, conceito que, modernamente, exige o

³⁰ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Marco legal das licitações públicas sustentáveis na Administração Pública, **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, publicado no DOU nº 93 de 16 de maio de 2008.

³¹ COSTALDELLO, Angela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). **Estudos dirigidos de Gestão Pública na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2001, pp. 33-49.



enfoque sob o aspecto do “planejamento estratégico”. Essa noção contém dois marcos bem delineados: o rito a ser seguido e os resultados a serem obtidos, sendo-lhe ínsito, ainda, o elemento temporal, o qual delimitará o prazo para o alcance dos fins visados. Trata-se de uma estratégia de planejamento da ação administrativa que congrega vários elementos e um prazo determinado, independentemente da alternância de titulares que exercem a tarefa de governar. Cita, a autora, que o planejamento estratégico pode revelar e voltar-se para várias necessidades indicadas no ordenamento jurídico e comprometendo o respectivo aparelhamento estatal, tal como no seguinte exemplo: as políticas públicas em educação devem ser realizadas com os recursos públicos disponíveis que visam obter esses resultados. Desse modo, o planejamento estratégico envolve não apenas os aspectos do planejamento de uma dada política pública, mas da ação global em relação às diversas políticas públicas elencadas na Constituição e ao alcance dos objetivos do Estado.

No Brasil, a inexistência de uma agenda transversal confunde planejamento de políticas públicas com plano de governo, em prejuízo de projeções futuras e de reflexos em uma perspectiva macro. As ações do governo comumente estão vinculadas à duração do mandato, de modo que os resultados se possam sentir em tempo de serem utilizados como argumento de uma nova campanha eleitoral. Esse uso indiscriminado do poder-dever estatal não leva em consideração no planejamento das políticas públicas as reais dificuldades de implementação, sua complexidade e as consequências a longo prazo.

A política pública da preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações remete à execução do “Plano Brasil Maior”, que estabelece a política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior do Governo Federal para o período de 2011 a 2014, com foco no estímulo à inovação e à produção nacional para alavancar a competitividade da indústria

nos mercados interno e externo.³² O Plano estabelece um conjunto inicial de medidas a serem implementadas no citado período, entre elas a regulamentação da lei de compras governamentais para estimular a produção e a inovação no país. Traz, ainda, outras ações voltadas para o crescimento econômico: desoneração dos investimentos e das exportações, a ampliação e simplificação do financiamento ao investimento e às exportações, aumento de recursos para inovação, aperfeiçoamento do marco regulatório da inovação, estímulos ao crescimento de pequenos e micronegócios, fortalecimento da defesa comercial, criação de regimes especiais para agregação de valor e de tecnologia nas cadeias produtivas. Assim, a Medida Provisória 495/2010 foi editada com o estrito objetivo de estimular a produção e a inovação no país por meio das compras governamentais.

Tal como submetido pela Presidência da República ao Congresso Nacional, o referido ato modificava o art. 3º da Lei 8.666 para que passasse a contemplar entre os objetivos da licitação a “promoção do desenvolvimento nacional”. As medidas preconizadas nos parágrafos do art. 3º, especialmente a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais, voltavam-se exclusivamente para o incremento do mercado nacional e o desenvolvimento da inovação tecnológica no país, em clara intenção de viabilizar o desenvolvimento *econômico* nacional. Na tramitação da Medida Provisória pelas Casas Legislativas, a palavra “sustentável” foi acrescentada à expressão “desenvolvimento nacional”, dando nova tônica ao texto que passou a integrar a Lei 8.666, conforme a conversão da Medida Provisória 495/2010 na Lei 12.349/2010. A modificação se deu para aproveitar uma janela de oportunidade, tornando efetivas as recomendações da Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P, marco meramente indutor de adoção da gestão socioambiental da Administração Pública brasileira³³, evitando, assim, o

³² GOVERNO FEDERAL. Cartilha Brasil Maior. Disponível em http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf, acesso em 03.7.2011.

³³ VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Marco legal das licitações públicas sustentáveis na Administração Pública, **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, publicado no DOU nº 93 de 16 de maio de 2008.



trancamento dessas licitações por questionamentos quanto à legalidade de restrições editalícias nesse sentido.

Nada há de equivocado na *intenção* da modificação perpetrada. Conforme ressaltado, não é possível ignorar os reclamos da sustentabilidade ambiental, mundialmente proclamados. O próprio Plano Brasil Maior aponta como um dos objetivos estratégicos, norteadores da construção de um conjunto de indicadores e metas destinadas a orientar a execução e o monitoramento do Plano, o desenvolvimento sustentável: “inovar e investir para ampliar a competitividade, sustentar o crescimento e melhorar a qualidade de vida”³⁴. Sob o enfoque político, a inserção da expressão “sustentável” produziu uma mudança estratégica fundamental e um magistral desvio de foco: de norma estritamente voltada para o desenvolvimento econômico nacional, com todas as críticas negativas que poderia produzir, a Lei 12.349/2010 passou a norma consolidadora do marco regulatório das licitações sustentáveis, concretizando uma louvável conquista para a sociedade brasileira. Contudo, o *modus operandi* utilizado merece severas críticas, por demandar a do aplicador da lei a utilização de técnicas de hermenêutica para identificar os contornos das novas normas jurídicas. É indispensável uma leitura atenta e conjunta do novo *caput* do art. 3º e seus parágrafos para evitar conflitos normativos.

A inclusão da palavra “sustentável” ao texto do *caput* do art. 3º trouxe limites intransponíveis à aplicabilidade das normas constantes dos seus parágrafos, modificando-lhes a amplitude e, pode-se dizer, interferindo no alcance dos objetivos iniciais. Essa deve ser a conclusão, sob pena de constatar-se que o conjunto das inovações legislativas trazidas pela Lei 12.349/2010 encontra-se eivado dos vícios da incoerência e, mais gravemente, da inconstitucionalidade.

Já no contexto da Medida Provisória 495/2010, muito embora as normas dos parágrafos do art. 3º se voltassem *exclusivamente* para o crescimento econômico, o conceito de *desenvolvimento nacional*, mais amplo e

³⁴ GOVERNO FEDERAL. Cartilha Brasil Maior. Disponível em http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf, acesso em 03.7.2011.



multifacetado, não poderia ser desconsiderado como limite à aplicabilidade das regras de preferência. De modo algum, a utilização das margens de preferência em prol do *crescimento econômico* poderá ser levada a cabo em detrimento das outras facetas do *desenvolvimento nacional* – social, cultural e intelectual, sob o risco de se retroceder ao crescimento econômico perverso, alheio ao projeto social e a melhoria das condições de vida da população³⁵. Assim, é condição de constitucionalidade das medidas autorizadas pelos parágrafos do art. 3º da Lei 8.666 que a adoção das referidas margens de preferência não produzam efeitos reflexos prejudiciais à concretização de outros direitos prestacionais.

A inclusão da palavra “sustentável” restringiu ainda mais a aplicabilidade das novas normas. O texto convertido na Lei 12.349/2010 traz como condição de legalidade para qualquer medida adotada a conformidade com o novo objetivo das contratações públicas não apenas garantir a promoção do desenvolvimento nacional, mas garantir a promoção do desenvolvimento nacional *sustentável*. No mesmo eixo, também o conceito de “desenvolvimento nacional *sustentável*”, ainda que em evolução, não deixa dúvidas de que a implementação de políticas públicas de desenvolvimento nacional *deve* ser precedida de estudo de viabilidade que considere as repercussões provocadas no âmbito da concretização de direitos fundamentais. Deixar de atentar para esse aspecto produz uma abissal distância entre as normas que visam o crescimento econômico pela via da preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais e o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional *sustentável*, fazendo emergir a citada incoerência.

O direito de viver em um ambiente equilibrado, seguro e saudável, assegurado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, está umbilicalmente vinculado à concretização de outros direitos prestacionais, especialmente os direitos à educação e à saúde. Fundamentalmente, o indivíduo necessita de educação para compreender a relevância da preservação e da conservação do

³⁵ FURTADO, Celso. *Apud* Cadernos do Desenvolvimento. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2006, 280 p.



meio ambiente em que vive e definir seu destino. É com educação que o indivíduo apreende a importância do passado e do presente para o futuro, a importância de preservar edificações históricas, de usar racionalmente os recursos naturais, de separar o lixo, de combater focos de doenças endêmicas, entre outras ações primárias e ao alcance da população em geral. De outra parte, políticas públicas na área da saúde e do saneamento básico são primordiais para que o desenvolvimento nacional possa atingir a perspectiva da sustentabilidade enquanto conjunto de ações equilibradas, focadas nas múltiplas dimensões do desenvolvimento e não apenas na dimensão econômica.

Desse modo, o comprometimento do orçamento público com o crescimento econômico nacional por meio das ações autorizadas pela Lei 12.349 não poderá produzir o sacrifício de direitos de primeira grandeza, consagrados na Constituição Federal de 1988. Os limites para a aplicação das novas normas estão claramente definidos pelo objetivo insculpido no *caput* do art. 3º, de garantir o *desenvolvimento nacional sustentável*.

Nesse contexto, surgem indagações: estará, o Estado, considerando os dispêndios em busca do crescimento econômico conforme autorizado pelas normas dos parágrafos do art. 3º da Lei 8.666/93, legitimado a arguir a teoria da reserva do possível para negar ao cidadão a obtenção de um determinado medicamento via SUS ou a concessão de bolsas de estudo, sob o argumento de excesso de ônus aos cofres públicos? Qual será a medida exata que irá definir se a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais atende ao princípio constitucional do desenvolvimento nacional e ao objetivo de garantir o desenvolvimento nacional sustentável?

A margem autorizada pela Lei 12.349/2010, de até 25% sobre o preço de produtos e serviços estrangeiros concorrentes, pode gerar impacto nos cofres públicos suficiente para comprometer a realização de outras políticas públicas prioritárias, além de demais destinações orçamentárias que sejam necessárias ao adequado funcionamento da máquina administrativa e ao respeito aos princípios e normas que regem as compras públicas nacionais.

Ilustrativamente, cita-se a prática de outros países da América Latina, que adotaram políticas similares: na Colômbia, a margem de preferência pode chegar a 20%³⁶ e na Argentina, a meros 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5% para outras empresas.³⁷ Por sua vez, a política nacional que atribui preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em licitações, de natureza similar, limita o valor admissível a 10% superior à proposta mais bem classificada, percentual que é reduzido para 5% quando a modalidade de licitação for o pregão.

Fica em aberto a pergunta: no caso do Brasil, um país notoriamente carente de políticas públicas em áreas como educação e saúde, trata-se da melhor entre outras possíveis alternativas? Sob outro enfoque, é possível questionar: pagar até um $\frac{1}{4}$ além do valor proposto para produtos manufaturados e serviços estrangeiros poderá contribuir para o crescimento econômico nacional, mas trará o necessário equilíbrio às contas públicas, especialmente considerando as deficiências de planejamento que já se tornaram tradição na Administração Pública brasileira, evitando que sejam escamoteados recursos destinados à concretização de direitos prestacionais e trapaceando a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável? Não será, o expressivo “limite” de 25%, o retrato de uma urgência incompatível com os processos de longa duração que resultaram, historicamente, na superação do atraso econômico e no *catching-up* de países hoje desenvolvidos?

Justen Filho alerta ser imprescindível à Administração Pública a total consciência do custo econômico que a realização de outras finalidades representa aos cofres públicos e à Nação. É fundamental a existência de ponderação dos custos envolvidos em cada solução, sendo que o mote do desenvolvimento nacional sustentado não torna legítimas contratações ruinsas e economicamente ineficientes, nem pode conduzir à impossibilidade

³⁶ Lei nº 816/2003.

³⁷ Lei nº 25.551/2001.

de atender a outras necessidades igualmente relevantes diante da supremacia da dignidade humana.³⁸

As maiores dificuldades despontam a partir da constatação de que a forma de implementação da política pública é matéria reservada à atuação administrativa discricionária, aspecto que sabidamente oferece complexidade ao controle externo e que constitui tema intrincado, cuja delimitação não comporta espaço no presente ensaio. O Decreto nº 7.546/2011, ao propósito de regulamentar parcialmente as normas inseridas pela Lei 12.349/2010, instituiu a Comissão Interministerial de Compras Públicas, com atribuições específicas atinentes à proposição e ao acompanhamento da margem de preferência, de promover avaliações de impacto econômico e examinar os efeitos da política sobre o desenvolvimento nacional. Segundo a própria Lei, algumas medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento poderão ser estabelecidas em editais, em favor de integrantes da administração pública, conforme estabelecido em decreto, medida que aparentemente objetiva equilibrar os impactos financeiros. Contudo, será imprescindível à legalidade e à constitucionalidade das margens de preferência, fixadas subsequentemente, a comprovação da existência de um planejamento econômico integrado e estratégico, que assegure a existência de recursos orçamentários suficientes para a realização de outras políticas públicas fundamentais ao desenvolvimento nacional sustentável. Mas, que meios de controle serão efetivamente utilizados pelos executores da política pública no intuito de evitar a concretização dos possíveis desvios aqui apontados? Que meios serão concretamente viabilizados aos cidadãos para prover a necessária *accountability*?

4 Conclusões

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>, acesso em 03/07/2011.



A orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. Utilizar os processos de contratação pública para fomentar o desenvolvimento de um determinado setor econômico é medida inquestionável, sob o enfoque da juridicidade. Contudo, a eficiência e a efetividade da política pública implementada por esta via dependerá da adequação à realidade nacional e da integração a um planejamento estratégico que considere o planejamento da ação global do Estado em relação às diversas políticas públicas elencadas na Constituição, assim como ao alcance de seus objetivos.

A concessão de margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações provoca indagações, algumas das quais serão respondidas ao longo do processo de implementação. Mais do que nunca, caberá ao Estado planejar suas ações, sejam aquelas voltadas diretamente para a realização de seus fins, sejam aquelas que se prestam a instrumentalizar o alcance dos mesmos, desempenhadas pelo seu aparato administrativo. A legalidade e a constitucionalidade das margens de preferência estabelecidas estará condicionada ao equilíbrio orçamentário, de modo que o prestígio ao crescimento econômico não prejudique políticas públicas de primeira necessidade atreladas à concretização de direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal e a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável, dever inarredável do Estado.

A preocupação com aspectos que envolvem governança pública e *accountability* é considerável. A tecnicidade das informações que embasarão a fixação das margens de preferência parece não permitir um controle efetivo por parte da sociedade. O presente momento, em que serão elaboradas as regras que trarão aplicabilidade concreta às normas legais, é preocupante pela pouca suscetibilidade a ingerências externas. O momento seguinte, de efetiva implementação da política pública enunciada, demandará atuação percuciente dos Tribunais de Contas e do Ministério Público para evitar desvios como os apontados no presente trabalho, além de assegurar a observância de normas e preceitos constitucionais. A avaliação dos resultados, peculiarmente crítica em



qualquer processo de análise de política pública, demandará o estabelecimento de critérios e indicadores eficazes, o que, espera-se, seja realizado cuidadosamente pelas autoridades competentes, concomitantemente à fixação das margens de preferência. Por fim, cabe à sociedade exigir a ampla divulgação desses resultados, exercendo seu papel na busca pela efetividade da política pública, possibilitando, reflexamente, o alcance do objetivo legal de garantir o desenvolvimento nacional sustentável por meio das compras governamentais.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, Edição Especial Comemorativa, 57- 86, 1967 – 2007.

ARBIX, Glauco. Tecnologia e crescimento econômico. *Novos Estudos*, n. 77, mar. 2007, pp. 37 a 46.

ARRETCHE, Marta. A agenda institucional. **Revista brasileira de Ciências Sociais - RBCS**. v. 22, n. 64. São Paulo, 2007. p. 147- 151.

CADERNOS DO DESENVOLVIMENTO, Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2006, 280 p.

CAPELLA, Ana. C. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-122.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós Moderno**, trad. Marçal Justen Filho. Ed. Fórum, 2009.

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. **Do direito ao desenvolvimento**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6038/do-direito-ao-desenvolvimento>.

COSTALDELLO, Angela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO,



Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). **Estudos dirigidos de Gestão Pública na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2001.

DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 10, p. 19-31, junho/2011.

DRAIBE, Sônia. M. Estado de Bem-Estar, desenvolvimento econômico e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 27-64.

FANTINE, José e ALVIM, Carlos Feu. **Um modelo de desenvolvimento nacional**. Disponível em http://ecen.com/eee57/eee57p/um_modelo_de_desenvolvimento_nacional.htm.

FERNANDES, Marcionila. **Desenvolvimento Sustentável: Antinomias de um conceito**. Belém: AUA, 2003.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº19, ago/set/out, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.

FFREY, Klaus. Governança urbana e participação política. XXVIII. Encontro Nacional de Programas de Pós-Graduação em Administração. Curitiba. *Anais*. Curitiba: Anpad, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. Ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

GONZÁLEZ, Thiago Holanda. A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização. XIX. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. Fortaleza. *Anais*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

GOVERNO FEDERAL. Cartilha Brasil Maior. Disponível em http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf.

GUGLIANO, A. A. Democracia, participação e deliberação. Contribuições ao debate sobre possíveis transformações na esfera democrática. **Civitas**. Revista



de ciências Sociais. Democracia e novas formas de participação política. Porto Alegre: PUCRS, v.4., n.2, 2004. p. 257-284.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

JANNUZZI, Paulo. M. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público - RSP**. Brasília, n. 56, abr/jun 2005. p.137-160.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**, São Paulo: Dialética, 2002.

_____ Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MATOS, Richer de Andrade e ROVELLA, Syane Brandão Caribé. **Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução**. Disponível em http://www.opet.com.br/revista/administracao_e_cienciascontabeis/pdf/n3/DO-CRESCIMENTO-ECONOMICO-AO-DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL-CONCEITOS-EM-EVOLUCAO.pdf.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativos**. Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Governando por meio de contratos. Disponível em http://www.portalbrasil.net/2011/colunas/direito/fevereiro_01.htm, acesso em 03.07.2011.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2007.



MUNIZ, Suelyn. Investimento recente, capacitação tecnológica e competitividade. **São Paulo em Perspectiva**, Vol. 14, nº 3, São Paulo, jul/set. 2000.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**. Temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de (*coord*). **Direito Econômico – Evolução e Institutos**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA, Edenis César. **Crescimento e desenvolvimento econômico: a sustentabilidade como modelo alternativo**. Disponível em [http://www.funge.com.br/upload trabalhos/13_artigoiiforumambiental.pdf](http://www.funge.com.br/upload_trabalhos/13_artigoiiforumambiental.pdf).

OLIVEIRA, Henrique Altemani de. Brasil e China: uma nova aliança não escrita? **Revista Brasileira de Política Internacional** [online]. 2010, vol.53, n.2, pp. 88-105.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: Paradigmas para uma definição. XVII. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Brasília. *Anais*. Brasília: CONPEDI, 2008.

PAES DE PAULA, Ana. P. **Por uma nova gestão pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTI, Marinês Restelato. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

PIMENTA de FARIA, Carlos A. A política de avaliação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS**, n.59, out. 2005. p. 97-169.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: BRESSER PEREIRA, L. C.; SPINK, P. (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 39-73.

SANTOS, Murillo Giordan e BARKI, Teresa Villac Pinheiro. **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011.



SILVEIRA, Raquel Dias da e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (*coord.*). **Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ato-set-out, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

TREVISAN, Andrei. P.; VAN BELLEN, Hans. M. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. **Revista de Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, 42 (3), mai/jun. 2008. p. 529-550.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Marco legal das licitações públicas sustentáveis na Administração Pública, **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, publicado no DOU nº 93 de 16 de maio de 2008.

VECCHIATTI, Karin. **Três fases rumo ao desenvolvimento sustentável: do reducionismo à valorização da cultura**. São Paulo: São Paulo em Perspectiva, 2004.



REGULAÇÃO JURÍDICA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INCREMENTAÇÃO DA INFRAESTRUTURA PÚBLICA VOLTADA À PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS*

Daniel Wunder Hachem

1. A contradição entre a previsão constitucional de direitos fundamentais sociais e a realidade fática brasileira

O Estado brasileiro enfrenta, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma séria contradição entre o seu sistema jurídico-normativo e a realidade fática de sua população. De um lado, verifica-se que o ordenamento constitucional enuncia como alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, “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”. Nessa esteira, assegura ao cidadão, em seu artigo 6º, direitos como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Nos vários dispositivos agrupados no Título VIII da Lei Maior, sob a epígrafe “Da Ordem Social”, o constituinte dispensa ampla atenção aos contornos de grande parte desses direitos, delimitando o seu conteúdo e impondo uma série de tarefas ao legislador e à Administração Pública para a sua satisfação.

De outro lado, no entanto, observa-se que no mundo dos fatos a população brasileira está ainda severamente distanciada de usufruir plenamente dessa plêiade de direitos que lhe se são tutelados pela ordem jurídica. Muito embora o Brasil esteja situado na 8ª posição entre as economias do mundo, com um Produto Interno Bruto expressivo, o país ostenta um dos piores níveis de distribuição de riqueza existentes (0,584 índice de Gini). Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que integra o Ministério do Planejamento, demonstram que no Brasil há cerca de 49 milhões de pessoas pobres, e 18,7 milhões em condições de pobreza extrema, sendo que na última década, 1% da parcela mais rica da população possuía a mesma riqueza que 50% das pessoas mais pobres do país.¹ Um quadro alarmante como esse decorre, logicamente, de um baixíssimo grau de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Alguns exemplos concretos prestam-se a evidenciar a afirmação. A Constituição Federal, desde a sua promulgação em 1988, garante como direito fundamental a educação

* Artigo produzido no marco do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da Universidade Federal do Paraná, vinculado ao projeto de pesquisa “Intervenção do Estado e autonomia privada: entre interesse público e subsidiariedade na justa atribuição de competências” coordenado pelo Professor Doutor Emerson Gabardo.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdade e a subversão do Estado de direito. *Revista Internacional Direito e Cidadania*, nº 5, disponível em <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000029>>, acesso em 04 out. 2011.



básica (educação infantil e ensino fundamental), em seus arts. 6º e 208, I e IV. Contudo, no ano de 2006 – após quase vinte anos de vigência da Lei Fundamental – a taxa de escolarização dos brasileiros de 18 a 24 anos de idade não chegava a 32%.² Disso se pode inferir que inúmeros brasileiros não tiveram acesso à educação básica, constitucionalmente garantida, por conta da inação do Estado.

O mesmo ocorre em relação à saúde. Atualmente, a taxa brasileira de mortalidade infantil (crianças entre 0 e 5 anos) situa-se em 19,88 para cada mil nascimentos. A cifra pode parecer um avanço, se comparada com a taxa de 1990: 52,04 a cada mil nascimentos. Sucede que o Estado brasileiro situa-se na 90ª posição no *ranking* que avalia a mortalidade infantil em diversas nações, ficando atrás de vários países latino-americanos, como Cuba (taxa de 5,25), Chile (6,48), Argentina (12,8) e Colômbia (15,3), e significativamente abaixo de nações como Islândia (2,6) e Suécia (2,7).³ Ademais, de acordo com o IBGE⁴, da totalidade de leitos hospitalares disponíveis para internações do SUS em 2005, 141.264 pertenciam a entidades públicas, ao passo que 192.274⁵ encontravam-se em instituições privadas. Significa dizer que, muito embora a Constituição estabeleça que “*As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde*” (art. 199, § 1º), os dados consultados indicam que 57,6% do total de leitos do SUS são disponibilizados pela iniciativa privada.⁶

Diante de tais informações, é preciso reconhecer que o discurso de efetividade dos direitos fundamentais sociais, baseado na incidência do art. 5º, §1º, segundo o qual “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, é insuficiente se não estiver acompanhado de instrumentos jurídicos – notadamente aqueles fornecidos pelo Direito Administrativo – capazes de compelir a Administração Pública a prestar serviços públicos e implementar políticas que, forma racional, planejada, universalizada e organizada, satisfaçam tais direitos dos cidadãos brasileiros.

O desejado aumento do índice de efetivação dos direitos fundamentais sociais só será alcançado se houver uma regulamentação jurídica adequada da infraestrutura pública voltada à promoção dos serviços públicos destinados à satisfação de necessidades básicas da população. É preciso, pois, que o Estado detenha um aparato físico, tecnológico e humano

² IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2005-2006**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf>. Acesso em 04 out. 2011.

³ Conforme dados extraídos da revista médica **The Lancet**. Disponível em <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)60703-9/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)60703-9/fulltext)>. Acesso em 04 out. 2011.

⁴ Pesquisa disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/ams/2005/tabela14.pdf>>. Acesso em 04 out. 2011.

⁵ Do total, 68.110 estavam em entidades com fins lucrativos, e 124.164 em estabelecimentos sem fins lucrativos. Informações encontradas em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/ams/2005/tabela14.pdf>>. Acesso em 04 out. 2011.

⁶ Tais informações foram trazidas à baila por PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 41, Belo Horizonte: Fórum, p. 209-230, jul./set. 2010. p. 209.



apropriado, sustentado por condições econômicas robustas, para que possa atingir um nível de desenvolvimento capaz de implementar os direitos em questão. Portanto, o desenvolvimento econômico do Estado revela-se como *conditio sine qua non* para a implementação do desenvolvimento humano e social do seu povo.

Em face desse cenário, o presente ensaio busca investigar os limites e a extensão dos direitos fundamentais sociais que a Constituição garante ao cidadão brasileiro, vale dizer, se estão restritos apenas ao oferecimento de condições mínimas de existência digna, ou se compreendem o direito ao alcance de um amplo grau de desenvolvimento humano e social, e analisar até que ponto a regulação jurídica pode funcionar como um fator de incrementação da infraestrutura pública necessária à prestação de serviços públicos adequados, capazes de satisfazer os direitos fundamentais em referência.

2. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direitos fundamentais sociais

Nascido no âmbito da filosofia, o conceito de dignidade humana adquiriu juridicidade positiva e normativa como reação às práticas nazi-fascistas, configurando-se verdadeiro anticorpo jurídico contra “a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder”⁷. Com o advento do Estado Social, após a Segunda Guerra Mundial, a pessoa humana passou a ocupar posição de destaque no cenário mundial⁸, constituindo princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo⁹ e sendo compreendida como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal¹⁰.

Insta ressaltar a dificuldade de se obter uma conceituação clara do que efetivamente venha a ser esta dignidade, até mesmo para se definir o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental¹¹. Esta dificuldade justifica-se em decorrência, dentre outros fatores, da imprecisão e vagueza dos contornos deste conceito, que, não obstante, não têm o condão de lhe esvaziar o conteúdo axiológico-normativo.

A posição de princípio jurídico fundamental albergado na Constituição Federal empresta normatividade jurídico-positiva à dignidade da pessoa, para além do seu conteúdo ético e moral. A norma então passa a ser dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 4, Porto Alegre: Notadez, 1999. p. 29.

⁸ Por escapar dos limites metodológicos estabelecidos para a temática deste trabalho, não cabe aqui desenvolver uma retomada histórica acerca do surgimento da dignidade como valor intrínseco ao ser humano. Remete-se o leitor, desta forma, à leitura de BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-121, e BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axialógico e Conteúdo Normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 111-116.

⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.



formal e material e, conseqüentemente, carregado de eficácia¹². Por outro lado, não se pode crer que a normatização do princípio da dignidade da pessoa humana seja suficiente para salvaguardar sua proteção¹³.

Compreende-se de forma majoritária na doutrina contemporânea que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor basilar dos direitos humanos e fundamentais¹⁴. É neste contexto que se afirma que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais configura uma exigência da dignidade da pessoa humana¹⁵, pelo fato de os direitos fundamentais constituírem explicitações desta dignidade¹⁶, de modo que em cada um deles se pode identificar um conteúdo ou alguma projeção da dignidade da pessoa¹⁷. Não se pode confundir essa relação, entretanto, com uma suposta identidade entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade: esta se expressa através daqueles, compondo, de modo geral, parcela do seu conteúdo¹⁸.

Destarte, embora com diferentes graus de vinculação, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental atrai o conteúdo dos direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações)¹⁹. Há uma relação de complementaridade entre as dimensões de direitos, já que os direitos individuais, civis e políticos, requerem a garantia de condições materiais mínimas para o seu exercício, proporcionadas pelos direitos sociais prestacionais, de modo que todos conjuntamente promovem a dignidade humana²⁰. Por conseguinte, do princípio da dignidade humana derivam, concomitantemente, a obrigação de não-violação e o dever de promoção e proteção.

No entanto, conquanto a dignidade humana possa ser promovida em maior ou menor grau conforme a intensidade da proteção aos direitos fundamentais, é possível identificar uma

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 70.

¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁴ Tamanha é a proximidade deste princípio com o conteúdo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que a proteção da pessoa humana pode ser considerada como fator de aproximação entre ambas as categorias de direitos. FACHIN, Melina Girardi. Todos os Nomes e um só Sentido: a Aproximação dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais tendo em vista sua Efetivação Prática. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 3, 2006. p. 57.

¹⁵ "La dignidad humana supone el valor básico (*grundwert*) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral". LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

¹⁶ José Carlos Vieira de Andrade identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando que tal princípio concretiza-se pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais. In: **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 83 e seguintes.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004. p. 244.

¹⁸ Para uma posição crítica em relação ao tema ora referido, ver TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004. p. 233.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

²⁰ Tome-se, como exemplo, o direito à liberdade de expressão, que só poderá ser plenamente exercido se o seu titular souber e puder ler e escrever, gozando respectivamente dos direitos à educação e à saúde, dentre outros.



linha abaixo da qual não há dignidade, que pode ser alcançada não por uma violação ativa, mas omissiva, por parte do Estado, de garantias mínimas de existência digna. Do mesmo modo como há um consenso social em relação ao desrespeito à dignidade provocado por determinadas ações, deve haver um consenso social acerca da transgressão do mesmo princípio quando a omissão do Poder Público importar uma situação de indignidade²¹.

Significa dizer que existe um núcleo de condições materiais que compreende a noção de dignidade humana de forma tão essencial que sua inexistência implicará indubitavelmente uma situação de indignidade, não obstante as diversas concepções de dignidade que se pode encontrar num Estado democrático e pluralista. É o que a atual doutrina passou a denominar de *mínimo existencial*²², composto essencialmente por um conjunto de direitos sociais de cunho prestacional suficientes não apenas para assegurar a existência humana, mas, para além disso, uma vida com dignidade²³.

Na definição de Ana Paula de Barcellos, “o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento”²⁴.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial carece de conteúdo específico, abrangendo quaisquer direitos imprescindíveis à existência digna, como os direitos à saúde e à alimentação, ainda que originalmente não-fundamentais²⁵. Segundo Ingo Sarlet, o seu conteúdo “encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa”²⁶.

A violação destes padrões qualitativos mínimos de vida acarretará afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a ausência deste mínimo necessário à existência digna tolhe as condições iniciais da liberdade²⁷, os pressupostos materiais para o seu exercício, dependendo-se de prestações positivas do Estado para assegurá-lo.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 193.

²² “*Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas*”. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, nº 177, Rio de Janeiro, 1989. p. 29.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92-93.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 197-198.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 29.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 4, jul-dez 2004. São Paulo: ESDC, 2004. p. 260.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.



3. A regulação jurídica do direito ao desenvolvimento nos planos internacional e constitucional

O direito ao desenvolvimento tem sido, nas últimas décadas, objeto de reconhecimento e regulamentação por documentos jurídicos nos planos internacional,²⁸ constitucional e legislativo.

A sua positivação decorre da necessidade, identificada pela comunidade internacional, de se adotar providências aptas a assegurar o desenvolvimento econômico e uma distribuição equânime de riquezas,²⁹ sem os quais os direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais não podem ser exercitados.

Na esfera internacional, uma série de declarações e tratados internacionais de direitos humanos incluíram a previsão do mencionado direito, de forma explícita ou implícita.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ao prever em seu artigo XXVIII que “*Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados*”, inspirou a comunidade internacional a editar a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981. Esta última, em seu artigo 22º, estabelece que “*1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade. 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento*”.

Posteriormente, em 1986, foi promulgada a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a qual determina em seu artigo 1 que: “*O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados*”. Tal documento acaba por redimensionar, formalizar e reforçar a ideia de desenvolvimento como um direito “interdependente e indivisível dos demais direitos humanos”.³⁰

Na Constituição de 1988 é possível, de forma implícita, reconhecer a existência do direito ao desenvolvimento. Segundo Inês Virgínia Prado Soares, este direito encontra-se umbilicalmente ligado a uma série de valores democráticos albergados na Lei Maior, tais como: a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), os direitos sociais (art. 6º), a ordem econômica disciplinada pelos ditames da justiça social para assegurar uma existência

²⁸ Sobre o tema, ver: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117-151.

²⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 469.

³⁰ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. Cit.*, p. 470.



digna (art. 170), a ordem social fundada no primado do trabalho e com o intuito de propiciar bem-estar e justiça sociais (art. 193), a proteção aos direitos culturais (art. 215), o dever estatal e social de proteção do meio-ambiente (art. 225), o direito ao desenvolvimento tecnológico (art. 218), entre outros.³¹ De acordo com Melina Girardi Fachin, pela cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF) é possível reconhecer a jusfundamentalidade do direito ao desenvolvimento.³²

Ocorre que dentro dessa noção de desenvolvimento, como desiderato a ser alcançado pelo Estado mediante políticas progressivas, alguns autores passaram a sustentar que o cidadão pode exigir do Poder Público, de plano, tão-somente a satisfação da parcela dos direitos sociais necessária à garantia do mínimo existencial, não podendo postular, desde logo, a satisfação plena e maximizada de tais direitos, cuja efetivação dependeria de regulamentação legislativa e de disponibilidade orçamentária. É o caso de Ricardo Lobo Torres, para quem “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial (...). Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”³³.

Parece, no entanto, ser possível sustentar intelecção distinta, reconhecendo-se a possibilidade de o cidadão exigir da Administração Pública a prestação de serviços públicos voltados à satisfação maximizada de seus direitos fundamentais sociais, não limitada ao conteúdo do mínimo existencial. Trata-se de uma forma de se reconhecer a jusfundamentalidade do direito ao desenvolvimento.

4. Direito fundamental à tutela administrativa efetiva: da proteção do mínimo existencial à maximização dos direitos fundamentais sociais através da Administração Pública

Nada obstante a positivação dos direitos ao desenvolvimento e ao mínimo existencial em declarações e tratados internacionais de direitos humanos, bem como na Constituição Federal, pôde-se observar, pelos dados trazidos no item 1 deste trabalho, que tais disposições não alcançam plena concretude na realidade fática.

Diante do que se convencionou chamar de inefetividade dos direitos fundamentais sociais, nas décadas de 1980 e 1990 observou-se um movimento na doutrina constitucional brasileira voltado ao reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais, propondo, cada vez em maior grau, a realização dos direitos fundamentais consagrados pela

³¹ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Op. Cit.*, p. 472.

³² FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193.

³³ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81.



Lei Maior.³⁴ Tais ideias lograram acolhida pelos tribunais pátrios, que passaram a atestar a fundamentalidade dos direitos sociais (em especial os direitos à educação e à saúde) e encará-los como direitos subjetivos, prontamente exigíveis perante o Poder Judiciário.

Não se pode negar, no entanto, que em alguma medida esse avanço implicou a adoção de um caminho que passou “da falta de efetividade à judicialização excessiva”³⁵, especialmente em matéria de saúde, resultando na proliferação de “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade”.³⁶ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, esses “excessos e inconsistências (...) põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”.³⁷ Ademais, a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente pela via do Poder Judiciário pode importar uma “concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.³⁸

Assim, considerando que: (i) o acesso ao Poder Judiciário no Brasil é limitado à classe média e à classe alta da população; (ii) a maior parte das demandas são de cunho individual e não coletivo, o que coloca os cidadãos de baixa renda – que são justamente os que mais necessitam da tutela estatal – em uma situação desprivilegiada quanto à satisfação dos seus direitos; (iii) o planejamento de políticas públicas universais, de caráter coletivo, destinadas à concretização de ofício dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de provocação, compete à Administração Pública; parcela da doutrina,³⁹ largamente recepcionada no campo jurisprudencial, passou a sustentar a restrição do espectro de legitimidade do Poder Judiciário nessa seara aos casos em que o direito fundamental social postulado é necessário à garantia de condições mínimas de existência digna ao jurisdicionado – o chamado *mínimo existencial*.⁴⁰

³⁴ Refira-se, por todos, à obra de BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 876.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*.

³⁹ Nesse sentido, entre outros: TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: António Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 242-244.



Afora desse âmbito, a concretização maximizada dos direitos fundamentais competiria ao Poder Executivo, de maneira progressiva, mediante a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas.⁴¹ É o posicionamento adotado por diversas decisões judiciais.⁴²

No entanto, ainda que uma série de julgados manifeste o posicionamento segundo o qual incumbe à Administração Pública efetivar, em sua máxima medida, os direitos fundamentais sociais, a ideia esbarra em outro argumento: a *discricionariedade administrativa*. Como álibi para justificar a inefetividade dos direitos sob discussão, costuma-se dizer que, muito embora o ordenamento jurídico outorgue competência ao Poder Executivo para concretizar os direitos fundamentais sociais, essa competência ostentaria natureza discricionária, permitindo ao administrador público optar pelo momento de agir e pelos meios a serem utilizados para o alcance dessa finalidade.⁴³

Tal argumento, todavia, contraria a literalidade do texto constitucional, quando dispõe no art. 5º, §1º, que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. A incidência desse comando da Constituição Federal sobre a Administração Pública resulta na atribuição de uma *competência vinculada* – e, portanto, não *discricionária* – de modo que o dever de realização dos direitos fundamentais reveste-se de caráter obrigatório, escapando da esfera de liberdade de atuação do agente público. Se, de um lado, os meios a serem empregados podem ser escolhidos conforme critérios de conveniência e oportunidade, de outro, inexiste liberdade de opção quanto ao cumprimento da obrigação de adotar medidas dirigidas à satisfação desses direitos.

Em face dos três aspectos explicitados, exsurge a necessidade de se criar novos aportes na dogmática do Direito Constitucional e do Direito Administrativo que ofereçam soluções ao seguinte problema: *quais são os efeitos jurídicos produzidos pela incidência do art. 5º, §1º da Constituição Federal sobre a Administração Pública em matéria de direitos*

⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, v. 22, Curitiba: UniBrasil, p. 17-29, jul./dez. 2003.

⁴² A título de exemplo, cite-se: Superior Tribunal de Justiça, REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314; Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010.

⁴³ Um exemplo pode ser verificado na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - **DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO** - (...) Requer o recorrente [Ministério Público do Estado do Paraná] seja determinado ao Município de Cambará, Estado do Paraná, que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção à criança e aos adolescentes em regime de abrigo. (...) Dessa forma, **com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.**” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 208.893/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263). No mesmo sentido, ver: REsp 169.876/SP (Rel. Min. José Delgado), AGREsp 252.083/RJ (Rel. Min. Nancy Andrighi), REsp 782.196/SP (Rel. Min. Eliana Calmon), REsp 1.129.695/MG (Rel. Min. Humberto Martins), RMS 19.535/RJ, (Rel. Min. Franciulli Netto), REsp 782.196/SP (Rel. Min. Eliana Calmon).



fundamentais sociais, e quais são os mecanismos jurídicos colocados à disposição do cidadão para exigir do Poder Executivo o emprego de medidas voltadas à satisfação de tais direitos?

A pergunta é relevante, uma vez que a aplicação desse dispositivo sobre o Poder Judiciário já é, de há muito, explorada, embora o mesmo não ocorra em relação ao Poder Executivo. No Direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência reconheceram que em face do art. 5º, §1º da Constituição Federal, combinado com outras disposições, tal como art. 5º, XXXV da Lei Fundamental,⁴⁴ o cidadão brasileiro é titular do *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”.⁴⁵ Ele institui ao juiz a obrigação de, com base na regra processual, chegar à técnica adequada a proteger as necessidades do Direito material.

Com base nessa concepção, o sistema de proteção dos direitos fundamentais foi construído em torno da sistemática de sua proteção judicial, a partir da ideia de *tutela judicial efetiva*: a possibilidade de o cidadão recorrer ao Judiciário para obter uma decisão útil, com o emprego de procedimentos e técnicas processuais adequadas à tutela de seus direitos.

O fato é que, em relação à realização dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública, só será necessário recorrer ao Poder Judiciário e pôr em marcha o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* quando o administrador público descumprir o seu dever de efetivá-los. Vale dizer: só se deverá recorrer ao Judiciário quando o Executivo falhar no cumprimento de seus misteres.

Nessa medida, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina sustentou, originalmente no julgado *Astorga Bracht*, a existência de um *direito fundamental à tutela administrativa efetiva*, que corresponderia ao *direito à tutela jurisdicional efetiva* no âmbito da Administração Pública. De acordo com Pablo Gutiérrez Colantuono, esse novo direito não afasta a aplicação do anterior; pelo contrário, ele se insere como mais um passo na busca da eficácia prática dos instrumentos estatais de proteção aos direitos fundamentais, e distingue-se em dois aspectos de seu similar *jurisdicional*: (a) ele ostenta um *papel preventivo*, visando à finalidade de evitar o conflito que rende ensejo à intervenção do juiz, através de uma atuação de ofício da Administração na tutela dos direitos; (b) ele desfruta do *lugar privilegiado da função administrativa* para a obtenção desse desiderato, uma vez que consiste na função estatal que apresenta as características de imediatidade e concreção, facilitando a realização universal dos direitos fundamentais.⁴⁶

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 65; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 179.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 184-185.

⁴⁶ COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.p. 99-100.



Na formulação do autor supracitado, desse direito decorre “a possibilidade das pessoas de recorrer à autoridade administrativa e obter dela resolução relativa aos seus direitos, evitando precisamente diferir ou postergar sua proteção à instância judicial”.⁴⁷

Em face da problemática apontada, e na linha da doutrina e jurisprudência argentinas, propõe-se neste estudo ser possível identificar, implícito no tecido constitucional brasileiro, um direito fundamental à tutela administrativa efetiva, compreendido como o direito de se exigir diretamente da Administração Pública a adoção de todas as providências possíveis – materiais e jurídicas – para assegurar a efetivação dos direitos sociais previstos pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Quanto à fundamentação normativa desse direito, sustenta-se aqui que: (i) ele representa a contrapartida ao princípio constitucional da eficiência administrativa, disposto no art. 37, *caput* da Constituição Federal; (ii) pode ser deduzido da incidência do art. 5º, §1º da Lei Fundamental sobre a Administração Pública, o qual lhe impõe a aplicação imediata dos direitos fundamentais; (iii) o seu reconhecimento está autorizado pela cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, albergada pelo art. 5º, §2º da Lei Maior⁴⁸.

Em relação ao seu conteúdo jurídico, a proposta ora apresentada divide-o nos seguintes desdobramentos:

(a) *dimensão subjetiva* – refere-se às posições jurídico-subjetivas conferidas ao titular do direito, que podem ser reclamadas em juízo: (a.1.) *direito fundamental ao devido processo administrativo*: da conjugação dos incisos LIV e LV do art. 5º da CF extrai-se o direito subjetivo do cidadão de que qualquer interferência do Poder Público em sua esfera jurídica dependa da instauração de um processo administrativo, no qual devem ser observados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da razoável duração do processo, entre outros. Da mesma forma, qualquer pedido do cidadão, em face da Administração Pública, de uma prestação positiva respaldada pela Lei Maior deverá ser avaliado pela via de um processo administrativo em que sejam observadas todas essas garantias. (a.2.) *direito fundamental ao serviço público adequado*: do art. 175, parágrafo único, inciso IV da CF, depreende-se o dever estatal de prestar um serviço público adequado e, como contrapartida, o direito subjetivo do cidadão de exigir da Administração, nos termos do art. 6º, §1º da Lei Federal nº 8.987/95, um serviço que satisfaça “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Não se trata, portanto, de um serviço qualquer, mas de uma atividade que obedeça a todos esses critérios, sob pena de antijuridicidade.

⁴⁷ COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). *Idem*, p. 100.

⁴⁸ “Art. 5º. (...) § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.



(b) *dimensão objetiva* – além de outras funções exercidas por essa dimensão, ela impõe ao Estado deveres de proteção, obrigando-o a salvaguardar os indivíduos por meio de providências normativas, administrativas e materiais, contra danos e lesões que possam vir a sofrer em decorrência da atuação de terceiros: **(b.1.) dever de implementação de políticas públicas**: impõe à Administração a obrigação de criar políticas públicas destinadas a concretizar na máxima potencialidade todos os direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal. Em face desse dever específico, a inexistência de uma política pública voltada à efetivação de determinado direito fundamental social implica omissão antijurídica do Poder Público, abrindo ensejo à responsabilização estatal por omissão caso algum dano seja experimentado por um cidadão por conta da inércia administrativa. **(b.2.) dever de regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais**: esse desdobramento, quando dirigido à Administração Pública, obriga-a a exercer o poder regulamentar para completar o conteúdo das normas constitucionais e legais que ainda requerem concretização para que seus efeitos possam ser plenamente produzidos. Através da expedição de atos administrativos normativos, compete ao Poder Executivo regulamentar as normas definidoras de direitos fundamentais, como forma de precisar o seu conteúdo e facilitar a sua postulação pelos cidadãos.

Dos quatro desdobramentos acima apontados, o *direito fundamental ao serviço público adequado*⁴⁹ apresenta relevante significação para o tema desde estudo, uma vez que ele possibilita ao cidadão exigir da Administração a prestação de um serviço público que obedeça aos critérios definidos no art. 6º, §1º da Lei de Concessões: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

A observância de tais princípios permite que se postule a satisfação dos direitos fundamentais sociais para além da parcela que compõe o mínimo existencial, mediante a alocação racional de recursos públicos com vistas à atuação prioritária nas áreas que afetam diretamente a efetivação desses direitos. Se o Poder Judiciário encontra-se limitado a assegurar ao jurisdicionado postulante tão-somente as condições mínimas de existência digna, à Administração Pública, por força dos diversos dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição Federal analisados no tópico anterior, compete otimizar a implementação dos direitos fundamentais sociais.

⁴⁹ Tal direito foi identificado pioneiramente por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Actualidad en el Derecho Público*, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002.



5. A infraestrutura pública como condição necessária ao desenvolvimento e à promoção dos direitos fundamentais sociais

Para se alcançar um nível de desenvolvimento econômico e social que atenda realmente às demandas da população e permita a erradicação da pobreza, é imprescindível que o Estado disponha de uma infraestrutura pública apropriada para prestar os serviços públicos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, afirma Thiago Marrara que “toda e qualquer grande infraestrutura sempre assume inegável papel social, uma vez que, por seus efeitos diretos ou indiretos, condiciona o exercício de direitos fundamentais básicos pelos cidadãos. Em muitas situações, o aparato infraestrutural, na prática, é imprescindível para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentalíssimos”.⁵⁰

Segundo o autor supracitado, a infraestrutura “representa o aparato físico, tecnológico e humano fundamental para que as funções estatais ou atividades econômicas socialmente relevantes sejam devidamente exercidas. Assim, os recursos humanos de que dispõem as entidades administrativas, bem como seus edifícios, mobiliários, redes e outros aparatos físicos constituem a infraestrutura essencial para seu funcionamento”.⁵¹

Combinando a conceituação acima com o conteúdo do artigo 6º, §1º da Lei Federal nº 8.987/95, é possível concluir que a regulação jurídica emanada desse dispositivo dirige à Administração Pública o dever de equipar-se de infraestrutura capaz de atender aos oito critérios ali enunciados. Cumpre analisar a significação de cada um deles.

O princípio da *generalidade*, conhecido também como *universalidade*, estabelece que o serviço público tem de ser ofertado a todos os cidadãos, ostentando natureza genérica e universal, para atingir o maior número possível de interessados. Cuida-se de uma decorrência do princípio da isonomia, visando a combater a exclusão social.

Tal princípio pressupõe que tais atividades sejam oferecidas a um preço acessível, pois do contrário se inviabilizaria o acesso da parcela mais pobre da população a esses serviços. Por essa razão, pode-se dizer que o princípio da *generalidade* se aproxima do princípio da *modicidade das tarifas*, segundo o qual o serviço público deve ter o preço da sua prestação estabelecido em conformidade com a capacidade econômica dos usuários.

Por sua vez, o princípio da *continuidade* determina que a prestação de serviços públicos não pode ser interrompida: deve ser realizada de forma contínua, de sorte que eles sejam permanentemente fornecidos aos cidadãos. O artigo 6º, §3º da Lei de Concessões

⁵⁰ MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). *Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil*. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 185.

⁵¹ MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*, p. 182.



dispõe que: “Art. 6º. (...) § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

O princípio da *regularidade* representa, segundo Adriana Schier, um *plus* em relação à *continuidade* dos serviços públicos. O serviço público “deve ser prestado com regularidade, sem variações sensíveis que possam alterar, em detrimento dos usuários, as suas condições técnicas”.⁵² Tais condições técnicas podem ser fixadas pela legislação, pelo contrato de prestação do serviço, por meio de atos administrativos normativos que venham a regular tais atividades, como é o caso das normativas editadas pelas agências reguladoras.

O princípio da *eficiência* impõe o dever de o Poder Público otimizar os seus recursos e suas atividades, alcançando o melhor e mais produtivo resultado com a menor onerosidade possível. Cuida-se do dever de atender da melhor forma possível as demandas sociais, mediante um serviço de qualidade, com o menor custo para o cidadão-usuário.

O princípio da *segurança* significa que o serviço público deve “ser prestado da maneira mais segura possível, garantindo a incolumidade das pessoas e dos bens afetos aos serviços. Implica a utilização de técnicas e a adoção de medidas que visem reduzir o risco de danos, de maneira compatível com a viabilização do serviço, ainda que isso signifique aumento de custos em sua prestação”.⁵³

Já o princípio da *atualidade*, especificado no § 2º da Lei de Concessões, define que o serviço prestado terá de compreender “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. Traduz o dever de prestar um serviço que esteja atualizado, em conformidade com os avanços científicos e tecnológicos.

Finalmente, o princípio da *cortesia na prestação do serviço* implica a necessidade de os prestadores tratarem os usuários com urbanidade e educação. O desrespeito a essa determinação abre ensejo à incidência de sanções disciplinares aos agentes que a descumprirem, bem como à aplicação de penalidades aos concessionários, nos casos de delegação do serviço público.⁵⁴

⁵² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 48.

⁵³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 52.

A INTIMIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO E O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

Carmen Francisca Woitowicz da Silveira¹
Thierry Chozem Zamboni Kotinda²

RESUMO

Com o avanço tecnológico, é comum a utilização de aparatos eletrônicos no ambiente de trabalho, entre eles o correio eletrônico corporativo, ferramenta voltada exclusivamente para o exercício da atividade fim da empresa, facilitando a comunicação, economia de tempo, rapidez da condução e solução de problemas, aumento de produtividade e minimização de custos operacionais. A internet tem revolucionado a comunicação, mas oferece riscos relacionados à sua má utilização. A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso X, declara invioláveis a intimidade e a vida privada, bem como a honra e a imagem das pessoas e o inciso XXII assegura o direito de propriedade. Analisamos neste artigo se existe privacidade na utilização do correio eletrônico corporativo, se há legalidade na sua violação e possibilidade de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, por ato de indisciplina, tipificado no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância. Há que se observar o princípio da proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

Palavras-Chave: Intimidade; Privacidade; correio eletrônico corporativo; Justa causa.

ABSTRACT

With the technological progress, it is common to use electronic devices in the work environment, such as the corporate email, tool dedicated exclusively to the exercise

¹ Advogada Trabalhista. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL - Faculdades Integradas do Brasil. Graduada em Direito pelo UFPR. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Uniceub-Centro Universitário de Brasília. Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho no Curso de Graduação em Direito na UDF- Centro Universitário do Distrito Federal (licenciada) e Faculdade OPET (PR).

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Bacharel em Direito na mesma instituição de ensino.



of the final activity of the company, facilitating communication, saving time, quickness in the conduction and solution of problems, increase in productivity and decrease in operational costs. The Internet has revolutionized communication, but it offers risks related to its misuse. The Constitution of the Federative Republic of Brazil in its Article 5, section X, declares inviolable the intimacy and privacy, as well as honor and image of people and item XXII guarantees the right of ownership. We analyze in this article if there is privacy in corporate e-mail use, if there is legitimacy in its violation and the possibility of termination of employment by cause, by indiscipline act, typified in the article 482 in the Consolidation of Labor Laws. The protection of individuality, freedom, personality or privacy, despite of being essential regarding the rule of Law cannot be absolute, resulting in disrespect of other guarantees of equal relevance. It must be observed the principle of proportionality as a mechanism intended to avoid excessive protection of a right over other.

Keywords: Intimacy, Privacy, corporate e-mail, legal cause.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO DE PROPRIEDADE; 3 VIOLAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO E A DISPENSA POR JUSTA CAUSA; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

A primeira questão a analisar é a privacidade na utilização do *e-mail* corporativo que passou a ser utilizado nos ambientes de trabalhos, devido aos benefícios como a eficiência e velocidade, passando a substituir as formas tradicionais de comunicação organizacional. Há privacidade no uso dessa ferramenta de trabalho?

A correspondência eletrônica corporativa trafega através de rede privada de computadores da empresa, sendo que o empregador, na qualidade de proprietário dos equipamentos e titular da caixa postal, suporta os custos do registro e outros relativos à prestação de serviços de provimento de acesso e conexão à Internet.

Logo que o empregado é contratado, a empresa coloca à disposição deste o endereço eletrônico corporativo, *e-mail* profissional, ferramenta voltada exclusivamente para o exercício da atividade fim da empresa, sendo um facilitador na comunicação privada do empregador com o objetivo de economia de tempo,



rapidez da condução e solução de problemas e aumentando, como consequência, a produtividade e minimização dos custos operacionais. É o constituído em nome do empregado mais @ empresa, envolvendo, dessa forma, claramente, o nome da empresa.

Para BELMONTE³ o correio eletrônico “É um meio de comunicação muito utilizado pelas empresas em razão do baixo custo, da rapidez e economia de papel. As mensagens são enviadas para um endereço virtual e depositadas em “caixa” eletrônica ou e-mail. O e-mail fica num servidor de mensagens, que normalmente é de propriedade da empresa.”

É do empregador o risco do empreendimento, cabendo-lhe definir a forma que administrará os recursos disponíveis, inclusive o poder de organização, direção e de comando, poder de controle e poder disciplinar.

Inseridos no poder de controle está o monitoramento das atividades desenvolvidas na empresa, não apenas no cumprimento das metas traçadas, assiduidade e produtividade, mas também no direito de revista e fiscalização, podendo, por exemplo, instalar câmeras de circuito interno de televisão nas dependências da empresa.

É certo que o contrato de trabalho gera direitos e deveres para as partes contratantes. Sendo como principal obrigação do empregador o pagamento dos salários e do empregado prestação de serviços nos horários para o qual foi contratado. Neste aspecto poderá o empregador verificar o uso desenfreado de *e-mail* pessoais, visitas a endereços fora do contexto e finalidade do trabalho? E, com suporte no contrato de trabalho, deverá o empregado subordinar-se ao empregador, sendo esta subordinação irrestrita?

E neste aspecto é que surgem acaloradas discussões a respeito da legalidade dessa fiscalização do empregador. Estaria violando a privacidade, a intimidade, a vida privada, o sigilo de correspondência?

³ BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr p. 58.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À PRIVACIDADE/DIREITO DE PROPRIEDADE

O conflito de direitos ocorre quando o exercício de um direito por uma parte invade a esfera de outrem e então nos perguntamos qual o limite do exercício do poder diretivo do empregador, diante do direito do empregado à privacidade.

Privacidade, de acordo com José Afonso da Silva⁴ é “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.”

DOTTI⁵ avalia a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Afirmar ainda que o “direito à intimidade é o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia”.

O tema envolve o direito à intimidade do empregado assegurado no art. 5º, inciso X da Constituição Federal⁶ e o direito de propriedade, também assegurado no inciso XXII da Constituição Federal.⁷

O direito à privacidade limita o poder diretivo do empregador? Pode este proibir o acesso a *e-mail* particulares e *sites* da Internet, não relacionados ao trabalho?

Muitos países, como a Áustria e o Reino Unido, tem legislação que dispõem acerca do controle, pelo empregador, dos recursos tecnológicos colocados à disposição do empregado.

No Brasil, o número de doutrinadores que tratam do assunto é bastante tímido, sendo o assunto tratado, em grande parte, por meio de artigos e ensaios jurídicos.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.209.

⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.69-73.

⁶ Art. 5º, inc. X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁷ Art. 5º. inc. XXII - é garantido o direito de propriedade;



As discussões giram em torno de questões situadas na esfera constitucional que podem ser resumidas num possível conflito entre o “direito de propriedade” do empregador e o “direito à intimidade e privacidade” do empregado. É muito difícil encontrar quem não abuse de seus direitos e também não se sinta tolhido em seus direitos.

A utilização de novas tecnologias de comunicação no ambiente de trabalho, principalmente o uso da Internet e de *e-mail*, vem despertando novas preocupações, reclamando um novo equilíbrio entre os direitos fundamentais do empregado – direito de privacidade – e os legítimos interesses dos empregadores.

Ora, com o advento da informática, a vida íntima do homem, deixa de ser só sua e passa a ser quase um livro aberto e a Constituição Federal Brasileira assegura a todos o acesso à informação, significando que todos têm o direito subjetivo de exigir dados da fonte que os detenha.

O interesse é saber até onde se pode ir e o que se deve realmente ser coibido, que tipo de conduta abusiva deve ou não ser tolerada pela sociedade, em nome do progresso.

MARTINS⁸ entende que “O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. [...] Poderá o empregador monitorar a atividade do empregado no computador. Isto de certa forma já é feito, como no controle de produção por toques no teclado; verificação de entrada e saída de dados por registros feitos pelo próprio computador, que inclusive indicam horários da Intranet etc.”

Entende o mesmo autor⁹ “que o empregador poderá verificar a utilização de *e-mails*, visando constatar se o computador não está sendo usado, no horário de serviço, para fins pessoais do empregado, ainda mais quando há proibição expressa para uso pessoal do equipamento”.

Dessa forma, tem o empregador autonomia de elaborar o regimento interno onde constam procedimentos, direitos, deveres e normas disciplinares. Por questão de segurança pode o empregador ter circuito interno de televisão nas

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.214.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.215.



dependências onde o trabalho é executado, bem como exercer revistas nos empregados, dependendo da atividade exercida. Porém, a autonomia do empregador em virtude do poder diretivo não é absoluta, devendo ser exercida em consonância com a lei, ser respeitosa, moderada e suficiente para atingir os objetivos almejados.

Mais complicado é o controle ao acesso à internet, não só para os seus empregados como também estagiários e empregados de empresas terceirizadas, quanto estes tenham acesso a esses equipamentos.

A correspondência eletrônica, correio eletrônico e *e-mail*, são ferramentas de trabalho e só permitem a utilização dos sistemas de comunicação da empresa para atividades afetas ao trabalho, vez que quando o trabalhador utiliza estes meios para fins alheios à sua atividade, compromete a atividade laboral, violando os deveres que lhe são impostos de somente trabalhar para o empregador que lhe paga o salário.

Num primeiro momento, já que o empregador é quem fornece a conta de *e-mail* e o provedor de acesso à internet, além dos terminais de computador, o monitoramento dessas ferramentas de trabalho seria apenas o direito de propriedade detido pelo empregador, mas também no exercício do poder diretivo e suas vertentes (poderes disciplinar e normativo).

É do uso irregular e inadvertido desses recursos que advém a responsabilidade e obrigação do empregador, na qualidade de proprietário e fornecedor da conta de correio eletrônico, do provedor de internet e dos terminais utilizados, a indenizar eventuais danos causados a terceiros. Mais ainda, se somarmos os prejuízos verificados a partir da quantificação do tempo despendido pelo empregado com a utilização dos instrumentos de trabalho para fins particulares, durante o horário de expediente e, mais grave, a associação da marca da empresa a ações delituosas cometidas.

Assim, o controle das ferramentas de trabalho pelo empregador não representa uma violação à privacidade ou intimidade do empregado, mas sim de uma prática para resguardar não apenas interesses próprios, mas também de terceiros, potencialmente vítimas de ações delituosas praticadas com o uso de rede



mundial de computadores. Os equipamentos compõem o acervo da empresa e é o empresário quem assume os riscos do empreendimento, respondendo civilmente pelas ações de seus empregados pelo império da culpa *in elegendo* e a culpa *in vigilando*, pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula nº 341: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Muito apropriada é a advertência de Alexandre Agra BELMONTE¹⁰ de que no terreno da responsabilidade civil, os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, não tem validade. “Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto”

MALLET¹¹ entende que a utilização de meio de comunicação “que de antemão se sabe não ser reservado e estar sujeito à fiscalização impede que se invoque a proteção conferida à intimidade. Há consentimento à quebra da intimidade, independentemente de prévia autorização judicial.” E conclui que o “mesmo vale para o exame de mensagens eletrônicas e para o rastreamento de páginas consultadas na rede mundial (Internet)”.

A empresa deve tomar ações preventivas a respeito e acordar com o empregado se este possa fazer uso pessoal do *e-mail* em determinadas circunstâncias, uma vez que não é razoável pensar que o empregado possa ficar oito horas por dia sem conexão com seu mundo privado.

Se constar de regimento interno e se o empregado tem ciência do monitoramento, inclusive mediante assinatura de termo de responsabilidade, o descumprimento de norma interna implicará no enquadramento por ato de indisciplina e sujeito a aplicação do art. 482 da CLT, constituindo justa causa para

¹⁰BELMONTE, Alexandre Agra. *Monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. Revista LTr, 2004, p. 113.

¹¹MALLET, Estevão *Direitos de personalidade e Direito do Trabalho*. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, 68-11/1312



rescisão do contrato de trabalho. Porém, se não houver informações sobre restrição ao uso dos equipamentos e sobre monitoramento por parte do empregador, abre-se discussão sobre a invasão de privacidade.

Como se dá o controle exercido pelas empresas sobre a correspondência eletrônica dos empregados?

Hoje, no Brasil, segundo CALVO¹² em média 60% das grandes empresas disponibilizam correio eletrônico a seus empregados e o monitoramento é feito através de programas que registram os sites visitados por seus funcionários e a frequência das visitas. Também filtram, registram e classificam automaticamente cada palavra que passa pelos *e-mails* de suas redes. Com este programa sabem quais pessoas recebem ou enviam mais mensagens, as mais longas, as de conteúdo comprometedor. Também existem programas que rastreiam a origem e destino dos *e-mails*.

O controle é cada vez mais freqüente, provando-se pela procura de ferramentas específicas para exercer tal controle. Com o monitoramento a empresa procura detectar a produtividade dos empregados, se a ferramenta tecnológica está sendo usada para atividades a qual se destina. É não só uma tendência das empresas como meio de coibir o uso recreativo da internet, como também necessidade premente.

Há meios na informática que permitem que esta vigilância seja feita de forma mais sutil, através do controle de endereçamento ou de palavras chaves no campo “assunto”, de forma que o acesso ao conteúdo da mensagem seja feito quando constatado indício de conduta ilegítima do empregado.

3 VIOLAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO E A DISPENSA POR JUSTA CAUSA

A justa causa é a forma de dispensa do empregado em razão de um ato grave praticado por este, cessando a partir daí o contrato de trabalho por motivo relevante, previsto no art. 482 da CLT¹³, que é taxativo, ou seja, havendo

¹² CALVO, Adriana Carrera. *O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6451/o-uso-indevido-do-correio-eletronico-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em 12 out.2011.



necessidade de que a falta cometida pelo empregado esteja prevista nos incisos do artigo referido.

Uma vez constatada a utilização indevida do *e-mail*, onde enquadrar o motivo da dispensa?

Dentre as figuras elencadas no artigo 482, da CLT evidencia-se o ato de indisciplina e insubordinação, que segundo NASCIMENTO¹⁴, a indisciplina “é o descumprimento de ordens gerais de serviço”, como circulares, portarias e instruções gerais da empresa, destinadas a todos os empregados. A insubordinação “é o descumprimento de ordens diretas e pessoais de serviço”, tendo caráter de cunho pessoal porque deriva de uma ordem direta e específica. E, se configurado que o empregado está comprometendo boa parte de sua jornada de trabalho navegando por *sites* diversos de sua atividade de trabalho, bem como acessando *e-mails* pessoais, poderá ser enquadrado por ato de desídia no desempenho de suas funções (art. 482, “e”, da CLT), especialmente se, do atraso no desempenho ou pela falta de empenho decorreu prejuízos para a empresa.

São várias as práticas delituosas que estão chamando muito a atenção como: “pedofilia na rede”, ou seja, aquele crime envolvendo menores e materiais pornográficos, praticados com o uso da rede mundial de computadores, racismo, violação de privacidade, difamação, falsidade ideológica, fraudes, crimes contra a Administração Pública, na divulgação, pura e simples, de informações injuriosas, difamatórias ou caluniosas a respeito de determinadas pessoas físicas ou jurídicas, e infecção por vírus somente via *e-mail*.

Temos como exemplo o fato da General Motors ter dispensado 33 empregados de suas fábricas em São Caetano do Sul e São José dos Campos, sob a motivação de que teriam utilizado os computadores da montadora para trocas de fotografias de conteúdo pornográfico, conforme trabalho assinado pelo jornalista

¹³ Consolidação das Leis do Trabalho-CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em 13 out.2011.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 24^a ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p.1.026.



Lászlo Varga,¹⁵ da Folha de São Paulo, divulgada em 24.05.02: “A GM havia demitido 33 empregados e advertido outros 111 na terça e quarta-feiras, após rastrear seus e-mails de trabalho e constatar que trocavam fotos pornográficas. A denúncia desse intercâmbio partiu de uma funcionária da GM em Detroit, nos Estados Unidos, que há algumas semanas recebeu um dos e-mails. Ela advertiu a direção mundial da companhia, que ordenou à filial a demissão dos envolvidos.”

A notícia esclarece que os empregados já tinham sido alertados de que não podiam usar os computadores para fins não relacionados ao trabalho e alguns já tinham recebido advertências.

Este fato noticiado serve de exemplo do crescente número de empresas que têm monitorado o uso de seus computadores, inclusive recorrendo a empresas de consultoria de *softwares* que elaboram programas de monitoramento.

“Tem gente de olho no seu e-mail” essa foi a matéria publicada na revista VOCÊ S.A.¹⁶, informando aos empregados o fato de que empresas no Brasil já se utilizam da técnica do monitoramento de e-mail e Internet. E a matéria traz: “Você costuma bater papo com os amigos e passar piadas e fotos pelo correio eletrônico da empresa? Cuidado: sua caixa postal pode estar sendo observada. E bem de perto”.

Também a Revista Veja,¹⁷ edição nº 1650, de 24.5.2000, divulgou estudo realizado nos EUA: “a internet é usada no trabalho para muitas coisas, além de pesquisas profissionais e troca de e-mails de negócios: 21% das pessoas divertem-se com games; 16% planejam viagens; 10% procuram outro emprego, 3% namoram em *chats*; 2% visitam *sites* pornográficos”.

No Jornal “O Estado do Paraná”¹⁸ veiculou notícia de que em todos os órgãos ligados ao governo do Paraná, passou a vigorar um decreto estadual que restringe o acesso à *internet*.

¹⁵ VARGA, Lászlo. GM readmite 18 que enviaram e-mail pornô. Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 maio 2002. Dinheiro, Disponível em: < <http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹⁶ Revista VOCÊ S.A., Ed. Abril. Edição nº 27, ano 3 –Setembro/2000, p. 60.

¹⁷ Revista Veja, edição n.1650. Ed. Abril. 25.5.2000, p.41.

¹⁸ RAZZAK, Sâmar “Governo restringe acesso à *internet*. O Estado do Paraná”. Curitiba, quarta-feira, 06 de julho de 2005, *Cidades*, p. 11. “Notícia veiculada em data de 06 de julho de 2005, pelo Jornal “O Estado do Paraná”, declara que desde 5.7.05, em todos os órgãos ligados ao governo



Como não há lei regulamentando o tema, temos somente casos específicos analisados pelos tribunais pátrios e ainda assim não há consenso na jurisprudência pátria sobre a admissão do correio eletrônico como meio de prova para a dispensa por justa causa, existindo ainda poucos julgados.

O TRT da 2ª Região no Acórdão 2000000387414. São Paulo, DOSP, 8/8/2000¹⁹ conclui pela defesa da inviolabilidade do e-mail, equiparando-o à correspondência.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região²⁰ reformou sentença da 13ª Vara do Distrito Federal no processo TRT 10ª Região. Proc.613/200-013-10-

do Paraná, passou a vigorar um decreto estadual que restringe o acesso à internet, e, a partir desta última data, os funcionários públicos terão que ter chave de acesso e senha para acessar a rede mundial de computadores. Visa tal medida, possibilitar aos gestores públicos o monitoramento de sites que estão sendo acessados do local de trabalho, pois a partir do começo de 2005, segundo o secretário especial para Assuntos Estratégicos, Nizan Pereira, verificou-se um agravamento dos problemas gerados em função de acessos exagerados a sites pornográficos, salas de bate-papo e até baixa de músicas. Isso, segundo o mesmo secretário, ocorria, principalmente, nos finais de semana, nos períodos de plantão, comprometendo os serviços de atendimento à população, como nos sites da Polícia e do Porto de Paranaguá, pois ocasionavam problemas, inclusive lentidão, nos servidores dos computadores do Estado. Por outro lado, segundo o noticiado, a medida visa, também, prevenir o governo de eventual participação solidária em crimes, pois o acesso a sites de teor racista, por exemplo, através de computadores de repartições públicas ou privadas, poderá ensejar denúncia contra o usuário da máquina, “pela prática do crime, assim como o patrão, que é denunciado por participação solidária.”

¹⁹ JUSTA CAUSA. E-MAIL, ENVIO POR COMPUTADOR DA EMPRESA. NATUREZA DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR . VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. EXEGESE.

Justa causa. E-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, inc. VIII). Um único e-mail enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa.” Acórdão 2000000387414. São Paulo, DOSP, 8/8/2000. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em 09 out.2011.

²⁰“Justa causa. E-mail. Prova produzida por meio ilícito. Não ocorrência quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob esse prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais de Direito. Enquadrada tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pela empresa aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle de e-mail, apresenta-se como a forma mais eficaz, não-somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta.” TRT 10ª Região. Proc.613/2000-013-10-00.7. Disponível em: http://www.trt10.jus.br/servicos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=00504&tipo_trt=RO&aProcTrt=20



00.7, reconhecendo, por unanimidade, a justa causa na demissão do ex-empregado do HSBC Seguros Brasil S.A. acusado de enviar fotos pornográficas por correio eletrônico da empresa.

Neste processo o revisor Juiz Douglas Alencar Rodrigues²¹ traz a questão sob aspectos importantes para elucidar a questão, não vendo a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador, embora nos autos “aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão” e que “é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis.”

Entendeu que “tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador” sendo que “o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482).”

Merece registro o fato de que a primeira instância havia, inicialmente, afastado a justa causa, sob o argumento de que as provas obtidas pelo empregador, mediante a prática de monitoramento das ferramentas laborais (Internet e *e-mail* corporativo), eram ilícitas e que havia se configurada flagrante violação de correspondência. Seria a teoria dos frutos da árvore envenenada, acolhida pelo STF, que baseia-se na idéia de que o vício da planta se transmite aos seus frutos.

A reclamada, com o objetivo de averiguar quem dentro da empresa estava a praticar tal fato, rastreou não só o *e-mail* do reclamante, como o seu próprio provedor. A partir do momento que surge uma dúvida de uso indevido do *e-mail*, por

02&dt_julgamento_trt=19/07/2002& np=00613-2000-013-10-00-7&nj=MÁRCIA MAZONI CÚRCIO RIBEIRO&npvoto=48646&tp=RO. Acesso em 12 out.2011

²¹ TRT 10ª Região. Proc.613/2000-013-10-00.7, p. 10



um certo grupo, só se poderá tirar esta dúvida através do rastreamento do seu provedor. A empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o *e-mail* não poderia ser utilizado para fins particulares.

Neste mesmo processo, ao julgar o recurso de revista, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, através da Primeira Turma,²² no acórdão TST-RR-613/2000-013-10-00, publicado no DJ 10/06/05 que não houve violação à intimidade e à privacidade do empregado, reconhecendo a legalidade da prova obtida, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, “e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.”

O ministro Dalazen trouxe em seu voto o tratamento do monitoramento do *e-mail* corporativo no direito comparado e enfatiza que “é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.”

Destarte, como os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas com a finalidade de atender às suas atividades laborativas, o controle do *e-mail* representa não somente proteção ao sigilo profissional, como também forma de evitar que o mau uso do sistema podendo causar prejuízos à empresa.

²² Recurso de Revista nºTST-RR - 613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A. e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO. Rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 10/06/2005. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-61300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&numProclnt=29569&anoProclnt=2003&dataPublicacao=10/06/2005 00:00:00&query=Acesso em 13 out.2011>



Por se tratar de matéria constitucional o Supremo Tribunal Federal pode decidir sobre a legalidade de violação de *e-mail* por empresa, em recurso extraordinário.

4 CONCLUSÃO

A internet tem revolucionado a comunicação, mas oferece riscos relacionados à má utilização. Urge, portanto, a sistematização de uso, que regulamente o acesso a determinados endereços eletrônicos ou *sites*, inclusive sites pornográficos, músicas, jogos, correntes que sobrecarregam a rede, desviando a finalidade para o qual foram criados e consomem tempo e reduzem a produtividade. Muitas empresas, principalmente de grande porte, tem regulamento para o uso do *e-mail* corporativo, alertando previamente sobre a possibilidade de dispensa por justa causa, pelo uso indevido.

Para ensejar um monitoramento legalizado, deve a empresa criar regras de uso das tecnologias e levar ao conhecimento do empregado que o *e-mail* é uma ferramenta facilitadora de seu trabalho, seja mediante acordo ou convenção coletiva, contrato de trabalho, termo de compromisso ou documento de circulação interna, assinado pelos empregados que queiram ou precisem do acesso à internet, descaracteriza-se a invasão de privacidade. Dessa forma estariam os empregados, estagiários e terceirizados com acesso, previamente alertados de que não deveriam utilizar esse instrumento para finalidades diversas do trabalho.

Em regra, o monitoramento não poderá atingir o *e-mail* pessoal do empregado cuja utilização dá-se por provedor próprio, isto é, não concedido pelo empregador, portanto, fora do universo corporativo, sob pena de ocorrer violação do direito à privacidade e do sigilo de correspondência, que desfrutam de incontestável proteção legal e constitucional de inviolabilidade. Entretanto, tem o empregador a prerrogativa de restringir ou até proibir seu preposto de acessar seu correio eletrônico pessoal em horário de trabalho, o que, mesmo assim, soa como autoritário, já que na atualidade as relações de trabalho não são mais tão rígidas posto que as empresas têm buscado transformar o ambiente laboral em um local agradável e harmônico, visando o aumento da produtividade do empregado.



Finalmente, há necessidade de se conciliar os interesses envolvidos na prática do controle do *e-mail* e da Internet no ambiente laboral, ou seja, o direito do empregado e do empregador, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, como objetivo de impedir que em respeito de determinadas garantias, sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, ou que, igualmente, precisam ser preservados, como a reputação da reclamada e o direito de propriedade. A proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de ser essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância.

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 13 out. 2011.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em 13 out.2011.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo. Proc. TRT/SP n. 2000034734-0- D.O.E, 08.8.2000, DOSP, Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>. Acesso em 11 out.2011.*

_____. *Tribunal Regional da 10ª Região. Proc.613/200-013-10-00.7. Disponível em: <<http://www.trt10.gov.br>. Acesso em 13 out. 2011.*

_____. *Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, RR-613/2000-013-10-00, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 10/06/2005. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-61300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&numProInt=29569&anoProInt=2003&dataPublicacao=10/06/2005 00:00:00&query=Acesso em 13 out.2011>*

CALVO, Adriana Carrera. *O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6451/o-uso-indevido-do-correio-eletronico-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em 12 out.2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.



DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MALLET, Estevão *Direitos de personalidade e Direito do Trabalho*. Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZZAK, Sâmar “Governo restringe acesso à internet. O Estado do Paraná”. *Curitiba, quarta-feira, 06 de julho de 2005, Cidade*.

Revista Veja, edição n.1650. Ed. Abril. 25.5.2000.

Revista Você S.A., Ed. Abril. Edição n. 27, ano 3 – Setembro/2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VARGA, Lászlo. GM readmite 18 que enviaram e-mail pornô. Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 maio 2002. Dinheiro, Disponível em:< <http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 out. 2011.



APARÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO

Appearance of the Development

Luiz Alberto Thomé Speltz Filho

Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil
luiz2004@hotmail.com

RESUMO: Utilizar o termo “desenvolvimento” é pré-determinar um meio de atividade pelo qual se faz necessário atravessar. Semelhante ao moldar de um caminho, o desenvolvimento reduz as possibilidades existentes no cotidiano às práticas específicas adotadas em virtude de uma situação hipotética - legitimada pelos valores correntes em uma determinada sociedade. Aparentemente, esse é um ponto singular que podemos retirar quando nos deparamos com a utilização de tal termo, no entanto, proponho que pensemos mais a respeito do que pode estar por trás dos discursos que prezam por esse aparecimento. No desenrolar histórico, encontramos Hegel, que, sutilmente, apresentou o desenvolvimento como uma espécie de evolução. A partir daí, o terreno estava pronto para que Darwin lançasse suas teorias e ganhasse grande parte do cenário da época, colocando um ponto chave nas atividades dos indivíduos e direcionando por onde se dariam as suas ações. Desde então, não conseguimos mais nos livrar da sombra de estabelecer que o “devir” (parâmetro contrário) é sempre maior que a posição atual, e continuamos ensejando que práticas que versam pelo aprimoramento são melhores que o estado onde nos encontramos. Destarte essa situação, e procurando escapar da sombra que eclipsa os nossos atos, verificamos que, a aparente vontade por desenvolvimento encobre algo mais relevante que todos esses discursos: um querer incoerente de poder ser algo, combinado com o sentimento de jamais ter experimentado o que é ser.

Palavras-chave: *Desenvolvimento; Direito; Hegel.*

ABSTRACT: If one utilizes the term "development" he is pre-determining the means of the activity which is necessary to cross. Like shaping a path, the development reduces the possibilities existing in the everyday for specific practices adopted in virtue of a hypothetical situation; which is sanctioned by the common values in a specific society. Apparently, this is a singular point which we can draw once we are faced the use of such term, however, I propose we think more about what may be behind the speeches that prize this appearance. In the historical unfolding there is Hegel that subtly showed the development as some kind of evolution. There on everything was ready for Darwin to put his theories and be the pivot at the game in his time. Darwin places the key role at the activities of the individual and directs where would his actions happen. Since when we can no more get rid from the shadow of establishing that the "becoming" (contrary parameter) it's always bigger than the actual position, and we keep occasioning that actions that bring an upgrading are better than the state where we are. Thus this situation and trying to escape the shadow that eclipsates our acts we may verify that the seeming willingness for development covers something more relevant to all these speeches: an incoherent



wanting of the power to be something, combined with the feeling of never having experienced what is being.

Keywords: *Development; Right; Hegel.*

1 - INTRODUÇÃO

Fala-se muito em desenvolvimento. Em vias do caráter fundamental que a palavra ganhou, os discursos políticos, assim como outros tantos discursos, estão recheados dela. Quando se quer instituir novas atividades, novas ações, deparamo-nos com a necessidade de apresentar meios que ensejem dutos de boa conduta. Tal situação leva-nos a dizer que, muito do que fazemos está pautado na interlocução do desenvolvimento - que, no cenário atual, adquiriu conotação de avanço. Mas, claro, uma espécie distinta de avanço, pois, não é mais o fim (qual a palavra se destina) que está em jogo, mas a própria manutenção do meio. Entretanto, ainda que se possa traçar uma análise de como o emprego da palavra se deu, há um enlace mais pertinente a ser abordado, que é justamente a arquitetura em que se molda o interesse na sua utilização (uso do desenvolvimento).

2 - CONCEITO HABITUAL DE DESENVOLVIMENTO

Com o correr do conto da vida, a história que nós somos foi se formando. Muitos marcos foram estabelecidos, inflamados com as devidas fantasias que foram necessárias colocar. Paralelamente a esse transcrever, a moral pela qual o nosso direito se estrutura – assunto que não aprofundaremos - pôde ser moldada, estabelecendo-se, assim, a perspectiva que utilizaríamos para olhar os acontecimentos de determinadas épocas – que já estão sempre presentes. Ao olhar para trás, ou para frente, pode-se distinguir o bem do mal. Claro, sabemos que tais palavras recebem novas atribuições a todo o momento, mas isso não parece ser relevante agora. O interessante é que há uma espécie de orientação para a utilização do termo “desenvolvimento”, como que, se há um bem, é para lá que ele deve apontar.



Trazendo rapidamente à memória o que poderíamos formular quando pensamos em desenvolvimento, chegamos à seguinte conclusão: desenvolvimento aparenta ser criação de nova possibilidade para a continuidade do mesmo jogo, como se fosse um ganho de extensão de um ritual já instituído. Desenvolvimento é avanço porque oprime um caminho e molda outro que aparenta ser mais relevante; é também um corte de alternativas, a indicativa da morte de um processo mau visto, cominando com a invenção de um outro. Ele indica o fim de uma melodia e a ascensão duma nova entremeando-se, com ganho instrumental e harmonia distinta. Desenvolvimento é, portanto, o vazio que destrói determinado parâmetro na medida em que está construindo outro; é o momento exato da quebra de um ritmo musical, quando perde-se a métrica e pode-se inaugurar uma nova continuidade - com a imensa responsabilidade de não constituir algo agradável, e, sendo assim, não seguir a constância que foi levantada inicialmente.

3 - ORDENAÇÕES PROPOSTAS À SENSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO TERMO

Quando observamos determinada alusão ao desenvolvimento, tomamo-la como algo de relevância, semelhante a uma espécie de salvação, na medida em que o estado atual não parece confortável o suficiente para que enfrentemos as condições que nos são impostas. Estar em desenvolvimento é apresentar-se em constante fuga da posição em que se encontra. Diferentemente de um mero movimento ao acaso, o desenvolvimento ostenta metas e valores. Ele possui uma feição legitimadora, traz em si a carga necessária para despertar a credibilidade de quem ousa acatá-lo, sustentando, para isso, um comboio enorme de ideologias e práticas passadas.

O desenvolvimento mostra-se com o movimento à luz de algo, pautado numa perspectiva que direciona, como que, trabalhando para o preenchimento de um molde – ainda que não se tenha preparado qualquer molde. Podemos considerá-lo um processo de formação, quando em um determinado momento faz-se possível estabelecê-lo como gênese de um marco qualquer da memória; e, na mesma



circunstância, consideramo-lo o esforço depreendido para a ruptura de um limite e ascendência de outro.

Atentando à sensibilidade que nos é produzida, desenvolvimento é o abismo que separa causa e feito, e faz com que vejamos uma espécie de diferença entre um e outro. É, também, na ótica cotidiana, o processo que valora o efeito (torna-o mais efetivo) – e, por essa valoração, distancia ainda mais as causas antecedentes; lembrando que a causa pode ser a situação em que se está. Os discursos atuais que carregam tal termo estão eivados dessa concepção, sem, no entanto, mencionar um caráter propriamente evolutivo – como somos instigados a pensar. Isto, pois, algumas palavras no decorrer do tempo restam maculadas com uma imagem negativa. Por exemplo, se o desenvolvimento fosse tomado literalmente como evolução, toda a obscuridade que nele está presente se esvairia e contestá-lo seria comum. Cairíamos numa briga “ética”, estagnando o andar da comunidade. Por isso, fez-se necessário o surgimento de novas conotações para o mesmo processo moral, a fim de se evitar prejuízos aos que comandam as mudanças (movimento gerado pelas práticas adotadas em decorrência do termo).

Mas, ainda que a valoração se dê da maneira pela qual intitulamos, ou seja, em favor do efeito, visualizamos na causa a legitimidade necessária para que construamos o que virá. O efeito passado, portanto, é base para o futuro, mesmo sendo ele digladiado por alguma espécie moral. O desenvolvimento, com esse enfoque, aparenta pautar-se em si mesmo, sempre subindo em cima do próprio corpo, para posteriormente dizer-se melhor do que o que está aos seus pés. A concretude que estabelecemos aqui indica um movimento em direção a si mesmo que parece nunca efetivar-se. Na aparência de novidades esquecemos a posição em que estávamos, mesmo que jamais tenhamos saído do lugar. O pisar em cima de si é um pressuposto para o abafe da angústia de permanecer sempre o mesmo - a isso atribuímos a perspectiva da invenção (às vezes, até reinvenção), e, com ganho, mantemos a fantasia. Assumindo essa posição, a reinvenção de determinadas possibilidades que persistem no tempo abafam outras tantas, deixando-as inertes e não instrumentais. Essas possibilidades “ultrapassadas” (impedidas de vir à tona), quase que esquecidas, entram no cunho histórico e são



vistas como cultivo do passado; sua memória é tida como importante, pois representou um marco personificador, contudo, inviável como prática atual em virtude das novas ocupações.

Com a constante reinvenção de opções, o zumbido que carregava hipóteses de desenvolvimento foi aumentando. O criar, falar e tentar passaram à frente de qualquer tentativa de pensar o que se estava representando, formando um cenário onde a preocupação é gritar mais alto, e não propriamente o conteúdo que advém do discurso. Por ser uma palavra inspiradora, vantajosa, “desenvolvimento” traz a impressão de ser necessário; e, então, aos olhos de bons empreendedores, é possibilidade e garantia de resultados expressivos. Contudo, ao mesmo tempo em que um burburão de novas ideias surge, há a sensação de que nada é definitivamente criado, e o que resplandece é a condição de estar sempre repetindo o mesmo com diferentes apreciações.

Muitos parâmetros foram criados a fim de instigar o que poderíamos considerar espécies de ascensão. Diversas teorias surgiram, assim como, novos vocábulos e experiências. No entanto, aos poucos, os marcos que elevavam a utilização da palavra perderam força, e isso trouxe duas consequências: a perda de credibilidade nos discursos que versam sobre o desenvolvimento; e, por conseguinte, o aumento da suplica pelo melhoramento das ideias que se apresentam como hipóteses de aprimoramento. Trazer à tona a referida discussão pode nos mostrar a maneira pela qual as consequências, de se ter um descrédito para com o desenvolvimento, revelam algo que está atrás de diversas pronunciações; e, talvez, faça-nos perceber que a conveniência em falar algo é mais pertinente do que o próprio conteúdo que se procura destacar.

4 - BREVES APONTAMENTOS DA MEMÓRIA

Há registros em que podemos desfrutar de boas argumentações quanto ao tema proposto. Não obstante, se entrarmos numa busca pela gênese da palavra desenvolvimento, podemos observar diversas discussões nos textos dos filósofos gregos da antiguidade. O assunto que versa sobre o uno e o diferente (que



caracterizam como se dará o desdobrar do que aparece aos sentidos) é muito recorrente na filosofia antiga, e, de forma resumida, podemos observá-la no livro *Sobre geração e da corrupção*¹, de ARISTÓTELES. Obviamente, a contenda não acaba aí, outros tantos personagens abordam o tema, no entanto, muito do que se falou posteriormente passa a impressão de cunho repetitivo.

Neste caso, para que possamos estabelecer um vínculo mais familiar com a palavra proposta (desenvolvimento), preferível é que comecemos por HEGEL; embora, mesmo num contexto mais aproximado da linguagem, nossa interpretação é mais condizente com nós mesmos do que com o texto propriamente dito. Porém, destarte tal inconveniente, façamos das palavras aqui utilizadas as nossas. Para tanto, lembremo-nos das letras de CÍCERO, quando escreveu para o seu filho, Marco: “lendo os nossos escritos, não muito distanciados dos peripatéticos – pois uns e outros queremos ser socráticos e platônicos -, a respeito do próprio conteúdo empregarás teu tirocínio (com efeito, nada proíbo) e decerto produzirá, graças a leitura deles, um discurso latino muito apurado”.²

5 - DESENVOLVIMENTO FACE À EVOLUÇÃO

Aparentemente, o desenvolvimento, como palavra e conceito, começou a tomar a face de evolução (progresso; avanço) com HEGEL, não que ele tenha precedido todos os movimentos que instauram essa forma de ver, mas, com seus textos, podemos verificar a ascendência dessa concepção. Ao contrário de seu contemporâneo, Schopenhauer, a quem trocava farpas, HEGEL acompanhava a maré em direção a um sentido único para o todo - para a vida. Influenciado, principalmente, por Espinosa, Descartes e Kant, ele via na substância/todo/vida a justificativa para si mesma, utilizando, para isso, o “sentido histórico” como aperfeiçoamento da sua visão. Tratando o “todo” como uno, achou que a razão para o que existe (*Dasein*) só poderia ser o próprio “todo” num jogo de oposições a si mesmo. E, para que o todo fosse aprimorando-se, e entrando cada vez mais em

¹ ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2009.

² CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 4.



contato consigo mesmo, fazia-se imprescindível a diferença (negação de si). O desenrolar da vida, que, para HEGEL, ia sempre para frente, pautava-se, portanto, no aparecimento do distinto, que dava força para o aumento do conceito (a concepção autoconsciente de si mesmo), e, por assim dizer, elevava qualitativamente o ser.

Essa oposição a si é o movimento do espírito, que, na ânsia de perceber-se em atividade, realiza a tarefa dialética em vias do seu próprio movimento e aparecimento. Sua subsistência, portanto, se dá numa relação consigo, e tudo que advém desse processo também; tal como podemos observar:

A natureza infinita do espírito é o processo dele em si, não para repousar, mas essencialmente para produzir-se e para existir por meio de sua produção. Podemos conceber, com precisão, este movimento como desenvolvimento – evolução; o concreto, enquanto atividade, está essencialmente desenvolvendo-se. Há, nisto, uma diferença no interior, e quando nós compreendemos diretamente a determinação das diferenças que aparecem – e em todo processo aparece necessariamente outra coisa –, então, produz-se o resultado como desenvolvimento. Estas diferenças evidenciam-se, ainda que também nos posicionemos só na conhecida representação de desenvolvimento.³ (tradução nossa)

O espírito, para HEGEL, é consciência livre que está sempre em atividade (atualizando-se). Essa consciência se dá pela própria atividade do espírito, num processo de autointertranhamento – se é que podemos falar assim –, cujo resultado é o reconhecimento da unidade, acompanhado do distanciamento do que era o em si. Dessa forma, o espírito é o ato: o que está em atividade mirando a potência de ser; acrescentando, ainda, que, “ato é precisamente o compreender em si tais momentos distintos (o ser em si e o ser por si)”⁴ – os dois momentos que estabelecem a unidade para existir, pautados na diferença que os separa.

³ “Die unendliche Natur des Geistes ist der Prozess seiner in sich, nicht zu ruhen, wesentlich zu produzieren und zu existieren durch seine Produktion. Näher können wir dieses Bewegung als Entwicklung auffassen; das Konkrete als tätig ist wesentlich als sich entwickelnd. Es ist darin ein Unterscheiden vorhanden; und wenn wir die Bestimmung der Unterschiede, die vorkommen – und beim Prozess kommt notwendig Anderes hervor, - näher auffassen, so ergibt sich die Bewegung als Entwicklung. Diese Unterschiede treten hervor, wenn wir uns auch nur an die bekannte Vorstellung von Entwicklung halten.” - HEGEL, Georg W. F. *System und Geschichte der Philosophie*: Vollständig neu nach den Quellen herausgegeben von Johannes Hoffmeister. Leipzig: F. Meiner, 1944. p. 100-101.

⁴ HEGEL, Georg W. F. *Introdução à história da filosofia*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1990. p. 64-65.



Certamente, o espírito nunca está em repouso, mas sempre tomado por um movimento para a frente. Na criança, depois de longo período de nutrição tranquila, a primeira respiração - um salto qualitativo - interrompe o lento processo do puro crescimento quantitativo; e a criança está nascida. Do mesmo modo, o espírito que se forma lentamente, tranquilamente, em direção à sua nova figura, vai desmanchando tijolo por tijolo o edifício de seu mundo anterior. Seu abalo se revela apenas por sintomas isolados; a frivolidade e o tédio que invadem o que ainda subsiste, o pressentimento vago de um desconhecido são os sinais precursores de algo diverso que se avizinha. Esse desmoronasse gradual, que não alterava a fisionomia do todo, é interrompido pelo sol nascente, que revela num clarão a imagem do mundo novo.⁵

Portanto, de maneira mais apropriada, esse jogo dialético é a maneira utilizada pelo “todo” para se afirmar como espécie de objetividade. E, assim sendo, esse processo de afirmação (satisfeito pelo encontro da negação) é propriamente o desdobramento apontado pelo desenvolvimento, enquanto sistema em atividade. Nas palavras de HEGEL, “o desenvolvimento, que na natureza é um tranquilo desdobramento, no Espírito é uma dura luta interminável contra si mesmo. O Espírito realmente se esforça por atingir seu próprio ideal, mas o esconde de si mesmo e se orgulha e tem prazer nesta alienação de si mesmo”⁶.

Nestes termos, o desenvolvimento (*Entwicklung*) é o constante embate que se dá no/entre o existente a fim de que se gere um aperfeiçoamento próprio, ou seja, um aumento de consciência (qualidade). Para HEGEL, “o espírito só alcança sua verdade à medida que se encontra a si mesmo no dilaceramento absoluto”⁷.

Muito apropriado constar, portanto, que tal visão se adequa precisamente à maneira pela qual nós visualizamos o desenvolvimento. Como havíamos dito acima, quando elencamos as palavras que poderiam incitar o sentido dado ao conceito buscado, percebemos que tal ação é o movimento constante que almeja um alvo específico e aniquila outro que está se afastando. Agora, partamos para uma nova circunstância. Quando encontramos a palavra desenvolvimento, pressupomos uma boa imagem para a sua colocação, sem atentar à situação na qual o seu emprego está condicionado - que é, justamente, sugerir que nos afastemos do ponto onde nos encontramos. Contudo, não é um simples afastar, é o denotar de um caminho pré-estabelecido que joga-nos numa posição carregada de pressupostos (artifícios

⁵ HEGEL, Georg W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 26.

⁶ HEGEL, Georg W. F. *A razão na história*. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2004. p. 106.

⁷ HEGEL, Georg W. F. *Fenomenologia...* p. 38.



para um novo jogo). Então, falemos um pouco desses pressupostos, que também podemos chamar de limites.

6 - DESENVOLVIMENTO E POLÍTICA (nos limites do Direito)

Quando o estado se utiliza de um discurso que incita o distanciamento de uma determinada situação, ele está tomando parte de uma perspectiva e ambicionando livrar-se de outra. Há aí, portanto, a afirmação de uma ação em contraponto à outra que se faz oposta; assim garantindo uma estrutura que aparece, ou seja, que se vitaliza no embate entre perspectivas contrárias. Caso tal cenário (oposições) não se fizesse, não haveria como falar em uma problemática do estado, e, provavelmente, ele seria nulo. Retornando um pouco, vemos na visão de HEGEL que, as associações de indivíduos se fazem por estarem em constante colisão internamente e externamente⁸ – criando oposições morais que garantem uma atividade permanente e a vivência em si. Dessa forma, as correntes que afrontam o direcionamento de uma conjuntura instaurada são tão importantes quando ela própria.

O direito parece ter um papel fundamental nesse âmbito, já que ele é o principal responsável por limitar determinadas relações no âmbito interno e externo dos estados. Ao tornar-se particular (quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular), “o direito é diversidade infinita que se opõe à universalidade e à simplicidade do seu conceito: é a forma da aparência. E tal pode ser ele imediatamente, em si, ou afirmado como tal sujeito, ou ainda, como puramente negativo”⁹. O direito, portanto, entremeia diversas ações, e, quando encontra-se diante de algo que possui cunho de negação a si (como na injustiça), restabelece-se e reencontra a si mesmo.

Em tais matrizes de limites, o direito dá face ao estado, tornando-o soberano. Basta observar que quando a fronteira (limite) adotada é corrompida, “vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feito a um outro indivíduo, mas

⁸ HEGEL, Georg W. F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

⁹ HEGEL, Georg W. F. *Princípios ...* p. 80-81.



também a reparação da ofensa que cometeu contra, o estado, a lei”¹⁰. O ponto interessante dessa circunstância é que, quem ultrapassa o limite, torna-o válido (existente), assume sua consistência. A lei possui efetividade não por ser cumprida, mas por deixar-se passar. Isso faz com que adentremos num sistema onde há a necessidade de se ajustar cada vez mais as imposições legais, a fim de que a presença do soberano, agindo, seja sentida - o estado ganha corpo e dá a nítida impressão de estar sempre presente. E é aí que está o desenvolver, no encontro dos limites, no momento exato e incongruente de tempos distintos, quando entramos no ponto de sensibilidade entre dois extremos, e, invariavelmente, acreditamos tomar partido em direção a um.

7 - CIENTIFICISMO DO DESENVOLVER

Voltemos um pouco, para fortificar a nossa visão a respeito da relação proposta. A noção, portanto, do desenvolvimento que acarreta na constante atualização do espírito consigo mesmo – e que nós podemos perceber nas relações que se dão no estado contemporâneo -, fortificou-se, principalmente, com a vinda do marco decisório da concretude estatal: o darwinismo. NIETZSCHE, no livro *Gaia Ciência*, observou o seguinte: “Hegel abalou todos os hábitos e vícios lógicos, ousando ensinar que os conceitos de espécie desenvolvem-se *um a partir do outro*: tese com a qual os espíritos europeus foram preparados para o último grande movimento científico, o darwinismo – pois sem Hegel não haveria Darwin”¹¹.

Portanto, não obstante a relação (em tom de igualdade) traçada por HEGEL entre as palavras desenvolvimento e evolução, NIETZSCHE reconhece a ascensão do cientificismo de DARWIN em virtude de tais teorias¹² – não de forma particular, porém, como se todo o contexto da época tivesse influenciado na construção teórica. Como se um sentido específico tivesse sendo seguido a partir de um outro. E, como sabemos, a sublimação dada à palavra evolução é evidente em nossa

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 67.

¹¹ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 254.

¹² Entenda-se “teoria” como uma forma (ideia) advinda da contemplação de um contexto geral. O intuito não é estabelecer a origem primeira, mas, sim, criar uma perspectiva acerca das questões propostas.



percepção; em grande parte, porquanto, em virtude da briga entre os cientistas modernos e a igreja, ambos com verdades prescritas, num jogo de forças que dura há algum tempo – e aí entramos novamente no vaivém das oposições.

Mas, como se não bastasse, o direito, sendo também um agregador constante das forças que se contrapõe, detectou esse embate e, estendendo seu poderio, passou a assumir discursos que versassem em prol de um sentido único, colocando-se, dessa forma, acima das questões que agregava – ironicamente, incitando um bem maior. Mesmo dissimulando neutralidade, pois se assenta numa posição de regulador entre diferentes posições, teve que instituir princípios variáveis para que pudesse encontrar óbices (contrariedades), e, assim, manter-se em pé. Essas condições (que colocam o direito no palanque das relações) foram crescendo como uma teia, e, através dela, aqueles que lidam com o ordenamento puderam caminhar.

7.1 – INÍCIO DO DISCURSO

Mas, o caminhar sobre a teia deve ser fundamentado, ou seja, possuir uma propulsão, a fim de que se indique sua preciosidade e aparência. Não é qualquer movimento que pode ser dado; faz-se necessário manter a estrutura, ou, pelo menos, aparentar manter. Afinal, é uma teia composta pela multilateralidade e, ao mesmo tempo, eivada de fé. Para que o movimento aconteça definitivamente, instigar a esperança de que o novo fio-de-teia não irá acabar com tudo é fundamental, e, portanto, incitar que a nova composição é uma conquista aumenta a sensibilidade das partes que compõe o sistema, deixando-os aptos a compartilhar da ideia. A propulsão responsável pelo movimento – quer a mudança aconteça ou não – deve vir de modo discreto e afiançar todos os institutos de que falamos acima. Portanto, no cenário atual, a chave para que se possa praticar esse ato é a utilização do discurso do desenvolvimento, já que, tal palavra carrega o encantamento necessário (ou conveniente) para a procedência do que for enunciado.



8 - DISCURSO CONTEMPORÂNEO

Vemos nos discursos da maioria dos estados pátrios uma espécie de apologia ao desenvolver como esperança de continuidade da espécie e o apaziguamento dos problemas enfrentados. O trabalho é edificar a moral, tornando-a objetiva e trazer à tona as nuances necessárias para o empreendimento do que fora projetado. Correspondente a isso, parece que o desenvolvimento caminha para a diversidade, o recuo da superioridade e a apologia para com a pluralidade – não só no gênero, mas principalmente na individualidade -, como uma espécie de retratamento aos que antes foram quase dizimados por uma estrutura moral edificante. Com base nesses pressupostos – elevados ao extremo -, apareceu o denominado Desenvolvimento Sustentável, que possui como máscara o discurso de retorno à natureza e o direcionamento para a proteção de todos os elementos da terra – a partir de suas peculiaridades. Esse modelo de desenvolvimento é pautado basicamente em índices e informações que abordam a discrepância entre a atualidade e o que temos de noticiado do passado. A fala principal é assumir uma postura de respeito para com o nosso tempo e o tempo futuro, a fim de que se estabeleça um modelo de condições dignas para as pessoas do agora e do depois.

Aparentemente, esse discurso coloca-nos sublinhados pela sombra de HEGEL. A legitimidade que o sentido histórico pode dar ao que instauramos como processos “evolutivos”, nos dias de hoje, parece ter bastante força. Essa visão científica que utilizamos para avaliar as coisas é bastante forte: o valor dado à experiência ultrapassa qualquer outro. Como bons cientistas, pautamo-nos sempre no princípio da recorrência – aquele, que insistimos que existe. E, a partir daí, primamos pela exclusão do passado que não convém, como forma de desculpa para a não repetição – também, como forma de proteção. Isso se projeta semelhante a uma contradição, contudo, sem prejuízo, pois é esse o ponto de sustentação das teorias que afloram.



9 - DESENVOLVIMENTO E SENTIDO

O desenvolvimento, tal como foi apresentado até agora, delinea a forja de um sentido único dado aos passos traçados pelos que se utilizam da palavra. Para sustentar o efeito que a prática do discurso produz, é necessário cobri-lo com um manto que o enfeite. Como vimos em HEGEL, a negação dá sentido ao desenrolar da vida e, por assim dizer, garante a existência; em DARWIN, a sobrevivência é o caráter fundamental; e, no direito contemporâneo, a vida digna tem esse papel. Sempre há um sentido para incitar determinadas ações. Contudo, corremos o risco desses sentidos serem construções de diversos impulsos que não prezavam por tais aparições; ou seja, a máscara pode ser distinta daquele que a produziu.

Quando acatamos o comum, colocamo-nos no famoso corpo social – digamos -, e, a partir daí, para mantê-lo vivo, atribuímo-lo um sentido único (que lhe dá identidade). Entretanto, sem demora, tomamos esse sentido para si, descartando a possibilidade de que tal caminho tenha surgido em virtude de uma razão extremamente diversa a qual se apresenta para nós. Em outras palavras, quando pensamos em movimento, faz-se necessário utilizar “uma” feição que o trame – mas, aí, temos uma infinidade de feições -, já com o desenvolvimento, precisamos alocar “a” feição - a fim de que se conste o direcionamento -, ou seja, é preciso aceitar uma posição, tomando como pressuposição uma forma específica para o “todo”. Entretanto, essa posição pode advir por conveniência, sem, no entanto, ser uma verdade absoluta que produza um efeito supremo e nos prive do sufoco de sentir vontade do que não está presente.

10 - INTERESSE LIGADO À PRÁTICA DO QUERER DESENVOLVER

Quando pensamos em desenvolvimento, encontramos-nos numa situação de busca por uma perspectiva diversa da qual estamos direcionados – da mesma forma que fazemos em nosso cotidiano quando almejamos determinadas situações. A fonte que serve de imagem para a projeção que podemos instituir no futuro, é o reflexo da maneira pela qual a nossa moral parece situar-se. Isto não significa,



necessariamente, que o que ostentamos hoje trará frutos positivos para a posterioridade. É certo que a situação atual faça muito sentido, pois, obviamente, podemos calcá-la em diversos discursos distintos que amarram o conceito e tornam-no forte. Contudo, quando pensamos no sentido que esse sentido poderá proporcionar postumamente, é possível deixá-lo em descrédito.

Neste caso, só um contentamento imediato e absoluto com a situação atual poderia livrar-nos do perigo de estar sempre nos enganando, no entanto, se assim acontecesse, não poderíamos falar em desenvolvimento e, muito menos, utilizar qualquer pronúncia que fosse.

Em contraposição a isso, pode-se pensar que “desenvolvimento” corresponde ao caminho que seduz - aquilo que atrai; atrai-nos não porque o que buscamos é uma verdade absoluta, mas para trazer espécies de poder. Poder não no sentido tirânico – a tirania mais parece justificativa para o encanto causado -, mas a potência de ser algo, potência de ser desejado em vias de poder ser. Prezar pelo desenvolvimento é buscar o mesmo que se pretende quando se fala em desenvolver; os atributos que nele encontramos são fantasias para o ser potente, cujo qual é desejado e, portanto, sedutor. Não é à-toa que pautamo-nos sempre no alcance do “devir”, buscando continuamente algo que nos proporcione ser o que não somos. Essa situação só não ocorre quando pensamos não precisar poder mais nada, e, então, a luta passa a se dar em virtude da manutenção do estado em que se encontra – neste ponto quase nos enganamos, já que a luta só ocorre porque queremos *poder* continuar em determinado estado. Ou seja, não há satisfação. Semelhante pensamento fez com que SCHOPENHAUER se questionasse se a existência possuía algum sentido; instaurando uma nova era de pessimismo com o teor máximo do niilismo.

10.1 – ENCANTO NO DIZER

Discursos refinados, e que parecem carregar o intuito de uma boa intencionalidade, instigam a nossa credibilidade, ainda mais quando calçados em algo que encante e modifique a atenção dos receptores (ouvintes). Quando a



alocução esbanja um caráter unificador e preponderante perante as demais, surge um sentimento distinto que traz a possibilidade de novas forças para aquele que atende (escuta) ao discursado. Entretanto, apesar desse sentimento, parece ser impossível discursar distante da parcialidade. Nestes termos, ocorre que, fica muito difícil sustentar qualquer tipo de universalidade, pois, ainda que se afirme que o particular dá sentido ao universal (sendo opositor), não há como - sendo o particular - falar pelo universal.

A sedução ligada na palavra “desenvolvimento” instiga algo que pensamos estar sempre presente em nossas mentes: a possibilidade - ou, em outros termos, o querer poder ser algo. O discurso nunca é neutro- como falamos acima -, muito menos a interpretação feita pelo indivíduo que o ouve; há sempre um jogo de interesses cominado com a possibilidade de o interesse florescer. No entanto, esses interesses são sempre distintos, ainda que seus interlocutores utilizem a máscara da igualdade para prosperarem. Basta pensar que jamais houve um consenso efetivo.

Sendo assim, não há como atribuir um único sentido a qualquer discurso que seja e - aumentando o abismo - não há como identificar sentido algum. Pois, sempre que interpretamos e acolhemos determinadas pronunciações, já modificamos a sua essência de maneira a produzir uma razão específica aos nossos próprios pensamentos - deixando o interlocutor apenas como uma máscara do sentimento que suas palavras nos proporcionaram.

11 - PONTO DE NULIDADE

O desenvolvimento, portanto, envolvido nas pressuposições apresentadas, ostenta a carga necessária para ser o ponto central das discussões, e, além disso, possui um caráter empolgante e, ilusoriamente, imparcial quanto ao interlocutor – ainda que, na verdade, quando avaliamos essa perspectiva, colocamos em jogo o nosso impulso mais forte, que vê no devir a constância dos nossos atos.

Mas, mesmo que fiquemos longe de uma conclusão comum, existe um encontro aparente em todas as nossas ações: estamos sempre tentando nos livrar do que padece inerte e sem cor em nós mesmos, buscando, para isso, alguma cor.



É um sentimento estranho, que, contraditoriamente, faz sentido, e faz com que a palavra “desenvolvimento” atraia. Sem delongas, Carlos NEJAR expressou bem essa situação:

“Meus mortos, somos ligados
ao mesmo monte.
Porém, o que nos separa
é o estar adiante.

Não vos atinjo
e esta distância
é que me torna cativo.

Há um invólucro apenas
a ser quebrado.
Meus mortos,
há um invólucro apenas
e os sonhos vastos.”¹³

Então, quando assumimos a posição que se utiliza do discurso do desenvolvimento, admitimos a nossa estadia num limbo que está em crescimento: o vácuo permanente, a sensação do exílio, emoção definida, “o desejo absurdo de voltar ou acelerar a marcha do tempo, flechas ardentes da memória”¹⁴. Movemos sempre a imaginação a fim de fugir do que parece enclausurar.

Os valores acendem e apagam - o que importa é mudar - e nós fingimos não notar. Contudo, tomemos cuidado, porque, nas palavras de Boudrilard, “distribuímos generosamente o direito a diferença, mas, em segredo, e desta vez de modo inexorável, trabalhamos para construir um mundo exangue e indiferenciado”¹⁵. Essa luz que vemos surgir no horizonte carrega-nos para o deserto, onde a liberdade é intensa, apesar de insensível. A memória, que tanto nos fiamos para crescer, pode também nos avisar que nunca houve crescimento e tudo não passou de um sonho onde almejávamos entrar.

Para que se preze, ao olhar um discurso que apresente novas possibilidades, há que se usar uma lente que filtre todo o emaranhado de oposições

¹³ NEJAR, Carlos. *Ordenações*. [S.l.]: Galaad, 1969, p. 35.

¹⁴ CAMUS, Albert. *A peste*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

¹⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Tela Total. Mito-ironias da era do virtual e da imagem*. Porto Alegre: Sulina, 1997. p.



que acarretam na beleza da redação. Nada parece tão sério quando perde o sentido; a relevância que nós damos ao desenvolver só possui parâmetros quando conseguimos ver que algo realmente acontece, quando podemos sentir o que está sendo pensado. Já dizia J. HUIZINGA, “a existência do jogo é inegável. É possível negar, se se quiser, quase todas as abstrações: a justiça, a beleza, a verdade, o bem, Deus. É possível negar-se a seriedade, mas não o jogo”¹⁶. Contudo, por que só o jogo, e não o fim? Pois não há vitória, só há a ilusão de que jogando (desenvolvendo) se chegará ao fim.

“Por fim”, formular um conceito pelo qual achemos o reflexo do desenvolvimento aparenta ser redundante, é o mesmo que pensar em uma formação da formação - que alguns denominariam gênese da gênese. Então, talvez, o que importa refletir é na sensação que nos é proporcionada ao visualizar tal palavra, sem deixar para trás todas as outras sensações que ela já nos proporcionou. Dessa forma, veremos que o jogo não se faz pelo encanto que ele proporciona, porém, sim, pela vontade que temos de um dia, enfim, podermos jogar.

12 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Sobre a geração e a corrupção*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *Tela Total. Mito-ironias da era do virtual e da imagem*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Brasília: UNB, 1982.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003

_____. *Microfísica do Poder*. 1979. Rio de Janeiro, Edições Graal.

HEGEL, Georg W. F. *A razão na história*. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

_____. *Fenomenologia do Espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

¹⁶ HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 6.



_____. *Introdução à história da filosofia*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado , 1990.

_____. *System und Geschichte der Philosophie: Vollständig neu nach den Quellen herausgegeben von Johannes Hoffmeister*. Leipzig: F. Meiner, 1944.

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

NEJAR, Carlos. *Ordenações*. [S.l.]: Galaad, 1969.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia ciência*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *Além do bem e do mal. Prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Paulo César de Souza. 4 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

_____. *Genealogia Da Moral. Uma Polemica*. Trad. Paulo César de Souza. 4 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.



ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E O USO DAS TECNOLOGIAS SOCIAIS EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SEMIÁRIDO

Edmilson Ewerton Ramos de Almeida
UEPB/ UNIDERP
edmilson.era@gmail.com

RESUMO

Acompanhando as concepções da comunidade internacional e no compasso das mudanças internas sociais, políticas e econômicas, o Brasil evoluiu sua maneira de perceber e tratar os bens ambientais. No atual formato de Estado regulatório, os recursos hídricos detêm várias ferramentas que podem aperfeiçoar sua gestão; dentre estas, a Agência Nacional de Águas. Entretanto, sendo este país detentor de biomas extremamente variados, o Semiárido se destaca como região climática com fortes necessidades de intervenções estatais, para que os direitos fundamentais decorrentes e relativos ao bom acesso e uso da água sejam salvaguardados e promovidos. Sendo assim, em consonância com as respectivas disposições normativas, a Agência Nacional de Águas deve intervir no cenário natural, para regular os interesses sócio-econômicos opostos e assegurar o desenvolvimento sustentável e a dignidade humana aos habitantes daquela área. Nesta atuação, a maneira mais legítima e eficaz é se utilizar das tecnologias sociais desenvolvidas no seio da própria comunidade. Assim, esta pesquisa bibliográfica, após delinear os fundamentos legais, políticos e doutrinários da atuação da ANA no Semiárido, buscou investigar sobre os programas desenvolvidos por ela, quando constatou que, após o fim do projeto Proágua/Semiárido, não houve qualquer atuação incisiva desta agência para construir e fortalecer as tecnologias sociais na região, deixando uma carência que está sendo parcialmente e temporariamente suprida pela atuação de outros órgãos tanto públicos, quanto privados.

PALAVRAS-CHAVE: Agência Nacional de Águas; Semiárido; Tecnologias Sociais.

PERFORMANCE OF THE AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS AND THE USE OF SOCIAL TECHNOLOGY TO DEVELOP THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE SEMIÁRIDO

ABSTRACT

Following the ideas of the international community and internal changes in the measure of social and economic policies, Brazil has developed its own way of perceiving and dealing with environmental goods. In the current form of state regulatory, water holding several tools that can improve their management, among



these, the Agência Nacional de Águas. However, this country is extremely varied biomes holder, stands out as the Semiárido climatic region with strong state intervention needs for fundamental rights and respect due to good access and water use are safeguarded and promoted. Therefore, in accordance with their respective regulatory provisions, the Agência Nacional de Águas should intervene in the natural setting, to regulate the socio-economic interests opposed and ensure sustainable development and human dignity to the inhabitants of that area. In this work, the more legitimate and effective way is to use social technologies developed within the community itself. Thus, this research literature, after outlining the legal grounds, political and doctrinal role of ANA in the Semiárido, sought to investigate the programs developed for it, when it found that after the end of the project Proágua / Semiárido, there was no activity this incisive agency to build and strengthen social technologies in the region, leaving a shortfall that is being partially and temporarily supplied by the actions of other organ both public and private.

PALAVRAS-CHAVE: Agência Nacional de Águas; Semiárido; Social Technology.

1. INTRODUÇÃO

Não é sem motivo que a Terra é apelidada de “planeta água”, afinal, 2/3 de toda a sua superfície é coberta por H₂O. Contudo, apenas 2,5% do volume total é de água doce e, mais ainda, 0,3% desta está armazenada em rios e lagos, disponível para uso nas diversas atividades, enquanto que o resto está espalhado pelas geleiras, subterrâneo e pântanos. Todavia, a distribuição pluviométrica irregular, altas taxas de evapotranspiração, recursos fluviais insatisfatórios, etc., ainda são exemplos de problemas naturais possíveis.

Todavia, para esta pesquisa não importa necessariamente o estado hídrico natural, mas sim, a relação entre a sociedade e este recurso: no século XX, a população mundial cresceu em 300%, enquanto que o consumo de água aumentou em 900%; aproximadamente, mais de um bilhão de pessoas não tem acesso à água potável e saneamento básico; estima-se que em 25 anos, até 2/3 da população mundial estará vivendo com severa escassez de água doce. Ainda faz parte deste contexto, a poluição, o uso irracional e uma política de má distribuição.¹

¹ BRITO, Luiza Teixeira de Lima; SILVA, Aderaldo de Souza; PORTO, Everaldo Rocha. Disponibilidade de água e a gestão dos recursos hídricos. In: BRITO, Luiza Teixeira de Lima; MOURA, Magna Soelma Bezerra; GAMA, Gislene Feitora Brito (Ed.). **Potencialidades da água de chuva no Semi-Árido brasileiro**. Petrolina: Embrapa Semi-Árido, 2007. p. 15-32.



Tendo em vista a imprescindibilidade da água à manutenção da vida, esse cenário de caos requer uma organização, para que tanto as dificuldades naturais, quanto as sociais, sejam ultrapassadas e o recurso hídrico possa ser bem utilizado.

Nesse sentido, ao longo das gerações, acompanhando a percepção internacional sobre a matéria, o Brasil vem evoluindo o seu tratamento doutrinário, institucional e normativo sobre os bens ambientais e, particularmente, quanto à água. Especialmente a partir da década de 1990 o Brasil desenvolveu um sistema político que pode potencializar a gestão de águas no país e, ao abrir os serviços públicos ao investimento externo e instituir um modelo de independência regulatória, a Agência Nacional de Águas é parte essencial e atuante neste planejamento.

Portanto, tendo em vista a missão mediata das agências reguladoras de promover o cuidado e promoção dos direitos fundamentais e humanos e sendo a região de clima semiárido um espaço nacional que possui graves dificuldades no acesso e uso dos potenciais hídricos, é necessário que Agência Nacional de Águas, dentro das suas atribuições, desenvolva projetos de gestão dos recursos hídricos que alterem esse cenário, trazendo dignidade à população e ferramentas de desenvolvimento.

Em razão do exposto, esta pesquisa bibliográfica e transdisciplinar limita-se, inicialmente, à análise dos fundamentos políticos e legislativos da gestão dos recursos hídricos no Estado regulador brasileiro. Posteriormente, segue para uma investigação político-administrativa dos projetos da ANA no Semiárido, a fim de constatar se ela está atuando de acordo com os princípios e finalidades da Constituição da República de 1988 e da Política Nacional de Recursos Hídricos e, em assim fazendo, se a metodologia aplicada privilegia e estimula o desenvolvimento das tecnologias sociais construídas na comunidade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. PERSPECTIVA POLÍTICA, CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL.



Desde o período colonial brasileiro até a “República Velha”, o acesso e uso dos recursos naturais localizados sob esta jurisdição já eram regulados, porém, numa perspectiva diversa da atual, eram considerados como *res privatae* (direitos reais) e este controle servia para suprir e manter a propriedade e os interesses exploratórios individuais.

Em virtude dos movimentos sócio-políticos característicos da incipiente “Nova República” e da transição brasileira do rural à industrialização e urbanização, a ideologia doutrinário-legislativa é alterada com a Constituição de 1934 que iniciou uma microfissura no padrão anterior ao considerar os bens ambientais como de interesse público, porém, ainda, sem perspectiva preservacionista – neste mesmo período e com este mesmo espírito, foram promulgados os códigos florestais, das águas e das minas.

Todavia, fora a partir da década de 1970 que o Brasil, pressionado pela comunidade internacional, institucionalizou a discussão ambiental através dos seus órgãos oficiais, livrando-se da falácia tradicional de que os seus recursos naturais seriam infinitos.

Nas décadas seguintes, ao redor das discussões capitaneadas pelo “Relatório Brundtland” sobre meio ambiente e desenvolvimento, ocorreu o maior avanço da proteção ambiental no país: com a Constituição da República de 1988, o Estado tornou-se um dos agentes atuantes na proteção e promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável – art.225, *caput*, da CR/88.

Seguindo uma progressão histórica, legislativa e política semelhante, foi apenas com esta grande mudança de perspectiva trazida pelo texto constitucional em vigor e seguida pelos atos normativos posteriores, que os recursos naturais hídricos erigiram ao conceito de coisa comum, protegida contra o arbítrio exploratório e direcionada para o suprimento das necessidades pessoais e sociais.

Assim, tanto como fim em si mesma, quanto como meio, sobre a água há deliberações diluídas no texto constitucional que tratam da sua titularidade (art. 20, III à VI, VIII e §1º; art. 26, I), competência legislativa (art. 22, I, IV, X, XVIII; art. 24,



VI, VIII, §1º ao §4º) e administrativa (art. 21, XIX;; art. 23, VI, IX, XI, parágrafo único; art. 49, XVI); desenvolvimento regional (art. 43, §1º, I e II, §2º, IV e §3º); defesa nacional (art. 91, §1º, III); ordem econômica (art. 170, VI; art. 174, §1º e §3; art. 176, §1º e §4º; art. 178); política agrícola (art. 187, VII, §1º); da saúde (art. 200, IV a VIII); meio ambiente (art. 225, §1º, I a VII, §2º ao 6º); índios (art. 231, §2º, §3º e §6º).

Na legislação infraconstitucional anterior a 1988, a água foi tratada, pela primeira vez, no Código Civil de 1916 e, depois, por legislação própria, em 1934, através do Decreto nº 24.643 (Código das Águas) – ambos carregavam nos seus dispositivos os conceitos constitucionais e políticos referentes ao meio ambiente e os recursos naturais de sua época.

Todavia, por mais que o Código das Águas tenha sido um marco vanguardista, regulando o aproveitamento industrial-econômico do recurso natural, após a promulgação da Constituição da República de 1988, muitas daquelas disposições tornaram-se inaplicáveis, mesmo após várias tentativas de atualização.

Devido à necessidade de um instrumento de regulamentação consonante com as novas perspectivas constitucionais e políticas, especialmente com fundamento no art. 21, XIX, da CR/88², o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 (Lei da Águas), dividida em dois títulos principais: “Política Nacional de Recursos Hídricos” e “Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”.

Em apertada síntese, a Política Nacional de Recursos Hídricos é exposta nos capítulos de I a VI por seus fundamentos, objetivos, diretrizes, instrumentos, informações sobre os custos (vetado) e diretrizes para a ação do poder público, respectivamente. Sobre este texto, importa destacar que (i) a outorga garante, apenas, o direito de uso e não a alienação das águas, concretizando um desejo constitucional de não considerar privado o recurso hídrico; (ii) a água tem múltiplos usos, mas é finita e deve ser priorizada para o consumo humano; (iii) a gestão do

² “Art. 21. Compete à União: (...) XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”.



bem é descentralizada, com participação da administração pública e da sociedade; (iv) deve ser construído um Plano de Recursos Hídricos³.

Por sua vez, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH) reúne órgãos e entidades da Administração Pública⁴, dispostos em capítulos próprios, dotando-os de poder de polícia, para que seja feito planejamento e o controle das águas (SILVA CORDEIRO, 2010). Nas palavras de Barbosa (*apud* SILVA CORDEIRO), o SNGRH é um “complexo de legislações, ações gerenciais e fiscalizações integradas, que visa fortalecer as políticas estatais sobre as águas”.

2.2. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA

Nos anos de 1990, o Estado brasileiro, com novas perspectivas constitucionais, mas em crise econômica, percebeu que não conseguiria centralizar uma prestação de qualidade de todos os serviços públicos, em razão de não dispor meios de suprir a demanda por grandes investimentos. Destarte, inspirado na experiência norte-americana, resolveu implementar um modelo econômico de regulação, com dois eixos principais: (i) atuação de agências, com concessão de independência política – incluindo a aptidão para inovar o ordenamento jurídico – e especialização técnica; e (ii) atração de investimento estrangeiro com a privatização das estatais.

Imersa nesta estrutura ideológica e administrativa, a Agência Nacional de Águas (ANA) foi criada em julho de 2000, a partir da Lei nº 9.984, como uma

³ O Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), cujo texto final foi aprovado pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos em 30 de janeiro de 2006, é constituído de diretrizes, programas e metas para a gestão estratégica da água até 2020, desenvolvidos a partir de um planejamento participativo. O objetivo geral deste documento, nos seus próprios termos, é “estabelecer um pacto nacional para a definição de diretrizes e políticas públicas voltadas para a melhoria da oferta de água, em quantidade e qualidade, gerenciando as demandas e considerando ser a água um elemento estruturante para a implementação das políticas setoriais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social”.

⁴ Nos termos do art. 33 da lei 9.433/97, integram o SNGRH, (i) o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; (ii) a Agência Nacional de Águas; (iii) os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal; (iv) os Comitês da Bacia Hidrográfica; (v) os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos; (vi) as Agências de Água.



autarquia federal sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (artigos 1º e 3º).

Ao fazer esta opção, o legislador ordinário concedeu personalidade jurídica própria à ANA, integrando-a à administração indireta da União – fenômeno da descentralização administrativa. Mais ainda, a especialidade se traduz num regime jurídico diferente das autarquias comuns, uma inovação jurídica não uniforme, que demonstra a independência política que rege sua atuação, agregando conhecimento técnico e legitimidade comunitária⁵.

Todavia, não é correto confundir “autarquia sob regime especial” com “agência reguladora”, uma vez que qualquer entidade pode ser criada por lei sob regime autárquico especial, independente de ter atuação regulatória; nem com “agência executiva”, pois esta qualificação pode recair sobre autarquia comum, desde que celebre contrato de gestão com o Poder Público e atenda aos requisitos da Lei nº 9.649/98⁶.

Por sua vez, o artigo 4º do ato normativo que criou a ANA elenca suas atribuições que podem ser divididas em duas grandes responsabilidades: execução da Política Nacional de Recursos Hídricos e cuidar das águas de domínio da União. Dentre estes todos estes, é necessário destacarmos o interesse desta pesquisa nos incisos II, X, XI, XV, XVI, XVII e XVIII.

Do artigo 5º até o artigo 8º, o texto disciplina a atuação da ANA nos casos de outorga do direito de uso de recursos hídricos de domínio da União; a partir do artigo 9º até o artigo 15, trata da sua estrutura orgânica; do artigo 16 ao artigo 18, tratamento dos servidores; do artigo 19 ao artigo 21, patrimônio e receitas.

⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Agência Nacional de Águas (ANA)**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3340/agencia-nacional-de-aguas-ana>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo descomplicado**. 19 ed. São Paulo: Método, 2011. p. 51.



De acordo com a doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, uma agência reguladora pode ser conceituada por (i) ter alto grau de especialização técnica; (ii) integrar a administração pública como autarquias em regime especial; (iii) regular um setor específico de atividade econômica, ou determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades; (iv) atuar com autonomia e imparcialidade tanto referente ao Estado, quanto à sociedade ⁷.

Por todo o exposto, tanto na perspectiva político-administrativa, quanto na jurídico-legislativa, a Agência Nacional de Águas cumpre os requisitos, pois tem quadro técnico específico e distinta área de atuação, qual seja, em recursos hídricos; é uma autarquia federal em regime especial; intervém e regula as relações jurídicas oriundas do acesso e uso da água; e goza de autonomia.

Destarte, por mais que o recurso natural sob análise tenha múltiplas aplicações, como já se refere a própria Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 1º, IV, Lei nº 9.433), e não constitua em si mesmo nem serviço público, nem atividade econômica, o uso que se faz dele pode ser tanto desta, quanto daquela forma, e, sendo assim, deve ser regulado pelo Estado brasileiro.

A partir deste modelo de política econômica intervencionista, um dos maiores desafios contemporâneos concernentes a esta matéria é, ao definir e eleger os fundamentos e princípios constitucionais, canalizar as ferramentas disponíveis para a consecução destes objetivos primários. Num contexto de modelo de Estado Constitucional⁸, os direitos fundamentais, sendo o mote principal da Constituição, são os limites iniciais e finais dos atos soberanos. Nas palavras de Lizziane Souza Queiroz, “Ao se procurar efetivar a Constituição, procura-se mesmo é efetivar os direitos fundamentais. Estes são os valores primeiros de todo o corpo constitucional;

⁷ Ibid., p. 163.

⁸ Em razão da conjuntura internacional, alguns autores, com certa razão, já defendem que esse termo é obsoleto e, buscando uma leitura mais precisa, preferem utilizar “Estado transnacional” ou, mais além, “Estado global”. Particularmente, se discorda parcialmente da primeira e completamente da segunda aplicação, em virtude de uma não consolidação destas perspectivas políticas. Todavia, essa discussão passa à margem desta pesquisa e, portanto, não se gastará tempo, esforço intelectual e bibliografia com ela.



todos os seus preceitos são destinados à consagração e efetivação dos direitos fundamentais”⁹.

Por todo o exposto, a atuação das agências reguladoras não pode ser alheia a este cenário, sob a ameaça de, ao buscar algum outro escopo que não seja ou tenha razão imediata ou mediata em um direito fundamental e/ou humano, o referido ato administrativo ser carente de juridicidade. Esta perspectiva se torna ainda mais verdadeira, se se considerar que estas instituições foram criadas para que se alcance um equilíbrio entre alguns dos valores muito preciosos para a sociedade e, por vezes, conflitantes: a ação econômica livre e o desenvolvimento – recentemente qualificado com a ideia da sustentabilidade – versus a dignidade humana, através da salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais e humanos.

Assim, sendo a ANA uma ente que, por sua natureza, partilha de todos estes cuidados, a gestão dos recursos hídricos, pela qual ela tem quota de responsabilidade, deve ser regulada com sentido nestes mesmos critérios e exigências.

2.3. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SEMIÁRIDO

Embora o Brasil seja um dos países com maior reserva de água doce, as suas dimensões continentais lhe proporcionam diferentes percepções climáticas e, em especial, o semiárido é uma região que possui graves problemas hídricos. Esta área climática definida não se confunde com a divisão sócio-política tradicional e, atualmente, ocupa 67% da região Nordeste e 11,20% da região Sudeste; totalizando 1.133 municípios, com população urbana de 11.747.381 hab. e rural de 9.085.266 hab.

Inobstante uma baixa média pluviométrica anual seja um dos elementos caracterizadores do Semiárido¹⁰, há fortes fatores que agregam dificuldades à

⁹ QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O papel do Estado Regulador na concretização dos Direitos Fundamentais. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Coord.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sobre a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 141.

¹⁰ Para o Ministério da Integração os critérios de delimitação deste espaço são (i) precipitação média anual inferior a 800mm; (ii) índice de aridez de Thornwaite de 1941 de até 0,5, calculado pelo balanço



gestão de águas nesta região, quais sejam, (i) irregularidade, tanto no tempo, quanto no espaço, das precipitações pluviométricas; (ii) altas taxas evapotranspirométricas; (iii) forte heterogeneidade espacial; dentre outros. Este cenário natural potencializa os desafios e impõe um aprimoramento nas pesquisas e estudos para que o recurso hídrico possa ser bem manejado.

Nas palavras de Luiz Teixeira de Lima Brito, “estre quadro de incertezas quanto à disponibilidade e à qualidade das águas gera insegurança na tomada de decisão de políticas de desenvolvimento agropecuário e sócio-econômico para a região, necessitando, portanto, de medidas de planejamento e de gestão de recursos hídricos disponível, visando atender à demanda da população de forma permanente”¹¹.

Desconsiderando estes pressupostos, o processo de ocupação e exploração econômica desta região, ao longo dos séculos, foi inescrupulosamente mantido à revelia de qualquer cuidado com os recursos naturais e sem considerar as particularidades de um cenário seco e árido. Assim, a falta de uma política de desenvolvimento sustentável, gerou graves problemas de justiça ambiental, pois afetou desigualmente os diferentes grupos sociais, segundo uma escala de maior ou menor acesso à água que passava a valer tal qual dinheiro, pois é um elemento essencial de propulsão do desenvolvimento equilibrado que traz, na sua algibeira, melhora de status aos cidadãos.

Diversas ações paliativas e pontuais já foram implantadas, para minimizar os efeitos sociais das condições naturais adversas do Semiárido: a pequena açudagem, poços dessalinizadores, carros-pipas, cisternas, etc.; estas políticas, não estavam integradas a pesquisas e estudos sólidos que buscassem uma visão completa e perene das necessidades locais. Contudo, a partir da Lei das Águas (Lei nº 9.433/1997) que veio regulamentar dispositivos constitucionais, nasceu

hídrico que relaciona as precipitações e a evapotranspiração potencial, no período entre 1961 e 1990; (iii) risco de seca maior que 60%, tomando-se por base o período entre 1970 e 1990.

¹¹ BRITO, Luiza Teixeira de Lima; SILVA, Aderaldo de Souza; PORTO, Everaldo Rocha. Disponibilidade de água e a gestão dos recursos hídricos (...).



legalmente e institucionalmente uma nova perspectiva estrutural, para a gestão das águas nesta região.

2.3.1. GESTÃO DE ÁGUAS E USO DE TECNOLOGIAS SOCIAIS

Por muitos anos, os espaços naturais brasileiros de clima seco e árido, cujo maior representante é o Nordeste, foram – e, por vezes, ainda são – encarados como irremediavelmente atrasados, em virtude dos baixos índices de desenvolvimento humano. Todavia, a história e a experiência demonstram que a falta de água em abundância e as suas características correlatas – tipo de solo, fauna e flora – não são em si mesmos razões para miséria: uma adaptação regional de modelos bem-sucedidos em outros climas e a criação de novas engenharias específicas que ensinem os sujeitos a trabalharem e conviverem com dignidade em meio a estas adversidades, gera desenvolvimento e altera o cenário sócio-político-econômico desfavorável.

Sensível a estas necessidades e superando a mentalidade determinista antiquada de condenar o Semiárido e a população que nele vive à própria sorte, a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, em total acordo com os princípios constitucionais, fixa, em uma de suas diretrizes, “a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País” (art. 3º, II, da Lei nº 9.433/97).

No mesmo sentido está o art. 4º, X, da Lei nº 9.984/00, quando preleciona que uma das atribuições da Agência Nacional de Águas é “planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos das secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos...”¹².

Por todo o exposto, o Semiárido brasileiro é uma região propícia a um desafiador trabalho institucional e, especialmente, aquele desenvolvido por um ente regulador que atue com independência, especialização, poder de polícia, para a promoção e salvaguarda dos direitos fundamentais, especialmente através do

¹² Exatamente por estas razões, de acordo com o Prof Francisco de Assis Souza Filho, o Plano Nacional de Recursos Hídricos definiu seu Programa XII como específico para o semiárido, mas ainda este projeto ainda não foi detalhado, mas outros programas têm atividades gerais nesta região.



desenvolvimento local de acesso e uso sustentável dos recursos hídricos, qual seja, a ANA.

Destaca-se, portanto, dentre as competências desta, no art. 4º da Lei 9.984, o inciso II: “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”; o inciso XI: “promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos”; e inciso XV: “estimular a pesquisa e a capacitação de recursos humanos para a gestão de recursos hídricos”.

Um exemplo marcante nesse sentido fora a implantação, entre 1998 e 2005, do “Subprograma de Desenvolvimento Sustentável de Recursos Hídricos para o Semi-Árido Brasileiro – Proágua Semi-árido”¹³, para ampliar a oferta de água de qualidade, beneficiando, aproximadamente, 1,3 milhão de habitantes do Semiárido, trazendo dignidade à população e desenvolvimento local. De acordo com o Ministério do Meio Ambiente, “O objetivo do programa é garantir a ampliação da oferta de água de boa qualidade, com a promoção de seu uso racional, visando impedir que sua escassez relativa impeça o desenvolvimento sustentável”.¹⁴

Dentre os vários resultados colhidos por este trabalho¹⁵, destacamos (i) a implantação de 6.948 projetos demonstrativos de cisternas rurais¹⁶; e (ii) a capacitação de dezenas e centenas de técnicos, pedreiros, famílias e gerentes

¹³ Apesar do projeto ter sido criado em 1998, ou seja, antes do nascimento da Agência Nacional de Água, a partir de 2003 ela veio a compor o quadro institucional atuante. Desde 2007, porém, o “Proágua Semiárido” foi ampliado e tornou-se “Proágua Nacional” que, atualmente, já está finalizado.

¹⁴ Mais informações disponíveis em: <
http://www.abrasil.gov.br/avalppa/RelAvalPPA2002/content/av_prog/181/prog181.htm>.

¹⁵ Toda a avaliação está disponível em <
http://www.abrasil.gov.br/avalppa/RelAvalPPA2002/content/av_prog/181/prog181.htm>.

¹⁶ Demonstrando uma articulação com os movimentos sociais e comunitários, esta atividade fora desenvolvida em parceria com organizações integrantes da Articulação do Semiárido – ASA e o Fundo das Nações Unidas para a Infância – Unicef, dentro do Projeto um Milhão de Cisternas – P1MC.



administrativos. Estes sintetizam o compromisso da Agência Nacional de Águas com o fundamento de gestão participativa da Política Nacional de Recursos Hídricos, realizando parcerias com uma teia de sujeitos interessados em prol do interesse público superior, para que não sejam implantadas políticas alheias à realidade local, mas sejam aproveitados os trabalhos desenvolvidos na comunidade, segundo suas necessidades, e potencializando-os através de um programa público perene.

Inobstante o relativo sucesso deste projeto, a ANA tem canalizado suas atividades para outras prioridades em diversos projetos, nas demais atribuições que lhe foram determinadas¹⁷. Contudo, é inconcebível que numa política pública recheada de ideais participativos e democráticos como o é a Lei das Águas, a principal entidade responsável pela regulação das tensões existentes entre os interesses econômicos, o uso sustentável do bem ambiental, a salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais, com vistas a um desenvolvimento sustentável e a distribuição do status de dignidade humana, mantenha-se inerte quanto ao estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento de tecnologias sociais.

Esse tipo de recurso são produtos, técnicas e/ou metodologias, relativamente mais baratas e simples que são construídas no seio da comunidade e com seu envolvimento direto, objetivando conseguir efetivas soluções para os diversos desafios enfrentados, tais como geração de energia e gás, filtragem e armazenamento de água, utilização econômica dos recursos naturais, etc. O grande desafio, portanto, é utilizar da legitimidade destas propostas, para alcançar alto grau de efetividade na soluções dos problemas de gestão das águas, reforçando-as através de uma estrutura institucional que lhe conceda ampliação e fundamentação política.

Ante a ausência de atuação da ANA, insta mostrar que há vários outros projetos sobre gestão das águas através de tecnologias sociais desenvolvidos ou

¹⁷ Há reconhecida atuação da ANA no auxílio às entidades estaduais de gestão de recursos hídricos, na transigência entre os domínios da União e dos estados e na construção de infraestrutura, para armazenamento de águas. Para mais informações, vide <http://www2.ana.gov.br/Paginas/default.aspx>



apoiados por entidades que enxergam essa oportunidade no Semiárido¹⁸: através da Articulação do Semiárido – ASA, há o “Programa uma Terra e duas Águas” (P1+2)¹⁹, além do já citado “Programa um milhão de Cisternas” (P1MC)²⁰; pelo Instituto Nacional do Semiárido – INSA, há diversas técnicas de irrigação artificial²¹ e publicação de estudos²²; bancos de dados com diversas informações²³; dentre outros diversos trabalhos. Especificamente no Semiárido paraibano, é necessário ainda destacar o desempenhado pela Patac²⁴, Centro Vida Nordeste²⁵ e Programa de Estudos e Ações para o Semiárido (PEASA)²⁶.

No mesmo sentido desta “autopoeise social”, a Articulação do Semiárido – ASA ensina que “Em um Semiárido com inúmeras desigualdades, são também múltiplas as alternativas e estratégias possíveis para a garantia do acesso à água por suas populações, muitas construídas por elas próprias. Na luta diária pela sobrevivência, mulheres e homens, portadores de um vasto saber adquirido a partir da observação da natureza ao longo dos tempos, aprenderam a arte de conviver com o meio ambiente...”²⁷.

¹⁸ Há diversas outras entidades, públicas ou privadas, que investem em tecnologias sociais, mas, como esta pesquisa concentrou-se no Semiárido, daremos destaque somente aos trabalhos nessa região.

¹⁹ Mais informações disponíveis em:
http://www.asabrasil.org.br/Portal/Informacoes.asp?COD_MENU=1151

²⁰ Mais informações em http://www.asabrasil.org.br/Portal/Informacoes.asp?COD_MENU=1150

²¹ Mais informações disponíveis em:
http://www.insa.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=73

²² Mais informações disponíveis em:
http://www.insa.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=134

²³ Mais informações disponíveis em: <http://www.rts.org.br/rts/tecnologia-social/apoiadas-pela-rts> e <http://www.fbb.org.br/home.htm>

²⁴ Mais informações disponíveis em: <http://patacparaiba.blogspot.com/>

²⁵ Mais informações disponíveis em: <http://www.cvida.org.br/>

²⁶ Mais informações disponíveis em: <http://peasa.paqtc.org.br/v2/>

²⁷ Articulação do Semiárido. Disponível em:
<http://www.asabrasil.org.br/Portal/Informacoes.asp?COD_MENU=105>.



3. CONCLUSÃO

A partir da exposição sobre a evolução da perspectiva política, constitucional e legislativa é interessante notarmos não apenas o óbvio, qual seja, o quanto o Brasil evolui no trato com os recursos naturais, mas, principalmente, que o aproveitamento econômico sempre foi um elemento decisivo, para a definição doutrinária e ideológica.

Percebe-se, portanto, que o relacionamento entre política pública social e economia nunca foi uma novidade. O grande diferencial presente no Estado regulador contemporâneo é a utilização das ferramentas institucionais das agências dotadas de independência política, cujo objetivo é manter o equilíbrio entre os interesses sócio-econômicos porventura opostos, objetivando o cumprimento dos princípios e desejos presentes na Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, enxerga-se total consonância entre o fim último da Carta Magna, qual seja, salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais, com as diretrizes e objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos e as atribuições da Agência Nacional de Águas. Numa interpretação sistemática, poder-se-ia inferir que todos estes coadunam com o desenvolvimento sustentável; diminuição das desigualdades regionais; maior cuidado com cenários e situações mais sensíveis; planejamentos específicos, para necessidades pontuais; zelo pela dignidade humana; dentre outros.

Exatamente por estas razões, não se vislumbra motivos que justifiquem o desleixo com o qual a Agência Nacional de Águas tem agido no desenvolvimento e construção de tecnologias sociais. Não que estas sejam um bem em si mesmas, porém, tendo sido desenvolvidas com total especialidade e especificidade, potencializam-se as chances de que sejam eficazes no combate à situação de má gestão das águas do Semiárido. Essa sensação de legitimidade e participação direta é o segredo do sucesso da atuação das várias entidades públicas e privadas que pensam constitucionalmente e politicamente e, assim, trabalham para uma mudança.



4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, José Otávio Aguiar. *et al.* **História Ambiental e Direito Ambiental: diálogos possíveis.** EDUFMG: Campina Grande, 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo descomplicado.** 19 ed. São Paulo: Método, 2011.

Articulação do Semiárido. Disponível em: <http://www.asabrazil.org.br/Portal/Informacoes.asp?COD_MENU=105>. Acessado em 13 de setembro de 2011.

BAVA, Silvio Caccia. Tecnologia social e desenvolvimento local. In: **Tecnologia Social: uma estratégia para o desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Fundação Banco do Brasil, 2004. p. 65-82.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Plano Nacional de Recursos Hídricos: síntese executiva.** Brasília: MMA, 2006

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Proágua – Gestão.** Disponível em: <http://www.abrasil.gov.br/avalppa/RelAvalPPA2002/content/av_prog/181/prog181.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. In: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Conjunto de normas legais: recursos hídricos.** 6 ed. Brasília: MMA, 2008. p.27-43.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. In: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Conjunto de normas legais: recursos hídricos.** 6 ed. Brasília: MMA, 2008. p.44-56.

BRITO, Luiza Teixeira de Lima; SILVA, Aderaldo de Souza; PORTO, Everaldo Rocha. Disponibilidade de água e a gestão dos recursos hídricos. In: BRITO, Luiza Teixeira de Lima; MOURA, Magna Soelma Bezerra; GAMA, Gislene Feitor Brito (Ed.). **Potencialidades da água de chuva no Semi-Árido brasileiro.** Petrolina: Embrapa Semi-Árido, 2007. p. 15-32.



CIRILO, José Almir. **Políticas Públicas de recursos hídricos para o semi-árido.** Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n63/v22n63a05.pdf>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Regulação e uso da água no Brasil: participação popular, subsidiariedade e equilíbrio ambiental na proteção dos direitos humanos. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Coord.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sobre a óptica do direito econômico.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p.151-178.

LASSANCE JUNIOR, Antonio E.; PEDREIRA, Juçara Santiago. Tecnologias sociais e políticas públicas. In: **Tecnologia Social: uma estratégia para o desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Fundação Banco do Brasil, 2004. p. 65-82.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Agência Nacional de Águas (ANA).** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3340/agencia-nacional-de-aguas-ana>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o Estado Regulador brasileiro na efetivação do Direito Fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Coord.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sobre a óptica do direito econômico.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p.41-89.

Programa Nacional de Desenvolvimento dos Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://proagua.ana.gov.br/proagua/>>. Acesso em: 13 de setembro de 2001.

QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O papel do Estado Regulador na concretização dos Direitos Fundamentais. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Coord.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sobre a óptica do direito econômico.** Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p.121-148.

SILVA, Aluska Suramma Cordeiro. **O acesso à água como Direito Fundamental e a cobrança pelo uso da água bruta.** 2010. 109f. Monografia (Bacharelado) - Direito. Curso de Ensino Superior e Desenvolvimento, Campina Grande, PB, 2010.

SILVA, José Ivaldo Alves Oliveira. A “institucionalização” da questão ambiental. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). **Direito**



Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 87-113.

SOUZA FILHO, Francisco de Assis. A política nacional de recursos hídricos: Desafios para sua implantação no semiárido brasileiro. In: MEDEIROS, Salomão de Sousa. *et al* (EE.). **Recursos Hídricos em regiões áridas e semiáridas**. Campina Grande: Instituto Nacional do Semiárido, 2011.



CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS AMBIENTAIS

Caroline da Rocha Franco
UFPR
carolufpr@gmail.com

RESUMO

As contratações com o poder público movimentam de 10% a 30% do PIB de países desenvolvidos ou em desenvolvimento e podem ser uma forma de incentivo ao mercado de consumo ambientalmente sustentável. Além de respaldo conferido pela Magna Carta, recentemente a legislação infraconstitucional disciplinou a temática, dando-lhe atenção tanto a Lei 12.305/10 quanto a 12.349/10. Com a alteração do art. 3º da Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/2010, inserindo-se como finalidade da licitação a garantia do desenvolvimento nacional sustentável, surge supedâneo expresso para se privilegiar nas licitações públicas produtos e serviços que levem em conta as consequências ambientais e sociais de sua produção. Reconhece-se novamente a capacidade dos processos de contratação conferirem concretude a Direitos Fundamentais, sendo, portanto, uma forma possível de Política Pública. Parte-se para a busca de um Estado que legisla sobre política ambiental e também se preocupa com o planejamento das aquisições feitas pela Administração Pública, buscando-se um desenvolvimento sustentável. Consta-se que a modificação da Lei 8.666/93 está atrelada ao conceito de ecoeficiência. Todavia, para efetivação de seus objetivos, as contratações sustentáveis dependem de outras normas disciplinadoras, a exemplo da Instrução Normativa nº 01/2010 da SLTI/MPOG, bem como delimitação prática ao disposto pelo art. 3º da lei de Licitações.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações sustentáveis; desenvolvimento sustentável; poder de compra da Administração Pública; incentivo ao mercado de consumo ambientalmente sustentável.

SUSTAINABLE GOVERNMENT PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT FOR THE EXECUTION OF ENVIRONMENTAL POLICIES

ABSTRACT

The contracts with the government moving from 10% to 30% of the GDP of developed countries or developing countries and can be a way to encourage environmentally sustainable consumer market. In addition to support given by the Magna Carta, the recent constitutional legislation governs the issue, giving attention both to the Law 12.305/10 and 12.349/10. With the amendment of art. 3 of Law No. 8.666/93 by Law No. 12.349/2010, inserting himself as the purpose of the tender guarantee of sustainable national development, expressed footstool comes to focus on public procurement products and services that take into account the environmental and social consequences of production. Again recognized the ability of the hiring process to give concrete Fundamental Rights, is therefore a possible way of Public Policy. It starts to search for a state that legislates on environmental policy



and is also concerned with the planning of acquisitions made by the Public Administration, seeking a sustainable development. It appears that the amendment of Law 8666/93 is linked to the concept of eco-efficiency. However, for realization of their objectives, sustainable contracts depend on other disciplinary rules, such as the Instruction No. 01/2010 of SLTI / MOP, as well as practical the provisions defining the art. 3 of the Bidding Law.

KEYWORDS: Contracts sustainable, sustainable development, the purchasing power of public administration, encouraging environmentally sustainable consumer market.

INTRODUÇÃO

O estudo proposto por este trabalho deve ser compreendido a partir da realidade sócio-ambiental contemporânea. A contratação ambientalmente sustentável não expressa uma simples inovação da dogmática e teoria jurídicas. Para apreendê-la em toda sua profundidade, deve-se inicialmente ilustrar o contexto com que se depara o jurista atualmente, principalmente em relação ao desenvolvimento tecnológico desenfreado e, conseqüentemente, as possibilidades cada vez maiores de pujantes degradações ambientais.

A título de introdução, e em traços largos, serão apresentados alguns elementos relevantes para se delinear este pano de fundo, o que em certa medida evidencia a necessidade de se buscar novos mecanismos aptos a intervir na realidade brasileira que viabilizem a condução a um novo modelo de desenvolvimento e de consumo. É o que se propõe a seguir.

NOVAS PERSPECTIVAS DE MODELO DE CONSUMO: A QUESTÃO AMBIENTAL E SOCIAL

A existência humana fundada no antropocentrismo relegou a último plano o cuidado com a natureza. Entendendo-se o “progresso” como a busca incessante pelo conforto e melhoria da qualidade de vida, durante muito tempo foram desconsideradas as conseqüências ambientais ocasionadas pela exploração irresponsável dos recursos naturais e o custo disto para as gerações futuras.



O modelo de consumo despreocupado com a devastação da natureza trouxe poluição e com ela inúmeros e os mais diversos problemas de saúde para o ser humano, sem contar os danos irreversíveis ao planeta. Assim, mesmo detendo-se o conforto proveniente dos benefícios tecnológicos, a reflexão sobre os reflexos deste desenvolvimento inconsequente traz respaldo para um novo modelo, que questiona o consumo pelo consumo.

A busca pela qualidade de vida e o conforto permanecem, contudo há tentativas buscando compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, do equilíbrio ecológico e social.

Diversos eventos congregaram pesquisadores para debater o tema e elaborar programas que pautem o consumo responsável dos recursos naturais. Cita-se como exemplos a Conferência Internacional para o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), a consolidação da Agenda 21, a Rio-92 ou Eco-92, a Rio+5 e a Cúpula de Johannesburgo.¹ Relevante lembrar que em junho de 2012 está programada a Rio+20, em que se espera, além de um balanço da Rio-92, um evento pensado para uma governança aliada à sustentabilidade.²

Seria sustentável, conforme definição da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aquela forma de desenvolvimento capaz de suprir o atendimento das necessidades das presentes gerações sem comprometer o atendimento das necessidades das gerações futuras. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UM CONCEITO CONTROVERSO

Alguns pesquisadores veem ressalvas a essa preocupação em cuidar do meio ambiente para o porvir, não por discordar essencialmente de que ela seja necessária, mas por considerar que o esgotamento dos recursos naturais pode não

¹ Debates importantes, cuja construção histórica não se aprofundará neste artigo. Recomenda-se a leitura de VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, bem como KÄSSMAYER, Karin. **Direito ambiental e a busca ao desenvolvimento sustentável pelas empresas privadas: aspectos jurídicos**. Curitiba, 2002, Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

² <www.uncsd2012.org>. é o site do evento



ocorrer no futuro de décadas, para as gerações vindouras, e sim no futuro de poucos anos, podendo abarcar as gerações presentes.³

Mesmo assim, emanam controvérsias a respeito desta definição de desenvolvimento sustentável, posto que a análise do conceito de progresso em si já é complexa. Diversos autores buscaram - e ainda buscam - analisar aspectos fundamentais para o desenvolvimento humano.

Alguns pautam o conceito compreendendo entre estes reflexos não só taxas de crescimento econômico, mas também considerando índices de participação popular democrática na governança, acesso a direitos fundamentais como indicadores educativos- qualidade educacional, evasão escolar, jovens cursando ensino superior, analfabetismo, etc.- promoção do incentivo à saúde, alimentação...

Todavia, constata-se presente a supervalorização do econômico no exame de planejamento feita por alguns governantes e estudiosos. Amartya SEN coloca que há duas análises realizadas para o processo de desenvolvimento: uma delas, a que despreza, é justamente a qual assemelha o desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico; o desenvolver como deter altas taxas do PNB (produto nacional bruto).⁴ A outra tratarei, resumidamente, adiante.

³ James HANSEN alerta sobre esta preocupação, colocando a questão da sustentabilidade ambiental como tática de sobrevivência, nos seguintes termos: “O planeta Terra, a criação, o mundo no qual a civilização se desenvolveu, o mundo com os padrões climáticos que conhecemos e as linhas de costa estáveis, está em perigo iminente (...) A conclusão alarmante é que a exploração contínua de todos os combustíveis fósseis na Terra ameaça não só outros milhões de espécies no planeta como também a sobrevivência da própria humanidade – e o tempo para o fazer é mais curto do que pensávamos”. HANSEN, James. **Storms of my grandchildren: the truth about the coming climate catastrophe and our last chance to save humanity**. Bloomsbury, 2009. - tradução livre.

⁴ Nas palavras do autor: “Uma visão considera o desenvolvimento como um processo “feroz”, com muito “sangue, suor e lágrimas” – um mundo no qual sabedoria requer dureza. Requer, em particular, que calculadamente se negligenciem várias preocupações que são vistas como “frouxas”, mesmo que em geral (mesmo que em geral os críticos sejam demasiado políticos para qualificá-las com esse adjetivo). Dependendo de qual seja o veneno favorito do autor, as tentações que se deve resistir podem incluir as redes de segurança social para proteger os muito pobres, o fornecimento de serviços sociais para a população, o afastamento de diretrizes institucionais inflexíveis em resposta a dificuldades identificadas e o favorecimento- “cedo demais” – de direitos políticos e civis e o “luxo” da democracia. Essas coisas, adverte-se com pose austera, podem vir a se favorecidas posteriormente, quando o processo de desenvolvimento houver produzido frutos suficientes: o necessário aqui e agora é “dureza e disciplina”. SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Lucas Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.51-52.



O modo de produção capitalista exige como fundamental ao exercício do poder político, o domínio do poder econômico. Por isso mesmo diversas análises que contemplam outros enfoques não tão detidos em índices de crescimento da economia não se desvencilham deste como essencial requisito de avaliação do processo desenvolvimento humano.

SEN defende o desenvolvimento como um processo das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Coloca a expansão da liberdade como o fim primordial (papel constitutivo) e o principal meio (papel instrumental) do desenvolvimento. Entre as liberdades instrumentais (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência, segurança protetora) se concentram as facilidades econômicas como recursos oponíveis para o consumo, produção ou troca. Ou seja, considera-as como um dos meios, e não o fundamental, para auferir o desenvolvimento.⁵

No mesmo sentido de que o desenvolvimento não corresponde à sinonímia de crescimento econômico, situa-se Ignacy SACHS, para o qual o conceito de desenvolvimento engloba os idéias de igualdade, equidade e solidariedade⁶. Assim, para auferir o grau de desenvolvimento, pode-se dizer que um dos fatores importantes é a qualidade de vida das pessoas, estando o meio-ambiente em posição central.

Também há os estudiosos que propõem que a crise ambiental somente poderá ser freada com o “decrescimento econômico”. Em 2008 ocorreu em Paris a primeira Conferência Mundial sobre Decrecimento Econômico - pela Sustentabilidade Ecológica e Igualdade Social e em 2010, em Barcelona, ocorreu sua segunda edição, buscando congrega pesquisadores e existir cooperação e

⁵ Ibid., p.28

⁶ “Igualdade, equidade e solidariedade estão, por assim dizer, embutidas no conceito de desenvolvimento, com consequências de longo alcance para que o pensamento econômico sobre o desenvolvimento se diferencie do economicismo redutor. Em vez de maximizar o crescimento do PIB, o objetivo maior se torna promover a igualdade e maximizar a vantagem daqueles que vivem nas piores condições, de forma a reduzir a pobreza, fenômeno vergonhoso, porquanto desnecessário, no nosso mundo de abundância. (...) O crescimento, mesmo que acelerado, não é sinônimo de desenvolvimento se ele não amplia o emprego, não se reduz a pobreza e se não atenua as desigualdades (...)”. SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.p.14.



difusão de pesquisas.⁷ Para estes o fator econômico também é fundamental, contudo de maneira inversa.

Ainda, há a doutrina ecossocialista, de raiz marxista, a qual afirma ser impossível atingir um desenvolvimento sustentável, posto que seria este um discurso fantasioso a conferir um capitalismo ameno, que é inalcançável pela sua própria concepção de acumulação. Defende que ao sistema capitalista é essencial o lucro máximo e que, para tanto, a apropriação e o aniquilamento dos recursos naturais é inerente ao modo de produção. Mesmo assim a teoria ecossocialista incentiva as ações ambientais tomadas desde já.⁸

Poder-se ia citar inúmeros outros estudos qualificados e com uma concepção de desenvolvimento mais inclusiva e solidária, bem como pormenorizar um histórico do conceito de desenvolvimento, decrescimento, ou enfim, contudo não é este o objeto do estudo proposto (apesar do entusiasmo que o debate causa).

Portanto, apenas se menciona a polêmica para defender que quando se tratar de desenvolvimento sustentável neste trabalho, a perspectiva a ser tomada não compreende sinônimo de crescimento econômico puro, mas sim um conceito aberto, complexo e inclusivo, de viés combativo ao modo de produção que vislumbra o lucro a qualquer preço e em curto prazo.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA EFETIVA LIBERDADE E DEMOCRACIA

O panorama constitucional imposto pela Magna Carta de 1988 inaugura vasta gama de direitos fundamentais, os quais, apesar de previstos nas

⁷ Cada conferência resultou em um documento contendo premissas básicas do que foi discutido. Encontra-se disponível em: <<http://www.degrowth.org/Paris-2008-Declaration.56.0.html>>. e <<http://www.degrowth.org/Barcelona-2010-Declaration.119.0.html>>. Acesso em: 15 maio 2011.

⁸ “A utopia revolucionária de um socialismo verde ou de um comunismo solar não significa que não devamos agir desde agora. Não ter ilusões sobre a possibilidade de “ecologizar” o capitalismo, não quer dizer que não possamos empreender o combate pelas reformas imediatas. Por exemplo, algumas formas de eco-taxas podem ser úteis, com a condição de que sejam observadas por uma lógica social igualitária (fazer com que os poluidores paguem e não os consumidores) e de que nos libertemos do mito de um cálculo econômico do “preço de mercado” dos estragos ecológicos: são variáveis incomensuráveis do ponto de vista monetário. LÖWY, Michael. **Ecologia e Socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.



constituições anteriores, detiveram relevância ampliada por meio da reabertura democrática, consistindo o âmago da sistemática constitucional rígida vigente.

Dado papel outorgado à Administração Pública, de importância fulcral na efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo os direitos sociais, econômicos e sociais, ganharam destaque as políticas públicas como caminho a se garantir os preceitos constitucionais.

Gradativamente a preocupação do direito para com as políticas públicas têm aumentado, posto que se antes eram consideradas mérito administrativo, com pouca possibilidade de controle e submetidas a um juízo de oportunidade e conveniência realizados pelos governantes, cada vez mais se entende que estas estão inseridas em um Programa de Estado planejado pela Constituição e não em mero programa de governo.

No Estado Constitucional as políticas públicas deixam de situar-se exclusivamente no âmbito da deliberação política para receber intensa circunscrição jurídica, em especial da Constituição. Para tanto é essencial admitir que os ditames constitucionais são dotados de imperatividade plena, conformando assim um paradigma cuja democracia somente se realiza com a eficácia integral dos direitos fundamentais.

Tem-se a idéia, praticamente inconsciente, de quando se fala em implementação de políticas públicas remeter-se a algum serviço público que viabilize tal ação. Não é o que se pretende neste trabalho, o qual valoriza a implementação de políticas públicas por meio do agir cotidiano do administrador. Ou seja, através dos processos administrativos de gestão, no caso as contratações, a Administração também pode cumprir a função central de atender a enorme gama de atividades em que o Estado tem o dever de prestar ou fornecer.

LICITAÇÕES COMO PROCESSO ADMINISTRATIVO APTO À REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As diversas teorias que tratam a respeito do desenvolvimento sustentável, apesar de serem completamente divergentes na maioria dos pontos e até em sua acepção, convergem em um aspecto fulcral: a necessidade de se articular um novo



modelo de consumo não é simplesmente necessária, é uma tática para a sobrevivência da vida como conhecemos. Neste paradigma tem papel essencial a Administração Pública, não só como garantidora basilar de Direitos Fundamentais, mas também por sua relevância econômica no mercado.

O discurso relativo ao desenvolvimento ambientalmente sustentável foi muito difundido pelo poder público, notadamente pela elevação da proteção ao meio ambiente à tutela constitucional (art. 225 da CF) e principalmente através de campanhas educacionais e de conscientização. Entretanto, poucas foram as medidas efetivamente adotadas pela estrutura interna da Administração para valorização do tema.

Esta discussão em âmbito administrativo é de notável relevância, tendo em vista que as licitações públicas movimentam de 10% a 30% do PIB de países desenvolvidos ou em desenvolvimento.⁹ Desta forma, quando a Administração Pública toma a sustentabilidade como um dos princípios norteadores de seus contratos, além de racionalizar internamente a real necessidade de contratação, estimula seus fornecedores a buscar alternativas que atentem à responsabilidade ambiental por meio do incentivo ao mercado de consumo sustentável.

Tal desvalor na concreta prática de gestão pública provavelmente ocorreu por uma concepção equivocada de licitação, na qual se propõe a vantajosidade econômica do momento da aquisição como fator principal da contratação.¹⁰

Odete Medauar define licitação como “o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva a indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público”.¹¹

⁹ BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia; MONZONI Mario; MAZON, Rubens (organizadores). **Guia de compras públicas sustentáveis**: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: FGV, 2006.p.11

¹⁰ Talvez esta concepção equivocada se dê pelo fato da modalidade de licitação mais popular ser, atualmente, o pregão, na qual o tipo menor preço é critério de julgamento e classificação. Contudo, deve se atentar que mesmo para a modalidade pregão o interesse precípuo da contratação deve ser atender ao interesse público primário da Administração e não simplesmente ao interesse público derivado.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: RT, 2010.p.187



Partindo-se desta definição, deduz-se que a proposta mais vantajosa ao interesse público comporta como um de seus critérios a economicidade do produto/serviço, contudo não corresponde, nem de longe, ao único a ser verificado para que se constate a efetiva vantajosidade à esfera social.

Ou seja, quando se propõe que a licitação visa à seleção de uma proposta destinada ao atingimento do interesse público,¹² infere-se a possibilidade da implementação de políticas públicas por meio deste processo administrativo de contratação e não somente selecionar o produto/serviço que seja de maior valia para suprir a vontade da máquina estatal.

Essa idéia não é novidade, visto que com o estabelecimento de critérios de preferência na contratação com Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), dispostos pela Lei Complementar 123/06, implementou-se uma política de incentivo econômico e social às ME e EPP sob a égide constitucional; ainda, cita-se a licitação dispensável disposta pelo inciso XX do art.24 da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações- LGL), a qual também é uma forma da Administração Pública, por meio do processo de contratação, implementar política pública de inclusão social, posto que facilita o acesso dos contratos administrativos aos deficientes físicos; de igual forma a licitação dispensável pelo art. 24, XXVII da LGL também declara opção de fomento instaurada pela contratação pública quando reconhece as cooperativas de catadores de materiais recicláveis como aliadas da Administração.

Desta forma a Administração Pública, notadamente através de seu poder de compra, pode se colocar como interventora no mercado por meio de práticas diferenciados de consumo, estimulando e criando políticas que fortaleçam um modelo menos pautado no acúmulo despropositado e que seja mais racional.

Assim, a partir da concepção de licitação como processo administrativo, essencial que esta compreenda a também um meio de se implementar políticas definidas pela Constituição como essenciais à felicidade, efetivando-se direitos

¹² Registre-se distinção feita por Celso Antonio Bandeira de Mello, na qual “os interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo- são distintos dos interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros:os da coletividade”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 72.



fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que figura dentre eles.¹³

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E A ECONOMICIDADE

Um dos principais inimigos da licitação ambientalmente sustentável é o preconceito de que os produtos ecológicos são mais caros e, portanto, adquiri-los não corresponde aos anseios de uma Administração eficiente e racional. Entretanto, justamente por se buscar uma Administração com estas qualidades é que se deve apoiar a licitação sustentável como uma ideia inovadora, essencial para o desenvolvimento sustentável e juridicamente possível.

Por meio de uma hermenêutica constitucional teleológica, é plausível afirmar que as contratações ambientalmente amigáveis já encontravam respaldo jurídico ao considerar-se os ditames da Carta Maior relativos à preservação ambiental, a exemplo dos arts. 225 e 170, VI.

Recentemente tal panorama encontrou reforço conferido pela legislação infraconstitucional. Com a Lei nº 12.305/2010¹⁴ de agosto de 2010, positivou-se como princípio a ecoeficiência em seu art. 6º, V¹⁵, bem como conferiu-se prioridade às contratações sustentáveis pelo art.6º, XI.¹⁶ Mesmo que este reconhecimento esteja calcado em diploma diverso do que regulamenta as contratações públicas, seria no mínimo contraditório a Administração permanecer com o entendimento tradicional de processo licitatório, o qual desconsidera esta demanda.

¹³ Constituição Federal, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁴ Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências.

¹⁵ “Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta; ...”

¹⁶ “Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...) XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; ...”



Em convergência a esta preocupação, a Lei 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações, teve alteração em seu art. 3º pela Lei nº 12.349, de dezembro de 2010, que é conversão da Medida Provisória nº 495/2010, inserindo-se como dever da licitação a garantia do desenvolvimento nacional sustentável.

A questão do desenvolvimento sustentável é novidade legislativa, visto que não era objeto da MP. Estudando o projeto de lei de conversão (PLV) 13/2010 se constatam 32 emendas que colocavam em debate diversos pontos da MP, mas não se encontra debate razoável pela Câmara dos Deputados acerca da inserção da sustentabilidade ambiental na lei de Licitações. Muito menos pelo Senado, que aprovou o projeto em poucos dias, já que ele saiu da Câmara no dia 24/11/2010 e foi encaminhado à sanção no dia 30/11/2010.

À temática impende questionar o fator relativo ao princípio licitatório da economicidade. Pode ser que no momento da contratação realmente o valor pago por um produto/serviço que contribua à preservação ambiental seja mais caro que uma contratação tradicional. Contudo não se pode olvidar que é o Estado quem arca com as despesas para com a saúde pública, a qual detém reflexos claros deixados pela poluição; com o recolhimento e aumento desenfreado do lixo, arcando com toda a questão de política de resíduos, como criação de aterros, logística de descarte, etc; com a despoluição de rios, lagos...

Assim, se é o Estado que arca com estes inúmeros custos gerados pelos produtos tradicionais torna-se incoerente não tomar postura para reduzi-los, remodelando seu consumo. O ciclo de vida dos produtos ambientalmente sustentáveis é comprovadamente mais curto que os produtos tradicionais. Logo, este pode ser mais barato quando do momento da aquisição, porém gerará custos maiores no futuro. Com isso, há apenas conflito aparente com o princípio da economicidade. O há somente se vista a contratação a curto prazo.

Ademais, dado notável poder de compra da Administração Pública, ao optar pela contratação sustentada ela potencializa este mercado fornecedor, o que faz com que os preços destes produtos/serviços tendam a baixar. Desta forma, a questão ambiental não pode ser dissociada da questão social, logo a escolha racional prevalece em enaltecer a ecoeficiência.



Mesmo sendo tratado o momento da aquisição como determinante para a aplicação do princípio da economicidade, pode-se citar a ADI-MC/DF 3540¹⁷, na qual o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o possível conflito entre preservação ao meio ambiente e desenvolvimento econômico, conformando ementa nos seguintes termos: “a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente”.¹⁸

Destarte tem-se que a Corte Suprema considera fundamental o desenvolvimento sustentável em detrimento a uma análise meramente relacionada ao menor preço. Desta forma, sequer o argumento relacionado a um exame proferido ao preço no momento da compra, desconsiderando o ciclo de vida completo do produto, encontra respaldo jurídico.

Por conseguinte, infere-se a partir da inserção do “desenvolvimento nacional sustentável” como finalidade da licitação o dever expresso de se privilegiar nas contratações públicas produtos e serviços que levem em conta as conseqüências ambientais e sociais de sua produção, incentivando o mercado à produção de bens e promoção de serviços que atendam a critérios de responsabilidade ambiental.

CONCLUSÃO

O atual estágio de desenvolvimento humano é visto por estudiosos como perigoso e o planejamento ambiental é tratado como tática de sobrevivência. O desenvolvimento sustentável se mostra como alternativa complexa e criticada, longe de ser sinônimo de crescimento econômico.

Ao administrador público cabe entender o contexto e buscar atuar coerentemente com o momento histórico. Para tanto, vislumbra-se que os institutos jurídicos devem estar em consonância às preocupações ambientais. As contratações públicas, em regra, devem ser antecedidas de licitação, sendo que este processo administrativo deve visar à satisfação do interesse público, não se atendo a somente

¹⁷ STF- ADI-MC 3540- EMENTA, **Relator:** CELSO DE MELLO, **Julgamento:** 31/08/2005, **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno, **Publicação:** DJ 03-02-2006.

¹⁸ Disponível na íntegra em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201664>>. Acesso em 15 set. 2011.



compreender aquisições vantajosas à vontade econômica e organizacional da Administração, sendo com isso, capazes de promover políticas públicas de incentivo social.

O respaldo jurídico conferindo legitimidade para as licitações sustentáveis pode ser apreendido desde a Constituição de 1988, notadamente pelos dispositivos relativos à preservação ambiental, a exemplo dos arts. 225 e 170, VI. A partir das leis 12.305/2010 e 12.349/2010 tal panorama encontrou reforço, havendo hoje supedâneo expresso para que o administrador inclua critérios de sustentabilidade nas contratações públicas.

Constata-se que a modificação da Lei 8.666/93 está atrelada ao conceito de ecoeficiência, dando maior respaldo à sua concepção. Contudo, para que a concreção de seus objetivos se torne mais pujante, é necessário que se realize um maior aprofundamento teórico, bem como sejam editadas normas disciplinadoras (a exemplo da IN SLTI/MPOG nº 01/2010) que demarquem o alcance e conteúdo deste princípio, bem como confirmem delimitação prática ao disposto pelo art. 3º da Lei de Licitações. De nada adianta o respaldo conferido pelo legislador ao administrador público se este não compreender a conjuntura e eleger a pauta como objetivo de política pública, conformando assim um novo paradigma de consumo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Renilda Ouro de. **A ecoeficiência e as empresas do terceiro milênio**. Disponível em: <<http://www.perspectivas.com.br/18c.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia; MONZONI Mario; MAZON, Rubens (Org.). **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, "*faute du service*" e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; Luis Manuel Fonseca Pires; Marcelo Benacchio. (Orgs.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239-292.

HANSEN, James. **Storms of my grandchildren: the truth about the coming climate catastrophe and our last chance to save humanity**. Bloomsbury, 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005;

KÄSSMAYER, Karin. **Direito ambiental e a busca ao desenvolvimento sustentável pelas empresas privadas: aspectos jurídicos**. Curitiba, 2002, Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

LÖWY, Michael. **Ecologia e Socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Lucas Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Américo Luiz Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos recursos naturais**.v. 1. São Paulo: RT, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ENQUANTO PRESSUPOSTO DO DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO

Renan Guedes Sobreira

Universidade Federal do Paraná – UFPR
rgs.23.ro@gmail.com

Resumo: Este trabalho propõe uma reflexão sobre o controle de constitucionalidade enquanto via de realização do direito fundamental de acesso à justiça constitucional. A análise se fixa em algumas experiências judiciais latino americanas, a fim de preservar a identificação entre a realidade histórica, social e econômica brasileira e as demais oriundas do direito comparado. Após a explanação do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, lança-se a pesquisa ao direito comparado oriundo da Argentina, do México e da Colômbia. Neste percurso, explanam-se sucintamente os modelos e ações de controle de constitucionalidade de cada um dos países. Ao cabo de cada investigação, faz-se rápido arrazoado de elementos positivos, bem como dos negativos, de cada estrutura. Buscou-se utilizar autores nativos a fim de evitar leituras estranhas às realidades locais, o que poderia gerar distorções, seja pela via interpretativa, como pela tradução. As conclusões são bastante peculiares. A Colômbia revelou sistema de controle de constitucionalidade sobremaneira progressista no tocante ao acesso popular à Constituição, enquanto a Argentina, sobretudo devido à opção pelo sistema de controle meramente difuso, carece de mecanismos de inclusão da sociedade na realização dos comandos constitucionais. Brasil e México expressam perfeitamente suas realidades: as conquistas sociais existem, mas ainda há o comando pelos desejos de elite dissociada do poder popular. Há certa acessibilidade, mas esta pode ser grandemente ampliada.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Desenvolvimento democrático. Legitimação. América Latina.

Abstract: This paper proposes a reflection about the judicial review as a way to make real the fundamental right of access to constitutional justice. The analysis is set in some Latin American legal experiences, intending to preserve the historic, social and economic identification between Brazil and those from comparative law. After the explanation of the Brazilian judicial review, begins the research about this institute in Argentina, Mexico and Colombia. We sought to utilize just regional writers to prevent the foreign analysis about the local realities, what can lead to distortions, either by the interpretation, as the translation. In this route, is explained briefly the models and actions of judicial review in each country. In the end of each investigation, there is a small summary of positives and negatives elements of each structure. The conclusions are peculiar. Colombia has a system of judicial review very advanced in popular access to the Constitution, while Argentina, mainly because of the option of the American judicial review, needs means to include the society in the implementation of constitutional law. Brazil and Mexico express perfectly their realities: there are social gains, but the command comes from the desires of the elite dissociated of the popular power. There is accessibility, but this can be greatly expanded.

Keywords: Judicial review. Democratic development. Legitimation. Latin America.



1. Introdução

A reunião dos indivíduos em sociedade remonta a tempos imemoriais, assim, também a necessidade de fixação de certos parâmetros de conduta a facilitar a convivência contínua, que, num dado momento histórico, passaram a ser chamados de normas.

As normas, de início lançadas pela sociedade em suas práticas e costumes, tiveram sua edição apropriada pelo Estado, quando este se encontrou fixado e detentor de poder de comando e orientação sobre os indivíduos.

A este conjunto plúrimo de normas – plúrimo enquanto origem mista dos comandos – dá-se o nome de direito. Embora tal termo não encerre sua significação no sentido exposto, é, em grande medida, a este atrelado. Tanto assim que anota José Afonso da Silva que o “ordenamento jurídico”, deve ser “entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.”¹

Conforme se observa, o jurista citado acrescenta ao tema outro elemento de relevância contumaz: uma fundamentação unitária. Ora, é perceptível que, diante da gama de possibilidades de normas – tanto quanto ao conteúdo quanto à origem (normas sociais, normas estatais) -, faz-se imprescindível um componente que confira coesão a este sistema de comandos.

Para Niklas Luhmann, o elemento coligante da sociedade com o Estado é o direito: “...o direito [...] um meio de integração da sociedade em sua globalidade, representando, pelo menos dentro das fronteiras territoriais dos sistemas políticos, a expectativa de todo e qualquer um.”²

Alinhados os produtores de normas é de se perquirir o que alinhava o direito. A resposta não tarda: a constituição. Confirmando esta concepção, cita-se a lição de Inocêncio Coelho, que afirma que: “...numa determinada comunidade política, [a constituição] unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema...”³

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47

² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 92

³ COELHO, Inocêncio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45 e 46.



Objetivando fixar esta imagem de centralidade da constituição é que se afirma, com base na teoria de Hans Kelsen, o escalonamento das normas, como em forma piramidal, sendo a norma constitucional o ápice⁴.

Entretanto, é interessante observar que este cume do ordenamento não se encontra neste posto em virtude da construção da base por outras normas. Ao revés, é colocada no ápice de algo que ainda não existe – o ordenamento jurídico a ela conforme – mas que surgirá, sendo-lhe submisso, como anota Luís Roberto Barroso: “A Constituição é o documento inaugural do Estado, que o cria ou recria, organizando-o e estabelecendo seus fundamentos. Como norma hierarquicamente superior, ápice da pirâmide normativa, na difundida imagem proposta por Hans Kelsen, a Constituição não está vinculada à ordem jurídica preexistente.”⁵

Nesse sentido, o acesso social à aplicabilidade e exigibilidade da constituição se revela elemento assaz relevante, eis que ponto de confluência das normas sociais – caráter político – e estatais – caráter técnico; eis que filtro de toda normativa que se pretenda idônea.

Este acesso deve ser entendido viabilidade à Justiça, esta, por sua vez, como elemento harmonizador das relações na comunidade política, em qualquer de suas possibilidades (indivíduo-indivíduo; indivíduo-Estado; indivíduos-Estado).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth anotam que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁶

A partir desta fundamentalidade da realização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, é que se delinearão, nas breves observações que se seguem, os parâmetros processuais de que dispõem certos ordenamentos jurídicos para o acesso à normativa constitucional.

⁴ Apud: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese de cabimento. Decreto estadual anterior à constituição de 1988 vinculando remuneração de servidores ao salário mínimo* IN: _____. Temas de Direito Constitucional. Tomo II. 2. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 396

⁵ BAROSSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, p. 396.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12



2. Acesso à Justiça Constitucional

A aplicação do texto constitucional é dever que vincula a todos, particulares e o Estado.

De um lado, este deve nada fazer para impedir que os dispositivos de eficácia plena – aqueles que geram efeitos de per se – sejam obstados (eficácia negativa); e de outro, deve agir na garantia de substrato para a realização dos demais dispositivos, conforme anota Clèmerson Clève: “Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir, para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos [...] bem como dos pressupostos para seu exercício...”⁷

Os particulares se encontram vinculados, essencialmente, quando do cumprimento das leis infraconstitucionais, que devem estar em conformidade com a Constituição.

Nota-se que o acesso à justiça constitucional é, em termos procedimentais, a possibilidade de exigir que o texto supremo seja cumprido. Assim, a matéria pertine ao controle de constitucionalidade, tema que será abordado individualizando-se certos países.

Dada a extensão do tema, adverte-se que se fará recorte teórico na análise da questão: tratar-se-á tão somente do modo de controle judicial, arrolar-se-ão as ações cabíveis em cada um dos países e quais seus legitimados.

A pontualidade da análise se justifica pela pretensão de investigação somente do nível acesso, em face do Poder Judiciário, à justiça constitucional, das possibilidades oportunizadas e seus destinatários, a fim de obter alguma conclusão sobre a eficácia do liame que o direito ser entre o anseio por justiça que emana da sociedade e a regulação lançada pelo Estado.

3. O Controle de Constitucionalidade no Brasil

O estudo do controle de constitucionalidade a principiar pelo ordenamento pátrio revela dois objetivos: o primeiro, transparecer o atual estágio do acesso à justiça constitucional no país; o segundo, lançar parâmetros comparativos, entre nossa realidade, as demais.

O controle judicial sobre o texto constitucional brasileiro é a faculdade conferida ao Poder Judiciário de “declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: Revista Crítica Jurídica nº 22. Jul/Dez 2003, p. 19.



que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”⁸, e pode se dar de modo preventivo ou repressivo.

O controle no âmbito judicial pode se dar pela via incidental, ou seja, no curso de um processo qualquer. Nesta modalidade, o feito deve ter seu prosseguimento interrompido para análise do incidente levantado, eis que questão prejudicial. Conta-se ainda com o controle principal, situação em que o objeto principal da ação intentada é a constitucionalidade da lei ou ato do poder público.

A partir do agente judicial, em sua forma principal, temos que todas as ações são julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da competência fixada pelo art. 102, I, a e § 1º da CF. Enquanto aquelas referentes às Constituições Estaduais devem ser processadas pelo Tribunal de Justiça de cada ente da federação. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é processada e julgada por este mesmo órgão conforme interpretação sistemática.

Verificam-se assentadas basicamente quatro ações, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As três primeiras têm regulação pela Lei n.9.868/99 e a última pela Lei n. 9.882/99. Os legitimados para a propositura da ADPF, conforme art. 2º, I de sua lei específica, e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme art. 12-A de sua norma reguladora, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Entretanto, a ação declaratória de constitucionalidade é de competência tão somente do Presidente da República, das Mesas das Casas Parlamentares e do Procurador-Geral da República, conforme art. 13 da Lei n.9.886/99.

⁸ José Afonso da Silva. *Op. Cit.*, p. 49.



3.1. O acesso à justiça constitucional brasileira

Note-se que os legitimados às ações que permitem o acesso à justiça constitucional são pessoas que ocupam cargos públicos, nomeados ou eleitos, ou ainda entidades.

De uma parte, a ação por indivíduos ligados ao Poder Público e comprometidos com o poder político, sem dúvida, compromete o acesso à justiça constitucional. Cappelletti e Garth afirmam que “embora seja ainda o principal método para a representação dos interesses difusos - ... – a ‘ação governamental’ não tem sido muito bem sucedida.”⁹.

Esta vinculação dos legitimados ao Poder Público, prosseguem os autores, os fazem “amiúde sujeitos a pressão política – uma grande fraqueza se considerarmos que os interesses difusos, freqüentemente , devem ser afirmados contra entidades governamentais.”¹⁰.

As entidades civis legitimadas para a propositura de ações podem preferir o atendimento de seus interesses em detrimento dos anseios coletivos, eis que corporações privadas. Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil pode, arbitrariamente, selecionar quais ações intentará, privilegiando aquelas que confluem com sua pretensão política momentânea.

Quando se tratam de partidos políticos, o quadro se agrava. Além do mesmo risco a que se submete a OAB, é de se notar a exigência de representação no Congresso Nacional, o que elidiria interesses de parcelas da população cujos representantes não conseguissem angariar votos suficientes a cumprir o quesito posto.

Também é destacar – ainda que sumariamente, eis que mais adiante, ao tratar sobre a Argentina, o tema será melhor abordado – que o controle difuso não é suficiente para atender ao desenvolvimento democrático. Ocorre que a via processual ordinária impinge diversos ônus que desestimulam o litigante, como o tempo para obtenção de resultado ou custo do processo e de advogados, além da carência de efeitos *erga omnes* que impeçam, definitivamente, a utilização de norma inconstitucional.

Assim, é de se perceber que legitimação popular para as ações de controle concentrado de constitucionalidade é medida que se impõe. José Afonso da Silva, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão afirma que a lei: “Prevê as autoridades,

⁹ Cappelletti e Garth, *Op. Cit.*, p. 51.

¹⁰ Cappelletti e Garth, *Op. Cit.*, p. 51 e 52.

peças e entidades que a podem propor, mas aí não incluiu o cidadão, o que é uma falha, pois a ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países”¹¹.

Mais adiante o referido autor lamenta que apesar da ampliação do rol de legitimados para a propositura de ADI, com a CF de 1988, não se cuidou de incluir algum meio de participação direta da sociedade¹².

A normativa brasileira, portanto, ainda que preveja diversas ações, abarcando as mais variadas formas de inconstitucionalidade, exclui da legitimidade para propositura, a maior interessada naquelas, a sociedade.

4. O Controle de Constitucionalidade na Argentina

O estudo do controle de constitucionalidade argentino oferece interessantes nuances antropológicas. Apesar da proximidade física e de percalços históricos entre Brasil e Argentina, a origem colonizatória e as opções culturais atuais distanciam os países, de onde podem emergir instituições e organizações sobremaneira peculiares.

Na Argentina, segundo Kildare de Carvalho, o controle judicial de constitucionalidade ocorre de modo incidental (“*control disperso*”).

Segundo o mesmo autor, “não existe na Argentina o controle concentrado, como o existente no Brasil, por meio da ação direta de inconstitucionalidade”¹³.

Cabe a qualquer magistrado, no curso de um processo, realizar controle de constitucionalidade, o que lhe aproxima sobremaneira do sistema estadunidense, conforme lição de Carlos Colautti: “*El sistema judicial disperso de control de constitucionalidad previsto en nuestro ordenamiento tiene su antecedente directo em el sistema de Estados Unidos. Este mecanismo confere un especial poder a los jueces, quienes pueden decidir no aplicar una norma si consideran que está em contradicción com los principios constitucionales.*”¹⁴

Uma vez que inexiste, no modelo argentino, um controle pela via principal, esvai-se sentido em falar em ações para tanto, pois em toda ação judicial pode-se, eventualmente, haver um incidente de controle de constitucionalidade.

¹¹ José Afonso da Silva, *Op. Cit.*, p. 48.

¹² *Idem*, *Op. Cit.*, p. 51.

¹³ CARVALHO, Kildare. Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição, direito constitucional positivo, p. 390.

¹⁴ COLAUTTI, Carlos. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 76.



Reforçando esta idéia o professor argentino supracitado assim anota que: *“sólo pueden invocar la inconstitucionalidad quienes son parte en un proceso. La reforma de 1994 há permitido que em la acción de amparo, además, de los directamente afectados, otras personas puedan solicitar la declaración de la inconstitucionalidad.”*¹⁵

4. 1. Acesso à justiça constitucional argentina

Diante da estrutura deste país para o controle de constitucionalidade, cabem certas observações quanto ao acesso à justiça constitucional.

Em primeiro lugar, verifica-se a existência de vasto campo de atuação, pois cada ação em curso é, potencialmente, um processo que viabiliza a justiça constitucional. Entretanto, corre-se o risco de que, por fatores diversos, esta importante análise jamais venha a ocorrer.

Outro inconveniente seria no tocante ao volume de ações. Sem uma via principal de controle de constitucionalidade, inúmeras ações podem aflorar, sempre contra a mesma lei ou ato, demandando do Poder Judiciário a repetida e exaustiva análise da mesma hipótese de incidência.

Ainda se pode objetar que certos grupos sociais, por total falta de acesso à justiça não constitucional, tenham seus direitos constitucionais olvidados, o que não ocorreria se houvesse um controle por via principal.

Cappelletti e Garth explicam o distanciamento do homem comum em relação ao Poder Judiciário, o que, neste caso, impede a realização da justiça constitucional: *“Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com o que litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.”*¹⁶

Portanto, se de um lado a legitimidade para o acesso à justiça constitucional argentina parece absolutamente ampla – incluindo também pessoas alheias à relação processual, mas por ela afetadas - e realizadora deste direito fundamental, doutra banda há de se considerar as dificuldades naturais do processo habitual, que podem excluir definitivamente grande parcela da população.

5. O Controle de Constitucionalidade no México

¹⁵ *Op. Cit.*, p. 77

¹⁶ Cappelletti e Garth, *Op. Cit.*, p. 24.



A história constitucional mexicana se aproxima da brasileira em seus percalços. Para Fiz-Zamudio e Carmona, *“la justicia constitucional mexicana constituye el resultado de conjugación o confluência de varias instituciones...y de una evolución...dolorosa y atormetada durante nuestra agitada historia constitucional.”*¹⁷.

Além desta proximidade é de se considerar a precocidade de garantias e direitos fundamentais lançados na constituição mexicana de 1917 como elemento a justificar a análise do modo de garantia judicial de acesso à justiça constitucional naquele país.

O sistema de preservação e acesso à justiça constitucional mexicana é de grande amplitude, abarcando o juízo de amparo (art. 103 e 107), análise de controvérsias constitucionais (art. 105, I), ação abstrata de inconstitucionalidade (art. 105, II), procedimento investigatório da Suprema Corte de Justiça (art. 97, §§2º e 3º), juízo de proteção de direitos político-eleitorais (art. 99,V), juízo de revisão constitucional eleitoral (art. 99, IV), juízo político (art. 110) e organismos autônomos protetores de direitos humanos (art. 102-B).

Embora todos estes modos sejam atinentes à realização da justiça constitucional, limitaremos a presente análise a ação abstrata de inconstitucionalidade, em virtude do tema inicialmente proposto.

Segundo Fix-Zamudio e Carmona esta ação *“tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental”*¹⁸.

Podem incidir durante o processo de produção da lei, como posteriormente, o que lhes confere o caráter misto quanto ao momento do controle de constitucionalidade: *“dichas acciones...pueden ser de carácter prévio...invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación...de la norma...o bien, a posteriori, es decir, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas.”*¹⁹

Na lição dos autores apenas citados, são legitimados para propor tais ações: trinta e três por cento dos componentes da Assembléia Legislativa do Distrito Federal e demais estados, o Procurador-Geral da República e, a partir da Reforma de 1996, as dirigências nacionais ou estaduais dos partidos políticos, desde que vergastem normais eleitorais²⁰.

¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Hector; CARMONA, Salvador Valencia. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010, p. 907.

¹⁸ Fix-Zamúdio e Carmona, *Op. Cit.*, 974

¹⁹ Idem, *Ibidem.*, 974.

²⁰ Idem, *Ibidem.*, 975

Individualizada a ação de inconstitucionalidade e arrolados seus legitimados para propositura, cumpre tecer ainda algumas observações sobre esta realidade constitucional e direito fundamental aqui tratado.

5.1. Acesso à justiça constitucional mexicana

Segundo os autores mexicanos citados, a ação de inconstitucionalidade prevista no art. 105, II da constituição mexicana, é de origem européia e tem como objetivo “*outorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional...las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría*”²¹.

Percebe-se, desde logo, o depósito de confiança nas instituições políticas, na democracia representativa daquele país. A face positiva deste elemento é a coerência do sistema lançado pela constituição: ora, se o parlamentar é representante da população, toda esta, inclusive as parcelas minoritárias, têm a possibilidade de alcançar a justiça constitucional.

Entretanto, segundo o último relatório da organização Transparência Internacional²², sobre a percepção de corrupção na gestão política, aponta que, em escala de zero a dez, onde o valor máximo é percepção de ausência de corrupção, o México obteve 3,1 pontos, ocupando a 98ª colocação no ranking de 178 países, enquanto o Brasil alçou 3,7, classificado no posto de número 69.

Com base nestes dados, é questionável, em termos pragmáticos, tamanha confiança na democracia representativa. O corpo parlamentar é sempre alvo de desconfianças, que acabam por vezes corroboradas pelas estatísticas.

Assim, é de se notar uma dissonância, talvez comprometedora, entre as disposições e a práticas mexicanas. Certo que as constituições tendem a estipular metas e não regular a realidade de cada momento histórico. Entretanto, é preciso conferir viabilidade e eficiência aos dispositivos constitucionais.

Nesse sentido, o rol de legitimados para tal ação e, conseqüentemente, para a o acesso ao direito fundamental aqui exposto, tende a ser mais cruel do que o brasileiro – já que este ainda permite a propositura pelo Conselho Federal da OAB, entidade que, em tese, é mais sensível às realidades, dada a proximidade do advogado com a população em geral.

²¹ Idem, Ibidem, p. 974

²² Disponível em <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results>



No entanto, cumpre salientar que esta não é a única ação prevista na Carta mexicana. O juízo, ou recurso, de amparo, sobretudo neste país, assume relevância a fim de sanar a falta de participação direta da sociedade.

Deste modo, pode-se dizer que o sistema mexicano retirou do estrito controle de constitucionalidade o acesso individual direto à justiça constitucional, criando mecanismos outros que podem ter maior eficiência e limitando aquela seara à mera finalidade de conformação das leis e atos públicos à constituição.

6. O Controle de Constitucionalidade na Colômbia

A nação colombiana conta com recente experiência constituinte, afinal, a constituição vigente naquele país data de 1991.

Dentre suas inovações, Juan Pérez, presidente da Corte Constitucional da Colômbia, cita como uma das mais importantes a criação da Corte Constitucional²³. Ao que parece não somente esta criação se destaca naquele texto, pois, como se verá, o acesso à justiça constitucional pelo controle de constitucionalidade é via bastante ampla na Colômbia.

A Carta de 1991 fixa como ações cabíveis: a ação pública de inconstitucionalidade (art. 40), o controle automático (art. 241), as objeções presidenciais por inconstitucionalidade (art.32-35) e a revisão das sentenças de tutela (art. 86).

A ação pública de inconstitucionalidade permite *“hacer efectivo el derecho a participar em la conformación, ejercicio y control político, todo ciudadano”, e ainda “sin necesidad de estar representado por um apoderado judicial”*²⁴.

Além de possibilidades diversas de abrangência desta ação (*“se pueden demandar no sólo las leyes proferidas por el Congreso sino también los actos reformatórios de la Constitución, asó como los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y los decretos”*²⁵), a participação direta de qualquer interessado – *“cualquier persona, así como el Defensor del Pueblo, pueden intervenir para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto o norma controlado”*²⁶ - é elemento de absoluto destaque, ao lado da desnecessidade de representação por procurador judicial.

²³ Pérez, Juan Carlos Henao. La Corte Constitucional Colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: Instituciones Judiciales y Democracia. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011 p. 523.

²⁴ Juan Pérez, *Op. Cit.*, p. 525.

²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 526

²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 527



O controle automático opera como uma espécie de reexame necessário. Segundo o autor citado, todo ato normativo afeto a “*derechos fundamentales y el funcionamiento de la administración de justicia*”²⁷ devem ser remetidos para a Corte Constitucional operar juízo prévio de constitucionalidade.

As objeções presidenciais por inconstitucionalidade ocorrem “*cuando las Cámaras insisten en que un proyecto de ley objetado por el Presidente de la República por inconstitucional sea sancionado*”²⁸, funcionando, portanto, a Corte Constitucional como árbitro entre os Poderes conflitantes. É interessante notar que a sentença que afirma a regularidade do projeto faz coisa julgada (“*la sentencia surte efectos de cosa juzgada*”²⁹).

Por fim, a revisão de sentenças de tutela se mostra via de acesso à justiça constitucional que alusiona à argüição de descumprimento de preceito fundamental brasileira. Juan Pérez esclarece que “*cualquier persona puede acudir ante cualquier juez del lugar en el que ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales o donde se producen sus efectos*”³⁰, sendo que a tutela que lhe é deferida, ante petição verbal ou escrita, comporá um corpo de sentenças que serão revisadas, por amostragem, pela Corte Constitucional.

A similitude com a ADPF está na proteção contra violação ou ameaça de direito fundamental – que é um dos componentes dos preceitos fundamentais –, além da subsidiariedade (“*Las características de esta acción...: a) informalidad...d) subsidiaridad, pues sólo procede si no existe outro procedimiento judicial idóneo*”³¹). As diferenças são mais patentes – a legitimação, o juízo e o processamento.

Expostas as vias de acesso à constituição, cumpre fazer certas observações, sobretudo pelo avanço na democratização destes meios na Colômbia.

6.1. Acesso à justiça constitucional colombiana

A ação pública de inconstitucionalidade é absolutamente comprometida com o ideal democrático. A legitimação é ampla (“*todo ciudadano*”; “*cualquier persona*”) e a ação destes é direta (“*sin necesidad de estar representado por um apoderado judicial*”). A área de abrangência é vasta e via a garantia da participação política.

²⁷ Idem, Ibidem, p. 527

²⁸ Idem, Ibidem, p. 529.

²⁹ Idem, Ibidem, p. 529.

³⁰ Idem, Ibidem, p. 530.

³¹ Juan Pérez, *Op. Cit.*, p. 531



O controle automático é, em certa medida, operado pelas Comissões de Constituição e Justiça no Brasil. Entretanto, estas não são compostas por operadores do direito, mas agentes políticos, o que pode comprometer a imparcialidade necessária para a análise. O controle automático não se revela meio de viabilizar à população a justiça constitucional, mas se trata de mero resguardo da norma máxima.

As objeções presidências por inconstitucionalidade é figura estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que cabe efetivamente ao Presidente da República vetar no todo ou em parte, desde que motivadamente, ou sancionar o projeto de lei. Este meio também não se configura efetivo acesso à justiça constitucional, mas garante a harmonia entre os Poderes.

A situação se altera quanto à revisão de sentenças de tutela. A legitimação totalmente aberta, a amplitude de possibilidades e momentos (violência ou ameaça ao direito), além da revisão por amostragem pela Corte Constitucional, faz desta ação outro marco no acesso à justiça da Carta, permitindo a constante reafirmação dos direitos fundamentais.

Nota-se, assim, que a Colômbia oferece à sociedade dois mecanismos singulares de participação direta na efetivação da justiça constitucional. Apenas uma década desde a feitura da constituição colombiana talvez ainda curto lapso para uma análise da efetividade destes mecanismos.

Entretanto, a elevação de tais ações ao patamar máximo do ordenamento já revela uma forte aspiração à realização da justiça constitucional democrática.

7. Ponderações Finais

Inicialmente buscou-se delinear a importância do acesso social à justiça constitucional pela via do controle de constitucionalidade. Necessárias se mostraram, ações efetivas que permitam que a população pleiteie seus direitos e garantias fundamentais e, confluentemente, aja no intuito de buscar a integridade do texto constitucional.

Assim, passou-se à perquirição das realidades constitucionais do Brasil e alguns países latino americanos. Afastou-se o estudo de países europeus dada a realidade histórica, econômica e social ser tão díspar da realidade latina, o que poderia a levar a discrepâncias incontornáveis.

Da perquirição da estrutura constitucional brasileira, argentina, mexicana e colombiana, pode-se perceber que as estruturas latino americanas estão, cada vez mais,



tendendo a oportunizar a participação de todos na persecução direta da justiça constitucional.

Dentre os países analisados, aquele em que a realização desta meta parece mais distante é a Argentina, dada a carência de um controle abstrato de constitucionalidade, o que afasta a possibilidade de ações incisivas e diretas para a proteção dos direitos fundamentais e da constituição.

No outro extremo, a Colômbia, com duas modalidades de ações absolutamente avançadas na participação popular, na motivação da sociedade para o envolvimento político, exigência de direitos fundamentais perante o Judiciário.

Tanto o Brasil quanto o México refletem o contexto predominante na América Latina, qual seja, a busca pela emancipação popular na busca de realização dos direitos em confronto com as concessões parcimoniosas dos dominantes do poder.

A sociedade colombiana está investida de poderes dantes jamais conferidos aos países acostumados às suas condições de colônias. Deve-se estar atento ao andamento da justiça constitucional deste país, na esperança de vê-lo colher os frutos desta inovação.

Enquanto se aguarda é também necessário estimular o pensamento jurídico constitucional para a ligação entre a defesa da constituição e a realização da justiça com a efetivação dos direitos fundamentais, a fim de se obter – quiçá a qual prazo! – a oxigenação das vias de acesso à Carta da República, a reinvestidura – tão imprescindível – do povo nas funções que jamais lhe deveriam ter sido retiradas.

8. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese de cabimento. Decreto estadual anterior à constituição de 1988 vinculando remuneração de servidores ao salário mínimo. IN: _____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. 2. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 393 - 419.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad). **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição, direito constitucional positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica** nº 22. Jul/Dez 2003, p. 17-29.
- COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COLAUTTI, Carlos. **Derecho Constitucional**. 2. ed. atual. aum. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Hector; CARMONA, Salvador Valencia. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado**. 7. ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2010.



LUHMANN, Niklas. BAYER, Gustavo (trad.). **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

PÉREZ, Juan Carlos Henao. La Corte Constitucional colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. In: **Instituciones Judiciales y Democracia**. Bogotá: Editorial Buena Semilla, 2011, p. 523 -543.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Corruption Perceptions Index 2010 Results**. Disponível: <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results>. Acessado em: 17 de setembro de 2011.



MEIO AMBIENTE, SUSTENTABILIDADE E O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE: UM SUBSTRATO ÉTICO PARA A SUSTENTABILIDADE

THE ENVIRONMENT, SUSTAINABILITY, AND THE PRINCIPLE RESPONSIBILITY: A SUBSTRATE ETHIC FOR SUSTAINABILITY

Ana Paula da Silva Trelha

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR

Anita_paula_trelha@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por tema central o “Meio ambiente, sustentabilidade e o princípio responsabilidade de Hans Jonas”. Considerando que na atualidade a questão da sustentabilidade assume um papel fundamental na temática ambiental, social e econômica, vislumbra-se na ética ontológica do princípio responsabilidade uma possibilidade de mudanças na racionalidade humana, considerando este como um substrato ético antológico para o princípio sustentabilidade a partir da compreensão de que um meio ambiente ecologicamente equilibrado, antes de ser um direito humano, é sem dúvida alguma, uma necessidade indispensável para a existência de uma vida digna e autêntica. Pela análise dos conceitos e princípios apresentados ao longo do texto, constata-se que a sustentabilidade é um conceito aberto que assume inúmeros significados e diferentes valores, que variam de acordo com a concepção de cada indivíduo ou setor da sociedade. Trata-se de um princípio pautado na vida humana digna, cujo conceito foi desenvolvido numa visão ético antropocêntrica, do homem para o homem em relação à vida em sociedade, posto que o homem vê-se fora do meio ambiente e em condições de superioridade, sem atribuir qualquer significado ético aos objetos não humanos, ao passo que, o Princípio Responsabilidade formulado por Hans Jonas coloca toda a espécie de vida, intra e extra-humana, no centro das ações humanas, no qual o futuro da humanidade implica necessariamente o futuro da própria natureza como condição *sine qua non*.

PALAVRAS-CHAVES: Meio Ambiente; Sustentabilidade antropocêntrica; Responsabilidade Ontologia.

ABSTRACT

This work has the central theme the "environment, sustainability and the principle responsibility of Hans Jonas". Whereas nowadays the issue of sustainability plays a key role in environmental issues, social and economic, is emerging in the ethics of ontological principle responsibility a possibility of changes in human rationality, considering this as an ethical substrate using its infringement of the principle sustainability based on the understanding that an ecologically balanced environment, before being a human right, and without a doubt, a vital need for the existence of a dignified life and authentic. Through the analysis of the concepts and principles presented in the text, it is noted that the sustainability and an open concept that

assumes many meanings and different values, which vary according to the design of each individual or sector of society. It is a principle based on human life worthy, whose concept was developed in an ethical vision anthropocentric, the man to man in relation to life in society, since the man is outside of the environment and in terms of superiority, without giving any ethical meaning to objects is not human, while the Principle Responsibility formulated by Hans Jonas puts all kinds of life, intra and extra-human, in the center of human actions, in which the future of humanity necessarily involves the future of nature itself as a *sine qua non*.

KEYWORD: Environment; Sustainability anthropocentric; Responsibility Ontology.

INTRODUÇÃO

Na atualidade a questão da sustentabilidade assume um papel fundamental na temática ambiental, social e econômica. Por tratar-se de um conceito aberto, a sustentabilidade assume inúmeros significados e diferentes valores, que variam de acordo com a concepção de cada indivíduo ou setor da sociedade.

A sustentabilidade se caracteriza como um princípio pautado em uma vida humana digna, todavia, seu conceito foi desenvolvido numa visão ético antropocêntrica, posto que nesse conceito “não estão incluídas outras formas de vida com as quais o ser humano interage continuamente”,¹ isto é, um conceito ético do homem para o homem em relação à vida em sociedade. O homem se vê fora do meio ambiente e em condições de superioridade, sem atribuir qualquer significado ético aos objetos não humanos.²

O conceito de sustentabilidade surge inicialmente como um tema ligado tanto à economia quanto a ecologia, por esta razão se usa a expressão “desenvolvimento sustentável”, cujo marco teórico é a conferência de Estocolmo, de 1972. Segundo SILVA³ Estocolmo “marcou o ambientalismo mundial, foi convocada em razão da necessidade de discutir temas ambientais que poderiam gerar conflitos internacionais, a exemplo da poluição da água, do ar e do sol”.

¹ CANDIOTTO, Cesar (Org.). **Ética: abordagens e perspectivas**. Curitiba: Champagnat, 2010. p. 15.

² JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio. 2006. p. 35.

³ SILVA, Maria das Graças e. **Questões ambientais e desenvolvimento sustentável: um desafio ético-político ao serviço social**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 168.



Por outro lado, Estocolmo também constitui um marco para o Direito Internacional Ambiental e da consagração do meio ambiente como um direito humano⁴ tanto das presentes quanto das futuras gerações, tendo o homem como o centro de todas as coisas.

Ao passo que, o Princípio Responsabilidade, formulado por Hans Jonas coloca toda a espécie de vida, intra e extra-humana, no centro das ações humanas, no qual o futuro da humanidade implica necessariamente o futuro da própria natureza como condição *sine qua non*. Portanto, para Jonas⁵ uma vida humana autêntica é indissociável da natureza.

Diante de conceitos tão próximos, porém, desenvolvidos em concepções tão distintas, pode-se entender que o núcleo de tais conceitos é a preservação e o desenvolvimento da vida, a qual é indissociável da natureza. Ainda que no antropocentrismo a vida em questão seja a do homem e na ontologia de Jonas toda espécie de vida, seja ela humana ou extra-humana, torna-se inconcebível uma vida humana digna e autêntica sem considerar a vida extra-humana, ou seja, o meio ambiente como condição para o desenvolvimento de toda espécie de vida.

Se de um lado o Desenvolvimento Sustentável representa uma tentativa de oferecer respostas à problemática do meio ambiente como crítica às teorias desenvolvimentistas, hegemônicas no pós-guerra, porém sem inscrevê-las no contexto da crítica ao modelo capitalista de produção⁶, o Princípio Responsabilidade tem por tese inicial uma crítica a tecnologia moderna que atualmente se constitui uma ameaça para a humanidade e a natureza como um todo. Nesse sentido Jonas⁷ traz a figura mitológica do “Prometeu definitivamente desacorrentado, ao qual a ciência confere forças antes inimagináveis”, demonstrando com isso a superação humana através da ciência e da técnica no domínio da natureza, e por esta razão propõe uma nova ética capaz de por freios ao poder dos homens a fim de evitar que estes se transformem em uma desgraça para eles mesmos.

⁴ GOMES, Eduardo Biacchi. BULZICO, Bettina. (Org.). **Sustentabilidade, Desenvolvimento e Democracia**. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 57.

⁵ JONAS, op. cit., p. 229.

⁶ SILVA, op. cit., p. 167.

⁷ JONAS, op. cit., p. 21.



Por todo o exposto, este projeto se justifica na medida em que se constata que a humanidade passa a uma nova realidade que exige novos modelos, novas ações que devem ser compreendidas como prerrogativas indispensáveis para a preservação da vida humana na terra.

Considerando a interdisciplinaridade do direito ambiental, bem como a gênese da crise ambiental pautada no antropocentrismo, vislumbra-se no Princípio Responsabilidade uma possibilidade de mudanças na racionalidade humana, considerando este como um substrato ético para o princípio sustentabilidade a partir da compreensão de que um meio ambiente ecologicamente equilibrado, antes de ser um direito humano, é sem dúvida alguma, uma necessidade indispensável para a existência de uma vida digna e autêntica, cuja responsabilidade é de toda a humanidade.

SUSTENTABILIDADE: RESPONSABILIDADE PARA COM O FUTURO DA HUMANIDADE

O marco teórico para a compreensão do conceito de sustentabilidade, bem como a internacionalização da problemática ambiental, se dá a partir da Conferência de Estocolmo, de 1972. Surge, inicialmente, como um conceito de eco-desenvolvimento formulado por Ignacy Sachs, um dos organizadores da referida conferência.

O tema central da conferência de Estocolmo foi pautado nos avanços dos impactos negativos da atividade humana no meio ambiente⁸. Passa-se a questionar o modelo de desenvolvimento adotado pelos Estados, modelo este desenfreado, com extração indiscriminada dos recursos naturais, de grande desenvolvimento tecnológico, biotecnológico e consumista. Desde então a Conferência de Estocolmo vem sendo o principal documento de fundamentação do Direito Internacional Ambiental⁹.

⁸ O conceito aqui adotado para 'meio ambiente' está em consonância com o artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/1981 que dispõem sobre a política nacional do Meio Ambiente por ser um conceito que atende tanto a vida humana quanto a extra-humana, a ser entendido como sendo o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas".

⁹ COELHO, Luiz Fernando; GOMES, E; BULZICO, B. [org.]. op. cit., 2010, p. 30.



Para Hans Jonas todo esse desenvolvimento, resultado da intervenção técnica do homem na natureza acarretou na vulnerabilidade da natureza e em consequência o homem tornou-se responsável por ela¹⁰.

Sachs¹¹ ao abordar os dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil, lembra que no aspecto normativo sabemos o que é desenvolvimento melhor do que sabíamos há sessenta anos, entretanto, constata-se uma realidade histórica que não corresponde a esse conceito, destacando a necessidade desse conceito como um “instrumento para avaliar o passado, e por ser um marco conceitual para a construção de novos paradigmas”.

Historicamente a expressão eco-desenvolvimento passa a ser mais bem definida em 1982 pela conferência de Nairóbi que instituiu uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual produziu o Relatório de Brundtland, sob o título ‘nosso futuro comum’, publicado em 1987¹², em que Harlem Brundtland, então ministra da Noruega, apresenta pela primeira vez a expressão “desenvolvimento sustentável”, que quer significar: “um desenvolvimento capaz de suprir as necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”¹³. Posteriormente a sustentabilidade foi consagrada como princípio pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Com a Rio/92, as questões ambientais passaram a ter reflexos tanto em âmbito jurídico como político em todo o mundo, cujas recomendações servem de critérios de avaliação científica das condições ambientais até os dias atuais.

A partir desse momento chama-se a atenção não apenas para as relações entre tecnologia, economia, sociedade e política, como para a necessidade de uma postura ética de responsabilidade entre gerações. Nesse sentido Guido Soares¹⁴ lembra que é preciso reconhecer a desigualdade entre os Estados para assim caminhar ao

¹⁰ JONAS, op. cit., 2006, p. 39.

¹¹ SACHS, Ignacy; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro, VIANNA, João Nildo [org.]. **Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no BRASIL**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 28.

¹² COELHO, op. cit., 2010, p. 28-29.

¹³ **Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 9.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003. p. 73-74.

estabelecimento de uma igualdade jurídica entre eles e da necessidade dos Estados fortalecerem a noção de cooperação internacional, em matéria de preservação do meio ambiente, não mais como “um princípio ético e desejável, mas como um dever jurídico e obrigatório”, para se chegar à sustentabilidade de fato.

Por outro lado é inegável, ainda que muito se tenha avançado, que em termos gerais o que se vê na humanidade é um comportamento social “esquizofrênico”, assim chamado por Sachs e Buarque¹⁵ para demonstrar a loucura de toda uma civilização que “comemora e ri de sua autodestruição”.

Assim como muitos outros doutrinadores, Sachs ao abordar os aspectos éticos para uma possível solução as questões de degradação do meio ambiente, ressalta ser ilusório apelar para um sentimento ético, o que se pode fazer “é ter ‘conceitos baseados na ética como ideais normativos’ que permitam focalizar melhor os problemas, os desafios”¹⁶.

Nesse sentido a proposta formulada por Jonas trás a tona uma realidade antes nunca vista, pois os fundamentos éticos até a atualidade, baseados no antropocentrismo, tornaram-se insuficientes, o que requer uma nova ética fundamentada no Ser e no Dever Ser.

2. O princípio responsabilidade um substrato ético para o princípio sustentabilidade

É inegável que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, indiscutivelmente e independentemente do lugar, por esta razão que o ponto de partida é a vida humana, não que esta seja superior as demais formas de vida, mas, sendo o ser humano o único dotado de consciência e razão, é ele também o único responsável pela conservação e proteção do meio ambiente, dotado de responsabilidade não apenas com esta, mas com as gerações futuras na

¹⁵ SACHS, op. cit., 2007. p. 33 e 44.

¹⁶ SACHS, op. cit., 2007. p. 37-39.

conscientização de valores éticos e princípios globais fundamentais a dignidade humana, enquanto essência da humanidade, como condição de preservação da própria espécie humana.

Hans Jonas quando publica, no ano de 1979, a obra sob o título O princípio responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica, ele propõe ao pensamento e ao comportamento humano uma nova ética e propõe um novo imperativo tornando-se princípio¹⁷. Nessa perspectiva, o Princípio Responsabilidade “Aja de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra”, ou formulado negativamente “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”¹⁸, representa uma quebra de paradigmas na medida em que se propõe um novo modelo ético, uma ética fundada na ontologia do Ser imanente na natureza e não mais no antropocentrismo de modo que o futuro da humanidade implica necessariamente o futuro da própria natureza.

Para Jonas¹⁹ o fato de o homem ter se tornado um perigo não apenas para si, mas, para toda a biosfera o constitui numa responsabilidade metafísica, tal que, mesmo se fosse possível que as gerações futuras, ainda que diante de um meio ambiente degradado, tivessem uma vida digna, ainda assim, a plenitude da vida, ou seja, a natureza que por si conserva a sua dignidade tem direito de reclamar a nossa proteção.

Nessa perspectiva Siqueira²⁰ entende que Jonas se da conta que o homem é um perigo a ele mesmo em razão do poder que o homem tem sobre a natureza, e aponta o exemplo dado por Hans Jonas quando ele fala do choque causado pelas bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki como sendo este o marco inicial do abuso do domínio do homem sobre a natureza e causando a sua destruição.

¹⁷ SIQUEIRA, José Eduardo de. **Hans Jonas e a ética da responsabilidade**. Artigo publicado pela Revista Cultural Fonte. Universidade Norte do Paraná. V. 3. n.1, 2000. Disponível em: <<http://www.unopar.br/portugues/revfonte/v3/artigos/artigos.html>>. Acesso em 25/09/2011.

¹⁸ JONAS, op. cit., 2006. p. 47-48.

¹⁹ JONAS, op. cit., 2006. p. 229.

²⁰ SIQUEIRA, op. cit., 2000.

As questões éticas, até então, eram tratadas no momento presente de forma antropocêntrica, mas, em decorrência da intervenção tecnológica a ética não pode mais ser tratada assim. O raciocínio de Jonas é lógico, se o homem toma a natureza para seu uso e com isso passa a alterá-la drasticamente o homem passa então a manter uma relação de responsabilidade por essa natureza, de tal modo que essa nova relação impõe alterações na própria natureza da ética.

O maior obstáculo na atualidade é o reducionismo antropocêntrico da humanidade, visto ser impossível separar de fato o meio ambiente e a vida humana digna, sem que com isso desconfigure a própria imagem de homem, portanto, entende Jonas²¹ que “na hipótese mais otimista da sua manutenção biológica” há no homem um objetivo de preservação sancionada pela dignidade de seu Ser.

Mesmo que por ventura se reconheça a dignidade da natureza, esse reconhecimento vem de forma condicionada, pois está sempre terá de se curvar a dignidade do homem, que supostamente se apresenta como superior às demais, todavia, se o dever em relação ao homem se apresenta como prioritário, entende Jonas²² que este Dever deve incluir também a natureza, por ser esta condição a própria continuidade e integralidade existencial do homem.

A natureza tem uma dignidade própria, e, preservar a natureza significa preservar o ser humano, de tal modo que não se pode dizer que o homem é sem que se diga que a natureza também é. Dizer sim a natureza tornou-se uma obrigação do ser humano, para que os homens do futuro possam ter uma existência digna em um ambiente preservado²³.

É importante entender que Hans Jonas procura compreender o fenômeno da vida em sua plenitude, por esta razão defende que a natureza deve ser entendida dentro de um espaço ético, no qual a humanidade tem um Dever Ser e um não enfático ao Não Ser.

²¹ JONAS, op. cit., 2006. p. 229.

²² Ibid., p. 229-230.

²³ SIQUEIRA, op. cit., 2000.

Jelson Oliveira entende que a intervenção do homem na natureza deve ser guiada pelo princípio do respeito e da responsabilidade, no sentido de que “o pensamento ético se efetiva como uma pergunta sobre a condição humana e pelos fundamentos de sua ação entre os demais seres vivos”²⁴.

Jonas coloca toda a espécie de vida, intra e extra-humana, no centro das ações humanas, no qual o futuro da humanidade implica necessariamente o futuro da própria natureza. Com isso significa dizer que o futuro para Hans Jonas não se trata de um futuro longínquo, um “tempo final”, um “tempo Ideal”²⁵, mas, trata-se de uma responsabilidade do agora para com as gerações futuras, de modo que “não temos o direito de escolher a não existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco”²⁶, portanto, é preciso considerar as ações do presente para que estas não coloquem em risco as gerações futuras, todavia, é necessário uma reflexão pautada na ética como princípio meio e fim de todas as intervenções possíveis.

A responsabilidade é, portanto, na ética, a articulação entre duas realidades, uma subjetiva e outra objetiva, entre sujeito e ação e também na ação e em suas conseqüências que a ordem ética esta presente, constituindo uma realidade previdente que pede calma, prudência e equilíbrio o que Jonas chama de Princípio Responsabilidade²⁷.

Conclusão

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos os seres humanos, tem sua dignidade fundamentada no direito à vida, no entanto, a sua consecução envolve: elementos jurídicos, fatores políticos, econômicos, culturais, principalmente no que tange a valores e princípios éticos

²⁴ OLIVEIRA, J.R; CANDIOTTO, op. cit., 2010. p. 190.

²⁵ Ibid., 2010. p. 197.

²⁶ JONAS, Op. cit. 2006. p. 48.

²⁷ SIQUEIRA, op. cit., 2000.



fundamentais para a existência digna, ou como bem coloca Hans Jonas uma vida humana autêntica, que tem como pressuposto a igualdade entre as gerações.

Todavia, ainda que a sustentabilidade esteja inserida em um contexto antropocêntrico, é preciso compreender os seus aspectos éticos, tendo como pressuposto possível o princípio responsabilidade formulado por Hans Jonas, fundado no respeito e na responsabilidade para com as futuras gerações, como base ética para o princípio sustentabilidade em toda a sua complexidade enquanto dever ser de todos.

Ainda que o princípio sustentabilidade tenha como fundamento a vida humana, isso não significa dizer que a vida humana tenha importância superior as demais vidas, mas, sim que dada a sua condição, é o homem o único responsável pela preservação do meio ambiente.

Uma vida humana digna e autêntica é indissociável da natureza, portanto, compreender que tais princípios tenham se desenvolvido em concepções distintas, o núcleo de tais conceitos é a preservação e o desenvolvimento da vida, a qual é indissociável da natureza, torna-se fundamental.

Ainda que no antropocentrismo a vida em questão seja a do homem e na ontologia de Jonas toda espécie de vida, torna-se inconcebível uma vida humana digna e autêntica sem considerar o meio ambiente como condição para o desenvolvimento de toda espécie de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDIOTTO, Cesar [org.]. **Ética: abordagens e perspectivas**. Curitiba: Champagnat, 2010.

Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

GOMES, Eduardo Biacchi. BULZICO, Bettina [org.] **Sustentabilidade, Desenvolvimento e Democracia**. Ijuí: ed. Unijuí, 2010.

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



SACHS, Ignacy; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro, VIANNA, João Nildo [org.]. **Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no BRASIL**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SILVA, Maria das Graças e. **Questões ambientais e desenvolvimento sustentável: um desafio ético-político ao serviço social**. São Paulo: Cortez, 2010.

SIQUEIRA, José Eduardo de. **Hans Jonas e a ética da responsabilidade**. Artigo publicado pela Revista Cultural Fonte. Universidade Norte do Paraná. V. 3. n.1, 2000. Disponível em: < <http://www.unopar.br/portugues/revfonte/v3/artigos/artigos.html>>. Acesso em 25/09/2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.



**NOVAS PERSPECTIVAS DA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA
SUSTENTÁVEL NO CORAÇÃO DA AMAZÔNIA: PREME- PROGRAMA DE
REGIONALIZAÇÃO DA MERENDA ESCOLAR**

**NEW PROSPECTS FOR SUSTAINABLE EXPLOITATION OF ECONOMIC
ACTIVITY IN THE HEART OF THE AMAZON: Prem-regionalization
program of school lunches**

Danielle Costa de Souza¹
Centro Universitário do Norte – Uninorte Laureate
dani_souza1403@hotmail.com

Marklea da Cunha Ferst²
Centro Universitário do Norte – Uninorte Laureate
marklea.ferst@uninorte.com.br

RESUMO: Pensar em atrelar o crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável é o desafio do novo século, sobretudo pelo fato das questões ambientais, como a crescente escassez dos recursos naturais, demandarem, cada vez mais, a necessidade de projetos alinhados a perpetuidade dos bens naturais. Deste modo, o objetivo geral da pesquisa foi discorrer sobre o PREME- programa de regionalização da merenda escolar, como uma nova perspectiva do desenvolvimento sustentável da região. Para alcançar este objetivo foram traçados os seguintes objetivos específicos: analisar o histórico do desenvolvimento econômico da região; verificar as características biológicas da região e identificar programas locais que tenham como escopo o desenvolvimento sustentável. Quanto à metodologia, trata-se ao mesmo tempo de uma pesquisa bibliográfica e documental. Bibliográfica, pois se recorreu à consulta e leitura de obras sobre o desenvolvimento sustentável, história do Amazonas e economia local. E documental, pois foram efetuados levantamentos na Agência de Desenvolvimento Sustentável – ADS, em Manaus. Ao final da pesquisa pode-se detectar que o dinamismo e a sustentabilidade econômica acabam sendo apenas conseqüências de programas como o PREME, que concretizam suas metas através de parcerias com Cooperativas Agrícolas, Associações Rurais e Agroindústrias e garantem o desenvolvimento da região sem se ausentar das questões referentes à sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: ECONOMIA – AMAZÔNIA- DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ABSTRACT: Thinking about harnessing economic growth to sustainable development is the contemporary challenge, mainly because of environmental issues, such as the increasing scarcity of natural resources, demand it, increasing the need for projects along the perpetuity of natural resources. The overall objective of the research was PREME discuss the program of regionalization of school meals, as a new perspective of sustainable development in the

¹ Graduanda do Curso de Direito, aluna-pesquisadora no Centro Universitário do Norte- UNINORTE

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007). Atualmente é pesquisadora e coordenadora do NPJ do Curso de Direito da Uninorte/Laureate - Manaus.



region. To achieve this we trace the following specific objectives: to analyze the history of the region's economic development; verify the biological characteristics of the region and identify local programs aimed at sustainable development. Regarding the methodology, it is both a documentary and bibliographical research. Literature, because it appealed to the query and reading books on sustainable development, history of the Amazon and the local economy. And documentary, because surveys were conducted at the Agency for Sustainable Development - ADS, in Manaus. At the end of the study can detect the dynamic and sustainable economic consequences end up being only programs such as PREM, which implement its goals through partnerships with Agricultural Cooperatives, Agribusiness and Rural Associations and guarantee the development of the region without leave of the issues related to sustainability.

KEYWORDS: ECONOMY - AMAZON- SUSTAINABLE DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

O presente trabalho detém-se a investigar as novas perspectivas da exploração da atividade econômica na região amazônica com base no PREME - Programa de Regionalização da Merenda Escolar, criado através do programa Zona Franca Verde, e tem como foco aliar o progresso econômico ao desenvolvimento sustentável no interior do Amazonas.

Analisar os impactos desta ação no Estado do Amazonas, considerando a temática do desenvolvimento sustentável, dinamismo econômico e melhoria qualitativa na alimentação nas redes públicas de ensino é o objetivo deste estudo.

Sendo assim, partiremos dos seguintes questionamentos: como foram desenvolvidas as primeiras relações econômicas na região amazônica; quais os aspectos econômico-ambientais que deram impulso a difusão do conceito de desenvolvimento sustentável e como o Programa de Regionalização da Merenda Escolar pretende aliar economia e sustentabilidade no Amazonas, são algumas das questões que permearão o presente trabalho.

É de curial sabença que durante longos anos a economia amazônica dissociou-se das questões ambientais, posto que, a idéia era garantir que a exploração da atividade econômica pudesse gerar lucros sem, no entanto, haver uma preocupação mais detida com a preservação dos recursos naturais utilizados. Na verdade, o que se observa, nas primeiras relações econômicas registradas nos anais da história Amazônica, é a predominância do pensamento da perenidade dos recursos ambientais, porém, com o



aceleramento da exploração e da busca desenfreada pelo lucro desperta-se para a realidade quanto ao caráter finito dos recursos ambientais naturais.

Neste contexto, tornou-se imprescindível pensar em novas formas de exploração da atividade econômica que pudessem garantir não apenas o crescimento, mas um verdadeiro desenvolvimento pautado na sustentabilidade, pois, como acentua Katya Isaguirre³ “a proteção adequada do meio ambiente e a busca por alternativas que garantam a continuidade do desenvolvimento social, sem o esgotamento dos recursos naturais, são preocupação atualíssima. A proteção à natureza é condição sine qua non para a garantia e efetividade da dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, verificaremos a articulação existente entre os conceitos de economia, desenvolvimento sustentável e o Programa de Regionalização da Merenda Escolar, visando compreender a importância e os impactos da implementação de programas que tenham como o escopo conjugar economia e sustentabilidade no interior do Amazonas.

1. BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS NA AMAZÔNIA

Os relatos históricos demonstram que as primeiras atividades econômicas desenvolvidas na região Amazônica baseavam-se na exploração das chamadas drogas do sertão⁴ extraídas com o uso da mão-de-obra nativa.

Dentre todas as atividades econômicas desenvolvidas no decorrer da história amazônica, merece destaque o ciclo da borracha, que teve um papel fundamental na integração da região amazônica ao capitalismo industrial. No entanto, o método de exploração do látex amazônico, matéria prima da borracha, era realizado, inicialmente, com a técnica do arrocho⁵, extremamente nociva e que matava a árvore rapidamente.

Nota-se, portanto, que neste período não havia uma preocupação em assegurar uma exploração ecologicamente equilibrada, posto que ainda era forte o pensamento segundo o qual os recursos naturais eram inesgotáveis.

³ ISAGUIRRE, Katya. A atuação empresarial na preservação ambiental. IN: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.) Direito Privado e Constituição ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

⁴ Drogas do sertão eram especiarias como o cacau, cravo, baunilha, guaraná, urucum, poaia e baunilha, dentre outros, utilizados como uma solução para o papel econômico anteriormente desempenhado pelas especiarias indianas.

⁵ Essa técnica consistia em ferir a seringueira de alto a baixo e, em seguida, amarrá-la fortemente com cipós, para extrair todo o látex de uma só vez. In: PONTES FILHO, Raimundo. Amazônia a História de suas gentes: história- Curitiba. Base Editora, 2008, p. 90.



Lecionando sobre o tema, Pontes Filho assevera que “com a decadência do primeiro ciclo da borracha outras atividades passaram a constituir a base da economia regional, tais como o garimpo a pecuária e a agricultura, que eram complementadas pela atividade extrativa da castanha.”⁶

No ano de 1939, eclodiu a segunda guerra mundial, e a entrada do Japão na guerra, ao lado da Alemanha e da Itália, dificultou o acesso dos países ocidentais à borracha produzida pelos plantadores do oriente, com isso, os países aliados se voltaram para a antiga fonte de borracha: a Amazônia, dando início ao segundo ciclo da borracha.

Porém, terminada a guerra, terminou também o interesse pela borracha amazônica, o que fez com que o governo federal interviesse na região, dando início aos grandes projetos para a Amazônia como o Zona Franca de Manaus (ZFM).

O ZFM objetivava não apenas ocupar a região, mas integrá-la economicamente. O projeto desenvolvido no regime militar tinha como marco característico o lema “integrar para não entregar”. Com a criação da Zona Franca de Manaus, o governo federal também criou várias estruturas de suporte à nova política de desenvolvimento para a Amazônia, tais como a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e o Banco da Amazônia (BASA), como um instrumento de apoio ao crédito.

Esta área de livre comércio com incentivos fiscais especiais, denominada de Zona Franca Verde de Manaus, segundo Samuel Benchimol⁷, foi “estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário, dotado de condições econômicas que permitisse seu desenvolvimento em face dos fatores locais da grande distância que se encontram os centros consumidores de seus produtos.”

O projeto Zona Franca de Manaus foi uma medida econômica que causou grande dependência à região, segundo palavras de Pontes Filho, sendo até os dias atuais, a fonte mais expressiva de receita do Amazonas. Há que se lembrar também que a ZFM foi, sem dúvidas, um dos fatores predominantes para o êxodo rural no estado, o que culminou nos inchaço das cidades e no abandono da população do interior.

Neste sentido a criação da ZFM representou um forte atrativo aos migrantes e ex- seringueiros, que acabaram deslocando-se para a capital do Amazonas, fazendo com que o interior sofresse um significativo retrocesso e estagnação econômica.

⁶ PONTES FILHO, Raimundo. Amazônia a História de suas gentes: história- Curitiba. Base Editora, 2008. p.105.

⁷ BENCHIMOL, Samuel. Zona Franca de Manaus: a conquista da maioria- São Paulo: Sver & Bocatto, 1989, p. 9.



2. ECOLOGIA E DIVERSIDADE QUE DESPERTAM O INTERESSE ECONÔMICO

De acordo com a formulação primária datada do ano de 1866, a ecologia pode ser compreendida como “o estudo do inter-retro-relacionamento de todos os sistemas vivos e não vivos entre si e com o seu meio ambiente”⁸.

A região Amazônica é uma área que há muito tempo desperta grandes interesses nacionais e internacionais. Os olhares para a região são motivados pelas raras peculiaridades ecológicas que o lugar guarda.

José Meireles⁹ lembra as palavras de Harald Sioli, quando este ressalta que “A maior das áreas restantes neste planeta, ainda exposta a ânsia do poder e da dominação ou da suposta necessidade humana de matérias-primas, é a vasta região amazônica, com a grande, mas, extremamente frágil, floresta tropical”.

A Amazônia, devido a sua continentalidade, tem peso de grandiosidade universal, pois ela representa:” 1/20 da superfície terrestre, 1/5 das disponibilidades mundiais de água doce, 1/3 das florestas latifoliadas, 1/10 da biota universal, 1/25 da capacidade de sumidouro de carbono produzido pela queima de combustíveis fósseis dos países industrializados, 3/5 do território brasileiro, 4/10 do continente sul-americano, 4/1000 da população mundial”.¹⁰

London e Brian afirmam que “A Amazônia é o futuro do Brasil e a proeminência do Brasil no cenário mundial, há muito adiada, é inevitável.”¹¹

A Amazônia, reunindo essa diversidade de recursos naturais e ecossistemas, além de vasta diversidade social, forma concretamente um subcontinente que consiste, nessa perspectiva, como diz Márcio Souza¹² ”num “território multinacional e pluricultural formado por bilhões de anos de mutações geológicas e que abriga milhares de espécimes vegetais, animais e muitos povos”.

Neste sentido torna-se fácil compreendermos a razão pela qual a Amazônia é tão cobiçada. Esse interesse inicia-se na sua extensão territorial. A Amazônia estende-se a nove Estados e ocupa 61% do território brasileiro, sua área equivale à metade

⁸ ALLABY, Michael. Oxford Dictionary of Ecology. 2.ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2004, p. 136.

⁹ MEIRELLES FILHO, João Carlos. Livro de Ouro da Amazônia. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006, p. 27

¹⁰ BENCHIMOL, Samuel. Desenvolvimento sustentável da Amazônia: cenários, perspectivas e indicadores. Manaus, AM: Valer: UEA, 2002, p. 34

¹¹ LONDON, Mark, Brian Kelly. A última floresta: a Amazônia na era da globalização, tradução de Débora Landsberg- São Paulo. Martins, 2007. p. 76

¹² SOUZA, Márcio. Breve História da Amazônia. São Paulo: Ed. Marco Zero, 1994, p. 43



do continente europeu e nele cabem doze países, incluindo-se Alemanha e França. Além disso, a Amazônia faz fronteira de onze mil quilômetros com países como Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname, Venezuela, e ainda possui um quinto da água doce existente no planeta.

O cenário de escassez, cada vez mais crescente, de recursos naturais entre as potências hegemônicas, particularmente de recursos hídricos, minerais e florestais, torna a Amazônia alvo de interesse ainda maior pelos países poderosos que demandam por esses recursos, fazendo-nos retomar as palavras de advertência de Norberto Bobbio¹³ quando afirma que “Existe situação de conflito, sempre que as necessidades ou os interesses de um indivíduo ou de um grupo não podem ser satisfeitos senão com dano de outro indivíduo ou grupo: um caso típico é o da concorrência de vários indivíduos ou grupos à posse de um bem escasso.”

A região Amazônica possui um imenso potencial econômico, cujo cerne tem sido a busca por estar no mesmo compasso das temáticas de preservação ambiental. Neste sentido não há como dissociar-se economia de sustentabilidade, vez que, há um compromisso da região, como celeiro da biodiversidade mundial, em manter preservados seus recursos e valorizar o homem do interior que trabalha para manter os recursos naturais preservados.

3. ASPECTOS ECONÔMICOS E SUSTENTÁVEIS DO PROGRAMA ZONA FRANCA VERDE: PREME- PROGRAMA DE REGIONALIZAÇÃO DA MERENDA ESCOLAR

Economia, segundo Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus¹⁴, “pode ser definida como a ciência que estuda a forma como as sociedades utilizam os recursos escassos para produzir bens com valor e de como os distribuem entre os vários indivíduos”.

Pensando em medidas sustentáveis para a economia da região amazônica, especialmente para o Amazonas, é que no ano 2002, começa a ser esboçado

¹³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 55.

¹⁴ Samuelson, Paul Anthony e Nordhaus, William D. *Economia*. (em português de Portugal) McGraw Hill Interamerica, 17ª edição, 2004, p. 89.



um Programa Governamental para proteger a região, combater o desmatamento e promover o desenvolvimento sustentável: o Programa Zona Franca Verde.

O Programa Zona Franca Verde é um projeto econômico baseado no conceito de desenvolvimento sustentável para o interior do Estado. O objetivo é gerar riquezas a partir do uso sustentável dos recursos naturais, para melhorar a qualidade de vida da população.

O Programa visa atuar principalmente em segmentos econômicos produtivos, tais como: manejo industrial florestal, pesca e piscicultura, agropecuária e agroindústria, bioindústrias e na abertura de novos mercados de produtos advindos da floresta¹⁵.

Sabendo-se que a história e o modo do desenvolvimento econômico do Amazonas caminhou no sentido de concentrar o investimento público e privado na capital, o que acabou esvaziando econômica e demograficamente o interior, foi necessário criar medidas que pudessem impulsionar a economia nestas localidades, assim o Programa Zona Franca Verde tem como uma de suas vertentes fazer ressurgir as cadeias produtivas até então em decadência no interior do Amazonas.

Dentre as ações para atingir os objetivos propostos pelo Programa Zona Franca Verde está o PREME- Programa de Regionalização da Merenda Escolar, regulamentado pela lei 3.454, de 10 de dezembro de 2009, que visa substituir gêneros alimentícios importados por produtos regionais, contribuindo para a interiorização do desenvolvimento e o resgate dos hábitos alimentares saudáveis.

O PREME tem a sua atuação focada na ampliação do cardápio, quantidade de escolas atendidas, e maior número de alunos beneficiados com a merenda regionalizada, em parceria com a SEDUC¹⁶, SEMED¹⁷, Cooperativas Agrícolas e Associações rurais e agroindústrias.

Com a implementação do programa, o setor primário vem galgando patamares expressivos, cujos reflexos direcionam-se na qualidade de vida da população rural atendida com emprego e renda gerados pelos incentivos do programa.

¹⁵ AMAZONAS, Governo do Estado. Zona Franca Verde: modelo de desenvolvimento para o Amazonas/Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável- Manaus: Governo do Estado do Amazonas – 2010, p. 218.

¹⁶ Secretaria de Estado e Educação de Manaus – SEDUC

¹⁷ Secretaria Municipal de Educação - SEMED

O programa possui dados bastante expressivos, conforme tabela abaixo:¹⁸.

SEDUC/A M	2010		SEMED/ AM	2010	
	Municípios fornecedores	39		Municípios fornecedores	39
	Cooperativas/associa ções	54		Cooperativas/associa ções	54
	Agroindústrias	46		Agroindústrias	46
	Produtores	7.150		Produtores	7.150
	Produtos incorporados	44		Produtos incorporados	24
	Produção adquirida	4.753 t		Produção adquirida	1.902 t
	Escolas beneficiadas,	280		Escolas beneficiadas,	420
	Alunos beneficiados	346.5 00		Alunos beneficiados	270.0 00
	Recursos empregados	16.87 0 milhõe s		Recursos empregados	6.600 milhõe s

Importante citar que dentre os produtos incorporados na merenda escolar está o doce de fruta regional; a farinha de mandioca, que é o alimento típico de amazonense; a macaxeira; o picadinho de peixe; castanha da Amazônia; farinha de tapioca, dentre outros.

Além de garantir uma maior qualidade na alimentação dos estudantes das redes públicas de ensino, o Estado acabou concretizando, com este programa, a idéia de fomentar e dinamizar a economia no interior do Amazonas, beneficiando cerca de 5.400¹⁹ famílias, que produzem os insumos baseados nos critérios de sustentabilidade traçados pelo Programa Zona Franca Verde.

¹⁸ Disponível em: <http://www.ads.am.gov.br/pagina.php?cod=7>. Acesso em: 08 set 2011.

¹⁹ Dados fornecidos pela ADS- Agência de Desenvolvimento sustentável, no folder Sustentabilidade e geração de emprego.



O PREME apresenta-se como uma nova perspectiva da exploração da atividade econômica no Estado, ao passo que, não apenas gera emprego e renda no interior do Amazonas, através do incentivo e das parcerias com as Cooperativas e Associações Rurais e Agroindústrias, mas fomenta a atividade agroindustrial, extrativista e florestal realizada sob a égide do desenvolvimento sustentável.

4. AS PERSPECTIVAS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO AMAZONAS

A Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) 1991, foi quem tornou corrente o conceito de desenvolvimento sustentável, sendo este entendido como “o desenvolvimento que satisfaz às necessidades da geração presente sem comprometer as possibilidades das futuras gerações em satisfazer suas necessidades”²⁰

Importa destacarmos o posicionamento do constituinte de 1988 que coloca o desenvolvimento sustentável como um dever do Estado em conjunto com a sociedade, ao preceituar, no artigo 225, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O constituinte pátrio demonstra uma preocupação em assegurar a defesa do meio ambiente não apenas para atuais, mas, para as gerações que estão por vir, restando marcante no art. 225 da CF/88, o conceito de desenvolvimento sustentável difundido mundialmente, como uma das perspectivas do Estado brasileiro.

Para que se entenda a importância da Amazônia no cenário mundial devemos lembrar as palavras de Marilene Correa²¹, que apresenta argumentos lógicos que reafirmam a importância da Amazônia no processo de legitimação da noção de desenvolvimento sustentável, quando afirma que “A posição que a Amazônia passou a ocupar no equilíbrio ecológico da Terra repõe os problemas de suas formas de ocupação e dos modelos de desenvolvimento adotados para torná-la produtiva em um outro patamar.

²⁰ Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD). Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 10.

²¹ SILVA CORREA, Marilene. O Paiz do Amazonas. Manaus, Valer, 1996, p. 45



Neste sentido a importância do desenvolvimento sustentável, e de se repensar a forma como o homem interage com a natureza, completando Marilene Correa²² que “O estatuto da Amazônia como natureza está disseminado no mundo todo e constitui-se em um outro modo de interpretá-la e de inseri-la em conexões mais duradouras com a ciência e as tecnologias de preservação e de racionalização dos seus recursos”.

Marcílio de Freitas afirma que “o desenvolvimento sustentável abarca e movimenta um conjunto de contradições imbricadas no processo civilizatório ocidental que podem ser sintetizadas no confronto “natureza versus cultura”, confronto que passou a ser mediado por sociedades mais organizadas e mobilizadas politicamente”.²³

Deste modo, o grande desafio do novo século é encontrar um equilíbrio entre o crescimento econômico e o desenvolvimento, considerando-se o caráter finito que os recursos naturais possuem. Sendo de elevada importância difundir uma cultura de uso e aproveitamento sustentável, pautado na busca da satisfação das necessidades presentes, sem comprometer as gerações vindouras.

Porém, a tarefa de unir lucro e preservação ambiental é bastante árdua, esclarecendo Samuel Benchimol²⁴ que “enquanto o crescimento econômico implica expansão da produção econômica, em termos quantitativos, o desenvolvimento exige sempre mais qualidade: produção maior, porém melhor, mais abundante, menos agressiva, gestão superior da produtividade incorporando valores extra-econômicos, como sociais, biológicos, físicos, políticos, sociais e éticos”. A conscientização e adoção de novas políticas públicas são essenciais para se estabelecer um crescimento racional que atenda as necessidades da sociedade sem destruir o meio ambiente, deste modo, é preciso fazer com que capital e sustentabilidade caminhem juntos.

Voltando os olhos para a realidade Amazônica, considerando que esta é celeiro da biodiversidade mundial, e que por tal razão desperta a cobiças de âmbitos internacionais, que dentre outros aspectos levantam teses de relativização da região, vemos que a Amazônia possui uma preocupação bastante destacada no sentido de conjugar economia e sustentabilidade.

Longe da visão “externa”, exclusivamente centrada na preservação, as próprias características ambientais da Amazônia, de diversidade de ecossistemas, de

²² Idem, p. 33.

²³ FREITAS, Marcílio. *Amazônia e Desenvolvimento Sustentável: um diálogo que todos os brasileiros deveriam conhecer*- Petrópolis/RJ: Vozes, 2004. p. 54.

²⁴ BENCHIMOL, Samuel. *Zênite ecológico e Nadir econômico-social: análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia*. Manaus, AM: Valer, 2000. p. 28.



habitats, de espécies e de diversidade sociocultural já apontam para as possibilidades da região. Nas palavras de Kitamura, “as oportunidades da Amazônia dependem mais de um conjunto de modelos de desenvolvimento sustentável que respeitem tal diversidade, do que de modelo generalizável²⁵

Assim, hodiernamente, a política da região, com base no projeto Zona Franca Verde que se volta para o sistema de produção pesqueira e agropecuária ecologicamente saudável, socialmente justo, e economicamente viável, busca atrelar todos esses fatores à proteção ambiental e ao manejo sustentável dos recursos.

Deste modo, as novas perspectivas Amazônicas quanto ao desenvolvimento sustentável demonstram-se bastante promissoras, ao passo que, projetos como o Zona Franca Verde e o PREME²⁶ tendem a valorizar economicamente o uso sustentável das atividades extrativista, agroindustrial e florestal, o que, considerando-se o caráter difuso do manejo ambiental, sem dúvidas representará um avanço para região e um ganho para a sociedade,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema desenvolvimento sustentável é um dos objetivos de desenvolvimento do milênio, firmado pelos 191 Estados-membros das nações unidas, que assumiram o compromisso de, até 2015, entre outros temas, garantir a sustentabilidade ambiental.

O fato é que o prazo está se esgotando e parece que as políticas públicas não serão suficientes para cumprir tal objetivo, e o que temos observado é a crescente escassez de recursos naturais. A implementação de políticas voltadas ao manejo sustentável dos recursos naturais é uma necessidade imperiosa, e a sua inoperância põe em risco os recursos necessários para o desenvolvimento humano.

Neste contexto, o PREME- Programa de Regionalização da Merenda Escolar criado a partir do Programa Zona Franca Verde, que busca sob o viés da economia, o desenvolvimento sustentável do interior do Amazonas, é uma iniciativa válida, pois proporciona o bem estar da sociedade interiorana que é beneficiada pelo programa, fomenta

²⁵ KITAMURA, Paulo Choji. A Amazônia e o desenvolvimento sustentável. Brasília: EMBRAPA/SPI, 1994. p. 67

²⁶ PREME- Programa de Regionalização da Merenda Escolar



o desenvolvimento econômico da região e tem como consequência a estabilização de um ambiente ecologicamente equilibrado, que é direito constitucionalmente assegurado a todos.

A importância do PREME se dá pelo fato de ser um programa voltado às novas perspectivas em sede de exploração de atividade econômica sustentável, permitindo dinamismo à economia do interior do Estado, garantindo melhor qualidade na alimentação dos estudantes das redes públicas de ensino, preservando a cultura alimentar local e ainda criando e apoiando as cadeias produtivas dos setores florestais, agroindustriais e extrativistas locais.

No contexto atual, urge refletir, e implementar medidas que possibilitem a conjugação de economia e sustentabilidade, sendo de especial relevância, sobretudo para as comunidades interioranas, pois o que vemos concretamente, na maior parte do país, é a negação do desenvolvimento sustentável. A destruição do meio ambiente é uma verdade empírica inafastável e a persistência desta realidade, uma irresponsabilidade ética insustentável.

Iniciativas de programas como o PREME são muito positivas, posto que, a agricultura e a agroindústria garantem o sustento de milhares de famílias no interior do Estado. O dinamismo e a sustentabilidade econômica acabam sendo apenas consequências de programas como este, que concretizam suas metas através de parcerias com Cooperativas Agrícolas, Associações Rurais e Agroindústrias.

Assim, se pretendemos de fato realizar um dos objetivos do milênio, que é a sustentabilidade ambiental, é preciso superar a irresponsabilidade ética instaurada no Brasil desde o seu descobrimento, e implementar uma política de transformação, que a nosso ver, está com vários anos de atraso.

REFERÊNCIAS

ALLABY, Michael. **Oxford Dictionary of Ecology**. 2.ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2004.



AMAZONAS, Governo do Estado. **Zona Franca Verde: modelo de desenvolvimento para o Amazonas/Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável- Manaus: Governo do Estado do Amazonas, 2010.**

BENCHIMOL, Samuel. **Zona Franca de Manaus: a conquista da maioria.** São Paulo: Sver & Bocatto, 1989.

BENCHIMOL, Samuel. **Desenvolvimento sustentável da Amazônia: cenários, perspectivas e indicadores.** Manaus, AM: Valer: UEA, 2002

BENCHIMOL, Samuel. **Zênite ecológico e Nadir econômico-social: análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia.** Manaus, AM: Valer, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COY, Martin e Gerd Kohlhepp. **Amazônia Sustentável: desenvolvimento sustentável entre políticas públicas. Estratégias inovadoras e experiências locais -** Rio de Janeiro: Geramond: Tübingen, Alemanha: Geographischen Instituts der Universität Tübingen, 2005.

FREITAS, Marcilio. **Amazônia e Desenvolvimento Sustentável: um diálogo que todos os brasileiros deveriam conhecer.** Petrópolis/RJ: Vozes, 2004.

ISAGUIRRE, Katya. **A atuação empresarial na preservação ambiental.** IN: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.) **Direito Privado e Constituição ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio.** Curitiba: Juruá, 2009.

KITAMURA, Paulo Choji. **A Amazônia e o desenvolvimento sustentável.** Brasília: EMBRAPA/SPI, 1994.



LONDON, Mark, Brian Kelly. **A última floresta: a Amazônia na era da globalização**, tradução de Débora Landsberg. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MEIRELLES FILHO, João Carlos. **Livro de Ouro da Amazônia**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

PINHEIRO, Daniel Rodriguez de Carvalho. **Desenvolvimento sustentável: desafios e discussões**. Rio – São Paulo- Fortaleza: ABC Editora, 2006.

PONTES FILHO, Raimundo. **Amazônia a História de suas gentes: história-** Curitiba. Base Editora, 2008.

SAMUELSON, Paul Anthony e Nordhaus, William **D.Economia.(em português de Portugal)** McGraw Hill Interamerica, 17ª edição, 2004.

SILVA CORREA, Marilene. **O Paíz do Amazonas**. Manaus, Editora Valer, 2004.

SILVA FREITAS, M.C. (2002). **Ocidentalização e a questão social** [s.n.t. – Estudo monográfico realizado na França} – A ilusão da sustentabilidade. Manaus, EDUA. 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**: uma reconstituição da Conferencia do Rio de Janeiro sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento- Rio de Janeiro: Thex Ed: Biblioteca Estácio de Sá, 1995.

SOUZA, Márcio. **Breve História da Amazônia**. São Paulo: Ed. Marco Zero, 1994.



O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO E A ANÁLISE ECONÔMICA NA ATUAÇÃO DA ANP SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS

THE FUNDAMENTAL LAW TO A HEALTHY ENVIRONMENT AND BALANCED ECONOMIC ANALYSIS AND THE ROLE OF ANP ON THE OIL ACTIVITIES

Marília Gabriela de Araújo Melo Pereira
Universidade Federal de Pernambuco -UFPE
mgamp_direito@hotmail.com

RESUMO

A extração do petróleo e sua fiscalização pela Agência Nacional do Petróleo é um assunto de grande repercussão nos debates atuais. A Lei do Petróleo embasada na Constituição Federal e submetida aos ditames internacionais no que tange ao desenvolvimento sustentável deixa a economia atrelada às condutas suplantadas pela consciência mundial. Sabendo-se que no Brasil os aspectos influenciadores da deficiente regulação se resumem aos fenômenos políticos e econômicos, vem a presente pesquisa através do método bibliográfico analisar doutrinariamente as formas de se encontrar uma solução ao problema em foco, para isto, será elencada a questão da sustentabilidade na atuação da ANP, bem como uma alusão à análise econômica do direito, especificamente no que tange à repercussão dos vícios de mercado sobre o governo como explicação do direito encoberto pelo viés econômico. Além disso, utilizou o método de abordagem dedutivista, métodos procedimental funcionalista em uma linha de pesquisa teórica e metodológica. Por fim, propõe o crescimento e o desenvolvimento econômico, político e social baseado no Direito Fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, por meio da implementação de políticas públicas ambientalmente corretas, díspare de decisões políticas e econômicas, a fim de poupar os recursos naturais não renováveis e garantir sua utilização para as gerações futuras.

Petróleo – ANP – falhas de mercado - economia sustentável

ABSTRACT

The extraction of oil and its supervision by the National Petroleum Agency is a matter of great impact in current debates. The Petroleum Law grounded in the Constitution and submitted to international dictates in regard to sustainable development makes the economy tied to pipeline supplanted by the world conscience. Knowing that in Brazil the poor regulation of the aspects that influence comes down to political and economic phenomena, this research comes through the literature review method doctrinally ways to find a solution to the problem at hand, for it will be listed the issue of sustainability performance of the ANP, as well as an allusion to the economic analysis of law, specifically with respect to the impact of addictions on the government market as an explanation of the law covered by the economic bias. In addition, we used the method of approach deductivist, procedural methods in a functionalist line of theoretical and methodological research. Finally, it proposes the growth and economic development, political and social based on the fundamental right to healthy environment and balanced, by implementing environmentally friendly policies, trigger



of political and economic decisions in order to save non-renewable natural resources and ensure its use for future generations.

Oil – NPA – market failures - sustainable economy

INTRODUÇÃO

O papel da Agência Nacional do Petróleo na atividade regulatória, cuja sede no art. 174 da Carta Maior, é um marco de fundamental importância na medida em que legitima o controle da atividade petrolífera por meio de substrato constitucional.

Este ramo encontra-se em constante ascensão em virtude da repercussão econômica gerada pela exploração do combustível fomentador da indústria capitalista. Em contrapartida esta busca incessante por campos de petróleo tem provocado externalidades negativas ao mundo em função da desmedida extração de jazidas.

Diversos fatores envolvem a questão petrolífera, tanto econômicos, quanto políticos, sociais e ambientais. A economia exige maior lucro, o campo político associado ao econômico engessa a atuação administrativa regulatória, enquanto isso, parte da sociedade procura sua fatia no mercado e parte defende seus recursos naturais esgotáveis no futuro próximo.

A atividade regulatória no âmbito da ANP, residual e imperativa quando em risco valores de natureza coletiva, vê-se ainda mais tímida ao explicitar os mecanismos de politização no papel fiscalizatório do Estado, impondo barreiras na contenção de um desenvolvimento imensurável, farejador de fonte de renda ininterruptamente e insustentavelmente, propondo ameaças ao ambiente em virtude da veloz economia de mercado.

Isto nos leva a um estudo no que tange ao controle da atividade petrolífera por parte do governo sobre as empresas concessionárias estatais, esmiuçando a afronta ao direito fundamental à saúde e ao meio ambiente equilibrado insculpido no art. 225 da CF-88 por meio do descaso governamental quando há aspectos econômicos envolvidos ante o objetivo elencado no art. 1º, IV da Lei do Petróleo, o qual defende um desenvolvimento sadio para o meio.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO E A ANÁLISE ECONÔMICA NA ATUAÇÃO DA ANP SOBRE AS ATIVIDADES PETROLÍFERAS

Muito se tem questionado sobre o fator econômico como a bússola da atividade regulatória, eis que define onde se deve mexer na economia do país, seja por meio da atividade legiferante ou através da política fiscal.

A Teoria Econômica da Regulação sustenta que o poder coercitivo do governo pode ser usado para dar benefícios a indivíduos ou grupos específicos, sendo a regulação econômica vista como um produto cuja alocação é governada pela oferta e pela procura identificada pela teoria dos cartéis, a qual defende que a manutenção do preço monopolístico pode ser superada se o número de vendedores for pequeno, reduzindo os custos de manutenção e monitoramento.

A Teoria Econômica da Regulação consolidada por Stigler, Posner e Peltzman afirma que as falhas de governo coexistem com as falhas de mercado e determinam: “Alguns críticos apontaram que as agências não estavam promovendo nem eficiência, nem bem-estar para os cidadãos/consumidores. Outros passaram a argumentar que o custo da regulação produzida superava em muito os benefícios por ela gerados.”¹

A questão da ineficiência agenciaria se vê cominada também com os problemas relativos ao mercado e o seguimento ao direito termina por desencadear um cálculo probabilístico em relação ao fisco e à potencial perda econômica, pois sendo algo improvável de fiscalização desinteressa ao indivíduo seguir o direito à risca.

Muitas vezes o direito se defronta com situações estratégicas, tal como se fosse um verdadeiro jogo, assim caracterizando os jogadores, as estratégias de cada jogador e os *payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia, eis a Teoria dos Jogos.²

Contudo, a escolha individual não raras vezes depende de fatores como o tempo, a energia, o conhecimento, a cultura pessoal, e principalmente a renda limitada, pois todos irão determinar o que o consumidor pode escolher dentro das suas limitações conforme a Teoria da Escolha Racional.³

¹MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R. e OLIVA, Rafael. **Regulação Econômica e Democracia. O debate norte-americano**, Rio de Janeiro: Editora 34, 2004, pp. 15-17

²COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed, Porto Alegre: Bookman, 2010, p 56

³Ibidem, p. 44



A questão das falhas de mercado justifica a atividade interventora do Estado sobre a economia, pois as primeiras sempre haverão diante da impossibilidade de manutenção de um mercado perfeito, conforme Arthur Pigou.⁴

A primeira falha que merece comentário é a questão do monopólio e do poder de mercado, o qual ocorre quando as empresas do ramo específico realizam conluio entre elas e seus fornecedores de insumos impedindo a competitividade sadia, elevando o preço dos produtos e fornecendo baixa quantidade do ponto de vista da eficiência, dificultando a eficiência do mercado. Em virtude destes monopólios, pode ocorrer o pouco incremento tecnológico em razão da exclusividade do produto fornecido, ou prática de cartéis prejudicando a população consumidora.

É certo que é faculdade da União, conforme o art. 177, I, §1º da CF-88, contratar as atividades que constituem seu monopólio a outras pessoas jurídicas, podendo ou não flexibilizar esta atividade, mas a concorrência no mercado é extremamente benéfica ao consumidor, uma vez que instiga a qualificação dos produtos e serviços ofertados.

No Brasil, a Petrobrás, sociedade de economia mista, cujo capital majoritário pertence à União, atua como empresa concessionária de serviço público detentora na prática do monopólio na exploração do petróleo e seus derivados, classificados como *commodities* em virtude da padronização em relação à produção e ao preço em âmbito internacional, e carteliza o produto final proporcionando altos custos para o consumidor.

Isto se dá em virtude da impossibilidade de concorrência entre a Petrobrás e demais empresas de médio e pequeno porte interessadas na exploração do petróleo, por conta da necessidade de vultosos montantes de capital, uma vez que a implementação tecnológica demanda um aparato técnico de custo bastante elevado, tornando tais recursos inalcançáveis em relação à realidade destas empresas, corroborando com a tomada do mercado pela Petrobrás.

São cruciais pesquisas eminentemente técnicas em geologia e geofísica no local para a extração da jazida petrolífera, e como há grande limitação de oferta de mão-de-obra, por conta da estrita especialidade existe dificuldade de acesso às empresas menores. Além disso, a burocracia no processo de licenciamento ambiental, apesar de imprescindível, serve como mais um obstáculo à inserção no mercado.⁵

⁴ Disponível em :<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A011.pdf> Acesso em 29 de agosto de 2011

⁵ RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p. 4



Os custos totais provenientes da perfuração dos poços equivalem de 40% a 80% dos custos totais da exploração, depende-se com isto que a atividade geológica é caracterizada como uma das principais para o sucesso da exploração.⁶

Esta deficiência de pessoal tem provocado a firmação de convênios entre a ANP e as universidades nas áreas de geologia, geofísica, engenharia de petróleo, química, direito e economia, cuja concessão de bolsas de estudos foi em torno de 3.300 no ano de 1999 e 2004.⁷

A menor capacitação dos funcionários leva as empresas a exercerem menor competitividade, o que pode levar a comprometer projetos, efetuar perfurações não autorizadas diante da má interpretação de informações.⁸

Estes custos por sua vez variam conforme a região, pois a perfuração no mar pode custar até quatro vezes mais do que a em terra⁹ e em razão do elevado risco na atividade as instituições financeiras raramente financiam a exploração, o que exige capital próprio da empresa concessionária para investir de forma isolada ou por meio das *joint ventures*, enfatizando a difícil competitividade no setor.¹⁰

Além disso, a perfuração pode provocar erupções de óleo ou gás e assim danificar os equipamentos, bem como gerar incêndio e explosão, provocando danos pessoais e ambientais, transgredindo o Direito Fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado.¹¹

⁶ALMEIDA, Edmar Luiz Fagundes.: ARAÚJO, Leandro dos Reis: **Análise Econômica dos Indicadores Sobre Poços Perfurados. Boletim INFOPETRO. Petróleo e Gás Brasil.** Rio de Janeiro, RJ. Ano 3, n.2, p. 4-5, fev. 2002. Disponível em: http://www.gee.ie.ufrj.br/infopetro/pdf/2002_fev_petrogas.pdf apud RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p. 11

⁷RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p.63

⁸ Ibidem, p. 64

⁹ALMEIDA, Edmar Luiz Fagundes: **Dinâmica Tecnológica das Indústrias Energéticas:** Apostila Didática. Rio de Janeiro, RJ. Instituto de Economia – UFRJ, 2004. apud RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p. 16

¹⁰ARAÚJO, Leandro dos Reis: **Análise sobre a Atratividade do Upstream da Indústria de Petróleo Brasileira (1997-2003).** 2004. 70 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004 apud RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p.16

¹¹ RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p.16



Para minoração destes acidentes, são utilizados equipamentos denominados ESCP – Equipamentos de Segurança de Cabeça de Poço, os quais possibilitam o controle de fechamento do poço por meio de válvulas especiais, como o *blowout preventer* (BOP).¹²

Frente a todos estes infortúnios, existe o risco de insucesso em razão da não apresentação de condição comercializável pela jazida encontrada, tornando os investimentos efetuados pela empresa irrecuperáveis.¹³ O que leva a demasiada perfuração danificando o meio ambiente. No Canadá, por exemplo, foram furados entre o ano 2000 e 2005, 20.500 poços por ano, o equivalente ao dobro do número de perfurações deste país nos anos 90.¹⁴ Neste mesmo ano 36.321 poços foram perfurados nos Estados Unidos.¹⁵

Apesar de a EC 09 ter aberto espaço para as empresas internacionais participarem das licitações, as barreiras enfrentadas são muitas, por exemplo, a diminuição do tamanho dos blocos para dar condições às medias e pequenas empresas adentrarem na exploração, desinteressou-as na participação de novas licitações, continuando somente com os blocos maiores já licitados.¹⁶

Com isto a Petrobrás passou a exercer suas atividades em caráter de livre competição, atuando em blocos na exploração e desenvolvimento, submetendo-se apenas às determinações da ANP, na dicção do art. 21 da Lei 9748, ao definir que todos os direitos referentes ao petróleo e gás natural são monopólio da União, administrados pela ANP.¹⁷

Todavia, a Lei do Petróleo, no art. 65 determinou a construção de uma subsidiária da Petrobrás, para as atividades de transporte por meio da criação de dutos e embarcações, o que trouxe a Transpetro – Petrobrás Transporte S. A. para exercer esta atribuição específica.

A Lei 9748 para coibir abusos mercadológicos determina a proteção ambiental, bem como a racionalização da produção, conforme art. 44 da Lei Federa, pois a busca desmedida por poços pode levar a exploração de campos marginais, os quais são denominados economicamente campos de pequeno porte produtores de petróleo no limiar

¹² THOMAS, José E.: **Fundamentos de Engenharia de Petróleo**. Rio de Janeiro, RJ. Editora Interciência, 2001 in RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p.16

¹³ RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007, p.19

¹⁴ Ibidem, p.32

¹⁵ Ibidem, p.30

¹⁶ Ibidem, p. 7

¹⁷ Ibidem, p.38



da inviabilidade econômica, diferente dos campos maduros que são tecnicamente assim chamados pelo declínio na produção em função de sua idade.¹⁸

Esta atividade por causar impactos ambientais se submete ao processo de licenciamento de competência do IBAMA e de órgãos estaduais, os quais indicarão os níveis de exigências para a indústria do petróleo.

O art. 63 do Decreto-Lei 6514 de 2008 determina que a ausência de autorização, permissão, concessão ou licença para extração de recursos minerais caracteriza infração ambiental, da mesma forma o art. 66 enfatiza que a implementação de estabelecimento para atividades potencialmente poluidoras sem o devido crivo administrativo incorre no ilícito. O art. 64 aborda o comércio e produção de substância tóxica ou nociva ao ambiente, condutas que também configuram infração ambiental, cujas penas de multa variam em torno de 500 a 10 milhões de reais.

Os custos no setor são de grande monta em razão da escassez de mão de obra especializada, a baixa oferta de cursos de formação e capacitação na área e a insuficiência de preenchimento de seus quadros. Acrescem-se ainda os gastos com o aluguel das sondas utilizadas nas perfurações que variam em torno de 50 a 400 mil dólares diários.¹⁹ O aporte financeiro, por exemplo, para viabilizar o pré-sal foi estimado em torno de 600 bilhões de dólares.²⁰

A adequação às práticas internacionais na indústria do petróleo se torna exigível, principalmente no que tange a importação de mão de obra e a ênfase na atração de investimentos ao setor em função da EC 09-95. Um claro exemplo se dá na indústria sueca Volvo, cuja inovadora tecnologia SCR (*Selective Catalytic Reduction*) ou Redução Catalítica Seletiva, servirá para atender às exigências da legislação através da solução denominada ARLA 32.

Segundo o Presidente da empresa no Brasil, Roger Alm, esta novidade serviu para amenizar os danos ao ambiente, pois a nova frota de caminhões terá baixo consumo de combustível e alta produtividade, além disso, atenderá à legislação de emissões Proconve P7-Euro 5, Conama P7.²¹

¹⁸ Ibidem, p.46

¹⁹ Ibidem, p.61-63

²⁰ BULHÕES, Daniel Bruno Damasceno. **Análise das implicações econômicas e legais em face da adição de Receitas Fiscais no contexto de exploração da camada pré-sal**, Natal, XVI SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CCSA ISSN 1808-6381, 2010, p. 2

²¹ Disponível em: <http://www.transportabrasil.com.br/2011/07/volvo-apresenta-linha-de-caminhoes-com-tecnologia-euro-5/>, acesso em 20 de agosto de 2011



A mudança consiste em acrescentar um tanque com o aditivo ARLA32, o qual corresponde ao AdBlue utilizado na Europa, uma bomba de sucção, uma unidade injetora e um catalisador, reduzindo os níveis de óxido de nitrogênio através do pós tratamento dos gases ao converter o NO_x em nitrogênio e vapor d'água. Entretanto há uma geral resistência das transportadoras em virtude da necessária redução da carga por conta da implantação da nova aparelhagem. Reivindicam do governo revisão no valor fretado para as empresas, evitando que o ônus ambiental recaia unilateralmente.

Uma outra falha de mercado, diz respeito à questão dos bens públicos, os quais são de propriedade unicamente estatal em virtude da ausência de credibilidade sobre o particular na disposição dos serviços a sociedade. Na questão do petróleo, este fator é preciso na medida em que a Constituição Federal atribui a jazida do petróleo e seus derivados ao monopólio da União, conforme art. 176 da CF-88, privatizando apenas o direito de explorar através da concessão, mediante art. 175 da CF-88.

Não obstante, há controvérsias em determinar a natureza jurídica da atividade de exploração. Carlos Ari Sundfeld²² por exemplo, defende a não referência ao art. 175 da CF-88, não sendo caracterizado como um serviço público, opondo-se a corrente privatística. Mas na verdade seria um contrato de concessão mista porque tem ambos os interesses, público e privado.

Um outro fator influenciador no desvirtuamento do mercado se dá em função da incerteza dos Direitos de Propriedade, pois este pode não possuir uma definição clara em relação aos seus deslindes impedindo o desenvolvimento e o investimento.

No que tange à parcela do lucro proveniente da produção do petróleo ou gás natural, conhecido vulgarmente como *royalties*, esta deve ser repassada da União para os Estados, Distrito Federal e Municípios detentores da área onde a jazida foi explorada, bem como deve haver repasse do percentual destes lucros aos proprietários dos terrenos explorados, inclusive indenizá-los em virtude da servidão administrativa e por danos ali proporcionados pela atividade de extração.

No caso de haver exploração em terras privadas, o repasse é denominado tecnicamente pelo art. 52 da Lei do Petróleo como pagamento de participação ao proprietário da terra. O fato é que por vezes estes valores não lhe são repassados adequadamente.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. **Regime Jurídico do Setor Petrolífero**. In Direito Administrativo Econômico, obra coletiva coordenada por Carlos Ari Sundfeld, São Paulo, Malheiros, p. 391, 2000.



No que pertine aos valores pertencentes às Pessoas Jurídicas de Direito Público, não há uma divisão isonômica entre eles, gerando locais receptores de parcelas maiores que outras, e assim impedindo o desenvolvimento equânime e concomitante.²³

Isto tem gerado a aparição de municípios riquíssimos, os quais ao invés de se desenvolverem e crescerem por meio da recepção dos *royalties*, utilizam os lucros para aumentar os gastos correntes do ano se tornando dependentes de barganha política, enquanto outros continuam na extrema pobreza.²⁴

Apesar da CF no art. 20 determinar os *royalties* como bens da União, quando define “participação no resultado da exploração do petróleo ou gás natural”, nenhum recurso é a ela direcionado, todo o aporte financeiro é dividido entre Estados, Distrito Federal e Municípios, havendo impropriedade técnica no §1º do referido artigo, bem como da Lei 7.990-89 ao classificá-los como compensação financeira, o que culmina na caracterização dos *royalties* como objeto de um sub-contrato de estipulação em favor de terceiro dentro do contrato de concessão e não a imprecisa compensação definida em lei.²⁵

Sendo assim, a “maldição dos recursos naturais”²⁶ é aventada em razão de nem sempre os *royalties* beneficiarem o local receptor dos recursos para crescimento e desenvolvimento. A aludida doença holandesa se caracterizou pela crise vivida na Holanda na década de 70 em razão da desindustrialização, desvalorização dos produtos

²³No caso da lavra em terra, se a parcela a ser repartida for de 5%, deverá corresponder a 70% dos estados produtores, 20% dos municípios produtores, 10% dos municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Se a parcela for maior que 5% a repartição será de 52,5% para os estados produtores, 25% para o Ministério da Ciência e Tecnologia, 15% para os municípios produtores e 7,5% para os municípios afetados por instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Já em relação à lavra na plataforma continental, a parcela de 5%, deverá ser de 30% aos estados confrontantes com poços, 30% aos municípios confrontantes com poços e suas respectivas áreas geoeconômicas, 20% ao Comando da Marinha, 10% ao Fundo Especial (estados e municípios) e 10% aos municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Quanto à parcela acima de 5%, 25% ao Ministério da Ciência e Tecnologia, 22,5% aos estados confrontantes com campos, 22,5% aos municípios confrontantes com campos, 15% ao Comando da Marinha, 7,5% ao Fundo Especial (estados e municípios), 7,5% aos municípios afetados por instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. ANP. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2001, **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás natural**. Rio de Janeiro: ANP. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/conheca/Guia_Royalties.pdf>. Acesso em 20 jan. 2008. apud CARVALHO, Flávia Chaeté Lopes, **Aspectos éticos da exploração do petróleo: os royalties e a questão intergeracional**, Rio de Janeiro: UNRJ, 2008, p.62-63

²⁴ Ibidem, p. 83.

²⁵ MANOEL, Cácio Oliveira. **Natureza Jurídica dos royalties do petróleo**, Natal: UFRN, 2003, p. 2-5

²⁶ GUIZZO, Danielle Cristina; DA CRUZ, Marcio José Vargas. **Os Efeitos “Pré-Sal” e a polêmica da regulação**. Curitiba: PET-ECONOMIA, ISSN 2175-9022, p. 59



industrializados e supervalorização dos produtos primários, gerando descompasso na competitividade entre os produtos internos e externos.²⁷

Bresser Pereira afirma que “existe uma razão estrutural para a apreciação artificial do câmbio no Brasil: a ‘maldição dos recursos naturais’ (...) a doença holandesa que atinge o país resulta da apreciação artificial do câmbio em consequência do baixo custo de produtos exportados que utilizam recursos naturais baratos”.²⁸

Conforme Silveira Neto, a excessiva entrada de dólares no Brasil é incompatível com sua economia, porque sua liquidez interna refletirá sobre o câmbio, provocando a desvalorização da moeda interna o que gerará a inflação e queda nos níveis de exportação.²⁹

Como uma ferramenta de política macroeconômica, foi elaborada a Lei 11.887-08³⁰ na condição de criar um fundo específico para resguardar os lucros provenientes do pré-sal, denominado Fundo Soberano Brasileiro. Com estas reservas seriam efetivadas aplicações em ativos externos, em títulos públicos de países centrais, preservando a renda diante de oscilações do preço e da desvalorização ou até mesmo esgotamento das reservas.³¹

Ainda no que pertine ao Direito de Propriedade, há miscelânea quanto à definição do detentor limítrofe do bloco onde se encontra a jazida em exploração, o que leva a necessidade da unitização, ou seja, individualização da produção.³² Isto se dá em razão das inúmeras perfurações, o que leva a regiões limítrofes capturarem ao máximo o petróleo encontrado independente do percentual de participação na jazida comum.

Um outro fator relevante para o direcionamento da economia é a questão das externalidades, as quais nada mais são do que os custos da troca que poderão refletir em

²⁷ NAKAHODO, Sidney Nakao; JANK, Marcos Sawaya, **A falácia “da doença holandesa” no Brasil**, São Paulo: ICONÉ, 2006, p.2

²⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, “**Maldição dos recursos naturais**”, *Jornal Folha de S. Paulo*, 6/6/2005 apud NAKAHODO, Sidney Nakao; JANK, Marcos Sawaya, **A falácia “da doença holandesa” no Brasil**, São Paulo: ICONÉ, 2006, p. 2

²⁹ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **Aspectos legais do controle de adição de receitas fiscais: uma análise da exploração da camada pré-sal brasileira**. *Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2010*. No prelo apud BULHÕES, Daniel Bruno Damasceno. **Análise das implicações econômicas e legais em face da adição de Receitas Fiscais no contexto de exploração da camada pré-sal**, Natal, XVI SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CCSA ISSN 1808-6381, p. 2

³⁰ Disponível em : <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92611/fundo-soberano-do-brasil-lei-11887-08>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

³¹ CARVALHO, Carlos Eduardo; TEPASSÊ, Ângela Cristina. **O Fundo Soberano Brasileiro e a crise internacional**, *Papéis Legislativos*, ano2, n.4, Rio de Janeiro: NECON, 2008, p.2

³² BUCHEB, José Alberto. **Unitização no Brasil – questões controversas**. IBP1676_08: Rio de Janeiro, 2008, p. 6



outras partes, é a ação de um agente econômico que interfere em outro, cabendo ao governo interferir tributando ou regulando para minorar estes reflexos. Essas como custos não intencionais a sociedade podem se dá por exemplo em razão da poluição, mas também podem servir como benefícios a sociedade através do investimento tecnológico, gerando efeitos em ambos os casos a todos indistintamente.

Com relação ao uso intensivo do petróleo na geração de energia as externalidades negativas estão presentes, promovendo danos a todos por meio da poluição e em função da finitude desta energia, entretanto o lucro faz cega a sociedade produtora.

Como dizia Malthus, o crescimento da produção não acompanha a necessidade da população, pois a primeira cresce em progressão aritmética e a segunda em progressão geométrica. No caso do petróleo, como fonte não renovável e a exponencial demanda por este fósil tenderá certo tempo em seu esgotamento, contrariando a garantia dos recursos às futuras gerações e assim a ideia de sustentabilidade.

Marx por sua vez, define o capitalismo como não sustentável em virtude de sua destruição ambiental: "A produção capitalista, portanto, só desenvolve a técnica e a combinação do processo social de produção, exaurindo as fontes originais de toda a riqueza: a terra e o trabalhador."³³

No mercado de carbono dá-se o direito de poluir aos países que compram os créditos de outros, gerando o custo a toda sociedade provocando a tragédia dos comuns: *"One of the most famous market failure stories is that of the tragedy of the commons. According to this story, community resources held in common such as grazing land inevitably suffer explotation and degradation. Suggested remedies include transfer of the resources to a single government agency or privatization"*³⁴

Para que o governo intervenha na contenção destas externalidades ele tende a calcular o custo-benefício na situação em tela, pois os custos de intervenção tem que ser menores que os benefícios, caso contrário é inviável economicamente este controle governamental, o estado agir por meio de um *behavior economist*.

³³ MARX, Karl, **O Capital: Crítica da Economia Política**. v.1. Rio de Janeiro: Civilização, 1971, p. 579 apud CARVALHO, Flávia Chaeté Lopes, **Aspectos éticos da exploração do petróleo: os royalties e a questão intergeracional**, Rio de Janeiro: UNRJ, 2008, p. 36

³⁴ MC CURDY, Howard, ZERBE JR, Richard O. **The failure of market failure**. Journal of Policy Analysis and Mangement, vol. 18, n. 4 (Autuum, 1999), pp. 558-578, p.570



Conforme autores³⁵ promotores da “civilização do gás”, dentre os fósseis, o que causa menor impacto ambiental é o gás natural, diminuindo a emissão de gases de efeito estufa, o aquecimento global, o esgotamento das reservas e a dependência das reservas em áreas sensíveis.

Apesar de seu uso vir crescendo vertiginosamente, de 1,3 para 6,7 milhões de metros cúbicos por dia, com crescimento anual de 38% entre 2001 e 2006³⁶, servindo como uma alternativa na propagação de energia, ainda é mister investimento tecnológico e cultural no tocante ao uso de energias alternativas, bem como incentivos governamentais na implementação de tais recursos, eis que os custos elevados impedem sua fácil aceitação. Isto se justifica pela preferência energética ao petróleo diante de sua maior eficiência em relação às demais fontes energéticas.

No mundo, a grande maioria dos meios de transporte são movidos por petróleo e seus derivados. Além do combustível, diversos outros produtos são elaborados a partir do petróleo, como plásticos, borrachas sintéticas, adesivos, produtos farmacêuticos e tintas.

A alternativa utilizada para o uso, por exemplo, do etanol no Brasil, foi misturá-lo ao combustível, numa proporção que varia entre 20% e 25%, conforme dados apresentados pela escola de Harvard.³⁷ No tocante a energia hidráulica a ineficiência se dá em razão das grandes perdas sofridas neste tipo de energia. E quanto a nuclear, a construção de Angra III perdura desde 2007, iniciaram-se as obras apenas em junho de 2010.³⁸

A produção brasileira de petróleo em 2009, conforme a *Statistical Review of World Energy* em junho de 2010, foi de 12,9 bp bbl, o equivalente a 0,8 da produção mundial.³⁹ Para a BMI a previsão da produção brasileira em 2015 na América Latina será de 29, 58%, situando-se como um dos principais exportadores junto ao México e a Venezuela.⁴⁰ Estimou-se o uso de 7,88 milhões de barris por dia na América Latina em 2010⁴¹ e um aumento na demanda global do petróleo de 1,6% em relação a 2010 ou 14 milhões de barris por dia em 2011 e de 1,68% entre 2011 e 2015.⁴²

³⁵ DOS SANTOS, Edmilson Moutinho; FAGÁ, Murilo Tadeu Werneck; BARUF, Clara Bonomi. **Gás natural: a construção de uma nova civilização**. Estudos Avançados, 2007, p. 68-69

³⁶ Ibidem, p. 87

³⁷ Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Brazil Energy Market Overview**, p. 14

³⁸ Ibidem, p. 15

³⁹ Ibidem, p. 12

⁴⁰ Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Executive Summary**, p. 07

⁴¹ Ibidem

⁴² Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Global Oil Market Outlook**, p. 16 e 21



Um outro aspecto que dificulta a regulação em razão de falha mercadológica são as assimetrias informacionais, as quais gravam desequilíbrios de informação entre as partes envolvidas no contrato, concessionário-concedente, provocando a realização de contratos incompletos e conseqüências drásticas quanto à responsabilidade contratual.

Os pré-editais formados pelas empresas servem de ideias para tentar minorar estas assimetrias, mas o universo de disposições relativas à atividade é extremamente complexo, o que transforma a Petrobrás numa imensa *holding* em função da desverticalização do setor de energia, produzindo, transportando e comercializando.

Muitas vezes o risco é assumido unicamente pelo concessionário, e no caso de qualquer infortúnio o prejuízo provavelmente desembocará na sociedade, como os acidentes internos de Enchova, Roncador e Duque de Caxias, e o acidente de Macondo, cuja repercussão internacional foi significativa.

Não é à toa que a carga tributária incidente nos combustíveis são altíssimas, provocando práticas ilegais resultantes em adulterações e fraudes e mais uma vez prejudicando a coletividade. Além disso, o papel da ANP se resume à fiscalização da exploração, produção, importação, exportação e transporte até os *citygates*. Sendo assim, o governo deveria garantir a segurança operacional e ambiental, concedendo *enforcements* ao concessionário nos contratos elaborados.

A descoberta de novas jazidas de petróleo é o apogeu de diversos países que até então não possuíam nenhuma economia de mercado internacional, tais como os países árabes, mas a conquista deste mercado tem provocado inúmeras guerras, a questão ambiental fica em segundo plano, e a solução é afastar paulatinamente as nações na elaboração de acordos, assim há uma forte tendência na erosão dos acordos internacionais comerciais multilaterais por conta da difícil adesão de todos os membros do grupo, destruindo o Princípio da Não-Discriminação, defendido por Leal-Arcas.⁴³

Um exemplo claro da inaplicabilidade dos acordos multilaterais se deu na elaboração do Protocolo de Kyoto em 2005, o qual não obteve a adesão dos Estados Unidos com alto índice de emissão de gases poluentes, nem da Austrália, dificultando o atingimento das metas de redução e corroborando com a loucura planetária com a qual estamos vivendo em nosso clima.

⁴³ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*, London, Elgar, 2010



A adoção de medidas de políticas públicas vai depender do grau de interesse estatal em intervir num determinado setor da economia. Sendo compensatório economicamente, serão emanados atos a regularem a matéria.

Alguns pontos tentam ser minorados por meio de teorias, como a definição dos Direitos de Propriedade, a qual serve para internalizar as externalidades nos custos do bem ou do serviço. Devendo haver incentivo para o uso socialmente equilibrado dos recursos, de modo a evitar as externalidades negativas assim como a tragédia dos comuns.⁴⁴

A Teoria Econômica da Responsabilidade contratual também tem como cerne trazer para os contratos danos que estão fora dos acordos privados, as externalidades, as quais para o Teorema de Coase são obstáculos para a barganha em virtude dos custos de transação elevados.

Ronald Coase defende a importância da firma para o mercado, *“The Nature of the Firm,” Coase explained that firms exist because they reduce the transaction costs that emerge during production and exchange, capturing efficiencies that individuals cannot*⁴⁵. E defende que o direcionamento dos recursos dependem diretamente do mecanismo de preços. *“Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these markets transactions are eliminated and in place of the complicated market structure within exchange transactions is substituted the entrepreneur-ordinator, who directs production”*⁴⁶

A questão do uso desregrado dos recursos naturais é bem demonstrada quando se fala em mudanças climáticas, em razão da irracional poluição ambiental mais acentuada em virtude das nações mais ricas que não desaceleram a produção, mas continuam com o direito de poluir através da compra dos créditos disponibilizados pelas nações mais pobres.

Stavins critica a postura dos países emergentes: *“while some of those emerging economies plus most developing countries insist that the rich countries go first, and possibly compensate developing countries for climate damages”*.⁴⁷

A Análise Econômica do Direito é imprescindível quando se traz à baila a questão da ineficiência regulatória, pois a Economia também elenca os fundamentos que guiam o

⁴⁴ VIEGAS, Cláudia, MACEDO, Bernardo. **Falhas de Mercado: Causas, efeitos e controles**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97, 98, 105

⁴⁵ COASE, Ronald. **The nature of firms and their costs**. Economic insights: Dallas, vol. 9, n. 3, p. 01

⁴⁶ COASE, Ronald Harry. **The Nature of the firm**. News Series: London, vol. 4, n. 16, 1937; p. 02

⁴⁷ STAVINS, Robert N. **The problem of the commons: still unsettled after 100 years**, Resources for the future: Washington, September, 2010;



Direito, a doutrina adorna seus aspectos principais, criticando e justificando a razão mercadológica atrelada ao agente regulador.

É impossível haver uma administração pública funcionando eficientemente garantindo um desenvolvimento sustentável diante de vícios que fogem do seu controle, é impossível ter um mercado naturalmente saudável perante as condutas expansivas dos agentes econômicos na luta pela conquista da maior e melhor fatia no mercado a qualquer custo.

CONCLUSÃO

O mercado apresenta bastante falhas iminentes em seu sistema, impedindo o alcance do ponto de equilíbrio ótimo em que todos os agentes participantes se dêem por satisfeito, de acordo com o ótimo de Pareto, em virtude da busca incessante pelo acúmulo de capitais frente à globalização, provocando a exploração dos recursos de forma irracional.

O desenvolvimento sustentável deve ser suplantado na economia mundial como uma maneira de restaurar ou estagnar a exploração dos recursos naturais, ao invés de ser visualizado como um instrumento sancionatório às condutas desconformes com as imposições legais.

No caso peculiar do petróleo, o respeito aos objetivos subscritos no art. 1º da Lei do Petróleo, bem como a proteção ambiental constitucional servirão como balizamentos à extração excessiva, efetivando o ofício dos entes reguladores, para que fiscalizem de maneira díspare de politizações ou interesses puramente econômicos.

É certo que a riqueza decorrente do petróleo tem o condão de desenvolver nações, todavia é fundamental que haja uma exploração ambientalmente salutar à sociedade, para que o crescimento e o desenvolvimento sejam de forma solidária às civilizações futuras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar Luiz Fagundes; ARAÚJO, Leandro dos Reis: Análise Econômica dos Indicadores Sobre Poços Perfurados. **Boletim INFOPETRO. Petróleo e Gás Brasil**. Rio de



Janeiro, RJ. Ano 3, n.2, p. 4-5, fev. 2002. Disponível em: http://www.gee.ie.ufrj.br/infopetro/pdf/2002_fev_petrogas.pdf ;

ALMEIDA, Edmar Luiz Fagundes: **Dinâmica Tecnológica das Indústrias Energéticas: Apostila Didática**. Rio de Janeiro, RJ. Instituto de Economia – UFRJ, 2004;

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás**. N.05 fev, mar, abr, Salvador: REDAE, 2006;

ARAÚJO, Leandro dos Reis: **Análise sobre a Atratividade do Upstream da Indústria de Petróleo Brasileira (1997-2003)**. 2004. 70 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004;

ANP. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS,

2001, **Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás natural**. Rio de Janeiro: ANP.

Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/conheca/Guia_Royalties.pdf>. Acesso

em 20 jan. 2008;

BUCHÉB, José Alberto. **Unitização no Brasil – questões controversas**. IBP1676_08: Rio de Janeiro, 2008;

BULHÕES, Daniel Bruno Damasceno. **Análise das implicações econômicas e legais em face da adição de Receitas Fiscais no contexto de exploração da camada pré-sal, Natal, XVI SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CCSA ISSN 1808-6381, 2010;**

Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Brazil Energy Market Overview;**

Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Executive Summary;**

Business Monitor International Ltds. Brazil Oil & Gás Report Q2 2011, **Global Oil Market Outlook;**

CARVALHO, Carlos Eduardo; TEPASSÊ, Ângela Cristina. **O Fundo Soberano Brasileiro e a crise internacional**, Papéis Legislativos, ano2, n.4, Rio de Janeiro: NECON, 2008;

CARVALHO, Flávia Chaeté Lopes, **Aspectos éticos da exploração do petróleo: os royalties e a questão intergeracional**, Rio de Janeiro: UNRJ, 2008;

COASE, Ronald Harry. **The nature of firms and their costs**. Economic insights: Dallas vol. 8, n. 3, 2003;

COASE, Ronald Harry. **The Nature of the firm**. News Series: London, vol. 4, n. 16, 1937;

COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed, Porto Alegre: Bookman, 2010;



DOS SANTOS, Edmilson Moutinho; FAGÁ, Murilo Tadeu Werneck; BARUF, Clara Bonomi. **Gás natural: a construção de uma nova civilização**. Estudos Avançados, 2007;

GUIZZO, Danielle Cristina; DA CRUZ, Marcio José Vargas. **Os Efeitos “Pré-Sal” e a polêmica da regulação**. Curitiba: PET-ECONOMIA, ISSN 2175-9022;

LEAL-ARCAS, Rafael. **International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance**, London, Elgar, 2010;

MARX, Karl, **O Capital: Crítica da Economia Política**. v.1. Rio de Janeiro: Civilização, 1971;

MANOEL, Cácio Oliveira. **Natureza Jurídica dos royalties do petróleo**, Natal: UFRN, 2003;

MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo Rosenthal e OLIVA, Rafael. **Regulação Econômica e Democracia. O debate norte-americano**, Rio de Janeiro: Editora 34, 2004;

MC CURDY, Howard, ZERBE JR, Richard O. **The failure of market failure**. Journal of Policy Analysis and Management, vol. 18, n. 4 (Autuum, 1999);

NAKAHODO, Sidney Nakao; JANK, Marcos Sawaya, **A falácia “da doença holandesa” no Brasil**, São Paulo: ICONE, 2006;

RODRIGUES, Felipe Rachid. **Desenvolvimento das Companhias de Petróleo Independentes no Brasil: Obstáculos e Oportunidades**, Rio de Janeiro, 2007;

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **Aspectos legais do controle de adição de receitas fiscais: uma análise da exploração da camada pré-sal brasileira**. Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2010*. No prelo;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Regime Jurídico do Setor Petrolífero**. In Direito Administrativo Econômico, obra coletiva coordenada por Carlos Ari Sunfeld, São Paulo, Malheiros, 2000;

STAVINS, Robert N. **The problem of the commons: still unsettled after 100 years**, Resources for the future: Washington, September, 2010;

THOMAS, José E.: **Fundamentos de Engenharia de Petróleo**. Rio de Janeiro, RJ. Editora Interciência, 2001;

VIEGAS, Cláudia, MACEDO, Bernardo. **Falhas de Mercado: Causas, efeitos e controles**. São Paulo: Saraiva, 2010;

Disponível em : <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92611/fundo-soberano-do-brasil-lei-11887-08>. Acesso em 30 de agosto de 2011;

Disponível em: <http://www.transportabrasil.com.br/2011/07/volvo-apresenta-linha-de-caminhoes-com-tecnologia-euro-5/>, acesso em 20 de agosto de 2011;



Disponível em :<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A011.pdf> Acesso em 29 de agosto de 2011.



**RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DA EMPRESA E GESTÃO AMBIENTAL
PROATIVA – O EXEMPLO DAS PRÁTICAS IMPLEMENTADAS PELO GRUPO O
BOTICÁRIO**

**SOCIAL AND ENVIRONMENTAL LIABILITY COMPANY AND MANAGEMENT
PROACTIVE – THE EXAMPLE OF PRACTICES IMPLEMENTED BY THE GROUP
BOTICÁRIO**

Jocema Bittencourt da Cruz
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR
jocemab@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho, de cunho interdisciplinar jurídico-social, pretende apresentar alguns elementos definidores da responsabilidade socioambiental das empresas de capital privado e as práticas que estas têm concretizado, em especial as implementadas pelo Grupo Boticário, empresa brasileira relacionada à perfumaria e cosmetologia, no intuito de demonstrar que a iniciativa privada no Brasil tem atentado à necessidade de incluir em seus planejamentos de gestão a temática não apenas social, mas também ambiental, como resposta aos reclamos de seus destinatários, clientes e consumidores que cada vez mais exigem das empresas uma postura que seja condizente com o contexto atual, em que as questões ambientais deixaram de ser uma preocupação apenas dos estudiosos, tendo sido absorvidas pela comunidade, ciente de que os recursos são escassos e que é necessário preservá-los, para que possam ser legados àqueles que virão depois de nós. Do estudo realizado inferiu-se que, embora inexista legislação específica sobre a responsabilidade socioambiental das empresas, tem havido uma mudança substancial no perfil de atuação das organizações, atualmente muito mais conscientes de que são também importantes personagens na tarefa de preservação e proteção dos ecossistemas, e que é seu mister implementar práticas socialmente justas, economicamente viáveis e ambientalmente sustentáveis. O estudo é de caráter descritivo e a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e documental, conjugada à análise e compilação do Relatório de Sustentabilidade 2010, confeccionado pelo Grupo Boticário.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade socioambiental, empresas privadas, Grupo Boticário, gestão ambiental proativa.

ABSTRACT: The present work, with a legal and social interdisciplinary character, aims to present some defining elements of the environmental responsibility of private equity firms and that these practices are implemented, especially those implemented by the Boticário Group, a Brazilian company related to perfumery and cosmetology, in order to demonstrate that the private sector in Brazil has the need to attack include in their management plans to issue not only social but also environmental response to the demands of the recipients, customers and consumers who increasingly demand a corporate posture that is consistent with the current context, where environmental issues left to be a concern only of scholars, having been absorbed by the community, aware that resources are scarce and it is



necessary to preserve them, so they can be legacy to those who come after us. The study inferred that, although no specific legislation on the environmental responsibility of companies, there has been a substantial change in the profile of activity of organizations, now much more aware that they are also important characters in the task of preservation and protection of ecosystems, and that his practice is to implement practices socially just, economically viable and environmentally sustainable. The study is descriptive in character and methodology was based on literature review and documentary, together with the analysis and compilation of the Sustainability Report 2010, prepared by the Boticário Group.

KEYWORDS: environmental responsibility, private companies, Boticário Group, proactive environmental management.

1. INTRODUÇÃO

Até pouco tempo as decisões tomadas pelas empresas eram baseadas primordial – ou até mesmo unicamente – nos lucros que poderiam obter no curto prazo. A inserção da discussão ambiental no ambiente empresarial é consequência do crescimento da consciência ecológica no ambiente dos negócios, motivada pela necessidade de cumprimento da legislação pertinente e pela adoção da filosofia da responsabilidade social da empresa.

Ao tradicional conceito de *marketing*, entendido como o conjunto de operações que envolvem a vida do produto, desde a sua produção até o momento em que é adquirido pelo consumidor, foi agregada a noção de responsabilidade social, entendida como o dever de a empresa proporcionar um valor superior, que mantenha ou melhore o bem-estar não só do cliente, mas também da sociedade, através da determinação das necessidades e interesses de seus mercados-alvo¹. Assim, a responsabilidade social, sob a ótica do *marketing*, pode ser conceituada como “o conjunto de filosofias, políticas, procedimentos e ações de *marketing* com a intenção primordial de melhorar o bem-estar”².

Denota-se uma mudança no modo de encarar a atividade empresarial, porquanto a realidade cotidiana passou a reclamar também um imperativo ético por parte das empresas. Além dos esforços normais da empresa, relativos ao cumprimento das leis e as exigências da economia, ela foi impelida a perseguir também metas que fossem boas para a sociedade. Reconheceu-se, pois, a função social da empresa para com a sociedade, em Administração denominada de responsabilidade social corporativa.

¹ MARQUES, Sônia Mara. Maximizando o valor da empresa através da ética e da responsabilidade social. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, Ano XI, n. 35, dez, 2001, p. 27.

² CZINKOTA, Michael R. et al. **Marketing**: as melhores práticas. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 50.



De acordo com o Business for Social Responsibility (BSR), principal entidade mundial na área de responsabilidade social, não há uma definição única para a expressão responsabilidade social corporativa mas, genericamente, ela pode ser entendida como as decisões de negócios tomadas com base em valores éticos que abrangem as dimensões legais, o respeito pelas pessoas, pelas comunidades e pelo meio ambiente. A empresa socialmente responsável, segundo o BSR, é a que atua de forma a atingir ou até mesmo exceder as expectativas éticas, legais e comerciais do ambiente social no qual está inserida³.

No mesmo sentido é a conceituação dada pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, organização sem fins lucrativos, caracterizada como OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público –, ao conceituar a responsabilidade social empresarial como sendo uma forma de gestão que é definida pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais⁴.

Segundo Lustosa⁵, na medida em que a preservação do meio ambiente se tornou um diferencial para as empresas, surgiu a possibilidade de incluir preocupações ambientais em suas estratégias, tendo sido adotadas práticas ecologicamente adequadas, aquisição de tecnologias ambientais, implantação de sistemas de gestão ambiental, racionalização do uso de recursos naturais, dentre outras. O investimento em tecnologias mais limpas, como aquisição de equipamentos mais eficientes, por exemplo, melhora o processo produtivo, ao mesmo tempo que resulta na redução dos impactos ambientais. Toda atividade industrial afeta, de alguma forma, o meio ambiente, e por isso é importante adotar-se uma gestão com

³ MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro; ZYLBERSZTAJN, Decio. A empresa socialmente responsável: o debate e as implicações. **Revista de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo**, São Paulo: FEA/USP, v. 39, n. 3, jul/ago/set, 2004, p. 243.

⁴ Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. **Responsabilidade social empresarial para micro e pequenas empresas: passo a passo**. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/responsabilidade_micro_empresas_passo.pdf>. Acesso em 20 set. 2011.

⁵ LUSTOSA, 2003, *apud* BRANDLI, Elisangela Nicoloso et al. Diagnóstico preliminar dos custos ambientais de uma empresa do setor alimentício na unidade industrial de Passo Fundo-RS. **GEPROS: Gestão da produção, Operações e Sistemas/Departamento de Engenharia de Produção da Faculdade de Engenharia da UNESP e Faculdade Etapa**, Bauru: Departamento de Engenharia da Produção da Faculdade de Engenharia da UNESP e Faculdade Etapa, ano 3, n. 2, abr-jun, 2008, p. 76.



estratégias voltadas para a avaliação, quantificação e mensuração dos impactos ambientais gerados, para que se possa internalizar os custos do processo produtivo, gerando uma contribuição em benefício da sociedade.

As atividades de responsabilidade social corporativa constituem um potencial fator de aumento do valor da empresa, de promoção de sua imagem e reputação, de redução de custos, da elevação do moral de funcionários, da construção de lealdade por parte dos clientes⁶. A preocupação da empresa com relação às questões ambientais reflete em sua imagem, na medida em que passa a ser vista de forma positiva pelos funcionários, clientes e comunidade em geral. Por meio de ações socialmente responsáveis, as empresas buscam seu crescimento e, simultaneamente, a satisfação do cliente.

A pesquisa restringir-se-á à análise da responsabilidade socioambiental das empresas privadas, em especial as práticas introduzidas pelo Grupo Boticário, constituído das empresas O Boticário e da recém criada Eudora. O método utilizado foi a análise e compilação do relatório anual de sustentabilidade disponibilizado pela organização em seu sítio eletrônico⁷, relativo ao ano-exercício de 2010. O conceito utilizado para definir empresa foi o derivado da moderna Teoria da Empresa, devendo ser entendido como a atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados, e por empresário o definido pelo Código Civil em seu artigo 966, como sendo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, através da coordenação dos fatores da produção, destinada à criação de riqueza pela produção de bens ou de serviços para circulação. Como os termos responsabilidade social e responsabilidade socioambiental muitas vezes são utilizados de maneira indistinta pelos doutrinadores, numa clara demonstração de que possuem conceituação similar, optou-se por se fazer uso do termo de acordo com o autor pesquisado – ora social ora socioambiental. Não obstante, entende-se que a designação de função socioambiental traduz mais fielmente o universo de situações que podem ser incluídas nas responsabilidades que se atribuem às empresas, denotando melhor a abrangência que deve ser dada ao assunto, e nos casos de apreciação pessoal da temática, deu-se preferência a esta terminologia.

⁶ MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro; ZYLBERSZTAJN, Decio. A empresa socialmente..., cit., p. 244.

⁷ Grupo Boticário – Relatório de Sustentabilidade 2010, disponível na íntegra em: <<http://hotsites.grupoboticario.com.br/sustentabilidade/port/ra/index.htm>>. Acesso em 20 set. 2011.



2. DESENVOLVIMENTO

2.1 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DA EMPRESA

É indubitável que o segmento organizado da sociedade constituído pelo universo empresarial – em especial a indústria – constituintes do chamado Segundo Setor, tem responsabilidade importantíssima para com o meio ambiente e a sua boa qualidade. A responsabilidade social empresarial, ou responsabilidade socioambiental da organização, se tornou fator de competitividade para os negócios. Se antes o que identificava uma empresa competitiva era (basicamente) o preço e (secundariamente) a qualidade de seus produtos e serviços, atualmente é necessário que ela invista no permanente aperfeiçoamento de suas relações com todos os públicos com os quais se relaciona e dos quais depende: clientes, fornecedores, empregados, parceiros e colaboradores, incluídos o governo e a comunidade na qual está inserida. Fabricar produtos e prestar serviços que não degradem o meio ambiente, promover a inclusão social e participar do desenvolvimento da comunidade de que faz parte são diferenciais para a conquista de novos consumidores ou clientes⁸.

A responsabilidade social de uma empresa pode ser entendida como as decisões tomadas pela empresa de participar mais diretamente das ações comunitárias na região em que está instalada e também minorar possíveis danos ambientais decorrentes do tipo de atividades que exerce. É caracterizada por “atitudes e atividades baseadas em valores éticos e morais com o intuito de minimizar os impactos negativos que as organizações causam ao ambiente em que estão inseridas”⁹.

Essa responsabilidade socioambiental das empresas pode se dar de diversas maneiras: internamente, através de práticas ambientalmente sustentáveis durante todo o processo produtivo ou no modo de prestação dos serviços; ou externamente, exclusivamente pela organização, através da criação de fundações privadas, que pela sua natureza jurídica se constituem em organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, sempre voltadas à finalidades públicas de alcance social; ou mesmo através de manifestações de apoio e incentivo, na qualidade de investidoras ou mantenedoras de entidades integrantes do Terceiro Setor, como Organizações Não-Governamentais (ONGs)

⁸ Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. **Responsabilidade social...**, cit., p. 7.

⁹ CABRESTÉ, Sonia Aparecida; GRAZIADEI, Tânia Maria; POLESEL FILHO, Pedro. Comunicação estratégica, sustentabilidade e responsabilidade socioambiental: um estudo destacando os aspectos teórico-conceituais e práticos. **Conexão – comunicação e cultura/Revista de comunicação da Universidade de Caxias do Sul**, Caxias do Sul: Educs, v. 7, n. 13, jan/jun, 2008, p. 42.



ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) voltadas à proteção dos direitos humanos e preservação do meio ambiente; e, ainda, por meio de parcerias com o governo.

Justamente pela adoção, por parte das empresas, dessa nova ética em suas atividades, é que Edis Milaré afirma que “podemos falar tranquilamente de um novo ambientalismo, mais sereno, objetivo e pragmático, indo ao encontro de um novo empresariado aberto e solícito no desenvolvimento com sustentabilidade ambiental”¹⁰.

Da transformação do consumidor, agora mais reflexivo no que respeita às mudanças que a sociedade e tudo que a envolve (meio ambiente como um todo) vem sofrendo, e por isso mesmo muito mais exigente no tocante à qualidade de suas relações consumeristas, levou as empresas a incorporarem em suas transações valores éticos, alterando suas formas tradicionais de obtenção de lucros. Diante desse panorama, a questão da responsabilidade socioambiental passou, então, a ser parte importante no desenvolvimento de estratégias competitivas, transformando o papel das empresas – usualmente passivas nessa seara –, para uma postura proativa na qual, por meio de ações socioambientalmente responsáveis buscam o crescimento e também a satisfação do cliente.

A busca por uma responsabilidade socioambiental empresarial traz retornos à organização, que obtém um melhor reconhecimento quanto à imagem que passa, melhores condições de competição no mercado interno e externo (no acesso aos créditos e financiamentos é crescente a incorporação de critérios de uma gestão dita responsável), além de contribuir substancialmente para o futuro da humanidade.

2.2 GESTÃO AMBIENTAL PROATIVA

A emergência dos problemas ambientais, em grande parte derivada do modelo de desenvolvimento adotado no último século, contribuiu com a atual preocupação sobre a responsabilidade ambiental das empresas. Em razão disso, a adoção de modelos de gestão ambiental é cada vez mais exigida nas organizações atuais. “A responsabilidade socioambiental é um referencial de excelência para as empresas, e serve como *benchmarking* para reconhecer as empresas que possuem os melhores resultados em

¹⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5.ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 301.



determinados segmentos, como o socioambiental mesmo. O *benchmarking* é um parâmetro de avaliação e comparação entre as empresas e um padrão de excelência a ser atingido”¹¹.

Dentre as práticas de gestão ambiental participativa pode-se citar o Sistema de Gestão Ambiental (SGA), representado pela série de normas NBR ISO 14.000, em especial as de número 14.001 e 14.004, relativas ao Sistema de Gestão Ambiental e responsáveis por integrar diferentes áreas empresariais, acompanhando seus fluxos operacionais e conferindo uniformidade às rotinas e procedimentos, facilitando, por conseguinte, a gestão e a tomada de decisões. Como se trata de uma certificação internacional¹², sua obtenção acaba sendo uma condicionante para o êxito de empresas que visam o mercado de exportação e que disputa um lugar no mercado globalizado. “Conciliar as características ambientais dos produtos e serviços com os paradigmas da conservação mundial é, cada vez mais, um requisito essencial para as organizações serem competitivas e manterem posições comerciais arduamente conquistadas¹³.

Outra prática bastante utilizada é o balanço social, representado por um documento não obrigatório por lei¹⁴, mas cada vez mais utilizado pelas organizações, que o incorporaram como mais um instrumento de suas gestões. O balanço compreende dois tipos de ações: as direcionadas a retratar sua realidade interna, e a segunda, voltada para demonstrar suas práticas externas, para com a sociedade. O balanço social, ao explicitar os valores sociais essenciais, as ações prioritárias, os beneficiários, o elenco de planos, programas e projetos, e as práticas implementadas, reflete a política socioambiental das

¹¹ CABRESTÉ, Sonia Aparecida; GRAZIADEI, Tânia Maria; POLESEL FILHO, Pedro. Comunicação estratégica..., op. cit, p. 43.

¹² A expressão ISO tem o significado semântico de igualdade ou padrão. A International Organizational Standardization (ISO), ou Organização Internacional para a Normalização busca estabelecer parâmetros de qualidade nos diversos segmentos e atividades organizacionais. Fundada em 1947, sua sede está localizada em Genebra, na Suíça. É representada em vários países por organismos locais que seguem os procedimentos definidos por este comitê. No Brasil, a organização responsável pela adaptação dos padrões internacionais estabelecidos pela ISO é da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

¹³ VALLE, 2004, *apud* MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente...**, op. cit, p. 302

¹⁴ Inexiste, até o presente momento, norma legal referente à responsabilidade social das empresas. Existiu, é verdade, um projeto de lei sob o nº 3.11/97, de iniciativa das então Deputadas Federais Marta Suplicy (PT-SP), Sandra Starling (PT-MG) e Maria Conceição Tavares (PT-RJ), o qual criava a obrigatoriedade de sua elaboração e publicação anual, pelas empresas privadas que tivessem cem empregados ou mais no ano anterior à sua elaboração e pelas empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos, em todos os níveis da administração pública, independentemente do número de empregados. Entretanto, o projeto foi arquivado em 01 de fevereiro de 1998. Em 1999, o deputado Paulo Rocha (PT-BA) apresentou outro Projeto de Lei sob o nº 32/99 com a mesma temática, também arquivado em 31 de janeiro de 2011.



empresas¹⁵. Também conhecido como Relatórios de Atividades Sociais, abarca fatores diversos, como o comprometimento com o meio ambiente, educação e conscientização ambiental, gerenciamento dos impactos ambientais, atividade ambiental, e o envolvimento com *stakeholders*¹⁶, o que lhe confere uma ampla divulgação das atividades empreendidas pelas empresas em várias perspectivas.

Documento publicado anualmente, reúne um conjunto de informações relativas às “atividades abalizadas por uma empresa, em promoção humana e social, dirigidas a seus empregados e à comunidade na qual está inserida. Neste sentido é um instrumento valioso para medir o desempenho do exercício da responsabilidade social em seus empreendimentos. Por meio dele, a empresa mostra o que faz por seus empregados e pela população que recebe sua influência direta”¹⁷. Existem vários modelos de balanço social, dentre os quais podem ser citados o do Instituto Ethos, do Instituto Brasileiro de Análise Social e Econômica (IBASE), de iniciativa do Sociólogo Herbert de Souza (Betinho), e o Global Reporting Initiative (GRI), que foi o utilizado pelo Grupo Boticário, objeto deste trabalho.

Também denominados de evidenciações ambientais, tratam-se de relatórios ambientais, socioambientais, ou simplesmente suplementos ambientais, que as empresas adotam para descrever e divulgar seu desempenho ambiental a todos aqueles que se interessam ou possam vir a se interessar em conhecer o comportamento da organização para com a sociedade. São relatórios que compreendem, “de forma genérica, o fornecimento de dados auditados ou não, relativos aos eventos e impactos das atividades da empresa com o meio ambiente e que envolvem, especificamente, riscos, impactos, políticas, estratégias, alvos, custos, despesas, receitas, passivos ou qualquer outra informação relevante de seu desempenho ambiental”¹⁸.

No estabelecimento das diretrizes de suas agendas, devem as empresas propugnarem por uma mudança de paradigmas, tanto conceituais, baseados nas ciências contemporâneas, quanto gerenciais, relativamente ao manufaturamento de produtos

¹⁵ BRANDALIZE, Adalberto et al. Responsabilidade social das empresas. **Revista Terra e Cultura Cadernos de Ensino e Pesquisa**, Londrina/PR, ano XX, n. 38, jan-jun, 2004, p. 168/169.

¹⁶ Termo utilizado em Administração, refere-se às partes interessadas que devem estar de acordo com as práticas de governança corporativa executadas pela empresa: acionistas, investidores, fornecedores, empregados, sindicatos, consumidores, ONGs, governo, entre outros.

¹⁷ SILVA, César Augusto Tibúrcio; FREIRE, Fátima de Souza. **Balanço social: teoria e prática**, incluindo o novo modelo do IBASE. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁸ TINOCO, João Eduardo Prudêncio; KRAEMER, Maria Elizabeth Pereira. **Contabilidade e Gestão Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.



advindos de nossos ecossistemas. É preciso unir conceitos econômicos e preocupações ambientais, não se admitindo hostilidade entre economia e ecologia¹⁹. A gestão ambiental nas empresas favorece tanto o meio ambiente quanto a empresa, que obtém retornos advindos de diversas frentes: do reconhecimento público, demonstrado pelo consumidor que privilegia as atitudes de empresas que investem em ações sociais, fator que potencializa a marca e reforça a imagem da organização; retorno tributário, através de benefícios fiscais instituídos pela legislação; e maior apoio por parte de empregados e parceiros; outrossim, o meio ambiente também é beneficiado, pela implementação de atitudes que visam a produção de bens e serviços voltadas a uma perspectiva de desenvolvimento sustentavelmente equilibrado.

2.3 PRÁTICAS SOCIAMBIENTAIS IMPLEMENTADAS PELO GRUPO O Boticário – INDICATIVOS DO ANO DE 2010

Foi da percepção de que todas as atividades humanas e relações interpessoais são interdependentes, e de que as decisões e atitudes de cada um podem influenciar, positiva ou negativamente a sustentabilidade em todos os seus vieses – sociais, econômicos e ambientais –, e acreditando que a sustentabilidade é uma forma de fazer negócio, pois “permite uma visão abrangente e integrada, que equilibra a viabilidade econômico-financeira com o respeito pelo meio ambiente e a construção de relacionamentos mais justos e responsáveis com a sociedade”, que a empresa O Boticário decidiu pautar suas condutas em valores que refletissem a sua preocupação e contribuição com o desenvolvimento social e a preservação do meio ambiente.

Princípios e práticas relacionadas à sustentabilidade estão incorporados na estratégia global da empresa, que conta com um modelo de governança bem definido, o que garante o sucesso de seu modelo de gestão sustentável, consubstanciado na determinação de temas prioritários no âmbito da sustentabilidade, inseridos de forma transversal e sistemática nos processos operacionais e decisórios da organização, pautados em seus valores, políticas, compromissos e as principais tendências do mercado nacional e internacional.

¹⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente...**, op. cit, p. 301.



Suas atividades iniciaram-se em 1977, nos moldes de uma farmácia de manipulação no centro de Curitiba/PR, pelo farmacêutico Miguel Krigsner. Em 1980 foi inaugurada sua primeira franquia em Brasília/DF, antes mesmo de surgir o conceito de franchising no país, e em 1982 sua fábrica, em São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba. Em 1985 já contava com 500 unidades espalhadas pelo Brasil, e em 1986 deu-se início à internacionalização da marca, que inaugurou sua primeira loja em Portugal. Atualmente é a maior rede de franquias de perfumaria e cosméticos do mundo, com 3.020 lojas distribuídas em 1.610 municípios brasileiros, nos quais empregam, direta e indiretamente, aproximadamente 16 mil pessoas, estando presente também, além de Portugal, na Venezuela, Paraguai, Angola, Arábia Saudita, Japão e Estados Unidos.

Sua preocupação com o meio ambiente data de 1990, ao criar a Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, primeira grande iniciativa da empresa no campo da sustentabilidade. Ressalte-se que tal iniciativa se deu antes de um dos grandes marcos da preocupação ambiental, representada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como Cúpula da Terra ou Eco-92, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, evento importante no cenário mundial por ter consagrado o conceito de desenvolvimento sustentável, o que coloca a empresa na vanguarda da preservação do meio ambiente. Em 2010 foi criado o Grupo Boticário, constituído das empresas O Boticário e da recém criada Eudora, e a fundação passou a ser intitulada Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza.

Esta pesquisa traz dados retirados do Relatório Anual de Sustentabilidade, disponibilizado pelo Grupo Boticário, que é composto das empresas O Boticário, Eudora e também da Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza, relativamente ao ano fiscal de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2010.

Segundo o relatório, seus destinatários ou, em linguagem Administrativa, seus principais *stakeholders*, são os acionistas, associações setoriais, clientes e consumidores, colaboradores, comunidade, empresas, consultoras de venda, fornecedores, franqueados, órgãos reguladores do Governo, instituições de ensino e pesquisa, meio ambiente, mídia e sindicatos.

Dentre suas práticas voltadas para a responsabilidade socioambiental externamente à empresa, podem ser citadas: é signatária, desde 2000, do Pacto Global²⁰,

²⁰ Tal pacto pretende promover um diálogo entre empresas, organizações das Nações Unidas, sindicatos, organizações não-governamentais e demais parceiros, para o desenvolvimento de um mercado global mais inclusivo e sustentável. Para atingir esse objetivo, o programa estabeleceu dez



programa da Organização das Nações Unidas (ONU) que busca encorajar empresas a adotar políticas de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade; é detentora, desde 2004, do selo Empresa Amiga da Criança, concedido pela Fundação Abrinq; e em 2010 elaborou uma proposta de política pública de baixo carbono, a qual foi entregue ao governo durante evento promovido pela Plataforma Empresas pelo Clima, programa que a empresa participa como membro fundador desde 2009.

Internamente, são várias as iniciativas relacionadas à sustentabilidade socioambiental:

a) relativamente aos fornecedores – o Grupo Boticário atestou que, dos 4.550 fornecedores cadastrados em 2010, 1.320 são do estado do Paraná. Embora não haja qualquer política para privilegiar fornecedores locais, esta ação acarreta uma redução na logística, o que reflete positivamente no meio ambiente pela redução também nos gases causadores do efeito estufa. O volume de compras apresentado foi de R\$ 1.099,00 milhão, 23% dos quais realizados com fornecedores locais. Há também a chamada Oficina de Sustentabilidade Anual, em que se estimula a reflexão e a sensibilização do tema para as empresas participantes, atribuindo àquela que apresentar evolução e resultados expressivos em relação à sustentabilidade o Prêmio de Sustentabilidade para Fornecedores.

Ademais, para garantir o cumprimento dos requisitos esperados por parte dos fornecedores, o Grupo Boticário instituiu uma equipe interna de auditoria que, a cada dois anos, realiza avaliações de acompanhamento e monitoramento desses fornecedores, sendo que em 2010, 51% do total dos fornecedores de insumos produtivos estratégicos foram submetidos a auditorias presenciais e, conseqüentemente, avaliados em relação às práticas de direitos humanos e meio ambiente. Por fim, a empresa exige dos fornecedores a subscrição a uma carta de compromisso, demonstrativa de que compactuam com os princípios de sustentabilidade do Grupo Boticário;

b) quanto à sociedade – a organização se preocupa com o desenvolvimento da sociedade, e para tanto investe em atividades de interesse público, apoiando ações culturais, ambientais e educativas, seja em parceria com outras instituições, por meio de incentivos fiscais e também através de Investimento Social Privado (ISP).

princípios relacionados às áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e corrupção. Não se trata de um instrumento regulador ou um código de conduta, e sim um programa de adesão voluntária pelas empresas, sindicatos e organizações da sociedade civil. A adesão ao Pacto é grande na atualidade, contando com mais de 5.200 organizações signatárias, articuladas por 150 redes ao redor do mundo. Informações mais detalhadas podem ser obtidas através do endereço eletrônico: <<http://www.pactoglobal.org.br/>>. Acesso em 20 set. 2010.



No ano de 2010, o Grupo aportou R\$ 8.512.473,00 por meio de incentivos fiscais, dos quais R\$ 7.372.273,00 – 86,6% do total incentivado – referentes à chamada Lei do Bem (lei 11.196/05), que prevê incentivos fiscais a empresas que desenvolvem inovações tecnológicas na concepção de produtos, no processo de fabricação ou na agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou ao processo. Para a Lei Rouanet de incentivo à cultura, foram alocados R\$ 500.000,00. O valor restante foi utilizado no apoio a outros programas sociais. Por meio da Política de Investimento Social Privado (ISP), o Grupo destinou R\$ 7.770.817,00 de sua receita líquida para iniciativas de conservação da natureza, culturais e educativas em parceria com outras instituições. Desde 2009, o Grupo Boticário patrocina o Jardim Botânico Municipal de Curitiba Francisca Maria Garfunkel Rischbieter, um dos cartões-postais da cidade, localizado em uma área urbana protegida de 17,8 hectares;

c) quanto às políticas implementadas pela Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza – instituída em 1990 sob a designação Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, tal denominação foi alterada em 2010 para Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza. Como toda fundação privada, trata-se de uma instituição sem fins lucrativos, de atuação nacional, sediada em Curitiba/PR. Dentre suas atividades para conservação da natureza, estão o apoio a projetos de outras organizações, proteção de áreas naturais próprias, desenvolvimento de mecanismos inovadores e disseminação de conhecimentos.

Até dezembro de 2010, a Fundação contabilizou o apoio a 1.247 iniciativas de conservação da natureza, que abrangeram todos os biomas brasileiros. Utilizando-se de diferentes linhas de financiamento, somou quase 10,3 milhões de dólares em doações para 400 instituições. Os resultados efetivos para o resguardo da biodiversidade foram contabilizados: 235 unidades de conservação beneficiadas com ações de criação, proteção ou manejo; 167 espécies brasileiras ameaçadas de extinção estudadas; 37 novas espécies de animais e plantas descritas, das quais quatro receberam nomes que fazem referência à Fundação.

A Fundação possui duas reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPNs) destinadas à proteção da natureza, localizadas em propriedades privadas, que refletem participação efetiva da sociedade na conservação da biodiversidade, complementando os esforços públicos na criação e manutenção de áreas protegidas. Uma delas é a Reserva Natural Salto Morato, unidade de conservação de natureza privada, com área total de 2.340 hectares, situada em Guaraqueçaba, litoral paranaense, maior e mais preservado



remanescente contínuo de Mata Atlântica do país. Foi adquirida em 1994 e aberta à visitação pública em 1996, tendo sido reconhecida em 1999 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) como Sítio do Patrimônio Natural da Humanidade. A outra, denominada Reserva Natural Serra do Tombador, com 8,9 mil hectares, está localizada no município de Cavalcante/GO, em uma das áreas consideradas pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) como de alta prioridade de conservação, tendo sido reconhecida como RPPN em maio de 2009. Sua proximidade com o Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros lhe atribui importante papel para a conservação do Cerrado.

Além de suas reservas naturais e do apoio a projetos, a Fundação Grupo Boticário incentiva proprietários particulares de terra a preservarem e conservarem suas áreas naturais, por meio de pagamento por serviços ecossistêmicos (PSE), batizado de Projeto Oásis, lançado em 2006, no município de São Paulo, onde é desenvolvida pela própria Fundação, com patrocínio da Mitsubishi Foundation Corporation for the Americas. Em 2009, a Fundação firmou nova parceria em um projeto para cálculo de pagamento por serviços ecossistêmicos no município de Apucarana/PR, e os primeiros contratos entre a prefeitura e os proprietários foram assinados em 2010. O pagamento dos serviços é feito através do Fundo Municipal do Meio Ambiente, para o qual a Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR) repassa, mensalmente, 1% do seu faturamento.

Há, outrossim, as Estações Natureza, em parceria com a Estação Ciência, atualmente em funcionamento em nas cidades de Corumbá/MS e São Paulo/SP. São exposições interativas sobre a natureza brasileira que objetivam instruir a população urbana sobre a questão ambiental, sendo que para escolas o atendimento é diferenciado, e inclui o fornecimento de material didático sobre a temática ambiental. Em 2010, a Estação Corumbá recebeu 5,6 mil visitantes, e a Estação São Paulo 73 mil visitantes.

d) concernente aos produtos e serviços – a empresa não realiza testes em animais e evita parcerias com empresas e instituições que mantenham estas práticas. Em atenção à responsabilidade ambiental pós-consumo, o Grupo Boticário, através da Associação Brasileira das Indústrias de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC), tem estudado formas de viabilização da reciclagem pós-consumo de seus resíduos, em atenção a Lei 12.305/10, que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e conforme o estabelecido no Decreto nº 7.404/10, que a regulamenta. Por essa lei a chamada logística reversa das embalagens tornou-se responsabilidade dos fabricantes, importadores e comerciantes dos produtos.



Desde 2006 conta com o Programa Reciclagem de Embalagens, em estímulo aos consumidores para que retornem à loja as embalagens da marca para o devido descarte após o consumo, atitude que contribui para a redução do impacto ambiental. O consumidor é informado do programa pelos consultores no momento da compra, e as lojas contam com coletores de embalagens e informativos para reforçar a iniciativa. Em 2010, todas as lojas abertas do O Boticário foram contempladas pelo programa. O material é recolhido nos estabelecimentos e encaminhado a parceiros regionais para descaracterização e reciclagem, para o que foram firmadas parcerias com as transportadoras que distribuem os produtos para as lojas, de modo a viabilizar o envio do material das embalagens pós-consumo aos destinatários de resíduos, sem isso represente custo aos franqueados.

A organização, por intermédio da ABIHPEC, integra também o projeto Dê a Mão para o Futuro, que se baseia na responsabilidade compartilhada, que pressupõe a atuação e mobilização de toda a sociedade para resolver a questão dos resíduos pós-consumo (plásticos, vidro, papel e metal). O projeto já foi implementado em Santa Catarina, Rio de Janeiro e Paraná. Desde 2007, a empresa de consumo O Boticário realiza a Avaliação do Ciclo de Vida (ACV) de suas embalagens, voltada à quantificação e mensuração dos impactos ambientais ao longo das etapas que compõem o ciclo de vida das embalagens. Para tal, utiliza refil nas suas linhas Active, Cuide-se Bem, Nativa SPA, Lily Essence, Intense e Make B., além de diversos desodorantes. Além de reduzir os impactos ambientais e minimizar a geração de resíduos, o refil apresenta em média, um preço 25% menor em comparação ao produto regular;

e) recursos naturais e biodiversidade – para gerir e reduzir os impactos ambientais produzidos na cadeia produtiva, a organização possui um sistema de gestão que segue a International Organization for Standardization (ISO) 14.001, sendo por ela certificada desde 2008. Em 2010, foram investidos R\$ 6.195.369,90 na gestão ambiental do Grupo Boticário, nas seguintes atividades: Central de Triagem de Resíduos (CTR) e Estação de Tratamento de Efluentes (ETE) – R\$ 766.931,53, Ecoeficiência – R\$ 3.928.800,00, Manutenção – R\$ 278.000,00, Auditorias, Sistema de Gestão Integrada (SGI), Educação Ambiental e Monitoramentos – R\$ 130.934,97, Programa de Reciclagem de Embalagens e Análise do Ciclo de Vida (ACV) – R\$ 1.090.703,43.

Relativamente à água, as iniciativas vão desde a instalação de controles de abertura de torneiras e chuveiros à captação da água de chuva para utilizar na jardinagem, além ações para aumentar o reuso interno do recurso. A organização possui um sistema de limpeza chamado Clean in Place (CIP), aplicado nos equipamentos de fabricação, e que



representou uma redução de 39% no consumo de água neste processo, entre sua instalação em novembro de 2009 e dezembro de 2010. O volume de água reciclada e reutilizada foi de 5.416 m³ no ano, equivalente a 8% do total utilizado na planta²¹. Os efluentes gerados na Planta Industrial passam pela Estação de Tratamento de Efluentes (ETE), e é utilizado o método de tratamento lodo ativado, e atende os padrões de lançamentos previstos na legislação pátria, tendo sido tratados 50.934 m³ de efluentes no ano de 2010, sendo que a eficiência de remoção de carga orgânica foi de 98%.

Quanto à energia, em 2010 houve redução de 3% do consumo de energia elétrica na operação da Planta Industrial e de 34,5% no consumo de energia elétrica por mil unidades produzidas em comparação com o ano de 2009. Essa redução foi alcançada através da adequação do uso do ar-condicionado aos turnos de trabalho, substituição de lâmpadas por outras de maior eficiência, instalação de sensores de presença em locais de passagem e individualização dos circuitos de iluminação, permitindo o desligamento parcial da luz nos setores de trabalho. Ademais, alguns processos e equipamentos foram substituídos e adequados por outros mais eficientes.

O Grupo Boticário utiliza, outrossim, outras fontes de energia nas operações da Planta Industrial e do Centro de Distribuição²², como gás natural no aquecimento das caldeiras; diesel e biodiesel para abastecer geradores; e gasolina e etanol na frota de veículos. Pela substituição da fonte de alimentação das caldeiras de gás liquefeito de petróleo por gás natural detectou-se uma redução de 22% nas emissões diretas na planta de gases causadores do efeito estufa, nos dois últimos anos (2009 e 2010).

A empresa conta também com o Programa de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, que direciona todas as etapas do processo, desde a segregação e o acondicionamento até a destinação final dos resíduos, cujo destino pode ser o coprocessamento (534,3 toneladas), aterro industrial (113,8 toneladas), incineração (0,2 toneladas) ou reciclagem (1.785,8 toneladas). O índice global de reciclagem na Planta Industrial no ano de 2010 de 95%; e

f) mudanças climáticas – a empresa de consumo O Boticário participa, desde 2008, do Programa Brasileiro Greenhouse Gas Protocol, destinado a adaptar as metodologias de quantificação ao cenário nacional, através da compatibilização de melhores práticas às normas internacionais, como os padrões e metodologias do próprio GHG Protocol, normas

²¹ Por planta ou planta industrial entenda-se a matriz, que agrega setores administrativos e também a fábrica da empresa, localizada em São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba/PR.

²² O Centro de Distribuição é localizado na cidade de Registro/SP, e foi inaugurado no início de 2010.



ISO e Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC). Aderiu também ao programa Empresas Pelo Clima (EPC), em 2009, cujo objetivo é a promoção permanente do equilíbrio climático por intermédio da adoção de estratégias, políticas e sistemas de gestão das emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE), estimulando as empresas que a ele aderirem a posicionarem-se quanto a um marco regulatório para uma economia de baixo carbono no país.

Também em 2009 assinou o Comunicado de Copenhague sobre Mudanças Climáticas, apresentado durante a Conferência do Clima em Copenhague (COP15), acordo mundial que responde realisticamente à escala e à urgência das crises ambientais enfrentadas pelo mundo globalizado. E em 2010 a Fundação criou o Projeto Bio&Clima – Lagamar, estruturado no litoral do Paraná e litoral sul de São Paulo, região considerada um dos maiores berçários de vida marinha do mundo e integrante da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, com o objetivo de gerar conhecimento no que compete aos impactos das mudanças climáticas sobre a biodiversidade, bem como fazer recomendações quanto ao manejo das unidades de conservação.

O Grupo Boticário realiza também o levantamento e monitoramento anual das fontes emissoras de gases que provocam o efeito estufa desde 2006, atividade iniciada pela empresa de consumo O Boticário, na qual são quantificadas e qualificadas as emissões decorrentes de suas atividades. A empresa busca formas de mitigar emissões nas suas atividades diárias, solicitando às transportadoras contratadas que usem veículos regulados para reduzir o consumo de combustível fóssil; igualmente estimula seus colaboradores a utilizar o transporte coletivo, como ônibus fretados disponibilizados pela organização, além de incentivar a carona solidária. Há também a instalação de salas de videoconferência, com o propósito de reduzir a quantidade de viagens dos colaboradores. A redução do consumo de energia e o gerenciamento dos resíduos são outros exemplo de colaboração para a mitigação de emissões de gases do efeito estufa.

3. CONCLUSÃO

É importante ressaltar que o movimento ambientalista passou por mudanças significativas, migrando do preservacionismo para o socioambientalismo, na medida em que a noção de sustentabilidade passa a englobar também os aspectos sociais econômicos inerentes ao desenvolvimento sustentável.



Cada vez mais os consumidores se conscientizam da realidade ambiental e da necessidade de criação de mecanismos para o consumo sustentável. O consumidor deu-se conta da necessidade de que buscar uma coexistência harmônica entre homem e meio ambiente é tarefa de todo cidadão que reconheça a destruição que a humanidade vem produzindo em nome da produtividade e do progresso. É, em verdade, uma missão política, ética e jurídica de cada um para com a coletividade – presente e futura.

O direito a um ambiente sadio é uma prerrogativa inalienável e impostergável do ser humano. Por se tratar de um direito humano fundamental, traduz-se em uma liberdade a ser conquistada socialmente: a liberdade de viver e deixar viver com qualidade.

O paradigma de dominação que perdurou por anos e anos, e que caracterizava as relações entre o meio ambiente e o homem precisa – e deve – ser superado. A “coisificação” da natureza, advinda do desenvolvimento científico-cultural submetido ao controle do capital, caracterizada por uma ambição e arrogância desmedidas por parte do homem moderno já não mais se justifica ante o panorama contemporâneo. A perspectiva do homem como centro do universo e referência máxima e absoluta de valores foi substituída por uma nova cosmovisão, agora ecocêntrica, onde a vida passou a ser considerada o valor mais expressivo do ecossistema planetário. É preciso que se enfatizem os valores fundamentais, potencializando a ética da alteridade. O meio ambiente reclama sua tutela com fulcro no seu valor intrínseco, e não apenas pela sua tradução econômica ou simples utilidade que os recursos naturais possam propiciar ao homem. Pelo novo paradigma – o de uma visão antropocêntrica alargada – o homem é guardião da biosfera, e não mais o seu dono.

Da análise realizada foi possível concluir que, inobstante inexistir legislação específica a regulamentar a responsabilidade socioambiental das empresas, a população tem presenciado a mudança do perfil das corporações, agora muito mais cômicas de que precisam integrar-se às preocupações de toda a humanidade relativas ao socioambientalismo, devendo implementar práticas socialmente justas, economicamente viáveis e ambientalmente sustentáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDALIZE, Adalberto et al. Responsabilidade social das empresas. **Revista Terra e Cultura Cadernos de Ensino e Pesquisa**, Londrina/PR, ano XX, n. 38, p. 164-173, jan-jun, 2004.



BRANDLI, Elisangela Nicoloso et al. Diagnóstico preliminar dos custos ambientais de uma empresa do setor alimentício na unidade industrial de Passo Fundo-RS. **GEPROS: Gestão da produção, Operações e Sistemas/Departamento de Engenharia de Produção da Faculdade de Engenharia da UNESP e Faculdade Etapa**, Bauru: Departamento de Engenharia da Produção da Faculdade de Engenharia da UNESP e Faculdade Etapa, ano 3, n. 2, p. 75/88, abr-jun, 2008.

CABRESTÉ, Sonia Aparecida; GRAZIADEI, Tânia Maria; POLESEL FILHO, Pedro. Comunicação estratégica, sustentabilidade e responsabilidade socioambiental: um estudo destacando os aspectos teórico-conceituais e práticos. **Conexão – comunicação e cultura/Revista de comunicação da Universidade de Caxias do Sul**, Caxias do Sul: Educs, v. 7, n. 13, p. 39-58, jan/jun, 2008.

CZINKOTA, Michael R. et al. **Marketing: as melhores práticas**. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Grupo Boticário. **Relatório de sustentabilidade 2010**. Disponível em: <<http://hotsites.grupoboticario.com.br/sustentabilidade/port/ra/index.htm>>. Acesso em 20 set. 2011.

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. **Responsabilidade social empresarial para micro e pequenas empresas: passo a passo**. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/_Unifilho/Documents/responsabilidade_micro_empresas_passo.pdf>. Acesso em 20 set. 2011.

MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro; ZYLBERSZTAJN, Decio. A empresa socialmente responsável: o debate e as implicações. **Revista de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo**, São Paulo: FEA/USP, v. 39, n. 3, p. 242-254, jul/ago/set, 2004.

MARQUES, Sônia Mara. Maximizando o valor da empresa através da ética e da responsabilidade social. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, Ano XI, n. 35, p. 26-31, dez, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5.ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, César Augusto Tibúrcio; FREIRE, Fátima de Souza. **Balço social: teoria e prática, incluindo o novo modelo do IBASE**. São Paulo: Atlas, 2001.

TINOCO, João Eduardo Prudêncio; KRAEMER, Maria Elizabeth Pereira. **Contabilidade e Gestão Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.



**VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS LICITANTES E CONTRATADOS EM
FACE DAS PRERROGATIVAS DO PODER PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO
CONTRATANTE**

**Violation of Fundamental Rights Bidders And Contracting In The Face Of The
Privileges Of The Contracting Punitive Power**

Regeane Bransin Quetes

Faculdades Integradas do Brasil-UNIBRASIL

regiquetes@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a discussão instaurada pela doutrina a cerca das sanções administrativas aplicadas a licitantes e contratados, de acordo com a Lei 8666 de 93. Muitos são os problemas apresentados pelos doutrinadores no que tange a estas sanções administrativas, assim como a respectivas violações a princípios constitucionais. No entanto, não há consenso entre os doutrinadores no que diz respeito aos rol de problemas elencados e muito menos a resolução dos mesmos. Portanto, há necessidade de se avaliar os posicionamentos doutrinários, a fim de procurar soluções que objetivem a integral proteção dos direitos dos licitantes e contratados em face do poder punitivo da administração contratante. Pois, o poder punitivo e as sanções aplicadas aos mesmos decorrem das prerrogativas da Administração Pública (inerentes ao princípio da Supremacia do Interesse Público), e, portanto, só serão eivadas de legitimidade ao passo que sejam observadas as sujeições especiais (inerentes a indisponibilidade do Interesse Público) a que está subordinado o Poder Público, a fim de que o direito administrativo sancionador tenha sua finalidade respeitada, que é de proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, bem como observar os princípios que regem o direito e que são “mandamento nuclear” do sistema jurídico.

PALAVRA CHAVE: licitantes e contratados; direitos fundamentais; prerrogativas; supremacia do interesse público; princípios;

ABSTRACT

The presented work has as goal to analyze the discussion established by the doctrine about the administrative sanctions applied to bidders and contractors, on the basis of law 8.666/93. The instructors have brought many problems about administrative sanctions, as well the concerning constitutional principles violations. Thereby, there is not any concernment between the instructors and the listed problems listed and fair less to the solving of them. Therefore, based on the above considerations there is the need to avaluate the douctrinaring positioning, in order to find an answer wich are aimed at the full protection of the bidder and contractors rights in view of the punitive power of the contractive administration. For the punitive and the sanctios resulting the same prerogatives of Public Administration (inherent in the principle of supremacy interest), and therefore will not be bedet whit legitimacy while they are in compliance with the special constraints (inherent in the unavailability Public interest) that is subordinate to the Government, in order for sactioning administrative law has respected is purpose, which is to protect the fundamental rights and guarantees of



individuals, as well as observing the principles governing the law and “command nuclear” the legal system.

KEY TERMS: bidders and contracted parties; fundamental rights; prerogatives; supremacy of the public interest; principles.

INTRODUÇÃO

As sanções administrativas impostas a licitantes e contratados encontram-se dispostas na Lei de Licitações nos artigos 86 a 88 e são: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de idoneidade, estando em ordem de gravidade e devendo ser utilizados de acordo com o princípio da proporcionalidade.

No entanto, segundo a doutrina tais sanções possuem inúmeros problemas no que tange a sua aplicabilidade e as suas disposições, e ainda, causam mal ferimento a princípios constitucionais.

Procura-se aqui, enfrentar as discussões proferidas pela doutrina em relação à violação de princípios, ocasionados pela aplicação destas sanções. Sobre a violação de princípios oportuna é a lição de Celso Antonio Bandeira de MELLO para quem a violação de um princípio “é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos”.¹

A presente reflexão é de que a aplicação de sanções em face de licitantes contratados é uma prerrogativa da Administração Pública, entretanto, tais sanções somente serão legítimas na medida em que sejam observadas sujeições especiais as quais se submete o Poder Público, neste ponto é que se encontra o objeto de maior relevância do tema e o motivo pelo qual este foi escolhido.

Portanto, com base na metodologia escolhida defende-se a necessidade de garantias dos direitos fundamentais aos administrados em face desta prerrogativa da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por meio de uma perspectiva única do sistema jurídico considera-se que o objetivo maior do direito administrativo sancionador é a “proteção dos direitos fundamentais (...), pois

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.



neles reside o fundamento da ordem política e da paz social, sendo os direitos fundamentais o substrato dos bens jurídicos tutelados”.²

Fabio Medina OSÓRIO explicita que “**o sistema punitivo existe para proteger não apenas as vítimas dos ilícitos, mas também a cidadania em geral contra o arbítrio do poder**”.³ (sem grifos no original)

Celso Antonio Bandeira de MELLO demonstra que em face do princípio da supremacia do interesse público a Administração, possui privilégios, no entanto, “de modo algum autorizam a suposição de que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos”.⁴

Desta forma segundo o autor quanto mais prerrogativas atribuídas ao Poder Público, mais sujeições lhe envolvem. Ademais, salienta que “o dever e a finalidade são predominantes, no domínio à vontade (...). Antes, para este coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”⁵

Portanto, não podem ser admitidas sanções que acarretem mal ferimento a qualquer princípio consagrado pela Constituição, vez que havendo infração aos mesmos o poder sancionador da Administração tem sua finalidade desviada, que precipuamente é a de proteger e garantir os direitos fundamentais.

As licitações e contratos possuem a finalidade de atender o interesse público, portanto, a Administração detém prerrogativas como, por exemplo, as ditas cláusulas exorbitantes, sendo uma delas a competência de interpor sanções, que tem a finalidade de “assegurar o cumprimento do contrato e a satisfação do interesse publico”, bem como assegurar eventuais indenizações para restabelecer algum prejuízo causado, de forma a inibir condutas que possam vir a gerar novos danos, e ainda garantir os princípios da “legalidade e moralidade” e demais princípios a ela inerentes.⁶

² KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito Administrativo Sancionador**: Apontamentos Gerais Sobre As Infrações Administrativas E Alguns Aspectos De Sua Relação Com O Direito Penal. [Dissertação de Mestrado]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/browse?type=aulhor=&value=Krussewski%2c+Cristina>. Acesso em: 10 mar. 2011. 109.

³ OSÓRIO, Fabio Medina. **20 anos da constituição cidadã** Rio de Janeiro : Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 74.

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 71.

⁵ Ibidem, p. 73-75.

⁶ Ibidem, p. 112.

As sanções administrativas dispostas na Lei de Licitações consistem em advertência, multa, suspensão temporária e declaração de idoneidade.⁷ Segundo Marçal JUSTEN FILHO a referida lei prevê as quatro espécies de sanções administrativas de maneira que as duas primeiras são internas aos contratos e duas segundas externas.⁸

Segundo Jessé Torres PEREIRA JUNIOR as sanções aplicáveis a licitantes e contratados (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de idoneidade) estão num rol *numerus clausulus*⁹, ou seja, estão expressas em rol taxativo, e, portanto, não podem ser ampliadas. Ainda ilustra que o bem jurídico a ser tutelado por estas sanções é a “execução do contrato”.¹⁰

DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA FACE AOS PROBLEMAS DO SANCIONAMENTO A LICITANTES E CONTRATADOS E VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

Para Rafael Munhoz de MELLO a Lei de Licitações é um exemplo clássico de ordenamento punitivo que afronta ao princípio da tipicidade, pois a norma não foi redigida com clareza e precisão que são requisitos deste princípio. Para o autor o artigo 87 que dispõe sobre as sanções aplicáveis a inexecução total ou parcial do contrato, descreve uma expressão vazia e sem precisão, podendo caracterizar diversos fatos.¹¹

Além disso ao infrator poderá ser aplicada qualquer uma das quatro sanções dispostas na lei, sem que haja qualquer tipo de critério objetivo na escolha do administrador que agirá com liberdade ilimitada, causando ao administrado desconhecimento da sanção que pode lhe ser atribuída em face de comportamento que se enquadre nesta modalidade de infração, sendo assim violando o princípio da tipicidade, bem como da segurança jurídica e do Estado de Direito.¹²

Segundo Marçal JUSTEN FILHO a não observância do princípio da especificação é corrente na lei 8666/93, visto que elencou as sanções, mas não discriminou as hipóteses de aplicação, sendo assim atribuindo a autoridade Administrativa o poder de

⁷ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre Infrações e Sanções Administrativas no âmbito das Licitações e Contratos Administrativos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**. Curitiba, v. 14, n. 163, p. 891-900, set, 2007, p. 894.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 622

⁹ Julieta Mendes Lopes VARESCHINI salienta que “para a modalidade pregão, há previsão específica no artigo 7º da Lei 10.520/02. [VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitação...**, p. 260.

¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 788.

¹¹ MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 137-138.

¹² *Ibidem*, p. 138.

discricionariedade, que segundo o autor transgride preceitos constitucionais, em especial o artigo 5º da CF em que garante que não “haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação” e ainda o inciso que garante a individualização da pena.¹³

Rita TOURINHO muito bem coloca que “é inegável que aqueles que firmam contratos com a Administração Pública possuem o direito de saber quais as específicas conseqüências dos seus atos. Obviamente que a falta de previsão legal quanto a tipicidade de infrações e a correspondente sanção acaba por possibilitar decisões diferenciadas em situações similares”.¹⁴

Marçal JUSTEN FILHO tem lecionado no sentido de que a atribuição de discricionariedade administrativa, no que concerne a aplicação de sanções está em desconformidade com a Constituição, pois fere um dos princípios corolários do direito que é o da legalidade¹⁵. Pois, “não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da hipótese de incidência da sanção (...). A imposição de sanções administrativas depende previsão tanto da hipótese de incidência quanto da conseqüência (...). Ocorre, porém que o artigo 87 restringiu-se a arrolar um elenco das sanções administrativas cabíveis”.¹⁶

Romeu Felipe BACELLAR em oportunidade que discorre sobre o tema declara sua extrema concordância com o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, e ressalta que diante de todo argumento exposto pelo doutrinador não há como admitir a aplicação das sanções do artigo 87 da lei 8666/93, sendo assim afirma que defende “a posição segundo a qual no direito administrativo disciplinar não se admite a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção”¹⁷ com fundamento no artigo 5º inciso XXXIX também citado por JUSTEN FILHO.

Para o autor paranaense a fórmula que traria aplicabilidade ao referido artigo seria a previsão da hipótese objetiva de aplicação das sanções, em especial das sanções de suspensão e declaração de idoneidade nas Leis Estaduais, de maneira a respeitar a norma geral e criando critérios em consonância com os princípios consagrados pela Constituição. Pois, tais sanções possuem o caráter de maior severidade, portanto não podem ser aplicadas até que Lei Estadual descreva seus critérios de aplicação, caso contrário haverá

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**, p. 616-617.

¹⁴ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre Infrações e Sanções Administrativas no âmbito das Licitações e Contratos Administrativos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**. Curitiba, v. 14, n. 163, p. 891-900, set, 2007, p. 894.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**, p. 617.

¹⁶ Ibidem, p. 619.

¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 241.



afronta ao princípio da legalidade e por conseqüência a inconstitucionalidade do ato administrativo praticado.¹⁸

Segundo Eduardo Rocha DIAS no que tange as soluções encontradas pelos autores para resolver o problema de aplicação das sanções nos artigos 86 á 88 ocorre duas possibilidades: a primeira alude-se ao entendimento que foi descrito até o momento nesta monografia que foi consagrado por Marçal JUSTEN FILHO e como já foi examinado entende não haver possibilidade de aplicação de sancionamento, afinal o cabimento da sanção deve ser delimitado por lei e não pelo administrador em editais ou atos regulatórios em face do poder discricionário.¹⁹

A segunda solução apontada pelo autor e adotada por outra parte da doutrina é de que este problema pode ser solucionado por meio da atuação da Administração que respeitando os limites da lei 8666/93 e do devido processo legal poderá preencher a lacuna deixada pela lei nos instrumentos convocatórios e no contrato.²⁰

Esta segunda solução é adotada por Rita TOURINHO que declara ter posicionamento diverso de Marçal JUSTEN FILHO, pois entende que o poder discricionário da Administração Pública é atribuído para que esta efetue o poder-dever de administrar a República, e, portanto é inerente a lei. Ainda ressalta que a omissão legislativa não impede a aplicação das sanções e que adota o posicionamento de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO que possui entendimento de que o poder disciplinar não necessita efetuar definição específica.²¹

Para a autora o que pode ser realizado em nome da Segurança Jurídica, a fim de garantir maior previsibilidade é a “Administração Pública por meio de ato regulamentar ou mesmo no edital de licitação, delimitar de forma mais precisa os pressupostos do sancionamento, evitando-se a prática de arbitrariedades”.²²

Eduardo Rocha DIAS também adere à segunda solução e na conclusão de sua obra assenta que apenas por determinação legal é que podem emergir infrações e suas respectivas sanções em conformidade com o artigo 5º inciso XXXIX, CF, sendo assim não compete a Administração a atribuição de criar infrações e sanções em nome do poder

¹⁸ Ibidem, p. 246.

¹⁹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 75.

²⁰ Idem.

²¹ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 894

²² Ibidem, p. 895.

discricionário, pois não se trata de poder disponível aos administrados e sim reserva de lei.
23

Porém o que ocorre na lei 8666/93 é a não especificação das expressões, de maneira a não discriminar os requisitos de aplicação das sanções, que para o autor pode ser resolvido com a previsão destes requisitos nos “atos convocatórios e pelos contratos posteriormente assinados (...) observando-se sempre os princípios constitucionais referentes à atividade punitiva do Estado, bem como os direitos individuais de licitantes e contratados”.²⁴

Muitos outros problemas são elencados pela doutrina no que se refere às sanções aplicadas pela Lei 8666/93, como a violação ao ideal federativo.

Para Rita TOURINHO uma primeira violação ao princípio federativo ocorre tendo em vista a determinação da norma de aplicação de sanção de idoneidade somente por Ministros do Estado e Secretários Estaduais e Municipais, sendo assim há uma forma latente de transgressão ao princípio federativo, pois não respeita as competências dos demais entes e ainda gera uma situação de dúvidas, pois como ocorreria a aplicação de sanção na administração indireta, vez que esta não se encontra em situação de subordinação em face da administração direta.²⁵

Outro tema que gera controvérsia em face ao princípio federativo é o da extensão dos efeitos da suspensão do direito de licitar e o da declaração de idoneidade, segundo Eduardo Rocha DIAS esta discussão é gerada pela interpretação das expressões Administração Pública e Administração, que se encontram no artigo 87 mais especificamente nos incisos III e IV.²⁶

A letra dos incisos acima mencionados e do XII do artigo 87 da Lei de Licitações fez com que muitos doutrinadores entendessem que a aplicação da lei de suspensão temporária do direito de licitar se restringisse apenas ao órgão que lhe impôs, enquanto a declaração de idoneidade teria efeitos estendidos a todos os entes da federação, interpretação esta criticada por Rita TOURINHO.²⁷

Salienta-se que no que diz respeito ao entendimento de que a suspensão provisória do impedimento de licitar “pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma

²³ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções...**, p. 113.

²⁴ Idem.

²⁵ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 898.

²⁶ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanção...**, p. 101.

²⁷ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 898-899.



licitação ou a um tipo de contrato”²⁸ é defendida por Hely Lopes MEIRELLES que prevê esta possibilidade.

A crítica de Rita TOURINHO sugere que a suspensão do direito de licitar se estenda ao ente federativo ao qual pertence o órgão que aplicou a sanção, pois como se sabe a descentralização tem a função apenas de otimizar a divisão de competências da Administração, pois os órgãos que a compõe não são providos de personalidade jurídica, sendo assim para a autora a estrutura da administração pode se comparar ao corpo humano, em que a administração direta figura como corpo e as “unidades pelas quais atua seriam os órgãos que compõe este corpo. Um órgão sozinho não tem razão de ser, pois existe em função do conjunto”.²⁹

No que se refere a declaração de idoneidade a argumentação é de que o artigo 86 a 88 atribui poder discricionário a Administração no que diz respeito a aplicação da sanção, portanto, entender que tal sanção tem efeitos estendidos a todos os entes federativos é a mesma coisa que cercear um ente de exercer sua função discricionária em detrimento de outro.³⁰

Segundo Jessé Torres PEREIRA JUNIOR de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal de Contas de 1992 em seu artigo 46 não há como ser estendido os efeitos da declaração de idoneidade a outros entes federativos de forma que se restringira a esfera de atuação e ainda ressalta que “uma empresa declarada inidônea por Administração em um determinado Estado, poderá continuar participando de licitações e contratando com a Administração da União dos demais Estados e Municípios (...)”.³¹

Porém entende que esta situação é deplorável, visto que uma empresa que age dolosamente e descumpra um contrato efetuado com o Poder Público não poderia contratar com o mesmo em qualquer das esferas.³²

Sobre o assunto de extensão dos efeitos da declaração de idoneidade Hely Lopes MEIRELLES entende que: “A idoneidade, ao nosso ver, só opera efeitos em relação a Administração que a declara, pois que sendo uma restrição a direito não se estende a outras Administrações. Assim a declaração de idoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 218

²⁹ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 899.

³⁰ Idem.

³¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários...**, p. 790.

³² Idem.



Município só impede a contratação com as entidades e órgão de cada uma dessas entidades estatais”³³.

A situação ganha maiores proporções segundo Rita TOURINHO se analisada mediante perspectivas de que as hipóteses em que se impõe ao indivíduo sanção não tem caráter de norma geral, sendo assim o que pode ocorrer é que um ente terá que se submeter a aceitar a aplicação de sanção que em lei específica teria outro desfecho ou aplicação de sanção distinta, diante desta argumentação se está diante de clara infração da autonomia federativa, logo do princípio federativo.³⁴

A repercussão da declaração de idoneidade em todos os entes da federação segundo a autora não pode ser acatada por diversos motivos, dentre eles a não existência de um sistema integrado que possa comunicar a todo o país a aplicação da sanção por qualquer dos inúmeros entes da federação, o que pode vir a causar diversos inconvenientes.³⁵

Eduardo Rocha DIAS também elenca a ausência de cadastro unificado como um dos óbices da extensão dos efeitos da sanção, assim cita mais um obstáculo que é a determinação do artigo 88 que possibilita a aplicação da sanção a pessoas jurídicas de maneira a não permitir à aplicação de sanção no âmbito pessoal, que poderão concretizar uma nova sociedade a fim de continuar contratando com o Poder Público.³⁶

Para evitar este último problema o STJ proferiu decisão no sentido de que a “constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada idônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude a lei de licitações 8666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica”.³⁷

Entretanto, mesmo admitindo a existência de óbices na extensão dos efeitos da sanção Eduardo Rocha DIAS **posiciona-se de maneira distinta de Rita TOURINHO**, visto que afirma possuir a lei 8666/93 várias normas de caráter geral, por exemplo, nas que dispõe sobre princípios, e, portanto, deve ser respeitada pelas demais esferas federativas, logo não poderiam os entes em sede de legislação específica dispor de sanções distintas das mencionadas na Lei de Licitação que utiliza-se ao referir a sanção de declaração de

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op.cit., p. 218.

³⁴ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 899

³⁵ Idem.

³⁶ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções...**, p. 105

³⁷ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 900.



idoneidade o vocábulo Administração Pública, sendo assim os efeitos se “irradiam por todas as esferas do governo”³⁸

Por fim, cabe citar dois posicionamentos que sintetizam a divergência doutrinária sobre a liberdade dos entes federativos em legislar sobre as sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados:

De um lado têm-se Marçal JUSTEN FILHO que acredita não ser a lei 8666/93 norma geral, sendo assim “cada entidade federada, ao disciplinar o sancionamento administrativo poderá dispor com total liberdade³⁹ acerca do assunto (...)”⁴⁰. E de outro Romeu Felipe BACELLAR FILHO que entende que “não teria sentido que cada ente da federação pudesse criar tipos ou sanções diferentes, sendo necessário que, nessa matéria haja uma aplicação uniforme para todos os entes da federação.”⁴¹

No mesmo sentido de Romeu Felipe BACELLAR FILHO leciona Jessé Torres PEREIRA JUNIOR que comenta que em face do princípio da isonomia e da impessoalidade “normas gerais devem estar sujeitas a sanções previstas em normas igualmente gerais”.⁴²

Porém, a tese defendida por Romeu Felipe BACELLAR dá especial atenção a distinção anteriormente exposta com as situações em que a Lei de Licitações possui normas abertas que devem ser sanadas por leis locais para que possam ser aplicadas,⁴³ como nos casos de não imposição das sanções administrativas por omissão legislativa no que se refere aos pressupostos de aplicação das mesmas.

Outro princípio que segundo parte dos administrativistas pode ser violado na aplicação de sanções administrativas em face de licitantes e contratados é o da proporcionalidade.

A Lei de Licitações permite a cumulação de sanções administrativas, como no caso em que as demais sanções podem ser cumuladas com a sanção de multa, esta possibilidade é defendida por Marçal JUSTEN FILHO que entende que um comportamento pode configura-se com gravidade tal que permite a cumulação de duas sanções, inclusive a cumulação das sanções de declaração de idoneidade e suspensão do direito de licitar.⁴⁴

³⁸ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções**..., p. 105.

³⁹ Porém, o autor faz ressalvas no que pertence à matéria de cunho penal dizendo que haverá “total liberdade acerca do assunto. Desde que não ingresse em matéria de legislação penal (...)”[JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**..., p 624-625]

⁴⁰ Idem.

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu. **Reflexões**...,p. 239.

⁴² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários**..., p. 782-783.

⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu. **Reflexões**..., p. 239.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 624.



Para Eduardo Rocha DIAS a multa pode ser acompanhada pelas demais sanções, ou seja, aplicada cumulativamente, no entanto, para o autor o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO não é o melhor entendimento, pois viola o princípio da proporcionalidade, bem como não observa a extensão do princípio *non bis idem*, visto que a declaração de idoneidade só pode incidir nos casos de reiterada infração em que se aplica a sanção de suspensão de participar de certames licitatórios.⁴⁵

Ainda, no que se refere ao princípio da proporcionalidade ao observar-se o artigo 2º, inciso VI⁴⁶ da Lei de processo administrativo transcende a necessidade deste princípio no que tange a aplicação da sanção administrativa, desta forma não pode a Administração Pública propor sanção mais severa do que a cabível e “necessária ao atendimento do interesse público”.⁴⁷

Sendo assim, a validade da aplicação das sanções dispostas no artigo 87 estão condicionadas à adequação da infração cometida e da respectiva sanção, de maneira que há uma ordem gradual entre as sanções que podem ser observadas na própria Lei de Licitações em que as infrações menos graves devem ser reprimidas com a sanção de advertência e conforme aumento de gravidade da conduta reprovável deverão ser aplicadas nessa ordem: a multa, suspensão temporária e por fim em ações de extrema gravidade a declaração de idoneidade, orientação esta que inclusive já vem sendo adotada pelos Tribunais.⁴⁸

Por esta razão Helly Lopes MEIRELLES descreve que as sanções mais severas (suspensão do direito de licitar e declaração de idoneidade) só podem ser aplicadas para “atos culposos e de má fé”.⁴⁹

Ainda, Odete MEDAUAR informa que “embora não esteja explícito parece claro que só poderão ser aplicadas às sanções previstas na lei de modo proporcional a gravidade do fato”.⁵⁰

⁴⁵ DIAS, **Sanções...** p. 113.

⁴⁶ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. VI adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento ao interesse público.

⁴⁷ CORREIA, Marcelo Britto da Costa. **As sanções e os Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/autor/marcelo-britto-da-costa>. Acesso em: 19 abril. 2011.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 218..

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 215.



Entretanto, a prática têm se demonstrado diversa, autoridades tem aplicado sanções de forma descabida o que acarreta mal ferimento ao princípio da proporcionalidade, e não observância dos limites impostos pela própria lei.

Desta forma o particular tem procurado o judiciário, a fim de que este absurdo seja revertido como pode ser observado no Mandado de Segurança abaixo, em que foi reconhecida que as sanções estão dispostas de maneira gradual na Lei de Licitações:

“as sanções previstas no art. 87 e seus incisos da lei nº 8666 (...), apresenta-se de forma gradativa e a parte impetrada aplicou ao impetrante uma pena mais grave que possivelmente poderá trazer sérios prejuízos, com a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do mesmo(...)”⁵¹

Os Tribunais Regionais Federais têm julgado nesta mesma senda como pode se observar em trechos de decisões: “A dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a legalidade do bem protegido. falta contratual de natureza leve não deve ser apenas acirradamente com a proibição do direito de licitar.”⁵²

Passada análise de suposta violação ao princípio da proporcionalidade importante discorrer sobre outra preocupação entre os estudiosos no que diz respeito ao prazo prescricional que tem a Administração para a aplicação das sanções administrativas aplicadas a licitantes e contratados.

A fundamentação da prescrição encontra-se segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO no princípio da segurança jurídica, além de que, salvo duas hipóteses do artigo 5º da CF⁵³ a prescritibilidade é regra e eleva a garantia constitucional.⁵⁴

Para Eduardo Rocha DIAS a prescrição tem alicerce no princípio da segurança jurídica em que uma sanção não pode ser aplicada adi eterno, a doutrina quase que em sua maioria defende que o prazo a ser imposto no que tange a prescrição administrativa é de cinco anos de acordo com o Decreto 20.910/32. O autor leciona no sentido de que em detrimento da indisponibilidade do poder de punir deve ser adotado o prazo de cinco anos

⁵¹ Mandado de Segurança n. 001.2004.000051-7. Primeira Vara da Fazenda Pública da Capital. Juiz Wagner Ramalho Procópio. Disponível em: <http://www.tjpe.gov.br/falecomjud/Comarcas/consulta2comarca.asp?cod=1%20%20&cidade=Recife&forum=Forum%20Desembargador%20Rodolfo%20Aureliano&endereco=AV%20Desembargador%20Guerra%20Barreto,%20s/n%C2%BA%20%20Joana%20Bezerra%20%20Cep:%2050080900&fone=%200&fax=&email=&codforum>. Acesso em: 29 abril. 2011.

⁵² TRF, 5ª Região – Diário da Justiça – 16.07.93 – p. 28189. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso em: 29 abril. 2011.

⁵³ Crime de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões...**, p. 215

para aplicar a sanção de multa, mas no que pertence a advertência sua aplicação só poderá ocorrer durante a vigência do contrato, passado este prazo não haveria mais necessidade de aplicação de tal sanção, e por fim em relação às sanções de declaração de idoneidade e suspensão temporária que são aplicadas em faltas mais gravosas deve ser adotado também o prazo de cinco anos.⁵⁵

O importante sobre a prescrição no que pertence às sanções aplicadas a contratados e licitantes é de que não observado sua existência há uma violação ao princípio da segurança jurídica.⁵⁶

Além de que caso seja aplicada sanção de pretensão punitiva já prescrita esta será eivada de nulidade e poderá ser suscitada a qualquer tempo por tratar-se de questão de ordem pública⁵⁷ segundo entendimento do STJ.⁵⁸ Destarte, a “prescrição administrativa como a penal, é causa extintiva de punibilidade”.⁵⁹

Diante do exposto Romeu Felipe BACELLAR FILHO faz alusão a um caso concreto que versa sobre a Companhia de Saneamento do Paraná, que ocorreu em 1992 e apenas em 2001 é que foi aplicada sanção.

Neste determinado caso surge segundo Romeu Felipe BACELLAR duas indagações, uma diz respeito à situação já discutida no presente artigo sobre a aplicabilidade da sanção de suspensão do direito de licitar,⁶⁰ que como já visto segundo o autor não é possível efetuar-la por não existir lei que regule os pressupostos de aplicabilidade desta sanção.

E a segunda indagação refere-se à prescrição, vez que os fatos ocorreram em 1994 e a aplicação da sanção ocorreu apenas em maio de 2001. Assim como Eduardo Rocha DIAS o doutrinador Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que o prazo prescricional é de no máximo cinco anos, posicionamento este que não encontra muitas controvérsias.⁶¹

Portanto, a conclusão de BACELLAR é de que “o direito de punir as infrações imputadas aos consulentes já se encontrava prescrito, pelo decurso de mais de cinco anos,

⁵⁵ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções**..., p. 108-109

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões**..., p. 237.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EFEITOS. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA ADMINISTRATIVA RESIDUAL. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. LEI Nº 8.112/91. STJ MS 6877-DF, DJU 21.5.2001, p. 00055, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgamento: 25.04.2001, 3º Seção. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/313284/mandado-de-seguranca-ms-6877-df-2000-0027913-7-stj>. Acesso em: 27 mar. 2011.

⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões**..., p. 236.

⁶⁰ Ibidem, p. 215.

⁶¹ Ibidem, p. 222.



uma vez que a contagem do prazo prescricional iniciou-se em julho de 1994 e o ato firmando a declaração de idoneidade para contratar com o Estado é do mês de maio de 2001”.⁶²

Sobre o tema Emerson GABARDO diz concordar com posicionamento de Geraldo de Camargo VIDIGAL, pois se as sanções devem ser dotadas de proporcionalidade para atender o interesse da sociedade, não há sentido algum aplicá-las quando já transcorrido muito tempo, visto que o fato já está ultrapassado.⁶³

E por fim, resta ao presente artigo efetuar mais uma breve discussão que agora se refere à sanção administrativa denominada multa e a possível violação ao princípio específico da licitação de vinculação ao ato convocatório.

De acordo com o artigo 86 da Lei de Licitações em casos de “atraso injustificado na execução do contrato” incorrerá o contratado primeiramente em sanção de multa que segundo Marçal JUSTEN FILHO poderá ser aplicada somente quando prevista no edital, e caberá ao contrato estipular os devidos pressupostos de aplicabilidade da multa.⁶⁴

Nesta mesma senda Rita TOURINHO informa que o valor da multa bem como o percentual que será aplicado deve estar previstos no contrato ou no edital, caso contrário a aplicação da referida sanção estar-se à impedida.⁶⁵

Toshio MUKAI posiciona-se de maneira distinta de JUSTEN FILHO e TOURINHO, para ele não há necessidade do instrumento convocatório, e, portanto, pode estar prevista apenas “no contrato, pois isto é expressamente previsto em Lei. E assim (...) ao apreender a seguinte posição de Hely Lopes Meirelles: O edital é a matriz da licitação e do contrato, mas não é exaustivo porque as normas superiores e anteriores do órgão licitante o complementam, embora não reproduzidas no seu texto”.⁶⁶

Desta maneira, resta demonstrada a existência de diversas violações a princípios constitucionais e conseqüentemente aos direitos fundamentais na regulação ou falta de regulação da Lei de Licitações, no que concerne a aplicação de sanções administrativas, o que é muito grave, pois para Celso Antonio Bandeira de MELLO os princípios “são mandamentos nuclear de um sistema”.⁶⁷

⁶² Ibidem, p. 236.

⁶³ GABARDO, Emerson. Regime Jurídico da Decadência da Pretensão Anulatória dos Atos Administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.208.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**...., p. 613.

⁶⁵ TOURINHO, Rita. Op. cit., p. 897.

⁶⁶ MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 84.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 95.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto conclui-se que:

1. O Dever/Poder de Sancionar é fundado como uma prerrogativa da Administração, mas também esta sujeita a lei. A administração possui o poder dever (e não discricionariedade) de aplicar sanção, caso o indivíduo incorra em infração, pois tem sempre que almejar o interesse público, na forma da lei.

2. O presente trabalho abordou algumas das discussões mais correntes e as violações aos princípios constitucionais e as sanções aplicadas a licitantes e contratado, elencando-as e demonstrando os diversos posicionamentos, deste modo tratou-se das seguintes problemáticas: (i) aplicabilidade das sanções e desatenção aos princípios da tipicidade, legalidade, especificidade; (ii) Extensão dos efeitos das sanções de declaração de idoneidade e suspensão do direito de licitar e violação ao princípio federativo; (iii) cumulação de sanções e ferimento aos princípios da proporcionalidade e do “*non bis idem*”; (iv) aplicação de sanção mais grave em desatenção ao critério de gravidade das sanções e violação ao princípio da proporcionalidade; (v) a não observância da prescrição e da decadência e o ferimento ao princípio da segurança jurídica; (vi) e, questões referentes a estipulação da multa apenas em contrato e violação ao princípio da vinculação ao ato convocatório.

Diante do exposto e após análise das diversas discussões chega-se a conclusão de que qualquer tipo de mal ferimento a princípios acarreta direta violação aos direitos fundamentais do indivíduo. Pois os princípios, juntamente com norma formam a estrutura do sistema jurídico (após o advento de “nova hermenêutica constitucional”).

Portanto, segundo Celso Antonio Bandeira de MELLO a desatenção a um princípio gera uma “violação a todo comando”.

3. Por tudo isso, conclui-se que o poder punitivo e as sanções aplicadas aos licitantes e contratados decorrem das prerrogativas da Administração Pública, no entanto, as sanções só serão legítimas, na medida em que sejam observadas as sujeições especiais a que está subordinado o Poder Público. Sujeições estas que segundo Celso Antonio Bandeira de MELLO crescem no mesmo sentido que as prerrogativas, para que haja total observância do princípio da supremacia do interesse público e por conseqüência atenção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

REFERENCIAS



BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORREIA, Marcelo Britto da Costa. **As sanções e os Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/autor/marcelo-britto-da-costa>. Acesso em: 19 abril. 2011.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitante e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito Administrativo Sancionador: Apontamentos Gerais Sobre As Infrações Administrativas E Alguns Aspectos De Sua Relação Com O Direito Penal**. [Dissertação de Mestrado]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/browse?type=aulhor=&value=Krussewski%2c+Cristina>. Acesso em: 10 mar. 2011

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**. São Paulo: RT. 1993, p. 84.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OSÓRIO, Fabio Medina. **20 anos da constituição cidadã**. Rio de Janeiro : Fundação Konrad Adenauer, 2008.

TOURINHO, Rita. Ponderações sobre Infrações e Sanções Administrativas no âmbito das Licitações e Contratos Administrativos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**. Curitiba, v. 14, n. 163, p. 891-900, set, 2007.

O PRINCÍPIO DA RESERVA DE CÓDIGO E A INFLAÇÃO LEGISLATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE PRINCIPLE OF RESERVATION CODE AND INFLATION IN THE LEGISLATIVE DEMOCRATIC STATE

Rodrigo Faucz Pereira e Silva
Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil. Professor de
Direito Penal da UniBrasil. Advogado criminalista.
E-mail: rodrigo@fau cz.com.br

Resumo: O Estado de Direito encontra-se imerso em uma crise derivada da proliferação acentuada da legislação penal, a qual acaba por violar o princípio da legalidade. O princípio da reserva do código contrapõe-se ao simples princípio da reserva de lei, sustentando que para haver criações legislativas no âmbito penal, este procedimento ou deve ser realizado por um *quorum* qualificado ou por intermédio da alteração de todo o código penal e processual penal. Ao propor a codificação e dificultar a elaboração de leis de matéria penal, além de possibilitar uma maior cautela e discussão, permitir-se-ia a sistematização e racionalização dos procedimentos legislativos, respeitando os princípios constitucionais garantistas fundamentais em um Estado democrático de Direito.

Palavras-chaves: Estado de Direito, democracia, sistema penal, princípio da legalidade, princípio da reserva de código.

Abstract: The rule of law, nowadays, is under a severe crisis due the increase of the criminal law legislation, which ends up violating the principle of legality. The principle of the code reservation contrasts with the simple principle of legal reserve, sustaining that to create criminal laws, or should the procedure be performed by a qualified quorum at the Congress or through modification of the entire criminal code and criminal procedure code. In proposing the codification and hinder the development of criminal laws, in addition to provide greater caution and discussion, pursuit a systematized and reasonable legislative procedure, respecting the elementary constitutional rights and principles in a democratic and social rule of law state.

Key-words: Rule of law, democracy, criminal system, principle of legal reserve, principle of the code reservation.

SUMÁRIO

Introdução;

1 Princípio da Legalidade;

2 “Princípio garantista” e Direito penal mínimo;

3 Proliferação de normas penais;

4 Princípio da reserva de código e recodificação;

Conclusão.

O PRINCÍPIO DA RESERVA DE CÓDIGO E A INFLAÇÃO LEGISLATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

INTRODUÇÃO

Ao delimitar o estudo do Direito Penal em seu sentido amplo¹, com suas indissociáveis garantias e princípios, deve-se fazer um recorte histórico para melhor organização metodológica, com vistas à análise do problema da hiperinflação legislativa em matéria penal e sua incompatibilidade com o Estado Constitucional de Direito.

A identificação histórica, com o conseqüente desenvolvimento deste trabalho, levará em consideração três câmbios de paradigmas indicados por Luigi Ferrajoli² como transição de modelos normativos: Direito pré-moderno, Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito.

De acordo com o autor, o surgimento do Estado Legislativo de Direito opera com o rompimento do Direito pré-moderno, este último, marcado pela ausência de uma instituição monopolista da produção jurídica normativa, na qual não existia um sistema coerente e unitário, mas sim um sistema formado por uma pluralidade de fontes.

“Foi precisamente na Idade Moderna, com a formação dos Estados nacionais e com o desenvolvimento das *codificações*”³ que advém o Estado Legislativo de Direito afirmando o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido⁴. Ocorre aqui o fortalecimento do Estado como único instituto legítimo para produção de normas jurídicas.

¹ No presente trabalho, quando nos referirmos a Direito Penal, entenda-se Direito Penal em seu sentido amplo, ou seja, como se refere Figueiredo Dias: “um **ordenamento jurídico-penal** que abrange, para além do direito penal substantivo, o *direito processual penal, adjectivo ou formal*, e o *direito de execução das penas e medidas de segurança* ou *direito penal executivo*”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral**, Tomo I. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 6.

² FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Edição). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 801.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado...** Op. Cit. p. 16.

Já no último século viu-se a subordinação do princípio da legalidade às Constituições rígidas. É o surgimento do Estado Constitucional do Direito. Assim, a norma válida não depende somente em ser emanada por autoridade competente, mas também deve ser coerente com a Constituição.

O Constitucionalismo rígido também introduz uma dimensão substancial à própria natureza de democracia, representando um limite, uma vez que *“a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de outra forma serían absolutos.”*⁵

Segundo Ferrajoli⁶, tanto o Estado legislativo de Direito, quanto o Estado constitucional de Direito encontram-se em crise. Crise que se manifesta em uma forma de regressão ao Direito pré-moderno, fazendo com que se percam os avanços que o desenvolvimento democrático possibilitou aos Estados e definindo princípios constitucionais basilares que visam assegurar um Direito eficiente e garantista⁷.

Importa ao presente trabalho a análise do colapso do princípio da legalidade, uma vez que atualmente há uma proliferação exacerbada das leis (leis elaboradas com linguagem cada vez mais obscura e inteligível).

Com o intuito de solucionar a crise do princípio da legalidade (que afeta diretamente o Estado Democrático de Direito), Ferrajoli⁸ propõe a utilização do princípio da “reserva de código” em substituição ao tradicional princípio da “reserva de lei”.

⁵ Ibidem. p. 19.

⁶ Ibidem. p. 20.

⁷ Importante ainda a lição de Salo de Carvalho, o qual assevera: “A formulação dos inúmeros vieses do pensamento penalístico contratualista deveu-se à total falta de segurança (garantia) do indivíduo frente à pluralidade das fontes. O modelo jurídico do medievo é caracterizado na órbita penal por um conglomerado de possibilidades na construção da categoria crime. Estado, Igreja e direito consuetudinário eram idôneos à seleção das condutas consideradas nocivas, e portanto criminosas, à sociedade. O primeiro passo no processo de racionalização e negação do modelo inquisitivo foi exatamente a ruptura entre as fontes (secularização), e a imposição de limites materiais (tolerância) e formais (legalidade) negativos à intervenção. Somente o Estado, via processo legislativo, poderia criar figuras delitivas, selecionando condutas pela sua capacidade de violação dos bens jurídicos. Ilegítima a criação de normas criminalizadoras pelo direito costumeiro, jurisprudencial, doutrinário e/ou direito eclesiástico, podendo somente o Estado intervir quando da concreta violação de bens jurídicos (individuais).” CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3^a. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 80.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado...** Op. Cit. p. 23.

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A criação do princípio da *reserva de código* (defendida pelo professor italiano) cristaliza-se no resgate do princípio da legalidade. Deste modo, basilar constituir a idéia do princípio da legalidade que, indissociavelmente, fundamenta o próprio Estado de Direito e “se converte no princípio reitor de toda liberdade cidadã”⁹.

O próprio Ferrajoli¹⁰ conceitua o princípio da legalidade como representação de um “*postulado jurídico* do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio”.

O princípio, historicamente, é apregoado através da expressão latina *nullum crime, nulla poena sine lege*. Portanto, indica que, se não houver uma lei criminalizando determinada conduta, esta conduta não pode ser sancionada pelo Estado.

Sobretudo nos países de tradição romanística, a única fonte de produção de condutas criminalizadoras admitidas no Direito Penal é a legislação. Esse modelo derivado do princípio da legalidade, verdadeiro pilar do Estado democrático de direito, exige limites rigorosos para evitar uma intervenção estatal arbitrária e excessiva, e conseqüentemente, visa proteger os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos¹¹.

O princípio proíbe “(a) a *retroatividade* como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o *costume* como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a *analogia* como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a *indeterminação* dos tipos e das sanções penais”.¹²

⁹ BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 125.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito...** Op. Cit., p. 802.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo I. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 177.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, parte geral**. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 20.

Dessa sorte, no âmbito penal, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos *por lei* o tipo delitivo e a pena respectiva (...)”¹³.

Entretanto, a afirmação da lei como a única fonte de direito válida no âmbito penal, refere-se a ela como fonte de produção da legislação penal. De modo que não se exclui, por exemplo, a doutrina, a jurisprudência e os costumes como fontes de interpretação (ou *fontes de conhecimento do saber jurídico-penal e fontes de informação do saber jurídico-penal*)¹⁴.

Salo de Carvalho leciona que “o princípio da legalidade pode ser dividido em duas regras de legitimação (formal ou substancial). A legalidade ampla (ou princípio da mera legalidade) vincularia o crime à lei penal, visto ser esta *conditio sine qua non* de existência do delito e aplicação da pena. Seria regra de divisão do poder penal que prescreve ao juiz verificar como delito somente o que está reservado ao legislador determinar como tal. (...)”¹⁵

Aqui importa destacar que o princípio exige que as normas jurídicas de Direito Penal sejam claras, precisas, determinadas e coerentes. Evitar-se-ia assim leis ambíguas, indeterminadas, duvidosas e desconexas entre si.

Conforme preceitua Enrique Bacigalupo¹⁶, “em um Estado Democrático de Direito o juiz nunca tem diante de si um delinqüente, senão um cidadão que está amparado pelo direito à presunção da inocência e que é o destinatário da proteção do princípio da legalidade; em conseqüência, este princípio deve se entender como a magna carta do cidadão e toda restrição de seu conteúdo afetará essencialmente direitos fundamentais”.

O problema reside na interpretação do princípio da legalidade como autorizador de criação de normas desde que emanadas de autoridade competente e de acordo com os procedimentos legislativos constitucionais. O abuso desta

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4ª. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 126).

¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena...** Op. Cit., p. 86.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: parte geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 91.

faculdade inflacionaria o Direito Penal com leis não somente inteligíveis, mas também desnecessárias e incongruentes com Códigos e a própria Constituição.

Seria fundamental a interpretação do princípio da legalidade sob o viés da codificação, ou seja, de forma a respeitar a harmonia e sistematização típica dos Códigos com o uso cuidadoso de técnicas legislativas e de redação.

Ademais, vale lembrar que a taxatividade exigida no princípio do *nullum crimen*, de acordo com Daniel R. Pastor¹⁷ seria concretizada na própria codificação, pois é a garantia do princípio da certeza da lei penal. Deste modo, precisa a afirmação do autor ao dizer que o princípio da legalidade é um critério fundamental de legitimação do próprio direito penal e “su carácter constitucional le otorga, por tanto, naturaleza constitucional también a la condificación que es su corolario práctico, pues es a través de ella únicamente que el *nullum crimen* puede ser considerado efectivamente asegurado, em razón de las exigencias no solo de precisión y claridad, sino de sistematicidad y cognoscibilidad fácil y adecuada que son alcanzadas por el sistema del código.”¹⁸

Se de um lado o princípio da legalidade exige que a matéria penal seja normatizada por intermédio de certos procedimentos legislativos, por outro exige-se que a elaboração respeite os demais princípios constitucionais penais garantistas.

2 “PRINCÍPIO” GARANTISTA E DIREITO PENAL MÍNIMO

Ferrajoli assevera que o modelo garantista apresenta dez questões que devem ser consideradas como garantias do cidadão contra arbitrariedades estatais: “não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o carácter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e

¹⁷ PASTOR, Daniel R. **Recodificación Penal y principio de reserva de código**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 71.

¹⁸ Ibidem. p. 149.

contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.”¹⁹

Desse modelo pode-se vislumbrar a necessidade imperiosa do desenvolvimento de princípios que pretendam deixar o Direito Penal o menor e mais racional possível. Pelas palavras de Guilherme Merolli²⁰, citando Ferrajoli, “o ‘garantismo penal’ estrutura-se fundamentalmente a partir de um modelo de ‘utilitarismo reformado’, que, ao deitar raiz no ‘mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes’, segue legitimando o direito penal apenas nas hipóteses de intervenções estritamente limitadas à ‘pena mínima necessária’”.

Aury Lopes Jr.²¹ certifica que “existe uma profunda relação entre o modelo de *Direito Penal mínimo* e seu correspondente *processo penal garantista*. O primeiro é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*.”

Hodiernamente reconhece-se que os princípios e garantias individuais constantes na Constituição devem proteger os cidadãos de uma atuação arbitrária por parte do Estado. Assim, quanto mais amplos forem os direitos, menor será a intervenção penal estatal.

Por outro âmbito, em sendo o Direito Penal socialmente agressivo e desagregador, deve-se buscar a menor intervenção possível na sociedade. Por esta vertente, Paulo Queiroz²² afirma que o Direito Penal deve ser “limitado às situações de absoluta necessidade”, que “corresponda não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos frente à potestade punitiva do Estado, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza, razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos”.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito...** Op. Cit., p. 101.

²⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 226.

²¹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 47.

²² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71.

Destarte, a aplicação do princípio da intervenção mínima, com suas vertentes de fragmentariedade (que não são todos os bem-jurídicos que merecem proteção jurídico-penal, somente aqueles que são fundamentais para a vida em sociedade dos seres humanos) e de subsidiariedade (que o Direito Penal somente deve agir após fracassadas todas as tentativas de intervenção dos outros mecanismos de controle social, ou seja, o Direito Penal deve ser considerado como *ultima ratio* da política social), fornece diretrizes aos legisladores e expressa um importante fundamento do próprio Estado Democrático de Direito²³.

3 PROLIFERAÇÃO DE NORMAS PENAIS

Atualmente percebe-se um crescimento vertiginoso no número de normas penais e processuais penais. É um fenômeno em que a maioria dos Estados, em especial os Ocidentais, atravessam.

Inúmeras razões são apontadas, sendo três delas bastante difundidas: a necessidade de a legislação penal acompanhar o desenvolvimento social, aumentar a eficiência das normas e controlar a massa social.

O fato é que a facilidade de aprovação de leis ordinárias sem *quorum* qualificado, a pressão social por uma maior criminalização e a vulnerabilidade do sistema, faz com que incontáveis leis de matéria penal sejam criadas ou agravadas.

O fator criminalidade, utilizado como plataforma eleitoral de políticos, serve como suporte para arbitrariedades cometidas por legisladores inconsequentes.

O emprego da criminalidade como plataforma política é um fator que não somente acelera a criação de novas normas de matéria penal por si só, como desvirtua tais leis. Ou seja, as novas leis afastam-se cada vez mais da utilidade, eficiência e finalidade de proteção desejada. Assim, legisla-se não para a proteção e solução de eventuais problemas, mas sim para suprir demandas de discurso demagógico e auto-promocional.

²³ “O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático.” BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85.

Tendo, o Direito Penal, como conseqüência sancionatória penas privativas de liberdades, ou seja, a mais grave e violenta reação punitiva de um Estado, é necessária uma maior parcimônia no desenvolvimento e elaboração de leis.

Quando o bem-jurídico *liberdade* está em discussão, não pode haver decisões irracionais, volúveis e emotivas por parte dos legisladores, que fatalmente resultará no tolhimento de garantias individuais e princípios basilares do Estado.

É permitido à grande massa se emocionar. Mas, normalmente, ao levar esta emoção instável para o campo da criação das leis, o resultado é catastrófico para o Estado Democrático de Direito. Não se pode olvidar que o núcleo de garantias fundamentais é inegociável, não havendo possibilidade de ser sacrificado, sequer, pela “maioria”.

Os exemplos do neopunitivismo são inúmeros: a criação da Lei dos Crimes Hediondos, a guerra contra as drogas, a criminalização coletiva e transindividual, a própria situação do sistema carcerário. Tais exemplos demonstram que o atual modelo voltado ao encarceramento e inocuidade de pessoas, atua também na chamada criminalização primária, pois teve como ponto inicial a elaboração de normas criminalizadoras que desrespeitam os próprios princípios garantistas e a Constituição.

Com a proliferação exacerbada de leis, fica evidenciada a despreocupação dos legisladores na utilização da ciência penal na elaboração das normas. A nova doutrina e ciência penal, com estudos do âmbito da criminologia, estatística, política criminal, fornece ferramentas que visam alcançar os objetivos desejados pelo Estado Democrático.

Ademais, “deve-se convir que a deflagração da hipertrofia penal faz com que o Direito Penal caia em completo descrédito, uma vez que, ao ser utilizada desbragadamente, termina a sanção penal por ganhar uma dimensão unicamente fantasiosa²⁴”.

O garantismo e seus princípios precisam ser considerados como formas de contraposição ao neopunitivismo. Salo de Carvalho leciona que “na atualidade, o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo defensivo capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de

²⁴ MEROLLI, Guilherme. Op. Cit. p. 22.

Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social.²⁵

Para Zaffaroni²⁶ “é bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas -, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa”.

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DE CÓDIGO E RECODIFICAÇÃO

O princípio da reserva de código define-se segundo a idéia de que *“no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través de una modificación o una integración en el texto del código penal o procesal, a aprobar mediante un procedimiento agravado”*²⁷.

Assim, dever-se-ia proceder a recodificação de todo o Direito Penal e Processo Penal, como uma garantia frente ao abuso legislativo constante na legislação especial, protegendo os Códigos (conseqüentemente os direitos e garantias fundamentais) de arbitrariedades tanto do Poder Judiciário quanto, principalmente, do Poder Legislativo.

Desta sorte, ainda de acordo com o autor, o Código Penal e Processual Penal se converteriam em textos normativos exaustivos e exclusivos de toda matéria penal, protegendo e respeitando sua coerência e sistematicidade²⁸.

De acordo com este princípio, somente com sua aplicação a credibilidade do Direito Penal seria restaurada, preservando sua eficiência e dotando-o de garantismo.

O princípio da reserva de código fundamenta-se em dois pilares principais: (a) visa proteger a própria legislação das arbitrariedades dos legisladores; e (b) traz as vantagens sistemáticas de uma legislação codificada²⁹.

²⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena...** Op. Cit., p. 78.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 13.

²⁷ PASTOR, Daniel R. **Recodificación...** Op. Cit., p. 174.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

Por este princípio, para que seja introduzida qualquer norma penal ou processual penal, deveria ser necessária uma modificação em todo o Código respectivo ou, ao menos, a aprovação de leis mediante um procedimento qualificado.

Os países ocidentais da *civil law* possuem a cultura jurídica da codificação, como forma de organização, sistematização e racionalização das normas. Cultura que remonta ao surgimento do Estado Moderno.

O princípio da legalidade, em relação a sua característica de taxatividade, somente seria respeitado com a recodificação das matérias de direito penal e processo penal por necessitar de uma legislação precisa e sistemática.

A recodificação também resolveria um fenômeno importante que afeta diretamente outro princípio fundamental do Direito Penal: o princípio da culpabilidade. Isso porque a sistematização qualitativa da legislação penal possibilita fácil acessibilidade e entendimento dos jurisdicionados.

A fácil acessibilidade, coerência e inteligibilidade das normas penais são imperativos derivados de direitos fundamentais constitucionais. Assim sendo, o princípio da reserva de código, mais que uma mera sugestão, não poderia ser prescindido pelos Estados Democráticos de Direito.

Dessa forma, a recodificação caracteriza-se por ser “*un instrumento de extraordinario refinamiento técnico puest al servicio del régimen punitivo del Estado constitucional de derecho, de modo que su función primordial es garantizar la supremacia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por encima de los intereses individuales y colectivos de la persecución y el castigo de los delitos*”³⁰.

Não se pode olvidar, que o Direito Penal deve reverenciar os valores e princípios constitucionais, os quais revelam a forma e os limites de atuação na esfera penal possíveis em um Estado Democrático de Direito. Se essa atuação em esfera penal estiver em contradição a Constituição – **seja no processo legislativo,**

³⁰ Ibidem. p. 250.

seja na interpretação ou na aplicação da lei –, o exercício do poder punitivo não possui legitimação democrática³¹.

A redução da elaboração legislativa penal ao mínimo possível, seja por intermédio do procedimento qualificado para aprovação de normas penais, seja por intermédio de nova codificação, poder-se-ia ser considerada como a vertente material do próprio princípio da intervenção mínima do Direito Penal, fazendo contraposição à hiperinflação legislativa que agride o Estado garantista.

Se o movimento de codificação da Revolução Francesa buscava solucionar o problema indelével da desordem legislativa, do inchaço das leis e da falta de segurança jurídica do cidadão, resta cogente uma recodificação para sanar os mesmos problemas de outrora.

CONCLUSÃO

Para preservar o Estado Democrático de Direito e seus valores constitucionalmente elencados é absolutamente essencial definir limites à atuação dos legisladores, exigindo um conjunto de normas harmônico e claro, como forma de respeitar o princípio da legalidade e do Direito Penal como *ultima ratio*.

Da mesma forma, é fundamental a proteção do sistema penal, cujas conseqüências são altamente gravosas e socialmente negativas, de influências meramente eleitoreiras e impulsivas.

Deve-se reconhecer que o Sistema Penal, opostamente de ser a saída para qualquer problema social, tornou-se um problema social. Isso porque possui como característica a criminalização, a segregação e a estigmatização.

O Sistema Penal não é e não pode ser tratado como panacéia dos problemas sociais ou de regulamentação de condutas desejadas pelo Estado e pelo grupo homogêneo dominante.

O desenvolvimento desenfreado de uma política criminal voltada à criação irracional de normas criminalizadoras aproxima o Estado a um caos jurídico-penal. Caos que desrespeita a Constituição e seus princípios. Caos que representa a

³¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69.

desvalorização dos preceitos básicos e basilares dos direitos fundamentais e da democracia.

A descentralização das normas penais como ocorre hoje, faz com que o núcleo principiológico do sistema penal seja pulverizado.

A importância da recodificação e da exigência de um *quorum* qualificado para criação de normas penais reside justamente em preservar uma certa sistematicidade harmônica entre as leis criminais e entre as normas e a constituição, preservando as garantias e evitando a proliferação incoerente da legislação.

O conjunto de normas penais deve ser lógico e racional, garantindo e afirmando os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Bustos Ramírez e Malarée³² asseveram que “os processos de criminalização, isto é, de criação e aplicação da norma penal, devem cumprir condições de validade democrática. Não basta a promulgação de normas formalmente validas. É necessário que nas leis que formalizam os processos de criminalização se precipitem princípios materiais inerentes ao Estado social e democrático de direito para que sejam também materialmente válidas”.

Não se pode olvidar que há uma estreita relação entre a solução do fenômeno da hiperinflação punitiva e a tentativa de recuperação da racionalidade jurídica, com a aplicação do princípio da *ultima ratio*, permitindo somente que as ofensas mais graves aos direitos e garantias fundamentais sejam tuteladas.

Assim defende Salo de Carvalho³³, o qual preleciona que a “estratégia eficaz direcionada à recapacitação da teoria da lei penal como instrumento de *ultima ratio* e limitação do poder seria a reconstrução dos sistemas a partir de um processo de *recodificação penal*.”

O princípio da reserva de código e a recodificação possibilitariam um ambiente de maior garantia ao satisfazer o princípio da taxatividade, legalidade e culpabilidade ao reclamar uma sistematização e elaboração de técnicas legislativas mais precisas, coesas e garantistas.

É certo que as relações sociais e a própria sociedade é dinâmica e o sistema penal necessita de mecanismos capazes acompanhar esse desenvolvimento.

³² BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 53.

³³ CARVALHO, Salo de. *Pena...* Op. Cit., p. 92.



Entretanto, essa dinamicidade não pode servir para soterrar garantias e direitos conquistados pelo Estado democrático.

É necessário repensar a aplicação do princípio da legalidade no âmbito penal, protegendo o sistema penal das “boas intenções” dos legisladores.

A recodificação e a delimitação de *quórum* qualificado são alternativas que devem ser consideradas para a promoção e respeito aos princípios e garantias fundamentais.



BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: parte geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Edição). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral**, Tomo I. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 22.
- PASTOR, Daniel R. **Recodificación Penal y principio de reserva de código**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, parte geral**. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 20.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.



SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.



SOBRE A AXIOMATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PONTO DE VISTA FENOMENOLÓGICO

ON THE AXIOMATIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS FROM THE FENOMENOLOGICAL POINT OF VIEW

Rafael Otávio Ragugnetti Zanlorenzi

Universidade Positivo

filosofiarafael@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estabelecer os fundamentos de teoria axiomática dos direitos fundamentais a partir da produção crítica obtida dentro dos limites da exploração fenomenológica da realidade jurídica. Entende-se que a fenomenologia evidencia a possibilidade de axiomatização dos direitos fundamentais a partir de sua percepção das condições de possibilidade da avaliação científica e da construção de uma metodologia das ciências humanistas. Exibe com isso fundamentos lógicos para o sistema de Direito, os quais são protegidos em caráter extraordinário na positivação de direitos fundamentais, ainda que tais fundamentos já se mostrem automaticamente presentes na própria concepção lógica do sistema. Notadamente, os princípios da igualdade e da liberdade, diante da natureza interna de suas exposições, estão presentes em sentido estrutural no ato de disposição de um sistema de regras. A operacionalidade da obediência e da proibição presume que todos os indivíduos sejam igualmente capazes de obedecer e desobedecer, e portanto presume da mesma forma a possibilidade de comportamentos livres de obstáculos. O sentido de um sistema de regras reside, com isso, no primado lógico da igualdade e da liberdade, oferecendo uma proteção que não se constitui na plenitude do sentido da força normativa do texto constitucional, mas antes em uma disposição de força corretiva, no caso da ausência de coerência lógica entre a estruturação do sistema e a incidência material de tais princípios.

ABSTRACT

The present work intends to establish the fundamentals of the axiomatic theory of fundamental rights from the critical production obtained within the boundaries of the phenomenological exploration of juridical reality. It's understood that phenomenology brings to evidence the possibility of axiomatization of fundamental rights from it's perception of the possibility conditions of scientific evaluation and of the construction of a methodology

of the humanist sciences. It exhibits the logical fundaments for the juridical system, which are protected - in extraordinary circumstances - in the positivization of fundamental rights, even if such fundaments are already automatically shown within the logical conception of the system. Namely, the principles of equality and freedom, considering the nature of it's expositions, are present in structural sense in the act of disposition of a rule system. The operational qualities of obedience and of prohibition presume that all of the individuals are equally capable of obeying and disobeying, and therefore presumes as well the possibility of obstacle free behaviors. The sense of a rule system resides in the logical rule of equality and freedom, offering a protection tha does not constitute itself in the fullness of sense of the normative power of the constitutional text, but in a disposition of corrective power, in the case of the absence of logical coherence between the system's structuration and the material incidence of such principles.

PALAVRAS-CHAVE: axioma; ciência; constituição; direitos fundamentais; fenomenologia; metodologia.

KEYOWRDS: axiom; constitution; fundamental rights; fenomenology; methodology; science.

INTRODUÇÃO: FENOMENOLOGIA

A apreensão do termo *fenomenologia* provém do próprio estudo da relação fenomênica. Nesse sentido entende-se o fenomênico como todo evento que toma parte no mundo da vida (chamado na fenomenologia lingüística wittgensteiniana de *mundo dos acontecimentos*), enquanto o fenomenológico representa o estudo formal de tais acontecimentos.

Há distintas linhas filosóficas da fenomenologia. Algumas delas se concentram na formulação apropriada do conceito de *mundo da vida*, enquanto outras pretendem uma explicação pontual das condições de formação da racionalidade. Interessa-nos em especial a visão de HUSSERL.

A concepção husserliana pretende especificar os fundamentos gerais da construção fenomênica. A partir disso, estabelece uma discussão sobre as determinações pontuais da formação da lógica perante as condições fundamentais da formulação da fenomenologia.

O conceito de *mundo da vida* é determinante da transformação da racionalidade. Quando falamos sobre a transposição de paradigmas, é aqui que encontramos o fundamento de um possível paradigma fenomenológico (ainda que seja considerado, segundo a classificação de HABERMAS, como parte do paradigma do sujeito, ingressando em tal circuito como uma forma de humanismo fraco). A virada de perspectiva necessária para a compreensão desse movimento filosófico reside num claro rompimento com a racionalidade linear e, portanto, com a construção histórica do pensamento.

A questão parte do necessário enraizamento do sujeito observador e do objeto observado (componentes do fenômeno) para uma demonstração mais clara das formas pelas quais a presença do sujeito é capaz de influenciar a concepção do objeto. Em HUSSERL observamos uma cuidadosa exploração da questão por meio da determinação nominal dos estágios de cognição e de compreensão de um dado objeto. HUSSERL tem, nisso, uma tendência marcada por inclinações científicas, sobretudo no sentido de uma especificação das linhas lógicas a serem exploradas para a compreensão clara da relação fenomênica.

Nesse sentido, é importante observar que o pensamento de HUSSERL ainda se desdobra a partir de considerações de cunho essencialista, ou seja, trata o objeto como portador de uma essência manifestada para o sujeito (a exemplo de KANT). O fundamento em questão permite ao autor construir o que entende por uma visão compreensiva de ciência.

No caso, o que o autor estabelece inicialmente é a distinção entre ciências essencialistas e ciências dos fatos. As ciências essencialistas são chamadas ontológico-eidéticas. Isso porque trabalham a idéia (o *eidos* platônico) como essência de um dado objeto (ainda que HUSSERL considere o caráter de abstração como perigosamente próximo da formação de uma ilusão na produção do conhecimento). Assim sendo, tudo o que tenta entender algum objeto em si e por si é instrumental de uma ciência essencialista. Por outro lado, as ciências dos fatos determinam um estudo voltado para a determinação de eventos que conjugam, em arranjos determinados,

várias essências coligadas. Dessa forma, ciências dos fatos, como por exemplo a compreensão da engenharia, servem-se dos princípios das ciências essencialistas, como a matemática.

Podemos notar aqui uma conversão de princípios kantianos de compreensão para um universo propriamente fenomênico. Enquanto KANT trabalhou com uma disposição essencialista em sua Crítica da Razão Pura (através dos estudos específicos sobre o campo transcendental), HUSSERL torna a presença de uma observação essencialista (e do direcionamento do pensamento para tais campos) um exemplo de fenômeno. Assim diferencia-se da possibilidade de compreensão kantiana pelo menos no sentido de determinar a possibilidade progressiva de mudanças nos princípios que estabelecem as bases de uma ciência.

A um tempo, HUSSERL determina com isso que uma postura de caracteres essencialistas se coloca desde uma revisão dos princípios necessários à construção da postura de DESCARTES no tocante à sua percepção do fenômeno. Nessa situação o autor afirma que a raiz mesma dessa constituição conceitual não admite um desligamento entre sujeito e objeto, e que as próprias percepções cartesianas (obtidas de suas *Meditações*) não poderiam escapar a uma inevitável indistinção entre sujeito e objeto. Isso porque, mesmo segundo os parâmetros cartesianos, a constituição da idéia sempre se dá através do quadro da percepção individual, e por isso mesmo sempre vem, como DESCARTES mesmo admite, instanciada pela maneira através da qual o indivíduo enxerga o mundo.

Para além disso, HUSSERL tenta demonstrar como se constitui o processo de compreensão. Devemos notar que a estrutura central de seu pensamento parte do que chamamos uma teoria hilética (refere-se o termo ao grego *hylé*, ou seja, matéria). As teorias hiléticas, discutidas sobretudo pela fenomenologia da primeira metade do século XX, estabelecem que o mundo é formado por um fundamento material que o caracteriza, e que esse fundamento material se dá para o sujeito observador de modo objetivo. A matéria é percebida através de nossos sentidos, ao contrário do pensamento puro, que é captado pela inteligência (aqui as teses de HUSSERL

coincidem, em sentido cognitivo, de aprendizado e assimilação, com as de PLATÃO). Assim sendo, HUSSERL enxerga claramente que temos como formas de apreensão pelo menos dois percursos iniciais, sendo um deles a percepção e outro a intelecção. Devemos notar, contudo, que HUSSERL não apresenta o posicionamento sobre a intelecção como processo noético (ou seja, como instituição da idéia pura na mente) remetendo-se sempre à afirmação de que toda idéia é antes idéia de algo, e portanto abstração do essente de algo. Entre esses dois limites, HUSSERL tem a sensibilidade de reparar numa terceira forma de cognição (aprendizado): a intuição, ou percepção-intuição. Ao contrário da percepção comum, que nos leva a ver o objeto e caracterizar algumas de suas qualidades, a percepção-intuição é antes um processo que permite reconhecimento imediato sem qualquer forma de racionalização. Por exemplo, quando percebemos a presença de um pássaro sabemos que se trata de um pássaro porque temos em mente a classe que descreve suas qualidades essentes (asas, pena, bico, ...). Contudo, quando olhamos para suas penas (suponhamos que sejam verdes) podemos destacar o verde do pássaro, e entendê-lo independentemente. Mais que isso, quando pensamos em fazer o mesmo com a cor, não temos idéia de como descrever suas qualidades. Apenas sabemos que é verde, e visualizamos mentalmente o verde. Comparamos com outros tons de verde, e talvez tenhamos mesmo aquele verde vivo como modelo central para todos os verdes, entendendo os demais como mudanças de tom. Aqui temos um exemplo de percepção-intuição. A percepção pura permite uma ligação entre o objeto e o conceito que permite reconhecer vários objetos que habitam uma mesma classe. A cor, por outro lado, permanece gravada na percepção e nada se pode dizer sobre ela. Ela se desdobra como objeto que vem puramente posto pela intuição.

Com base nisso, HUSSERL estabelece o lugar conceitual específico para a produção das influências gerais da subjetividade na produção do pensamento. No caso, a produção de nossa percepção não é, a exemplo da dúvida de DESCARTES, suficiente para explicar por que temos inclinações subjetivas em nossas concepções. Mais que isso, a percepção oferece efetivamente dados objetivos, que podem ser

considerados subjetivos na medida de nossas construções intuitivas, todas elas dependentes da memória individual e da quantidade e qualidade de informação coletada de observações anteriores.

Daí por diante, o autor entende que nossa compreensão de algo só pode ser constatada e efetivada na medida que estabelecemos uma explicação lógica para tanto. Isso significa que precisamos falar sobre esse algo, nomeá-lo e pontuá-lo num discurso composto por juízos (observações teóricas capazes de explicar um dado objeto). Daí retiramos da materialidade (hilética) os dados necessários para a compreensão, colocamos esses dados na mente (lógica transcendental) e lançamos esses processos lógicos para fora, por meio das estruturas proposicionais adequadas.

FENOMENOLOGIA JURÍDICA

O problema para o jurista se inicia com a discussão que é travada e estabelecida a partir de tais esferas. A concepção de HUSSERL, como vimos acima, estabelece uma distinção consistente entre a constituição da compreensão pura e a que leva a uma reação específica sobre a realidade. Atrela a compreensão pura às ciências do essente e a alteração do real às ciências fáticas.

As ciências de compreensão pura são inaplicáveis em sentido material sem a mediação de campos específicos das ciências de caráter prático. No Direito isso ficaria caracterizado por uma visão filosófica, que debate a construção jurídica desde um lugar externo, compreendendo-a emblemática e significativamente, mas sem mergulhar nos detalhes específicos de seu funcionamento (observação análoga é trabalhada por EDELMAN). O problema se torna ainda maior quando passamos à compreensão de que o Direito depende de princípios universais e essentes, mas que também precisa operacionalizá-los sem, contudo, ver-se limitado a reproduzir leis da natureza ou a fazer um uso criativo de suas implicações.

A discussão inaugurada pela fenomenologia, portanto, chega ao direito como um questionamento diferenciado. Pergunta antes com que tipo de construção hilética ou

essente e objetiva pode a experiência jurídica contar para construir um delineamento essente de suas estruturas conceituais. Por outro lado, também é preciso saber como a experiência jurídica se relaciona com essa questão, ou seja, se é efetivamente instanciada por alguma forma de construção hilética ou de regulamentação moral, e se deveria obedecer a tais ditames.

O que apresenta uma contraposição sólida, nesse sentido, é a qualidade específica que torna a experiência jurídica passível de renovações. Na construção do Direito a determinação do dever-ser que o caracteriza não se submete às implicações essentes sem mais. Antes, permite-se trabalhar os limites de transformação do essente, e por isso mesmo usa de forma muito particular todos os fundamentos de generalizações essenciais apresentados pela fenomenologia.

Os autores que promoveram uma assimilação da fenomenologia pelo Direito tiveram a sensibilidade de trabalhar essa questão. Contudo, não chegaram ao ponto de resolver o dilema em questão. Isso porque a compreensão de algo enquanto fenômeno coloca, curiosamente, o observador como parte passiva. Todo o movimento construtivo das explicações de HUSSERL é na verdade um exercício de paciência. Confere verdadeiramente ao sujeito observador essa capacidade de transformar seu objeto só ao transformá-lo, mas exige ao mesmo tempo que esse observador se anule tanto quanto possível, de modo a limitar as mudanças causadas a um mínimo possível. Essa postura oculta, que permanece no tom científico do próprio filósofo fenomênico, é interiorizada no Direito, e os intelectuais da fenomenologia jurídica se desdobram como observadores do ato de transformação humana (o que é em si uma contradição).

Os dois exemplos mais destacados dessa corrente são Emilio BETTI e Ronald DWORKIN. Ambos permanecem como observadores que, eventualmente, massificam a percepção do mundo e desabam sobre ele, num esforço cuidadoso para uma alteração que seja de algum modo harmônica com a condição formadora de arranjos mundanos. Essa característica tem destaque sobretudo na obra de BETTI.

As observações do autor italiano deixam clara essa percepção. Sua visão de Direito, contraposta em ocasiões à percepção do germânico GADAMER, estabelece

que a experiência jurídica se desdobra enquanto fenômeno emergente em todas as situações, formais ou informais, em que a situação demanda uma abordagem jurídica. Essa definição, que intriga sobretudo o jusnaturalismo pós-KELSEN, não é feita com clareza pelo autor, que se limita a colocar como componentes dessa realidade a totalidade de elementos formadores da história, da construção doutrinária, da jurisprudência, da prática diária, da formação de pareceres e precedentes e da organização geral de leis, tratados e cartas de direitos. Devemos então perceber que o Direito se vê subitamente destituído de caracterizações externas. Não há mais como limitar o objeto de estudo de uma ciência do Direito ao campo da concepção legalista de KELSEN, nem tampouco ao volume de teses que vislumbram uma quase-hilética de composição sociológica ou historicista. A experiência jurídica, na percepção de uma fenomenologia própria, envolve todos esses campos. Sua existência conceitual e material tem historicidade, persiste numa concretude que pode ser chamada histórico-social e cultural, resiste como prática e como especulação teórica do comportamento humano e por isso mesmo inclina-se como dimensão ôntica (do ente manifestado) e ontológica (essente) completa.

Sobre isso, BETTI especifica que a compreensão adequada do fenômeno jurídico envolve a percepção de que reside em seu âmago a centralidade de diretrizes comportamentais, que podem ser compostas desde o texto legal até as decisões pontuais do súdito da lei que determina em juízos pessoais como deve obedecê-la. Nisso, entende-se que a interpretação no campo jurídico é uma derivação de uma interpretação maior, a da chamada função normativa. A função normativa é a forma pela qual construímos o que KELSEN chamou de proposições jurídicas (também chamadas proposições normativas), ou seja, é a estrutura lógica que nos leva a construir ordens de comportamento de tom geral ou específico, ao invés de simplesmente elaborar afirmações diretas sobre as coisas que vemos (a exemplo dos juízos teóricos de HUSSERL). Aqui BETTI começa a desenhar uma solução para o problema, e com isso estabelecer a distinção que torna o Direito um espaço de ação,

ao invés de uma zona de compreensão pura atrelada à observações reduzidas ao essente.

O tratamento que o autor oferece dessa realidade estabelece em primeiro lugar a necessidade de combinar juízos generalizantes (essentes) a juízos de inclinação prática e fática, de forma a aplicar teorias sobre o comportamento humano por meio de canais que legitimem o seu estabelecimento e determinem limites adequados de aceitabilidade. Isso significa que as teses construídas para a explicação de casos específicos (a relação contratual por exemplo) devem sempre partir de uma base geral, a qual estabelece os parâmetros gerais para a determinação da resolução da *applicatio* em cada situação. BETTI diz que é através dessa construção da *applicatio* que o Direito concretiza a sua história. Aqui demonstra-se com isso que a norma jurídica tem antes de tudo uma dimensão concreta, e por isso mesmo adquire historicidade a todo momento de aplicação, sendo irrelevante se ela é feita no sentido mais fiel da interpretação da palavra da lei ou se sofre modificações ambientais para melhor efetivação.

No que diz respeito ao âmbito de uma hermenêutica, BETTI entende que os princípios da interpretação em função normativa persistem (como elementos teóricos de cunho generalizante) na exposição de uma interpretação normativa do Direito. Isso significa que a classe que guarda as qualidades do ato de interpretar (a classe generalizante) se manifesta no ato de interpretação de uma lei, uma cláusula contratual, uma ordem administrativa ou mesmo de uma decisão judicial. Processo análogo pode ser encontrado entre os moralistas e os psicólogos, que interpretam respectivamente as regras morais e as regras de comportamento.

Dáí podemos entender a visão de BETTI como um desenlace consistente para o dilema do Direito, e podemos compreender o seu posicionamento claro como ciência de fato. Visão mais recente de EDELMAN reforça a questão, retomando a qualidade afirmada por BETTI no tocante à interpretação normativa como exercício da faculdade de julgar, e portanto ligada tangencialmente à compreensão do mundo, mas dependente da atividade do homem nesse mundo.

Outra visão que procura uma completude um pouco mais ligada à concepção da linguagem em si reside em DWORKIN. Devemos considerar antes de tudo que DWORKIN tem uma escrita mais fragmentária que BETTI, de modo que suas teses são encontradas em várias regiões diferentes de sua obra, nem sempre expressas de forma nominalmente linear e organizada. Diante disso, interessa-nos sobretudo a percepção que tem sobre a construção substancial do Direito. Seu entendimento diverge fortemente das construções anteriores, notadamente do positivismo de KELSEN e de AUSTIN e da percepção neopositivista (ou realista) de HART. À primeira estrutura DWORKIN dá o nome de modelo de regras I e à segunda, modelo de regras II.

As críticas que esboçam a formação de seu pensamento desmantelam o modelo de regras I ao demonstrar que a exposição rigorosa do legalismo é contraproducente, sobretudo se trabalharmos uma realidade liberal (DWORKIN tem, num sentido político, uma inclinação democrática e liberal, não tão radical quanto a visão de RAWLS, mas igualmente autêntica). Já o modelo de regras II peca ao criar um sistema que, embora aberto, continua a ser de todo modo refratário às condições externas de formação do Direito e que, por isso mesmo, se torna auto-referente. Dessas críticas, DWORKIN é capaz de estabelecer uma terceira linha de percepção do Direito, fundada sobretudo em um percurso externo em relação aos sistemas normativos. Entende que a visão interna a um sistema normativo se fixa na construção da experiência jurídica por meio da determinação da lei, e por isso mesmo gera reações específicas sobre o que está dito nela (típico dos modelos de regras I e II). A visão externa, que vem completar a interna, não fala do indivíduo motivado a perseguir seus direitos por determinação simples da lei, mas entende que há uma esfera de direitos que se coloca de antemão para a lei, e que essa lei só faz constituir solidamente esses direitos. Desnecessário dizer que a visão externa em questão tem um caráter mais aberto e procura dar maleabilidade na aplicação da lei, sobretudo por meio de uma filtragem principiológica, num primeiro momento (e mais tarde através da mitigação da relevância da norma da resolução do caso, como veremos adiante). Assim sendo, a proposta de DWORKIN escapa aos limites exclusivos e restritivos da legalidade estrita e pretende uma



reafirmação dos fundamentos de direito que permitem a construção de diretrizes determinantes do comportamento.

Essa proposta leva à inclinação política que se observa ao longo da obra do autor norte-americano. As inclinações surgem precisamente do ponto de relevância, para o fenômeno jurídico, de argumentos constitutivos de políticas e de posturas ideológicas. A materialidade dos debates estabelecidos nos tribunais provém dessas opiniões e desses posicionamentos políticos, e de como eles inclinam a percepção dos indivíduos em relação a seus direitos. DWORKIN ressalta, contudo, que muito embora os debates judiciais sejam gerados por tais preocupações, não pode o juiz se render às inclinações políticas na construção de sua decisão. Ao contrário, cabe ao juiz mitigar os argumentos apresentados, na tentativa de construir uma melhor decisão.

Para tanto, é preciso ter a compreensão de que a experiência fenomênica do Direito não coloca aprioristicamente a determinação comportamental sob nenhuma forma instrumental. Mais que isso, o Direito se expõe argumentativamente e permite a transformação de sua progressão histórica da mesma forma, ainda que isso leve a uma reformulação de leis e precedentes por meio de interpretações. O argumento é peça central da formação fenomênica em DWORKIN. É a dimensão em que ela efetivamente se processa.

Essas observações levam o autor a uma produção mais sólida depois de 2000. Inicia um processo de construção de uma fenomenologia da interpretação, elucidando o caráter geral e persistente de uma faculdade de interpretar, como BETTI colocara antes. Contudo, DWORKIN lança mão da interpretação literária para demonstrar a identidade entre a interpretação jurídica e as demais formas de interpretação. Diz ele que a leitura de textos literários é a mesma que a leitura de textos jurídicos, e que usamos a mesma faculdade para compreender os dois. Fazemos, de fato, uma pergunta interna quando começamos a ler um texto. Essa pergunta é: “o que significam as palavras, orações e parágrafos que leio?” É o resumo propriamente dito da relação entre significante, significado e sentido. A diferença entre a leitura de uma peça literária e um contrato reside no fato de que cada uma delas é lida com uma finalidade

diferente. A determinação dessa finalidade é estabelecida pelo que DWORKIN chama de pergunta externa. A pergunta externa é: “Para que estou lendo o presente texto?” Assim determinamos que leio um texto literário para compreender e para viver o prazer estético e a catarse, assim como leio um contrato para saber o que significa cumpri-lo, e portanto como devo adimpli-lo.

Cada uma dessas interpretações permite observar que normas, valores, informações, dados fáticos, idiosincrasias, ideologias, posicionamentos políticos, causas e conseqüências, impacto social, etc., são todos elementos considerados em pé de igualdade pelo julgador. A única demanda que se coloca é que sempre haja consideração maior da igualdade no processo de produção da diretriz comportamental. Isso porque a composição de um julgamento justo, ou de uma realidade democrática e liberal, só pode existir se considerarmos de antemão a igualdade de todos. Do contrário, teremos apenas uma relação de poder e de imposições sucessivas, o que torna desnecessária a especulação jurídica em sentido próprio.

AXIOMATIZAÇÃO ATRAVÉS DA FENOMENOLOGIA DO DIREITO

É a partir de uma compreensão de fundo hermenêutico que o discurso jurídico se abre para a possibilidade de condições gerais de axiomatização. Em estudos de teoria do Direito e Direito Penal, FERRAJOLI apresenta a possibilidade de constituição de estruturas axiomáticas como hipóteses não-lógicas de formação de teoremas subseqüentes. A dimensão não lógica de fundo substancial-prático de tais axiomas fica evidenciada pela preocupação através da qual a estrutura de teorias garantistas se vê afirmada. Trata-se de fato de um conjunto de construções válidas dentro do contexto de realização de uma prática jurídica informada por um fundo lógico, que pretende aproximar a realização de certos direitos a uma rede logicamente legitimada.

O posicionamento de FERRAJOLI sobre o tema levanta uma questão de grande relevância para a disposição de uma possível axiomatização da teoria do Direito e da prática jurídica. É precisamente por entender a demanda de tal divisão que a proposta

de FERRAJOLI suscita a mesma compreensão antes esboçada por HUSSERL, levantando como se daria a possibilidade de uma axiomatização do Direito através de uma perspectiva científico-fenomenológica.

O primeiro passo de uma tal fenomenologia estaria em compreender que há uma divisão muito clara entre ciências de caráter teórico e de caráter positivo, como o próprio HUSSERL coloca. Enquanto as primeiras tendem a uma construção compassada de axiomas demarcados por questionamentos setorizados, o instrumental positivista tem tons metafísicos por excelência. Isso porque a dogmatização e setorização positivista enverga o processo de pensamento para exercícios demonstrativos afastados de uma prática. Para nossa percepção, a axiomatização do Direito deve permanecer aquém de preocupações de instância puramente metafísica (já realizada, por sinal, pelos supra-citados KELSEN e AUSTIN). É por meio de uma construção teórica que se faz possível a percepção da ciência do Direito como integrante de quadros específicos de produção de conhecimento verificado e verificável.

Num segundo momento é também imperativo compreender, a exemplo de BETTI, que o exercício da ciência do Direito se dá não apenas através de um esforço mesclado entre prática e exercício teórico, mas que antes representa dois olhares diferentes sobre a mesma questão. Nisso, torna-se possível admitir que essas posturas se complementem, ao invés de encontrarem uma indissociação incapacitante, como havida pelos movimentos da hermenêutica gadameriana e, em alguns pontos, até mesmo pela produção da fenomenologia de BETTI e DWORKIN. Nossa tarefa passa a ser, portanto, a da visualização das situações nas quais esses ou aqueles perfis emergem, e em como podemos estabelecer os parâmetros para a busca de elementos experienciais (tal qual observado no âmbito das ciências naturais). Note que isso foge da própria axiomatização do exercício da interpretação normativa, também necessário para uma axiomatização teórica do Direito, mas inviável no sentido da formalização de um esquema de produção científica, caso não venha reforçado por uma axiomatização fática-material e outra teórico-metafísica.

Os focos de axiomatização são, com isso, nossos elementos fundamentais de produção de regiões analíticas para o Direito. Num primeiro momento, podemos dizer que restam axiomatizações não-lógicas em toda a produção de princípios gerais de direito material e processo, e nesses casos essa axiomatização tem a finalidade de mecanizar certas intencionalidades dentro do contexto jurídico. Interessa-nos, contudo, de forma mais peculiar, o desnível entre as axiomatizações específicas de um ordenamento construído em oposição àquelas dadas por meio da prática e da avaliação específica do caso.

Numa situação como essa, é possível observar que há uma tentativa de axiomatização lógica a partir da experiência material, tanto no sentido da produção probatória quanto no âmbito das relações materiais instauradas dentro do esquema normativo. Nesse caso, a determinação tautológica é privilegiada, ainda que possam restar movimentos de axiomatização não-lógica através de adscrições (por exemplo, pela atribuição de valor probatório a produção documental formal).

Já no caso do esboço teórico, temos os já mencionados princípios gerais de Direito, bem como as suas seqüelas estruturais. No caso, a implicação é de fundo prático, e por isso mesmo diz respeito à dinâmica da atividade jurídica. O encaixe hermenêutico surge a partir da presente regionalização, acrescentando axiomas determinados para a adaptação das normas de sentido teórico aos dados axiomáticos e às proposições locucionárias obtidas dos casos específicos.

Há, contudo, certos elementos que podem ser considerados como estruturais para a produção das axiomatizações teóricas do Direito. Nesses casos, temos em geral tais elementos resguardados dentro de qualidades principiológicas. O interessante é que as categorias bifurcadas de princípios e cláusulas gerais tendem a absorver por isso mesmo a qualidade de permear jogos normativos extensos como se fossem aplicáveis a todas as situações. Emergem, de fato, com a qualidade de axiomas representativos, e por isso mesmo, não lógicos, antes de se estabelecerem como normas.

Um exemplo disso reside na cláusula geral de boa-fé. Se observarmos com cuidado, perceberemos que seu estabelecimento em todos os contratos provém precisamente de sua associação a uma realidade intrínseca aos contratos. Seria dizer que a racionalidade criadora de todas as normas contratuais está ligada à pressuposição de que o contrato é realizado com boa-fé, tratando de informação e adimplemento com o desejo efetivo de realização e respeito das partes. Da mesma forma, toda a estrutura principiológica reafirma tal condição. Os espaços mais sensíveis disso estão nos direitos fundamentais. De fato, a questão se torna tão relevante que é mesmo possível visualizar em alguns de tais direitos, notadamente o direito à liberdade e o direito à igualdade, a mera expressão nominal de elementos que são tautologias de fundo lógico, uma vez posta axiomáticamente a existência de um ordenamento de embasamento normativo.

AXIOMATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No caso da realização de direitos fundamentais em caráter axiomático, teremos a sua realização não lógica no caso de direitos que demandem uma imposição por meio da colocação da força normativa (HESSE). Elementos como a dignidade e a vida seguem um tal percurso. O argumento da filosofia da libertação e dos movimentos contemporâneos que tendam colocar o “valor-vida” como fundamento capacitador de todos os demais não procede. Não tem condição de tornar o direito em questão tautológico. Isso porque não se pode falar que a vida persiste até para o ordenamento a não ser que falemos de existência consciente total. No âmbito de proteção individual a prática implica na imposição da prescindibilidade da vida, o que exige a imposição do direito em questão em caráter não-lógico como axioma adscrito.

Há dois deles, contudo, que assumem papel essencial. O primeiro diz respeito à igualdade. Seria dizer, caso confrontássemos efetivamente o *caput* do artigo 5º, que a imposição de igualdade de todos perante a lei está estruturalmente explícita, na medida que a igualdade guarda características de fundo material que obedecem a esse

processo de triangulação e que ao mesmo tempo condizem com a redução discursiva igualmente estabelecida no texto constitucional. Seria dizer que, materialmente, a igualdade não se dispõe em sentido absoluto, mas que é meramente apresentada entre dois ou mais objetos a partir do ponto de vista de um observador que limita a comparação ao âmbito fenomênico dos aspectos úteis para a vinculação dos objetos comparados a uma função interna à quadratura visualizada. É o que acontece ao colocar-se a perspectiva normativa como vértice de julgamento do cidadão entendido como objeto de comparação, estabilizado a partir de uma mediação performática da norma.

É o caso dizer, contudo, que a própria disposição de uma condição normativa presume já sempre a igualdade entre súditos de uma tal norma. É possível contra-argumentar através da alegação de que uma norma pode ser aplicada a limites tão mínimos (em sentido lógico) ao ponto de aplicar-se a apenas um indivíduo, em detrimento de todos os demais. Mesmo que seja esse o caso, ainda assim, na produção de um nível discursivo mais amplo, há que se presumir da mesma forma que todos os indivíduos só podem tratar a norma no sentido de obediência ou desobediência, e que portanto ela tem como pretensão interna da estrutura lingüística a obrigação à obediência (WITTGENSTEIN). Significa dizer portanto que todo ordenamento feito, não importa sob que ordem, trata já sempre todos os indivíduos como iguais, ou seja, como súditos.

Da mesma forma, quando tratamos da questão da liberdade operamos sob bases muito próximas àquelas esboçadas em KANT. Não desejamos aqui ignorar os autores que trabalham a partir da pretensão política do conceito de liberdade (ARENDRT). Contudo, não precisamos avançar tanto em tal avaliação, eis que a implicação política é resultante desde logo de uma leitura política, o que nos dá simplesmente a mesma possibilidade de axiomatização material anterior. Significa dizer que, cá ou lá, a liberdade se coloca como exercício de disposições não previstas despido de impedimentos (o que se pode aduzir tanto de uma quanto de outra leitura). Axiomaticamente pode ser entendida então como exercício em espaço vazio de

impedimentos. Um ordenamento deve presumir, para impor regime de obediência, a qualidade livre da ação humana (ao menos da ação humana consciente). Se não o fizer, desmantela a idéia mesma de obediência e a possibilidade de desobediência, tornando a própria existência de estruturas imperativas inócua. E mesmo que se considere a possibilidade de previsão de todas as condutas corretas, aniquilando assim a possibilidade de escolha livre, o ordenamento precisa estar consciente da possibilidade de desobediência para que se possa lançar como força normativa.

Tão relevante para a captação estrutural é a questão da liberdade que chega mesmo a estabelecer em condições específicas aquilo que se entende por distinção entre força normativa e força corretiva do Direito. No caso de determinados direitos fundamentais, é a força normativa que gera sua implementação. Já na situação específica da condição específica de liberdade e igualdade, elementos estruturais para as condições gerais de formação do ordenamento, a sua explicitação só se faz necessária no sentido de uma força corretiva. Seria dizer, nesse sentido, que esses dois elementos estruturalmente axiomatizados em sentido lógico (tautológico) dependem ainda assim de implementação posterior. Nesse caso, o uso de uma estrutura normativa emerge nos casos em que apenas os níveis discursivos superiores são respeitados. Seria como visualizar um ordenamento que admite normas interpretadas ou aplicadas para a geração de efeitos desiguais, quando na verdade o instrumental, em sentido lógico e epistêmico, obedece às mesmas premissas de igualdade de antes. Seria dizer, no caso, que falamos do mesmo enraizamento principiológico, mas que sua aplicação a camadas inferiores se dá de forma desastrada, razão pela qual é preciso conceder força normativa ao conteúdo lógico, de modo que possa ser implementado no momento em que haja incoerência por parte do cidadão que abusa de seu direito ou do aplicador que, proposital ou acidentalmente, deixa de manter coerência lógica no sentido da concretização do texto constitucional.

CONCLUSÕES



Entende-se, portanto, que a produção fenomênica do Direito capacita a possibilidade de uma leitura axiomática de sua realidade. Essa leitura axiomática permite observar que muitos dos elementos historicamente consolidados como direitos fundamentais (e enraizados e solidificados por direitos posteriores, como informa CANOTILHO) pertencem de fato a regiões centrais de caracterização estrutural dos ordenamentos. Nisso, podemos perceber a possibilidade de esclarecimento de duas condições essenciais da concretização de direitos fundamentais: primeiramente passamos a compreender com mais clareza por que efetivamente permeiam diversos âmbitos normativos, ainda que não se apresentem nominalmente em todos eles; em seguida, passamos igualmente a compreender como se dá a resolução efetiva da colisão de princípios, que muito embora não presuma uma hierarquia constitucional de direitos fundamentais ou uma hierarquia meta-jurídica de valores, ainda assim estabelece como fundamentos certas estruturas vitais para a organização das relações de poder intrínsecas à constituição do Estado.

REFERÊNCIAS

- BETTI, Emilio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins. Fontes, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006.
- HUSSERL, Edmund. *Lógica formal y lógica trascendental*. México: UNAM, 1962.
- HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas: introdução à fenomenologia*. São Paulo: Madras, 2001.



ANTECEDENTES TEÓRICOS E HISTÓRICOS DO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Adriana Inomata

UniBrasil

adrianainomata@gmail.com

RESUMO

O neoconstitucionalismo pode ser definido como um novo paradigma de Direito e de Estado que se formou no século XX, mais precisamente a partir da Segunda Guerra Mundial, inicialmente na Europa continental e após na América latina. A compreensão mais detalhada deste fenômeno pressupõe a análise de seus antecedentes históricos, filosóficos e políticos. Será, então, analisado o paradigma de Estado de Direito que se formou no contexto das revoluções burguesas do séc. XVIII, num primeiro momento de natureza material, pois visava a garantia de determinado conjunto de direitos individuais, em especial a liberdade e a propriedade. Num segundo momento, especificamente no século XIX, o Estado de Direito acentua sua natureza formal, abandonando os pressupostos jusnaturalistas do Estado de Direito liberal, assumindo feição de um Estado legalista, cuja consequência foi a implantação de regimes totalitários sob as vestes formais da legalidade. O ambiente teórico e filosófico que antecede o neoconstitucionalismo é identificado ao positivismo jurídico. Neste ponto, será adotado como marco teórico a teoria positivista do direito de Hans Kelsen, a qual compreende o Direito enquanto ordem social, que regula condutas através de normas dotadas de sanção. A partir desses pressupostos serão traçados o ambiente histórico, teórico e político que precedeu o denominado neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Estado de Direito. Positivismo Jurídico.

INTRODUÇÃO

Identifica-se, atualmente, um novo momento do constitucionalismo que se contrapõe ao Estado de Direito Legal e ao positivismo jurídico formalista. A esse fenômeno, dá-se o nome de neoconstitucionalismo, a fim de se expressar o novo contexto do Direito Constitucional, que emerge no pós-segunda guerra, inicialmente na Alemanha e na Itália, após na Espanha e em Portugal e que reverberou seus efeitos no Brasil a partir do advento da Constituição brasileira de 1988. Apesar do sincretismo e da pluralidade de significados que envolvem o termo, é possível identificar algumas características em comum nos países onde esse fenômeno se



instalou, como enumera Daniel SARMENT¹: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico; (c) constitucionalização do Direito; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e (e) a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. A melhor compreensão de tal fenômeno exige o conhecimento do contexto antecedente, o qual envolve o constitucionalismo liberal, o paradigma de Estado de direito legal e o pensamento jurídico positivista.

CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O termo constitucionalismo refere-se ao conjunto de movimentos² sociais, correntes de pensamentos filosófico, político e ideológico que se iniciou nos séculos XVIII e XIX no sentido de limitar o poder político e garantir determinados direitos fundamentais. Para CANOTILHO, constitucionalismo pode ser definido como uma teoria “(ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representa “uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos”.³

PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO

O constitucionalismo moderno formou-se concomitantemente ao paradigma de Estado de Direito Liberal, com o rompimento com o Estado absoluto⁴

¹ SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em: 31 jul. 2011.

² Quanto à definição de constitucionalismo como conjunto de movimentos, utiliza-se neste trabalho o posicionamento de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

³ Idem.

⁴ Nesse sentido, assinala: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 151; ZAGREBELSKY,

Inicialmente, o Estado de Direito liberal surge nos fins do século XVIII, com as revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa, e se consolida no século XIX na Europa ocidental e nos Estados Unidos, conformando um Estado de direito material, “já que a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”.⁵ Por outro lado, na medida em que a burguesia alcançou o efetivo exercício do poder, a caracterização do Estado de Direito material tornou-se tendencialmente incômoda.⁶ O Estado de direito passa a ser visto como Estado legal, desvinculada de conteúdos substantivos, a conceituação do Estado de direito (formal – Estado legal) está ligada à validade formal dos atos estatais, sendo completamente indiferente aos conteúdos materiais e fins de ação do Estado.⁷

POSITIVISMO JURÍDICO

O ambiente teórico e filosófico deu bases à consolidação do tipo de Estado de Direito Legal descrito anteriormente é o positivismo jurídico.⁸ Segundo a corrente juspositivista, o direito, visto como uma ciência, é reduzido ao que está validamente disposto na lei, produzida pelo Estado, cabendo ao jurista simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, num movimento quase automático, de subsunção do fato à norma jurídica. Para KELSEN, “o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”.⁹ A peculiaridade da ordem jurídica é que suas normas são dotadas de sanção, portanto coerção. O objeto do Direito resume-se a ordem jurídica estatal. Portanto, a atividade do jurista atém-se à análise da validade das normas jurídicas. Sendo válidas, ao jurista cabe verificar se a conduta real encaixa-se no esquema da norma, pois, como afirma KELSEN, a norma jurídica funciona como esquema de interpretação. Nesse sentido, o direito positivo,

Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 22.

⁵ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 103.

⁶ Ibid., p. 105.

⁷ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 22.

⁸ Ibid., p. 33.

⁹ KELSEN, op. cit., p. 16.



conseqüentemente, é um direito de regras, uma vez que a norma jurídica prescreve uma dada conduta.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o ambiente que antecedeu o neoconstitucionalismo era caracterizado pelo constitucionalismo, enquanto contexto do direito constitucional; pelo paradigma de Estado de direito legal, que sucedeu o Estado de direito (material) Liberal; e pelo positivismo jurídico enquanto teoria do direito, que defendia o Direito enquanto ordem social, formada por normas produzidas pelo Estado dotadas de sanção, coerção, e desvinculadas de conteúdos morais. A partir desses pressupostos teóricos e históricos é possível compreender o neoconstitucionalismo como a proposta de uma nova teoria do direito e do Estado, a qual visa superar ou ao menos questionar seu ambiente antecedente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)**, Salvador, Instituto brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FIORAVANTE, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

CARBONELL, Miguel; et al. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.



NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito.** do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONT EUDO=56993>. Acesso em: 31 jul. 2011.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 145-165, abr/jun 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Adriana Milla

UniBrasil

adriana.milla@uacp.org.br

George Rezende Moraes

UniBrasil

geowrezende@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de realizar a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária e jurisprudencial aprofundando o estudo sobre a importância de delimitação do espaço de atuação dos poderes, sobretudo do Poder Judiciário, objetivando a concretização dos direitos fundamentais. Visa especificamente analisar até que ponto a interferência entre os poderes se faz necessária; explicar a relação entre jurisdição constitucional e democracia em face da suposta ausência de legitimação do Poder Judiciário; demonstrar a importância de se manter o equilíbrio entre os poderes, relacionando a congruência do ativismo judiciário com a concretização dos direitos fundamentais, visando a efetiva consagração da democracia. Os estudos, debates e posicionamentos doutrinários sobre o tema estão inseridos num contexto jurídico, social e político, o que demonstra a importância desta análise que tem como finalidade explicar sobre sua efetivação; avaliando a extensão da intervenção do Poder Judiciário e verificando em que medida tal atuação impacta em influxos positivos e negativos sobre a nação como um todo. Conclui-se, portanto, que o cenário acima descrito aponta para a necessidade de se investigar a relação das forças entre os poderes, verificando a existência fática de uma situação de desarmonia; ou então comprovando que o contexto atual retrata apenas a dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos, objetivando a renovação democrática material de uma sociedade especialmente plural e em constante evolução, na qual se deve acima de tudo buscar a concretização dos direitos fundamentais em todas as esferas do poder.

PALAVRAS CHAVE: Jurisdição Constitucional; Ativismo do Judiciário; Legislação; Direitos Fundamentais; Democracia.

O Estado Moderno surgiu em um contexto histórico no qual se fazia necessário retirar o poder absoluto das mãos do monarca, para assim reparti-lo na sociedade, origina-se então a idéia de divisão dos poderes – intuída na antiguidade por Aristóteles, e delineada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” – tornando-se esta, o cerne da democracia moderna; tal pensamento toma por base a



possibilidade de freios e contra pesos visando certo equilíbrio na relação dos três poderes do Estado, a saber: o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ocorre que a cada dia as problemáticas acerca de tão importante tema são mais recorrentes, dentre os quais a imensa dificuldade em se estabelecer um limite para a atuação do Poder Judiciário, que tem cada vez mais agido de maneira ativa, justificando sua atuação por conta da omissão do Poder Executivo, almejando a efetiva concretização dos direitos fundamentais em face dos casos concretos. Ainda que se tenha em mente o pensamento de MONTESQUIE de que: "é preciso que, pela disposição das coisas, o poder retenha o poder", resta à preocupação de como fazê-lo de modo a não afrontar o princípio democrático basilar, no qual os poderes devem manter-se separados atuando o máximo possível dentro das esferas de funções que lhe são atribuídas, afinal para muitos, esta é a vontade manifestada pela maioria, reflexo de um Estado Democrático de Direito.

É fato que o referido tema comporta inúmeras discussões, sejam elas de cunho social, político e até mesmo filosófico acerca das normas que tutelam princípios fundamentais e constitucionais. A suposta ausência de legitimação do Poder Judiciário, outra importante questão a ser analisada, é também alvo de inúmeros posicionamentos divergentes, alguns doutrinadores entendem que uma vez eleitos os representantes dos demais poderes, estes de forma indireta estão cumprindo a vontade da maioria quando da escolha dos membros do judiciário; por outro lado há aqueles que defendem não haver legitimação efetiva tendo em vista que a sociedade não concorreu de forma direta na referida escolha.

Mesmo havendo aspectos negativos por conta do desvio de função no judiciário, os benefícios pontuais alcançados pelas decisões proferidas contam sobre tudo, com um conteúdo de direito material, afinal os direitos fundamentais supracitados, devem atingir a sociedade como um todo, alçando aos indivíduos das diversas esferas sem distinção. É o que se infere quando da análise da Constituição da República de 1988, sobre a disposição dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, entre outros elencados do Art. 5º ao Art. 17º, da referida Carta Magna.

Não cabe mais a resignação pacífica da sociedade em face de soluções meramente paliativas e pontuais; as demandas acerca dos Direitos Fundamentais



constituem uma importante problemática que deve ser tratada em esferas superiores, em busca da efetiva evolução dos conceitos de forma geral e abstrata, afinal a sociedade como um todo padece quando as discussões políticas são suprimidas por soluções meramente populistas, relegando a um segundo plano o bem geral e a justiça. Mesmo sendo o ativismo judiciário, alvo de inúmeras objeções e críticas – fundamentadas sobre tudo no perigo de se tratar judicialmente problemas que devem de fato permear os debates públicos e políticos – constitui o único instrumento capaz de implementar Direitos Sociais; diuturnamente relegados pelos poderes eleitos, ainda que a interpretação por parte de Judiciário implique em opções muitas vezes políticas, o que se busca, segundo se extrai do brilhante entendimento Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, “é a efetiva realização dos referidos direitos, com base numa verdadeira democracia material, da qual carecem as (grandes) minorias e os grupos vulneráveis mantidos a margem do processo político”. Como bem expressou Benito Pablo Juárez García – Presidente do México entre 1861-1863 e 1867-1872 – “entre indivíduos assim como entre nações, o respeito ao direito alheio é a paz”. Uma leitura renovada de tal afirmação leva à conclusão de que o respeito ao direito alheio é a concretização de uma democracia efetivamente material.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTESQUIE. **Do Espírito das Leis**: Livro Décimo Primeiro Capítulo IV. [S.l.: s.n.], 1748.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.



SETOR ENERGÉTICO: ESTADO REGULADOR E A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

André Luis Agner Machado Martins
UniCuritiba/PUCPR
andremartins@epenergia.com.br

RESUMO

O atual estágio de desenvolvimento econômico do Brasil aliado ao crescimento populacional e aumento de consumo per capita de energia, projeta um aumento significativo da demanda energética para as próximas décadas. Grandes investimentos focados na ampliação do parque gerador de energia são necessários, fator este que é comprovado através da apresentação dos estudos publicados pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), havendo consenso de que é necessário o estímulo aos agentes geradores a realizar os referidos investimentos. É neste contexto que a viabilização de novos empreendimentos é medida de grande importância no intuito de atender esta futura demanda de energia elétrica. O objetivo do trabalho será analisar esta conjuntura considerando, de forma paralela, o crescimento do volume de geração energético e, na condição de diretriz básica, as cruciais preocupações e medidas pautadas por um desenvolvimento sustentável. O presente artigo pretende reunir alguns elementos, dados básicos técnicos, ambientais, regulatórios para demonstrar a pertinência da consolidação de uma política e de programas que ampliem a participação de fontes renováveis e limpas em uma matriz energética e elétrica pautada pelo desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Política Energética; Desenvolvimento Sustentável; Matriz.

O caráter evolutivo da figura do “Estado” tem projetado a inversão cíclica de uma série de modelos propostos. Narrando de forma geral esta variação histórica, o artigo tenderá para análise da proposta de intervenção do Estado na ordem econômica brasileira (via regulação), em especial junto ao mercado energético e a sua compatibilidade com as exigências do desenvolvimento sustentável.

Especificamente, como um corte histórico, caberá retratar de forma superficial a formatação proposta pelo liberalismo (marcado pelas premissas da liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e a não-intervenção estatal na economia) e do Estado interventor e provedor (marcado pela atuação ativa do Estado, administrando com “mão visível”).

O histórico tenderá a atingir a chamada crise do Estado provedor e criação de um modelo de gestão administrativa pautada em eficiência e qualidade de seus serviços. Marcado pela ação “indireta”, o Estado visto junto ao modelo regulatório

“tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre essa atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância”¹.

Ainda de forma sucinta, num cenário nacional, caberá discorrer sobre um dos maiores programas de desestatização propostos no mundo, marcado pelo chamado Programa Nacional de Desestatização (PND), do qual resultou a desestatização da economia, desdobramentos da reforma administrativa e as chamadas “agências reguladoras”. Como fundo principal do artigo, tenderá para a discussão da “regulação” do setor (ou mercado) energético, em especial do mercado de energia elétrica, a qual se encontra absolutamente dominada pela energia hidrelétrica.² Aparentemente estabilizado o setor elétrico, o que se percebe nos últimos anos é uma gradativa alteração da matriz energética em busca da variação das formas de produção. Almeja-se a troca das energias de alto conteúdo de carbono (combustível), por uma matriz focada em sua menor emissão.

Dentro do modelo regulatório proposto, é evidente a necessidade de atuação Estatal na condução dos rumos do setor energético, tal como apreciação e decisão sobre as barreiras e conflitos oriundos da atuação de uma série de novos agentes. Preceitos de ampliação do acesso à energia às camadas sociais menos desfavorecidas e a preocupação com os impactos ambientais da produção e do uso da energia (especialmente no que diz respeito à emissão de gases), justificam o tema debatido e a necessidade de regulação e definição de políticas orientadas para assegurar a sustentabilidade.

Esta situação foi inclusive abordada pelo Presidente da Empresa de Pesquisa Energética³, diante de sua relevância fática, quando em artigo afirmou:

¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 73-5.

² RUIC, Gabriela. **Entenda Por Que Hidrelétricas Dominam Matriz Energética Brasileira**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/meio-ambiente-e-energia/noticias/entenda-hidreletricas-dominam-matriz-energetica-brasileira-553035>>. Acesso em: 24 abr. 2010. Da mesma matéria: “Usinas movidas à energia hidráulica são responsáveis pela geração de 68% da energia do país, um total de 107.802.435 kilowatts” e “A preferência nacional pelas hidrelétricas está diretamente ligada à abundância de recursos hídricos no território brasileiro, são mais de 12 mil rios”.

³ “A Empresa de Pesquisa Energética - EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras”. (art. 2º da Lei n.10.847/2004).



“Daí a importância do desenvolvimento de estudos para o planejamento energético de longo prazo, mediante os quais, com base no diagnóstico do quadro econômico e energético internacional e doméstico, podem-se identificar tendências e elementos que permitem orientar a definição de políticas públicas voltadas a assegurar uma disponibilidade energética adequada, a universalização do acesso à energia, o uso mais eficiente desse recurso, a minimização de seus custos e sua sustentabilidade ambiental”. Mantendo a linha temporal lógica, o qual já terá passeado pelos modelos históricos e analisado o modelo atual, caberá uma breve discussão acerca das propostas futuras de exploração energética. Esta discussão não poderá deixar de ser fiel às diretrizes propostas na Lei de Política Energética Nacional (Lei Federal nº 9.478/1997) e, em especial, sintonia com a tendência mundial de desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Clever Mazzoni. **Curso Básico de Direito de Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CARNEIRO, Daniel Araújo. **PCHs – Pequenas Centrais Hidrelétricas: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Comerciais**. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CUSTÓDIO, Ronaldo dos Santos. **Energia Eólica para Produção de Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 2009.

GANIM, Antônio. **Setor Elétrico Brasileiro: Aspectos Regulamentadores, Tributários e Contábeis**. 2. ed. Brasília: Synergia, 2009.

KELMAN, Jerson. **Desafios do Regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

RUIC, Gabriela. **Entenda Por Que Hidrelétricas Dominam Matriz Energética Brasileira**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/meio-ambiente-e-energia/noticias/entenda-hidreletricas-dominam-matriz-energetica-brasileira-553035>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. Brasília: Synergia, 2011.



O DIREITO FUNDAMENTAL AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE E A LITIGANCIA DE MÁ-FÉ EM RECURSOS MERAMENTE PROTETATÓRIOS

Andreia Maria Costa do Bonfim Teles

UniBrasil

teles_andreia@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo está direcionado à discussão da realidade da aplicação do direito; a busca por uma justiça que não seja tardia e lenta. A preocupação com a possibilidade de protelar a lide via procedimento autorizado por lei, em confronto com o direito fundamental disposto no art. 5º LXXVIII CF (Princípio da Celeridade). O princípio do duplo grau de jurisdição consiste em submeter a lide a novos exames, desta forma está correlacionado com o instituto do recurso. Nesse sentido a revisão de uma decisão esta ligada ao inconformismo das partes, com decisões desfavoráveis, porém o mau uso deste instrumento num contexto de interesses meramente protelatórios transforma-se na dilação excessiva do tempo de duração do processo, fazendo com que haja prejuízo na postulação dos direitos. Por se tratar de matéria de ordem pública, litigância de má-fé, poderá ser declarada de ofício, e neste caso a verificação ou não de lealdade e boa-fé processual incumbe ao juiz ou mediante provocação da parte que já teve seu direito lesado. Essa punição deverá ser rigorosa, para exigir a lealdade e a boa-fé processual, não apenas das partes, mas como também de seus procuradores ou de qualquer terceiro que venha atuar no processo, no entanto tal coação não poderá ser confundida como restrição ao exercício de direito ao contraditório, ou ao devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Litigância de má-fé; Princípio do Duplo Grau de Jurisdição; Recursos; Princípio da Celeridade

O processo se desenvolve com a colaboração das partes, voltadas para uma função estatal, destinadas a prevenir ou solucionar o litígio, fazendo atuar a vontade da lei, nasce assim a relação jurídico-processual, na qual há direitos e deveres que vinculam as partes e o próprio Estado, pois este na medida que suprimiu a autotutela, contraiu para si, o compromisso da prestação jurisdicional, a ser realizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais do devido processo legal. Para a efetiva aplicação de justiça, é necessário que o processo tenha um lapso de tempo razoável, mas este não pode ser muito estendido, sob pena de não significar

justiça e sim, injustiça. Já dizia Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça senão injustiça qualificada e manifesta”.¹

Na litigância de má-fé, as partes utilizam dos remédios processuais exclusivamente com finalidade procrastinatória, cientes de que, de certa forma o recurso não terá o efeito de modificar a decisão *a quo*. Há recurso meramente protelatório quando a parte que apresentou o recurso não aponta motivação legal para tanto, desvia o objetivo de revisar uma decisão judicial, com o único intuito de procrastinar a solução da lide, fazendo mau uso do Poder Judiciário e principalmente ocasionando perda de direitos ao longo do tempo, gerando danos não apenas às partes, mas também prejuízos de cunho social e econômico.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXVIII, traz um princípio que elevou à condição de direito fundamental, o princípio da celeridade processual, o qual assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo. Nesse sentido a litigância de má-fé em recursos meramente protelatórios afronta diretamente a Carta Magna. Todos os operadores de direito anseiam a aplicação do direito de forma mais célere e eficaz, na verdade toda a sociedade objetiva isso. Desta forma é mister que as partes e seus procuradores atuem no processo investidos de lealdade e boa fé processual, e que ao final deste sejam reconhecidos os direitos e deveres das partes, sem que façam mau uso do Poder Judiciário, congestionando e prejudicando o exercício da jurisdição.

Vários doutrinadores vêem no princípio do duplo grau de jurisdição e por sua vez no instituto do recurso a possibilidade de procrastinar o feito. A obra de Luiz Rodrigues WAMBIER e Tereza Arruda Alvim WAMBIER faz relação da efetividade da Jurisdição com a efetividade de todos os direitos fundamentais e da necessidade de mecanismos de inibição do descumprimento ou até pela criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, visando a regra constitucional que garante o acesso à justiça. “a inefetividade da jurisdição compromete a efetividade de todos os outros direitos fundamentais. A criação de mecanismos de inibição é absolutamente necessária”.²

¹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis**: Teoria geral e recursos em espécie. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: 2004. p. 21.

² WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase de reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

Segundo Luiz Guilherme MARINONI, a demora da prestação jurisdicional, é um dos grandes problemas do processo civil moderno, e esta vinculada ao princípio do duplo grau de jurisdição e recomendam que este não seja exigido ao menos em causas de maior simplicidade, nas quais provavelmente o juiz de segundo grau chegaria a mesma decisão que foi tomada pelo juiz *ad quem*, segundo o autor: “o recurso transformou-se em boa desculpa para o réu sem razão protelar a demanda”.³

No que tange os recursos, o livro do professor Sandro Marcelo KOZIKOSKI, trata da interposição de recursos, em relação ao binômio tempo e processo: “a lentidão jurisdicional acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, põem tudo a perder.”⁴ Segundo Nelson NERY JUNIOR, “não podem os litígios se perpetuar no tempo, mediante mecanismos diversos, entre os quais se encontra a interposição de um recurso”.⁵

As ferramentas processuais colocadas ao alcance das partes são instrumentos necessários para o alcance da justiça. Por outro lado o mau uso destes instrumentos, ocasionam danos as partes e perda de direitos fundamentais, e nesse jogo de interesses meramente protelatórios a parte que tem seu direito reconhecido, será prejudicada e estará limitada aos procedimentos legais e a mercê da análise subjetiva do juiz, para a aplicação da litigância de má-fé. É nesse sentido que se faz necessário mecanismos de inibição da litigância de má-fé, com aplicação de sanções para aquele que obstrui a efetividade da jurisdição, para que o direito fundamental da celeridade processual não se perca no tempo.

REFERÊNCIAS

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis**: Teoria geral e recursos em espécie. 2. ed. Curitiba: 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

³ Ibidem, p. 509.

⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Op. cit., p. 21.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.



WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase de reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.



O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Antonio Augusto Cruz Porto
PUCPR
manoport@onda.com.br

Cibele Merlin Torres
UniBrasil
cibele_cmt@hotmail.com

RESUMO

Certamente de maneira incompleta, diante da profundidade com que Virgílio Afonso da Silva abordou o tema, o presente resumo pretende destacar a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob o ponto de vista por ele apresentado, consagrada em sua obra “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”. Muito embora existam inúmeras menções, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, naquilo que toca à existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, referido autor adentra em questões extremamente complexas e juridicamente importantes, as quais não podem passar despercebidas pelo estudioso do Direito. A percepção, ainda que muitas vezes intuitiva, de que o todo direito fundamental possui um núcleo inviolável é posta em xeque, ao afirmar-se que os direitos fundamentais podem ser restringidos e não possuem, de fato, contornos bem definidos. Ao cabo dos argumentos trazidos pelo autor, aqui simplificados sinteticamente, será possível destacar algumas conclusões de grande relevância, a saber: a imprescindibilidade de se distinguir os direitos fundamentais de suas restrições, a necessidade de se partir de um pressuposto de proteção amplíssimo e irrestrito dos direitos fundamentais e, por fim, de que todo direito fundamental é passível de restrição. O procedimento metodológico a ser utilizado no decorrer da pesquisa será o dedutivo. Os procedimentos técnicos de estudo limitar-se-ão à pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Restrições; Conteúdo; Regra da Proporcionalidade.

Há diversas menções à existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência e na doutrina. Parece ser, inclusive, algo intuitivo, tendente a gerar a pressuposição de que, sem a garantia de um mínimo fundamental, o próprio direito como um todo estaria sendo violado. Apesar dessa crença de que um direito fundamental é absoluto e com contornos bem definidos (como um núcleo), Virgílio Afonso da Silva defende uma ideia oposta, sustentando um conteúdo essencial relativo. Para os adeptos dessa teoria relativa, a definição do que é essencial - e, portanto, daquilo que ser protegido - depende das condições



fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses a partir de um determinado caso concreto.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre da relação de diversas variáveis, dentre elas: (a) a análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais (suporte fático amplo); (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições (a teoria interna e externa); e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas respectivas restrições.

A ligação entre as ideias acima culmina na defesa de um conteúdo essencial relativo, ou seja, que não possui definição *a priori* – é dizer: *prima facie*, “tudo” é protegido por determinado direito fundamental. Não há um núcleo absoluto e impassível de restrição, como defendem alguns autores no concernente à dignidade da pessoa humana¹, por exemplo. Assim, o que é protegido somente será definido no caso concreto, diante das condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses.

No entanto, é possível deparar-se com a seguinte pergunta: qual será o conteúdo essencial do direito fundamental se o âmbito de proteção é amplíssimo e somente passível de definição no caso concreto? Para Virgílio Afonso da Silva, a resposta reside na aplicação da regra da proporcionalidade.

Desta forma, vislumbra-se que o conteúdo essencial e a proporcionalidade estão intrinsecamente conectados, tanto assim o é que Virgílio considera que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.² Em outras palavras, aplicando-se a regra da proporcionalidade, a partir do cumprimento de suas etapas (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sempre estará resguardado.

Neste cenário, seria aceitável que inclusive a dignidade seja objeto de sopesamento e tenha de ceder ante as circunstâncias de um caso concreto?

¹ Segundo Vieira de Andrade, o limite absoluto do núcleo essencial dos direitos fundamentais seria a dignidade da pessoa humana. ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Medina, 2004. p. 306.

² SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006. p. 43.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a resposta seria positiva, ao avaliar: “parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria constituição, em normas com estrutura de regras, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito”.

Note-se, ainda, que uma determinada restrição não necessariamente invade o conteúdo essencial de um direito fundamental simplesmente por ser intensa. É necessário contrapô-la ao grau de realização e de importância dos outros princípios envolvidos em dada circunstância. Se o grau de realização for pouco relevante perante a restrição (mesmo leve), segundo a teoria relativista, haveria uma invasão do conteúdo essencial de um direito. Isso porque, se não houve fundamentação - residindo aqui o ônus argumentativo - suficiente para uma restrição (intensa ou não), haverá uma incursão ao conteúdo do direito fundamental.

Nesse sentido, conclui o autor que “restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas”.³ Por sua vez, violações mais relevantes podem ser consideradas constitucionais, não invasivas do conteúdo essencial, desde que haja a otimização de outro direito fundamental in concreto.

Nas palavras de Virgílio, o entendimento pode ser resumido da seguinte forma: (i) restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; (ii) restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais; e, por fim, (iii) restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial de um determinado direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Medina, 2004.

³ Idem.



SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006. p. 23-51.



A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Carmen Francisca Woitowicz da Silveira

UniBrasil/OPET

carminhafws@ig.com.br

RESUMO

O nosso sistema jurídico está embasado em diversos princípios formadores da pilastra de todo o ordenamento positivo nacional, ocorrendo que a aplicação de um princípio constitucional pode obstar o exercício de um direito fundamental, situação em que ocorre a colisão de princípios. Nestas situações, um princípio deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional. Para solucionar este impasse surge a técnica da ponderação. O estudo das formas de resolução dos conflitos entre princípios constitucionais ganha relevância, sobretudo se analisados a partir de uma moderna teoria da argumentação jurídica. Os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem dar resposta às situações em que colidem dois ou mais princípios constitucionais válidos considerando que a solução de conflitos entre princípios alcança a idéia de densidade e de peso dos valores em choque. Nestas situações de colisão, um princípio deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional. Alguns princípios merecem destaque, em especial o da proporcionalidade, que são condutores na questão da relativização da coisa julgada, seara na qual se dão os choques entre a segurança jurídica, consubstanciada através da coisa julgada material e a realização da justiça social pela defesa da supremacia constitucional e dos valores sociais nela insculpidos.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão de princípios; Ponderação; Coisa julgada; Relativização.

INTRODUÇÃO

Os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem dar resposta às situações em que colidem dois ou mais princípios constitucionais. Para Barroso¹ ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida, na modalidade do tudo ou nada. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Quando estas entram em conflito só uma irá

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.15.

prevalecer. Já os princípios devem ser aplicados mediante ponderação, uma vez que frequentemente entram em tensão dialética. O intérprete, à vista do caso concreto, irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Barroso² traz como exemplo de ponderação de valores a relativização da coisa julgada (colisão entre o princípio da segurança jurídica e valores tais como justiça).

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, princípio de extrema relevância para a pacificação da sociedade. Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais, pois o pressuposto basilar do Estado de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição. É chegado o momento de abandonarmos o velho brocado de que a coisa julgada transforma o quadrado em redondo e o preto em branco. Deverá prevalecer a segurança jurídica, mesmo que importe em grave injustiça? Será que a idéia de segurança jurídica deve comportar a negação da idéia de justiça, só para não haver desacato à coisa julgada? Começa a surgir na doutrina nacional e em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a consciência de uma coisa julgada inconstitucional, denominação a quem Cândido Rangel Dinamarco atribui ao ministro José Augusto Delgado. Obviamente, a mitigação da coisa julgada pela impossibilidade jurídico-constitucional é situação excepcional e, portanto, não pode ter seu uso banalizado. Não é novidade a crescente aceitação da teoria da relativização da coisa julgada, mas, essa relativização não é defendida em sua totalidade e sim em casos excepcionais, haja vista que não se pode incorrer no afrouxamento exacerbado arriscando acarretar na insegurança jurídica, o que se visa é apenas frear o caráter absoluto do instituto.

² Ibid., p. 349.

CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade significa observar a adequação (quando a sanção imposta é apta a realizar aquilo que se propõe), a necessidade ou exigibilidade (demonstração de que não existia nenhum outro meio igualmente eficaz e menos prejudicial); trata-se da proporcionalidade em sentido estrito (se houver o sacrifício de um valor, deve ser menor do que o tutelado). O princípio da proporcionalidade é muito utilizado no momento da aplicação do método da ponderação quando se apresenta uma situação de conflito entre princípios

Há que reconhecer que, em determinadas situações, deve haver uma relativização do princípio da segurança jurídica, pois não podemos admitir, de forma incondicional, que a segurança sirva de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada, tornando-a imutável, imodificável e absoluta. O enfrentamento de tal resistência se impõe com o fim de mitigar a coisa julgada, visto que a segurança jurídica não é sinal de aplicação cega de alguns princípios, e sim a harmonização entre os preceitos, só assim obter-se-á a finalidade maior do Estado que é promover a justiça. E no dizer de Dinamarco "a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios".³ A relativização da coisa julgada ao contrário de desestabilizar o ordenamento jurídico, torna-o mais sólido, podendo-se afirmar que se houver injustiça não há segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Rio de Janeiro: América, 2002.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>> Acesso em: 03 set. 2011.



O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL NA CONSAGRAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

Cibele Merlin Torres

UniBrasil
cibele_cmt@hotmail.com

Antonio Augusto Cruz Porto

PUCPR
manoporto@onda.com.br

RESUMO

O presente trabalho pretende lançar luzes sobre a importância da sociedade civil na concretização do direito fundamental a um ambiente saudável, com respaldo em inúmeros direitos de exercício pleno da cidadania, bem como direitos difusos e coletivos de proteção ao meio ambiente. Isso porque, é notória, no atual momento político e normativo-constitucional brasileiro, a atenção dedicada ao meio ambiente, sendo certo que, apesar de não se considerá-lo expressamente como sujeito de direito, estabelecem-se inúmeras normas de proteção ambiental, aplainando-o como um bem de uso comum do povo, consoante prescrição do artigo 225, da Constituição Federal. O procedimento metodológico a ser utilizado no decorrer da pesquisa será o dialético. Os procedimentos técnicos de estudo reportar-se-ão preponderantemente à pesquisa bibliográfica e eventualmente jurisprudencial. Ao final deste breve estudo, verificar-se-á que o sistema jurídico brasileiro disponibiliza ao cidadão uma série de instrumentos jurídicos, bastando que as organizações que compõe o intitulado Terceiro Setor, bem como os próprios cidadãos, de maneira individual, se conscientizem acerca da relevância de sua participação coletiva no exercício do papel de controle-cidadão, estimulando a criação de formas preventivas de proteção ambiental e promovendo ações ativas (tanto jurídicas como sociais) na tentativa de proteger o meio ambiente e punir aqueles que o degradam.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade civil; Meio ambiente; Direito fundamental.

O erigir da Constituição Federal de 1988 resultou na consagração de inúmeros direitos fundamentais, abordados tanto sob o viés individual frente ao Estado, quanto sob o prisma social e programático. Além desses, a Carta Magna ainda referendou os chamados direitos fundamentais de 3ª e 4ª gerações e, na esteira das ordens democráticas ocidentais, respaldou inúmeros direitos de exercício pleno da cidadania, bem como direitos difusos e coletivos de proteção ao meio ambiente.

Não se há de negar, no atual momento político e normativo-constitucional brasileiro, a importância ofertada ao meio ambiente, sendo certo que, a despeito de não se considerá-lo expressamente como sujeito de direito - tal como o fazem as Constituições equatoriana e boliviana, por exemplo -, estabelecem-se inúmeras normas de proteção ambiental, aplainando-o como um bem de uso comum do povo, consoante prescrição do artigo 225. O *caput* do mencionado artigo tem relevante disposição, sobretudo quando distribui e impõe, solidariamente, ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às gerações atuais e, igualmente, àquelas vindouras, tendo como pressuposto a idéia de sustentabilidade.¹

Percebe-se, portanto, que ao Estado brasileiro, dentro de suas competências próprias, incumbe a tarefa de dar vazão à defesa do meio ambiente equilibrado, tanto por meio da edição de normas regradoras-protetivas (tipificatórias e sancionatórias), quanto por meio de ações fiscalizatórias intermediadas por Órgãos ligados à Administração Pública. Nesse contexto, também é dever do Estado incentivar a adoção de políticas públicas de educação ambiental, dirigidas à sociedade como forma de potencializar a conscientização para a preservação do meio ambiente, a teor da expressa dicção do inciso VI § 1º do artigo 225 da Constituição.

É nesse cenário e sob esse pano de fundo que se busca analisar, de maneira bastante simplificada, a importância do papel da sociedade civil, por intermédio das chamadas Organizações Não-governamentais, na atuação efetiva e eficaz do resguardo ambiental, concretizando o panorama constitucional de ser um dever social/coletivo a promoção do meio ambiente saudável e equilibrado.

O chamando Terceiro Setor,² embora não esteja formalmente normatizado pela legislação brasileira, é composto, basicamente, por pessoas jurídicas de direito privado, cuja incumbência tende a salvaguardar questões de interesse coletivo e

¹ Desenvolvimento sustentável é aquele que “atende as necessidades do presente sem comprometer as necessidades de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991. p. 46).

² Terceiro Setor é formado por “todas as organizações não-governamentais que não objetivam lucro e que tenham fins lícitos e de interesse coletivo, registradas ou não, e, quando registradas, ou são fundações ou associações”. RESENDE, Tomás de Aquino. **Roteiro do Terceiro Setor: Associações e Fundações**. Belo Horizonte: Prax, 2006. p. 26.



não-lucrativo.³ Dentre as inúmeras funções a que dito Setor pode dedicar suas atividades certamente se englobam as questões ambientais, compreendendo-se-o como uma forma de fortalecimento do espaço de atuação da sociedade civil em matérias de interesse público. Nessa seara, destaca-se que a própria lei instituidora das OSCIP's reservou, dentre as finalidades perseguidas pela organização, a defesa do ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, consoante previsão do artigo 3º, alínea 'd', da Lei 9.790/99.

Inserto nessa conjuntura normativa e firmando o alicerce sobre o qual se impõem as diretrizes relativas à proteção do meio ambiente, está o nominado Princípio da Participação Comunitária, como pressuposto intrínseco e norteador de toda a atuação coletiva em matéria ambiental. Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, “o princípio da participação constitui um dos postulados fundamentais do Direito Ambiental”.⁴

Nesse sentido, significa asseverar que “cada um de nós deve fazer a sua parte em relação aos bens e valores ambientais, e mais do que isso, exigir que *todos* façam a sua parte”.⁵ Para tanto, a Constituição brasileira elencou alguns instrumentos jurídicos aptos a otimizar o exercício da cidadania, como fluxo da ideia de participação comunitária, de modo a, ao menos potencialmente, permitir ao cidadão comum - individual ou coletivamente - deles usufruir com vistas à preservação ambiental.⁶

Portanto, infere-se que o sistema jurídico brasileiro põe à mão do cidadão uma série de instrumentos jurídicos, bastando que a sociedade civil se conscientize acerca da importância de sua participação coletiva no exercício do papel de controle-cidadão, incentivando a criação de formas preventivas de proteção ambiental e promovendo ações ativas (tanto jurídicas como sociais) na tentativa de resguardar o meio ambiente e sancionar aqueles que o degradam.

³ O termo não-lucrativo não se refere à inexistência de superávit, mas trata da necessidade de o saldo positivo ser reintegrado à própria atividade, dando vazão aos fins para os quais a pessoa fora instituída.

⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. 1 (Parte Geral). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 255.

⁵ Idem.

⁶ Dentre eles, destaca-se: a) participação no processo legislativo (referendo, plebiscito e iniciativa popular); b) e a utilização de instrumentos jurídico-processuais de tutela do ambiente.



REFERÊNCIAS

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

RESENDE, Tomáz de Aquino. **Roteiro do Terceiro Setor: Associações e Fundações**. Belo Horizonte: Prax, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. v. 1 (Parte Geral). São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



DIREITOS E DEVERES NO TRANSITO

Cirlei Lourenço Nickel
UniBrasil
cirleinickel@hotmail.com

RESUMO

Nos dias de hoje, precisamos buscar soluções para a problemática do trânsito, e com objetivo de observar o comportamento individual e coletivo dos usuários, bem como levantar os dados estatísticos de acidentes de trânsito, dados de gastos com cofres públicos, e traçar método adequado para reeducação de trânsito. Pois faz-se necessário e fundamental questionar a cultura, a educação, a própria engenharia sobre o que pensam os agentes de trânsito, e, numa visão sócio-pedagógica, o comportamento humano em todas as suas ações. No entanto, o objetivo do presente projeto é buscar solução que mesmo sendo simples, porém que influencie o comportamento das pessoas, principalmente das envolvidas direta e indiretamente no fator acidente, e nem sempre há uma predisposição ao entendimento da cidadania. O trânsito acabou se tornando um espaço público de todos e de ninguém ao mesmo tempo. A cada ano que passa aumenta número de óbitos por acidentes no Brasil, assim, pode-se considerar que o comportamento individual está ligado a falta de conhecimento de direitos e deveres, bem como a desmotivação para obediência uma vez que a grande maioria os ignora. No entanto, mesmo buscando solução simples, estas dependem das pessoas, principalmente das envolvidas direta e indiretamente no fator acidente, e nem sempre há uma predisposição ao entendimento da cidadania. O trânsito acabou se tornando um espaço público de todos e de ninguém ao mesmo tempo. A cada ano que passa aumenta número de óbitos por acidentes no Brasil, assim, pode-se considerar que os traumas deixam inúmeras consequências, tais como lesões físicas irreparáveis e psicológicas, e é em busca de prevenção que devemos caminhar orientando cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trânsito; Educação no trânsito; Danos e prevenção.

INTRODUÇÃO

A definição de Trânsito segundo o CTB é a utilização das vias por pessoas, veículos e animais para circulação, parada, estacionamento e operação de carga e descarga. Pode-se encará-lo como um espaço público onde o cidadão tem o dever de utilizá-lo, sem constituir perigo ou obstáculo para os demais elementos que nele circulam. Ao analisarmos o trânsito podemos constatar o óbvio, pois há a legislação que restringe o uso desse espaço e regulamenta as ações dos usuários. No entanto, a utilização irregular é um problema sem controle. Percebe-se um descaso por parte das autoridades, pois a fiscalização deixa a desejar. Tornando-se



necessário sensibilizar os usuário das vias para a urgência na mudança de atitudes no dia a dia. A lei, neste ponto, serve de caminho, de direção. Entretanto, somente será respeitado quando o esforço da minoria tornar-se coletivo.

Não há no trânsito uma identidade para os indivíduos. Neste meio público, todos buscam seu espaço, e acabam se tornando um fator individual, que gera comportamentos desrespeitosos e perigosos para a coletividade. Na medida em que este comportamento se desenvolve, percebe-se, uma visão deturpada do espaço público. Desta forma, o comportamento dos usuários do trânsito é conflituoso, decorrente de uma má interpretação do espaço público, e do desconhecimento das leis. Desta forma o esforço individual é direcionado à própria sobrevivência, onde usuários do trânsito buscam conhecer seus direitos e ignorar seus deveres.

DANOS GERADOS POR ACIDENTES

Segundo o Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Paraná – DETRAN/ PR-, o ser humano é responsável por 64% dos acidentes, configurando-se como o gerador destes. Já o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN – calcula que este índice seja de 90%. Não importando qual é o índice verdadeiro, porque foram medidos em regiões diferentes. Atualmente, segundo o Ministério da Saúde, no Brasil, os acidentes são responsáveis pela ocupação de 55% dos leitos de hospitais, e este dado é maior quando restringido ao leito de UTI (Unidades de Terapias Intensivas).

Entendemos que o caminho é a prevenção, a educação, e o rigor na aplicação das leis, é possível diminuir muito a incidência dos acidentes, para melhorar o quadro atual que é desolador, torna-se fundamental investir em prevenção, orientando os cidadãos sobre seus direitos e deveres em trânsito, bem como para motivá-los a por em prática as regras viárias.

CONCLUSÃO

Pode-se observar facilmente que o comportamento individual o qual foi gerado pela sociedade ao longo de um período onde o descaso comportamental



individual pelas leis de trânsito, bem como o descaso pela própria ingerência pessoal precisa ser reavaliado e orientado de forma a sensibilizar para despertar o desejo de mudança comportamental. Pois os altos índices de acidentes de trânsito devem ser revistos não só de forma individual, mas é de suma importância atingir os entes dos poderes executivos, legislativo bem como do judiciário de nosso país. Ainda é necessário e viável buscar soluções para os acidentes de trânsito diários, pois os dados estatísticos neste trabalho apresentando precisam ser revistos e trazidos para os dias de hoje, para só então saber do real desgastes dos cofres públicos com acidentes de trânsito e ir em busca de soluções e conscientização.

REFERÊNCIAS

BRASIL, DENATRAN, LEIS. **Código de Trânsito Brasileiro**, Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Da saúde do Brasil**. Disponível em: <www.saude.gov.br> Acesso em: 29 out. 2005

DETRAN/PR. **Departamento Estadual de trânsito do estado do Paraná**. Disponível em: <www.pr.gov.br/detran>. Acesso em: 25 out. 2005

DENATRAN. **Departamento Nacional de Trânsito**. Disponível em: <www.denatran.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2005



A DIMENSÃO SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO: IMAGINÁRIOS JURÍDICOS NA ARTICULAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Damian Gustavo Katche

Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil

damiankatche@hotmail.com

RESUMO

Proposta para um estudo dos aspectos simbólicos da Constituição e seus alcances dentro do âmbito jurídico e social, a partir de fenômenos e processos de uso, apropriação e articulação dos direitos fundamentais para a configuração de espaços de legitimação jurídica, abordados multidisciplinarmente dentro de uma dinâmica sobre os diversos conceitos, princípios e elementos confluentes. A obtenção de dados e a construção teórica deste estudo decorrem de um trabalho de campo etnográfico, abordando os distintos fatores e instâncias socioculturais, e de um estudo documental e bibliográfico, que permite uma análise pragmática e epistemológica dos fatos, dos processos e fenômenos no contexto social geral e jurídico. O tratamento multidisciplinar dos conceitos e dos processos relevados está focado em dar uma explicação dentro do contexto jurídico, dos seus elementos e espaços. Devido a amplitude do universo de estudo, optou-se pela circunscrição ao âmbito restrito de Curitiba e Região Metropolitana no estado do Paraná como caso referencial, transferindo-se para um modelo geral com o desenvolvimento investigação. As premissas estabelecidas como ponto de partida para o problema estudado, surgem da idéia de ressignificação simbólica contextual e da articulação de ontológica e teleológica dos princípios da constituição correspondentes aos direitos fundamentais, na hermenêutica e na práxis jurídica e nos usos e praticas sociais. Nas conclusões será exposta a percepção e a condição contextual e espacial dos direitos fundamentais dentro da articulação sistêmica do ordenamento jurídico e da dinâmica social, para ter uma noção dos seus alcances e da sua legitimidade, como fundamento da ordem jurídica e democrática.

PALABRAS-CHAVE: Constituição; Constitucionalismo; Direitos Fundamentais; Imaginário Jurídico, Espaço Jurídico.

RESUMO

As práticas cotidianas são construídas a partir de uma reafirmação axiológica, cuja legitimação parte de valores referenciais e instituídos dentro do imaginário social.

No Estado do Paraná, temos algumas particularidades de configuração social que outorgam um perfil legalista, estrutural e sistêmico no referente à organização social, e em particular à percepção da mesma e das suas práticas. E



não é tanto a observância da lei, que usualmente é desatendida, mas sua própria projeção como uma articulação que deve ser imposta e utilizada para legitimar uma posição de poder e controle sobre o outro.

O mundo jurídico se transforma em um elemento fundamental, essencial no comportamento diário das pessoas; a existência de um sentido do dever permanece latente na cultura do paranaense, apesar de muitas vezes contraposto por ações de impunidade dos referentes sociais. A Constituição Federal de 1988 trouxe à sociedade Brasileira a formalização e a institucionalização de direitos fundamentais, e a sua conseqüente subjetivação. A educação, a comunicação, a informação, decorreram em um conhecimento parcial, porém efetivo da existência destes direitos sociais e individuais, com os quais o cidadão não se encontraria desprotegido frente ao aparato político e econômico, senão protegido pelo próprio Estado.

Se bem é certo que o Estado, segundo a sua configuração política, e segundo a sua conveniência operativa, obstaculiza, omite e demora a implementação de meios efetivos de concretização desses direitos fundamentais, a própria população mediante o exercício da sua cidadania vai requerendo e viabilizando os acessos expressos pelo direito material e formal da Constituição Federal.

Os princípios deixam de serem meros conceitos teóricos, e passam a formar parte do imaginário coletivo, do perfil cultural, especialmente numa sociedade crítica e conservadora como a do Estado do Paraná, que mediante seus movimentos políticos e sociais, ou desde a vida diária do trabalhador e do cidadão, exige seus direitos, ou pelo menos os que são percebidos como tais. Assim como em outras unidades da União a Constituição Estadual do Paraná, é um reflexo local, tanto por condicionamento formal como por uma visão confluyente, da Constituição Federal. A sociedade paranaense é regida pelos mesmos princípios fundamentais do resto do país e pelo mesmo ordenamento jurídico, com suas próprias características intrínsecas à história, à cultura e à política local.

Todos os princípios e normas contidos no ordenamento jurídico, em particular dentro dos textos constitucionais, são elementos de gestão das praticas cotidianas, são regentes da ordem pública e da convivência, são parâmetros de relacionamentos sociais, assim como são instrumentos de organização e da gestão



pública do Estado. E dentro de todo esse conjunto, os atores sociais operam as normas, criam os espaços onde as normas se geram e atuam, onde a plenitude do cidadão dá-se pela presença de preceitos e regras. Mas no mundo real, por vezes afastado do ideal filosófico e teórico, o pragmatismo, a aplicabilidade das normas não é sistêmica, nem estrutural, nem específica, e menos justa e isonômica. Nesse mundo real existem mecanismos gerados pelo comportamento cultural e social, não só próprio do sujeito local, mas inerente ao ser humano e a sua condição social e psicológica.

As espacialidades criadas pela condição humana são pontos de contato e de articulação de normas, normas que funcionam como limites, como parâmetros, como instrumentos de poder também, e que são apropriados pelos sujeitos de acordo com sua situação e necessidades, resignificados para seu uso, orientados a fim que é a reafirmação de ontológica do comportamento e a validação do discurso teleológico. Assim iremos estudar esses mecanismos, espaços e praticas do cotidiano, em âmbitos acadêmicos e institucionais, nos usos diários vivenciais, comerciais, relacionais, no privado e no público, adentrando-nos na sociedade paranaense, para entender qual é a percepção dos direitos, preceitos e normas, como estes são apropriados desde e no mundo jurídico, e qual é o papel simbólico de constituição desde esta perspectiva.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AUGE, Marc. **Símbolo, función e historia**. México: Grijalbo, 1987.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

ELIAS, Norbert. **Teoría del Símbolo**. Barcelona: Península, 2000.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional, e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

THOMPSON, Edward Palmer. **Costumbres en común**. Barcelona: Crítica, 2000.



A MUDANÇA JURÍDICA DA PROFISSÃO DE JORNALISTA

Denian Couto Coelho
UniBrasil
deniancouthotmail.com

RESUMO

O objetivo desse trabalho é investigar os reflexos jurídicos ocasionados pela decisão do Supremo Tribunal Federal que acordou pela não-recepção do decreto-lei nº 972/1969 no que tange à exigência do diploma de graduação universitária para o exercício da função de jornalista. A fundamentação do julgado é de que a lei não pode criar qualquer tipo de embaraço ao direito fundamental da liberdade de expressão, que compreende o chamado “direito de informar”, este, na égide da Corte Constitucional brasileira, não exclusivo dos profissionais com diploma. A base do estudo está voltada à compreensão do fenômeno da recepção das leis, bem como a leitura da doutrina acerca do tema da liberdade de noticiar e, em particular, à interpretação do que asseverou a jurisprudência pátria a respeito do assunto. Há que se ressaltar, ainda, a polêmica social que envolve *oddecisium*, uma vez que a sociedade passou, desde a publicação do acórdão, a ser informada não necessariamente por profissionais diplomados. Nesse sentido, é relevante considerar que está em trâmite no Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que altera dispositivos da Carta Magna com o objetivo de estabelecer a necessidade de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão de jornalista.

PALAVRAS-CHAVE: Decreto-lei nº 972/1969; Diploma de Jornalismo; não-recepção da norma; Liberdade de expressão; Direito de informar.

O tema de estudo deste trabalho é o fim da exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo. A análise versa a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal de 17 de junho de 2009, que julgou Recurso Extraordinário (RE 511961) impetrado pelo Ministério Público Federal acordou pela não-obrigatoriedade de graduação universitária para o exercício da referida atividade. A Corte entendeu que o decreto-lei nº 972/1969, que impunha o requisito, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, sob o argumento de que o jornalismo é uma profissão que tem vinculação com o exercício amplo das liberdades de expressão e de informação e que exigir o diploma atentaria justamente contra essas garantias individuais e coletivas.

O professor Josaphat MARINHO, em parecer sobre o tema da liberdade de expressão, assegura, entretanto, que os incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º



“criam limitações ou condições ao exercício da liberdade de pensamento e de sua comunicação, sem proibi-lo nem ferir sua essência”.¹ Nesse interim, a liberdade de expressão, não obstante esteja devidamente consagrada em nossa lei maior, não deveria ser interpretada de forma absoluta.

Para melhor compreensão da matéria, é necessário traçar os conceitos básicos que envolvem o fenômeno da recepção das leis. Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS ensinam que “a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro. Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior; ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem seu fundamento na nova Constituição, a razão de sua validade é, então, diferente”.² O doutrinador Raul Machado HORTA, por sua vez, adverte para a complexidade no convívio entre a Constituição nova e a legislação ordinária anterior e explica que a incompatibilidade de determinada lei será resolvida “na via da revogação, de modo a prevalecer o critério hierárquico ou da hierarquia de normas no conflito entre atos normativos de categorias diferentes, isto é, entre norma constitucional e norma ordinária”.³

Com a tarefa de analisar a recepção do decreto-lei em tela, a magistrada Carla Abrantkoski RISTER, da primeira instância da Justiça Federal de São Paulo, sustentou que a liberdade do exercício de qualquer trabalho deveria ser interpretada de maneira consentânea e sistemática com outros dispositivos constitucionais. Para tanto, apegou-se a entendimento jurisprudencial esboçado pelo Ministro Thompson Flores sobre a regulamentação do exercício das profissões, de que “tal se deve à propalada irrazoabilidade do requisito exigido para o exercício da profissão, tendo em vista que a profissão de jornalista não pode ser regulamentada sob o aspecto da capacidade técnica, eis que não pressupõe a existência de

¹ MARINHO, Josaphat; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; FORTES, Fernando. **Garantias constitucionais à liberdade de expressão**. São Paulo: Conar, 2000. p. 31.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 367.

³ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: DelRey, 2003. p. 202.



qualificação profissional específica, indispensável à proteção da coletividade, diferentemente das profissões técnicas”.⁴

Do recurso oferecido à decisão do juízo *ad quo*, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região acordou de forma unânime no sentido contrário. O relator da matéria, Manoel ÁLVARES, reconheceu que a Constituição da República garante a todos, indistintamente e sem quaisquer restrições, o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, mas defendeu que o tema de fundo não dizia respeito exclusivamente à liberdade de expressão, escrevendo que “o texto constitucional não deixa dúvidas, portanto, de que a lei ordinária pode estabelecer quais as qualificações profissionais são necessárias para o livre exercício de determinada profissão”.⁵

Chamada a julgar definitivamente a demanda, a Corte Constitucional brasileira, por sete votos a um, revisou mais uma vez a matéria. Em sua relatoria, o ministro Gilmar MENDES afirmou que a exigência do diploma viola o conteúdo essencial da liberdade, uma vez que “a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício”.⁶ Do ponto de vista prático, a publicação do acórdão determinou ao Estado que conceda o registro para o exercício jornalístico a quem quer que seja. Tal decisão, todavia, carrega grande polêmica, tanto que hoje tramita na Câmara Federal uma Proposta de Emenda Constitucional com o objetivo de estabelecer a obrigatoriedade de curso superior para seguir carreira. Resta dizer, por consequência, que o tema segue vivo na pauta jurídica nacional.

REFERÊNCIAS

⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. RISTER, Carla Abrantkoski. **Ação Civil Pública** 2001. 61.00.025946-3. Disponível em: <www.fenaj.org.br/.../diploma_sentenca_na_acao_civil_publica_-_justica_federal.doc>. Disponível em: 10 set. 2009.

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ALVARES, Manoel. **Acórdão Apelação Cível 647643**. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/juridico.php?id=8#docs>>. Acesso em: 10 de jan. 2010.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 511.961-1**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?cocTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 10 jan. 2010.



BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. **Recurso Extraordinário 511.961-1**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/sms/vernoticiadetalle.asp?idConteudo=109717&caixa=N>>. Acesso em: 10 set. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ÁLVARES, Manoel. **Acórdão Apelação Cível 647643**. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/juridico.php?id=8#docs>>. Acesso em: 10 de jan. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. RISTER, Carla Abrantkoski. **Ação Civil Pública 2001**. 61.00.025946-3. Disponível em: <www.fenaj.org.br/.../diploma_sentenca_na_acao_civil_publica_-_justica_federal.doc>. Disponível em: 10 set. 2009.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

MARINHO, Josaphat; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; FORTES, Fernando. **Garantias constitucionais à liberdade de expressão**. São Paulo: Conar, 2000.



AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E COLETIVOS

Diego Ghenov Aires Pereira

Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil
Ghenov.Aires@hotmail.com

Paulo Cesar de Lara

Defensoria Pública da União

RESUMO SIMPLES

A jurisprudência ainda diverge sobre o cabimento da ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos coletivos. O presente trabalho busca a solução de tal divergência, pois a ação civil pública como instrumento de tutela de direitos homogêneos é o meio mais racional para a resolução de demandas populares, evitando-se, assim, a pulverização de processos individuais, permitindo-se que, em um único processo se decida a um só tempo as questões que interessam a muitas pessoas, evitando-se o ajuizamento de um grande número de ações, racionalizando os trabalhos judiciais e evitando-se decisões proferidas por juízos diferentes. Ademais, a ação civil pública beneficiará pessoas que talvez nunca batam às portas do Judiciário, seja por sua hipossuficiência, seja pela ignorância de seus direitos, engrossando ainda mais o volume de litigiosidade contida. Assim, a instrumentalização da demanda pela via coletiva, é ainda uma medida de enriquecimento da cidadania. O presente trabalho analisa as leis pertinentes à ação civil pública, as quais são: Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Também, analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que são os tribunais capazes de dirimir qualquer desentendimento jurisprudencial, e acabar, assim, de uma vez por todas com os conflitos sobre o presente tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública; Lei da Ação Civil Pública; Código de Defesa do Consumidor Instrumento de Tutela

Parte da jurisprudência afirma não ser cabível ação coletiva para o tratamento de direito individual homogêneo em matéria previdenciária, pois, segundo ela, o art. 1º da Lei nº 7.347/85 prevê uma única hipótese de ação coletiva para defesa de interesse individual homogêneo, que será no caso de direito do consumidor. Tal tese não se sustenta, pois uma das principais razões de ser do processo coletivo é a racionalização das demandas populares, evitando-se a pulverização de processos individuais, permitindo-se que, em um único processo, se decida de uma vez as questões que interessam a muitas pessoas. Esse é, também,

o entendimento de José Antônio SAVARIS: “Não parece nem um pouco racional a restauração do ordenamento jurídico em tese violado pela administração Previdenciária ao ajuizamento de demandas individuais, quando uma única ação coletiva seria suficiente”.¹

A ação coletiva é disciplinada pela LACP e pelo Código de Defesa do Consumidor, estes dois diplomas legais têm aplicabilidade em toda e qualquer ação coletiva, formando um verdadeiro “ordenamento processual geral”² do processo coletivo, tendo em vista as normas de remissão neles contidas, as quais fazem referências recíprocas, o que culmina na aplicação complementar de um ao outro. O art. 21 da LACP determina que aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor. Já o art. 90 do CDC prevê que aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrarias suas disposições.

Ao analisar os aspectos processuais das ações coletivas, deve o intérprete sempre fazer uma leitura coordenada da LACP e do CDC, sendo que desta análise perceberá facilmente o cabimento de ação civil pública em caso de direito individual homogêneo, ainda que não seja matéria consumerista. Além do mais, o parágrafo único do art. 81 do CDC dispõe que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Da aplicação do art. 81 do CDC à LACP, percebe-se que a ação civil pública é meio cabível para tutelar qualquer direito individual homogêneo, na medida em que o dispositivo do CDC é totalmente transportável ao estudo da ação civil pública, nos termos do art. 21 da LACP, acima transcrito. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou sua jurisprudência no mesmo sentido da tese ora defendida como pode ser observado no REsp 702.607/SC, e igualmente colaborador é o Supremo Tribunal Federal:

¹ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122.

² GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.1. (...).2. (...).3 (...). 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.5. (...).

Nesta esteira cai por terra a interpretação restritiva defendida por parte da jurisprudência, na medida que o art. 1º, inciso V, na LACP, prevê ser cabível ação civil pública pra tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Fazendo um silogismo com o julgamento do STF, percebe-se que:i) premissa maior: cabe ação civil pública para a proteção de qualquer interesse coletivo (art. 1º, V, LACP);ii) premissa menor: os interesses individuais homogêneos são espécies de interesses coletivos (conforme entendimento do STF);iii) conclusão: cabe ação civil pública para defesa de qualquer interesse individual homogêneo. As únicas vedações legais para ação coletiva são aquelas do parágrafo único do art. 1º da LACP, que estabelece que não seja cabível ação civil pública para vincular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Por todo o exposto, é perfeitamente cabível o manejo da ação civil pública em tempos de vigorosos discursos pelo acesso à justiça, celeridade processual, instrumentalidade das formas e tutelas coletivas em expansão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CORRÊA, Maurício. **Recurso Extraordinário 163.231**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=120&dataP>



publicacaoDj=29/06/2001&incidente=1562796&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=3> . Acesso em: 06 out. 2011.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.



FUNDO CONSTITUCIONAL DE FINANCIAMENTO DO NORDESTE - SEMIÁRIDO: INSTRUMENTO PARA ESTIMULAR O DESENVOLVIMENTO SÓCIO- ECONÔMICO E A DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS

Edmilson Ewerton Ramos de Almeida
UEPB/Universidade Anhanguera Uniderp
edmilson.era@gmail.com

RESUMO

Há séculos o Brasil vem convivendo com as desigualdades regionais em seu território, em razão, principalmente, do modelo exploratório predador que vigorou no país, pois o desenvolvimento socioeconômico acompanhava geograficamente os ciclos de exploração dos bens. Todavia, o texto constitucional de 1988, com total perspectiva humanista e social, previu “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” como parte dos seus objetivos (art. 3º, II e III, respectivamente), com fundamento na dignidade humana (art. 1º, II). Neste desiderato, uma das ferramentas previstas no próprio corpo normativo magno foi a criação dos Fundos Constitucionais de Financiamento (art. 159, I, alínea c, da CR/88 e regulamentados pelas Leis nº 7.827 e nº 10.177.) que interferem na ordem econômica e tributária, concedendo efeitos extrafiscais a alguns tributos, para incentivar setores estratégicos da atividade produtiva, através de créditos concedidos por agências financiadoras, no afã de que as empresas exerçam sua função social e agreguem desenvolvimento onde atuarem. Por sua vez, o Nordeste tem o seu próprio Fundo Constitucional de Financiamento, cuja entidade financiadora é o Banco do Nordeste, que atua junto a todos os estados-membros da região e ao espaço climático denominado de Semiárido. Este, por sua vez, em razão dos seus difíceis obstáculos naturais, tem atenção político-normativa específica. Ao final, conclui-se que através dessa ferramenta, é possível a intervenção do Estado na diminuição das desigualdades regionais, apesar de esta não ser a única, nem final solução para os problemas socioeconômicos do Semiárido.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste; Desigualdade Regional; Semiárido.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de dimensões continentais e de colonização predatória, assim, enquanto determinado bem econômico fosse explorado, a região tinha um impulso desenvolvimentista que robustecia a estrutura sócio-econômica, ao passo que as demais áreas tornavam-se desinteressantes. Alguns destes espaços ainda hoje sofrem os efeitos de terem sido renegados, no curso da história, à “segunda classe” da economia nacional. Todavia, estratégias políticas fundamentadas no texto constitucional estão sendo implantadas, no afã de diminuir as desigualdades



regionais através do incentivo à atividade empresarial, como meio para alcançar o desenvolvimento. Através desta pesquisa bibliográfica serão expostos os fundamentos legais e políticas dos Fundos Constitucionais de Financiamento e, em especial, a atuação do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste no Semiárido.

DESENVOLVIMENTO

A partir da Constituição da República de 1988, percebe-se uma preocupação mais humanizada, através principalmente do extenso e diversificado rol de direitos fundamentais acolhidos, qualificando o Estado nacional como Democrático Social-Liberal de Direito. Neste mesmo sentido, destaca-se o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CR/88) e dois objetivos importantes para esta pesquisa (art. 3º, II e III, respectivamente): “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Para proporcionar este desenvolvimento mais homogêneo e salvaguardar o direito dos cidadãos, o Estado precisa atuar positivamente na ordem tributária (Título VI da CR/88) e econômica (Título VII da CR/88). Uma das ferramentas utilizadas é o efeito extrafiscal concedido pelo constituinte originário no art. 159, I, alínea c, da CR/88, para alguns tributos, com a criação dos Fundos Constitucionais de Financiamento – regulamentados pelas Leis nº 7.827 e nº 10.177.

Estes programas têm a finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e social das suas respectivas regiões legalmente definidas, através da concessão de financiamentos, pelas instituições financeiras federais de caráter regional, a setores produtivos específicos, com crédito diferenciado dos usualmente adotados e alheio às restrições conjunturais de controle monetário. Assim, ao gerarem lucro, as atividades empresariais exercem o seu papel social, criando emprego e renda e agregando uma estrutura social, política e econômica perene ao seu redor, possibilitando o acesso dos cidadãos aos canais de desenvolvimento. Pesquisas já denunciam que, nos espaços de atuação destes programas, os municípios de maior porte e diversidade econômica são aqueles que mais têm lançado mão desta ferramenta, demonstrando que não está havendo uma



diminuição real das disparidades regionais, mas um agravamento deste descompasso no interior das próprias áreas.

Particularmente, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE é administrado pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. e é responsável por todos os estados do Nordeste, além das partes dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo incluídas na área de atuação da Sudene (art. 5º, II, da Lei nº 7.827/89). Exatamente por suportar uma maior quantidade de estados-membros e a região climática do Semiárido (art. 5º, IV, Lei nº 7.827/89) é que o FNE, por disposição constitucional, é o programa que recebe o maior percentual dos tributos extrafiscais. Especialmente sobre o Semiárido, tendo em vista os obstáculos naturais particulares a esta região, ela recebe, por vinculação prevista na Carta Magna, metade da repartição tributária pertencente ao FNE e, por sua vez, o Banco do Nordeste, dentro do seu plano estratégico, prepara diretrizes e programas específicos, para promover o incentivo empresarial e movimentar as relações sócio-econômicas, potencializando o desenvolvimento e trazendo dignidade aos cidadãos.

CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa, conclui-se que (i) o Estado brasileiro, através da Constituição da República, tem um compromisso com o desenvolvimento nacional e o fim das desigualdades regionais, em virtude de sua perspectiva de prevalência dos direitos fundamentais; (ii) o Estado pode interferir na ordem econômica e tributária para alcançar os objetivos previstos no texto constitucional, mas não consegue fazê-lo com toda a eficácia, sem a participação da sociedade; (iii) a região Nordeste e, mais especificamente, o espaço de clima Semiárido, tem guarita constitucional e administrativa específica. O projeto desenvolvimentista do FNE, cuidadosamente planejado e executado pela respectiva agência financiadora, ajuda a extirpar a lendária concepção determinista de que o Nordeste e, especialmente, o Semiárido, seria uma região fadada ao fracasso por causa das suas dificuldades naturais. Sabe-se que este modelo não é a única solução para os problemas sócio-econômicos regionais e nacionais, mas é uma das várias ferramentas à disposição.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmilson Ewerton Ramos. **O ACESSO À INTERNET EM BANDA LARGA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: serviço público estruturante para inclusão sócio-político-econômica no Estado Social brasileiro.** 2010. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/57305218/Monografia>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. **História Ambiental e Direito Ambiental: diálogos possíveis.** Campina Grande: EDUFCG, 2009.

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais.** São Paulo: MP, 2007.

MACEDO, Fernando César; MATOS, Elmer Nascimento. **O papel dos Fundos Constitucionais de Financiamento no desenvolvimento regional brasileiro.** 2007. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2181/2575>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Héder Carlos. **Desigualdade Regional e os Fundos Constitucionais de Financiamento no Brasil.** 2005. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/economia/dissertacoes/2005/Heder_Carlos_Oliveira.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



O REGIME DEMOCRÁTICO E O ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Eduardo Augusto Vieira Walger
UniBrasil
eduw85@yahoo.com.br

RESUMO

O trabalho em questão se iniciou com uma pesquisa desenvolvida pelo projeto de iniciação científica das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, com o tema “história das constituições brasileiras”, orientado pelo Prof. Ozias Paese Neves. Num primeiro instante, examinou-se os estados de exceção e o período da ditadura militar no Brasil, por meio da análise dos Atos Institucionais e momentos em que o Estado brasileiro suspendeu os direitos individuais, o regime democrático e o Estado de Direito. Superada tal fase, do resultado da pesquisa em questão, emergiu a necessidade de retomar conceitos como democracia e Estado de Direito, para aprofundar a compreensão de todo conteúdo analisado até então. Assim, desenvolveu-se o presente trabalho que, de forma sintética pretende analisar primeiramente a democracia, regime que prima pela voz ativa de todos os sujeitos membros de uma sociedade, em seguida o Estado de Direito, a inter-relação de seus três pontos basilares: o Estado, o direito e o indivíduo, para que por meio de um apanhado conceitual, bem como seus pontos positivos e negativos, possa-se dar um primeiro passo no intuito de compreender por qual motivo em suas gêneses o regime democrático e do Estado de Direito são meios protetivos dos direitos fundamentais dos indivíduos, já na sua formulação conceitual.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Estado de Direito; Direitos Fundamentais.

Pietro Costa ao ser questionado sobre o que seria a democracia, afirmou que se pudesse responder “não sei”, assim o faria, afinal, trata-se de um conceito extremamente enigmático, hodiernamente foco de profundos debates. Contudo, Costa define como núcleo para o conceito de democracia a necessidade que cada um nutre de não ser mero objeto passivo do governo alheio, ou seja, a necessidade de se ter uma voz, de ser reconhecido como sujeito ativo, responsável e em condições de relativa igualdade com os outros.

A transformação conceitual moderna acerca da democracia, momento em que se inicia um processo de ruptura em relação a exclusividade de direitos dantes



vigorante a poucas classes, culminando com a massificando esses, tem como marco a revolução francesa. A luta pela democracia moderna, que significa “luta pela universalização da titularidade dos direitos, dos poucos aos muitos, dos muitos aos todos, a luta pelo sufrágio universal”, como define Costa, perpassa o século XIX, XX, , repercutindo ainda na primeira década do século XXI, como se nota com a primavera árabe.

Contudo, é fundamental destacar que o simples fato da democracia ser um regime que expressa vontade da maioria, não o torna um regime perfeito, pois, nem sempre o desejo dessa maioria será correto, ou isento da supressão de direitos fundamentais, como muito bem sintetiza Neumann "O errado não pode tornar-se certo somente porque a maioria assim o quer. É até possível que assim se torne muito mais errado". As ascensões fascista e nazista, regimes apoiados pelas grandes massas, são expressões cristalinas de situações em que a vontade da maioria manipulada percebeu uma identidade quase messiânica em seus Governante, permitindo que esses, como explica Agamben, superassem o próprio Estado de Direito, instaurando regimes totalitários, justificados no bem comum do povo e numa falsa necessidade iminente, suspendem por fim o próprio direito, instrumento regulador do Estado e garantia mínima para o indivíduo contra o transbordamento para além dos limites legais desse. Situação comum nos ditos estados de exceção.

A expressão Estado de Direito, embora aponte Costa para um período de pré-história dessa, surgiu efetivamente na Alemanha do século XIX. O Estado de Direito funda-se em um tripé, composto pelo poder político, o direito e os indivíduos. Segundo Costa, o Estado de Direito se apresenta como um discurso da cidadania, porque essa relação constitui uma garantia mínima ao indivíduo de limitação (por meio do direito) do poder soberano do Estado. O Estado de Direito pretende assegurar ao indivíduo a titularidade de uma série de garantias legais contra atos arbitrários do Estado. Esse equilíbrio entre as três bases acima mencionadas, vincula a ação do Estado e a limita, para que esse persiga um fim máximo, qual seja o “desenvolvimento pleno” do indivíduo.

Não se trata de propagar a todos os sujeitos a felicidade, afinal, tal tarefa se mostraria por demais paternalista, podendo, como sustenta Agemban, desembocar



no já mencionado estado de exceção . No Estado de Direito, como sustenta Kant, a tarefa do governante é proteger e garantir princípios da igualdade, liberdade e independência, para que a sociedade civil se constitua de forma justa.

Reflexões críticas surgem ao se pensar o Estado de Direito, pois, em que pese ter-se apontado sua fundamentação num tripé, duas de suas bases se vinculam no mesmo ponto, o Estado, pois esse, segundo Gerber, é senhor e servo da ordem jurídica. Para essa problemática surgem várias teorias que vão de Jhering, ao defender que a autolimitação do Estado põe vínculos a si mesmo, passando por Kelsen, que entende no Estado de Direito a centralidade da lei e um rígido papel de executor dessa, Neumann e Heller, ao entenderem que o Estado de Direito demonstra uma vinculação com uma nova classe de direitos, os direitos sociais, desenvolvendo a idéia helleriana de um Estado de Direito Social, entre outros.

Em que pese tal debate alcançar ainda os dias atuais, a conjunção do Estado de Direto e o regime democrático mostram-se como instrumentos eficazes para a concretização de direitos fundamentais dos indivíduos, visto que são capazes de dotar os sujeitos de voz ativa, de forma igualitária, e propiciar aos sujeitos controle sobre a vontade soberana do Estado que constitui a ordem imposta. Pois, somente assim pode o indivíduo, primeiro, reivindicar seus direitos subjetivos constitucionalmente constituídos, não com o fim de ter garantida sua felicidade, mas condições igualitárias com todos os demais para que se constitua como sujeito pleno, bem como exerça efetivo controle, por meio do direito, a qualquer ato do Estado que venha a se mostrar desconforme com a ordem legal vigente.

REFERÊNCIAS

COSTA, P. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEUMANN, F. **O Estado Democrático e Estado Autoritário**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.



A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE NACIONALIDADE

Luís Alexandre Carta Winter
Pontifícia Universidade Católica do
Paraná
luisalexandracartawinter@yahoo.com

Eduardo Biacchi Gomes
Faculdades Integradas do Brasil
ebgomes@me.com

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo examinar dois objetivos, interligados, mas conceitualmente, diferentes. Em um primeiro momento busca-se entender como se formou o conceito da nacionalidade originária, isto é o fator que vincula uma pessoa a um Estado. O segundo abordar-se-á analisar os fundamentos de como a ideia de nação vai moldar o próprio Estado. Em um primeiro momento e de maneira conceitual, a nacionalidade é entendida, tanto para o Direito Internacional, quanto para o Direito Constitucional, como o vínculo jurídico e político que une a pessoa a determinado Estado. É através da nacionalidade que a pessoa pode exercer os seus direitos frente a um Estado, isto é, através da nacionalidade, e a pessoa pode exercer a sua cidadania, sendo a primeira o pressuposto da segunda. No plano internacional, a nacionalidade é um pressuposto para que o cidadão possa solicitar a proteção diplomática do seu Estado caso ele se encontre em um terceiro país e tenha seus direitos civis ou políticos violados e, uma vez esgotados os mecanismos administrativos e judiciais cabíveis, e ainda assim haja clara e manifesta violação aos seus direitos, o indivíduo poderá invocar a proteção diplomática de seu Estado, que atuará na defesa de seus interesses no terceiro Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Nacionalidade; Soberania; Estado-Nação; Democracia; Sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

O moderno conceito de nacionalidade, ou melhor expressando, o conceito como forma e consciência jurídica da nacionalidade se deve a Pasquale Mancini, em sua aula inaugural no Curso de Direito, na Universidade de Turim, em 1859, dentro do projeto da Sardenha e Piemonte a encontrar o fundamento jurídico para a reunificação italiana. Contudo, a construção histórica de nação é fruto de uma extraordinária somatória de fatores em que a ideia de Estado e da nacionalidade encontram-se emaranhadas, e, por óbvio, sua base datam do Império Romano.

CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE NACIONALIDADE

Em Roma o *status* de um indivíduo era categorizado em três aspectos: seu *status libertatis*, que era dado pela mãe. Se a mãe fosse escrava o rebento escravo era. Mas, se a mãe não fosse escrava, a condição de *cives*, o *status civitatis*, era dado pelo pai, ou seja, se o pai fosse um cidadão romano, a criança seria uma cidadã. É a aplicação do princípio do *ius sanguinis*. Ser um cidadão romano, significava poder votar e ser votado. Já, a terceira condição era o *status familiae*, que era a posição da criança na família romana. Poderia ser um *sui iuris*, e, nesta condição, um *pater familias*, detentor da *patria potestas*, ou um *alieni iuris*, subordinado ao *sui iuris*. Aqui, nos interessa o *status civitatis*.

Gradativamente, a medida em que o Imperador se fortalecia, eram retirados dos cidadãos as prerrogativas de votar e ser votado. A cidadania é quase que apenas um símbolo. A tal ponto que o Imperador Caracala, em 212 a.D. estende a cidadania romana a quase todos os habitantes do Império.

O passo seguinte, foi a estabilização do tamanho do Império. Aqui um detalhe importante, que ajuda a entender porque o Império Romano aumentava, ao longo da história, continuamente: seus legionários, ao cumprirem seu período a serviço do Império, recebiam, uma parcela de terra, em regra, sobre as áreas conquistadas, deste modo, ampliando, cada vez mais o Império. Esta política chega ao fim, no governo do Imperador Aureliano, que por vários fatores, decidiu não mais aumentar o Império, adotando, desta forma, uma concepção defensiva do Império. Em vez de expandir-se continuamente, doravante ele iria manter as fronteiras. Para isso, continuava a necessitar de um grande número de legionários, e, ao lado disso, principalmente, estrutura, produção e logística para manter suas forças. Isto custa muito caro, principalmente para os agricultores.

Para piorar a situação, nos séculos III e IV a.D., grandes desastres ocorreram no Império, a peste mata muitos de seus habitantes, mas os impostos não diminuem, pelo contrário, menos pessoas teriam que pagar o mesmo valor. Para evitar que as cidadãos fugissem de suas obrigações, medidas drásticas são tomadas, proibindo-se, inclusive, que determinadas pessoas abandonassem suas

profissões, que deveriam ser, obrigatoriamente, hereditárias. Estavam nesta condição, os próprios agricultores, os pedreiros, escribas, marceneiros, carpinteiros, etc.

Com o objetivo de preencher os espaços vazios do Império, em razão da peste, os Imperadores permitem que os povos germânicos, que viviam além das fronteiras do Império, ocupem, pacificamente, vastas áreas, com a condição de manterem fidelidade ao Imperador. Com hábitos diferentes, mas súditos do Imperador, esse fator proporciona uma modificação nas relações na aplicação da solução de uma lide. Necessariamente o magistrado deveria iniciar, ao tentar a solução do conflito, com a seguinte pergunta: *sub qua leges vivis?* Com isto, começa-se mudar o conceito do *ius sanguinis*, já que passa a ser mais importante o local de onde a pessoa nascia do que sua filiação. Surge o princípio do *ius solis*, base da nacionalidade originária na idade média e idade moderna.

A presença dos bárbaros vivendo dentro do Império, e sob as leis do Império, vão trazer aspectos peculiares, principalmente, em vastas regiões das Gálias, hoje, região da França. Muitos agricultores, cansados dos exorbitantes tributos que devem pagar ao Imperador, que necessita manter suas custosas legiões, deixam de pagar, preferindo fazer um contrato com o chefe bárbaro local, que em troca de valores bem mais modestos, daria proteção ao agricultor, bem diferente do que o Imperador, que estava muito longe. O contrato era formal e escrito.

Infelizmente, para o Império, a política da entrada pacífica dos bárbaros, termina em desastre, com a derrota em 378 em Adrianopla. As fronteiras ficaram expostas, embora tenham durado mais um século, antes de cair. Inobstante a isso, boa parte dos chefes bárbaros locais, honraram seu compromisso para com os agricultores. Com o passar do tempo, esse compromisso assume formas externas ao próprio contrato original. Como poucos sabiam ler, a exteriorização do contrato passa a ser feita por outras formas, com um juramento. Os agricultores (ligados a terra, logo, servos da terra, servos da gleba), seguiriam os símbolos de seu protetor, personificado em bandeiras, brasões, canções. O próprio, outrora “chefe bárbaro”, agora na condição de senhor, poderia, eventualmente, também jurar fidelidade a alguém mais forte, jurar vassalagem. O senhor, mais forte, passa a ser o Suserano.

CONCLUSÃO

Em termos continentais, no vácuo entre a queda do Império Romano e a ascensão do Império Carolígio e, mais tarde o Sacro Império Romano Germânico, o papado terá um papel preponderante na tentativa de restauração do Império, mas fracassará, pois tanto o Império Carolígio, como o Sacro Império Romano Germânico, revelam-se curto, no primeiro caso, ou inadequado, no segundo. Em vez de Impérios, surge uma unidade geográfica menor, surgem os reinos. A figura Rei, que nada mais é, do que o “Suserano dos suseranos”. O sistema de fidelidade, lentamente vai conduzir a máxima, e, nesta ordem, no grito de guerra, “por Deus, pelo Rei, e pela Pátria”, entendida esta última, como “aquele pedaço de terra” onde a pessoa nasceu, já que o princípio, aqui, é o do *ius solis*. Claro que vão passar séculos até que o Rei consolide seu poder.

DESAPOSENTAÇÃO: A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES

Elcio da Costa Santana
UniBrasil
e.c.santana@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no instituto da desaposentação. A Constituição Federal de 1988 é classificada como principiológica pelo fato de ter diversos princípios que estruturam o país, se denotando para o presente estudo os princípios da supremacia do interesse público e inerente a ela o princípio da solidariedade previdenciária. O tema da desaposentação tem ganhado notoriedade jurídica, pelo desfazimento do ato de aposentadoria para uma aposentadoria mais benéfica. Tal questão é polêmica pelo fato de que alguns tribunais federais, como por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça vêm divergindo sobre a devolutiva dos valores para fazer jus a esse instituto jurídico. Assim, a problematização que se traz nesse artigo reside em investigar se há violação do princípio da supremacia do interesse público no caso da não devolução dos valores pelo segurado. O tema é desenvolvido sobre a viabilidade financeira e atuarial, pelo excedente gerado pelo retorno do aposentado ao trabalho no sistema previdenciário e se há locupletamento do segurado e da Administração Pública, no qual se demonstrará insensata tal argumento sobre a questão da devolutiva dos valores. Conclui o presente trabalho pela não ocorrência da violação da supremacia do interesse público sobre o privado.

PALAVRAS-CHAVE: princípios; supremacia do interesse público sobre o privado; princípio da solidariedade; devolução dos valores.

PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOLIDARIEDADE PREVIDENCIÁRIA

A Constituição Federal de 1988 é principiológica, e ela são inerentes diversos princípios, como os da supremacia do interesse público e da solidariedade previdenciária. Primeiramente, a supremacia do interesse público está consubstanciada no conceito de interesse público. A princípio “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”.¹

Já o princípio da solidariedade está engendrado na proteção social previsto no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, consistindo no pacto geracional onde todos contribuem com o sistema previdenciário. Nesse sentido Carlos Alberto Pereira de CASTRO e João Batista de LAZZARI afirmam que o princípio da solidariedade é abalizado no bem estar coletivo que “repousa na possibilidade de proteção e todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a coatização de cada um em prol do todo”.²

Dessa forma todos contribuem com o sistema previdenciário já que é obrigatória a contribuição pelo princípio da compulsoriedade e filiação obrigatória previsto no artigo 201 da Constituição Federal de 1988. Com referência à desaposentação o princípio da supremacia do interesse público está correlacionado à ausência de previsão legal da desaposentação e à devolutiva dos valores, questão esta muito debatida entre a doutrina e a jurisprudência.

A INEXISTÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES

Primeiramente, para o estudo desse artigo é necessário ressaltar o conceito de desaposentação, que é consubstanciada no desfazimento do ato da aposentadoria para uma aposentadoria mais vantajosa, ou seja, renuncia-se aos proventos para computar o tempo de serviço após a jubilação. Assim a desaposentação é conceituada por Ivani Contini BRAMANTE como “ato de “desfazimento” da aposentadoria, por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de serviço em contagem para nova aposentadoria, em outro regime jurídico previdenciário”.³

O cerne da questão consiste em saber se infringiria o interesse público a não devolução dos valores, já que deve ser resguardada a viabilidade atuarial e

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 100.

³ BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e a Nova Aposentadoria. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, a. 25, n. 244, mar. 2005. p.150.

financeira do sistema previdenciário e há a proibição de locupletamento do segurado, pelo princípio da solidariedade social, segundo o qual, o dinheiro de todos financia o sistema previdenciário. Não há violação ao princípio da supremacia do interesse público já que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário após a jubilação não eram previstas. Assim decidiu em seu voto o Desembargador Rogério Fravetto “quando o beneficiário continua na ativa, gera novas contribuições, excedente à cotização atuarial, permitindo a utilização para obtenção do novo benefício, mesmo que nosso regime não seja da capitalização, mas pelos princípios da solidariedade e financiamento coletivo”.⁴

Já sobre enriquecimento ilícito não devem ser levado a cabo tal argumento “até porque o recebimento das verbas não foi indevido ou ilícito, as mesmas restaram “consumidas” e não é exigível do segurado a devolução”.⁵ Assim por já haver contribuído com o sistema previdenciário não haveria o porquê devolver os valores, por já ter contribuído com o sistema previdenciário. Ao contrário, a devolução dos valores pelo segurado para o sistema previdenciário consubstanciaria num enriquecimento ilícito da Administração Pública, pois se estaria utilizando o argumento da supremacia do interesse público, para a devolução dos valores. Dessa forma argumenta João Batista da SILVEIRA que por haver compensação entre os regimes previdenciários e por fazer jus à aposentadoria, não haveria locupletamento do segurado, mas sim da autarquia previdenciária na devolução dos valores.⁶

⁴ Tribunal Federal da 4^o Região. Ação desaposentação. Apelação Cível n. 5009914-36.2010.404.7200/SC. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Roberto Hernan Molina Andrade. Relator: Des. Rogério Fravetto. 03 out. 2011. **Tribunal Federal da 4^o Região**. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/pages/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4566601&termosPesquisados=desaposenta%E7%E3o|impossibilidade|devolu%E7%E3o|valores> Acessado em: 14 out. 2011

⁵ GARCIA, Elisa Fernanda Reimbrecht. Da deconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, a. 21, n. 321, ago. 2007, p.762.

⁶ Tribunal Federal da 4^o Região. Ação desaposentação. Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2000.71.09.000394-2/RS. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Arno Persch. Relator: Des. João Batista Pinto da Silveira. 18 mar. 2006. **Tribunal Federal da 4^o Região**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2626196&termosPesquisados=desaposenta%E7%E3o|Certid%E3o|Contagem|Tempo|RPPS|devolu%E7%E3o|valores>. Acesso em: 14 out. 2011.



CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que não há violação ao princípio da supremacia do interesse público, consubstanciado no princípio da solidariedade, por não haver quebra do sistema previdenciário com o pagamento de novos proventos, já que há viabilidade financeira e atuarial não há enriquecimento ilícito do segurado, por já ter vertido ao sistema contribuições que fizeram jus à primeira aposentadoria e que tais contribuições novas vão gerar um incremento financeiro na aposentadoria.

REFERÊNCIAS

BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e a Nova Aposentadoria. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, a. 25, n. 244, p. 150-155, mar. 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito, 2009.

GARCIA, Elisa Fernanda Reimbrecht. Da deconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, a. 21, n. 321, p. 746-755, ago. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Tribunal Federal da 4º Região. Ação desaposentação. Apelação Cível n. 5009914-36.2010.404.7200/SC. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Roberto Hernan Molina Andrade. Relator: Des. Rogério Fravetto. 03 out. 2011. **Tribunal Federal da 4º Região**. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/proxy/public/pages/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4566601&termosPesquisados=desaposenta%E7%E3o|impossibilidade|devolu%E7%E3o|valores> Acessado em: 14 out. 2011.

Tribunal Federal da 4º Região. Ação desaposentação. Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2000.71.09.000394-2/RS. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Arno Persch. Relator: Des. João Batista Pinto da Silveira. 18 mar. 2006. **Tribunal Federal da 4º Região**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2626196&termosPesquisados=desaposenta%E7%E3o|Certid%E3o|Contagem|Tempo|RPPS|devolu%E7%E3o|valores>. Acesso em: 14 out.2011.



DIREITO FUNDAMENTA À MORADIA: O ATENDIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ APÓS A EDICAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Evaldo de Paula e Silva Junior
UniBrasil/PUCPR
pedroso.evaldo@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a analisar esse que é considerado pelo texto Constitucional como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana por meio da análise das decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Paraná após o advento do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001), verificando, com base no princípio da função social da propriedade, em quais parâmetros o Estado esta promovendo o desenvolvimento local sustentável. Se a afirmação da função social da propriedade é relativamente recente, devemos lembrar que a ideia em si é antiga, pois, embora a *Summa Theologica*, de São Tomás de Aquino, não pregasse exatamente a adoção de uma propriedade coletiva, e suas ideias ainda tivessem necessitado de muitos séculos para serem adequadamente absorvidas, é o pensamento tomista considerado o antecessor da função social da propriedade. Assim, após o resgate bibliográfico e as considerações iniciais acerca dos fundamentos históricos do tema proposta, com a análise histórica do surgimento da propriedade, das cidades e do princípio da função social da propriedade, como marco metodológico, será realizado o levantamento na jurisprudência da referida Corte sobre o atual entendimento do tema, bem como, os parâmetros utilizados por este para promover a efetividade do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade urbana; função social; estatuto da cidade; jurisprudência.

Compreender a construção das relações que envolvem a política de urbanização implica em realizar um resgate das origens históricas da propriedade privada e da funcionalização dos institutos jurídicos, com o intuito de analisar o atual estágio de desenvolvimento, correlacionando seus impactos com a possibilidade de se obter desenvolvimento local economicamente sustentável, por meio da análise jurisprudencial.

A sociedade economicocentrista, nascida sob o ideário do liberalismo econômico, em sua íntima relação com o poder, proporcionou um continuado amoldamento do sistema político transformando-se em vetor do desenvolvimento e expansão do capitalismo, como forma de legitimação de seus motes principais: a acumulação de riqueza e o contínuo crescimento econômico como sinônimos de desenvolvimento.

A existência das cidades ocorre desde os tempos mais remotos; “têm-se em Roma e Atenas dois exemplos que sempre serão lembrados por representarem civilizações que influenciaram de forma hegemônica outras civilizações de sua época, sendo que as conquistas militares dos romanos, e as descobertas no campo do conhecimento dos gregos



são até hoje referências históricas”.¹ Durante a Idade Média, a sociedade organizou-se essencialmente em função da atividade agrícola, de tal modo que os centros urbanos vieram a renascer somente com a retomada das trocas comerciais entre ocidente e oriente, e após a descoberta dos novos mercados consumidores, e fornecedores de matéria-prima nas Américas. Entretanto, é com o fenômeno da industrialização que as cidades iniciam significativo processo de crescimento urbano, cabendo ao Poder Público a implantação de políticas de planejamento a fim de assegurar e possibilitar o desenvolvimento econômico das cidades, conciliando os diversos interesses ao atendimento dos direitos fundamentais, com base no princípio da dignidade da pessoa.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 23, dispõe que a política de desenvolvimento urbano, excetuada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem, por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo certo aduzir que, o crescimento econômico das cidades deve estar aliado a políticas públicas que visem o desenvolvimento social tendo por limite positivo a função social da propriedade urbana.

Neste sentido, tendo em vista que a propriedade foi o primeiro instituto a ser funcionalizado, é imperioso aludir que os fundamentos modernos que a alicerçam, se baseiam num modelo de propriedade de cunho subjetivo-absoluto, centrado no individualismo, destacando-se, o pensamento político de John Locke e a filosofia de Immanuel Kant. A partir das reflexões de Locke e Kant, houve a legitimação do conceito de propriedade atrelado ao individualismo, “na proporção em que o desenvolvimento humano aparece vinculado à atividade de acumulação, decorrente da apropriação racional e individual de bens, baseado, sobretudo, na laboriosidade individual”.²

Uma vez que o ordenamento jurídico deve incorporar elementos valorativos que representem a realidade social, de forma a evitar a estagnação, após o advento dos Códigos Civis, napoleônico de 1804, e alemão de 1896, começou-se a moldar a disciplina jurídica do direito de propriedade no século XIX, que discutia a natureza econômica da propriedade imobiliária e o seu papel na acumulação individual de riqueza.

Tais situações desencadearam questionamentos a cerca do instituto, culminando com a intervenção estatal no domínio econômico, por meio da tutela constitucional de interesses comunitários, inclusive, nas relações jurídicas de direito privado, ocasionando o desenvolvimento da funcionalização da propriedade. Tal funcionalização insere-se no

¹ COULANGES. Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001, p. 124.

² OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106.



conjunto de novos paradigmas contemplados pelos ordenamentos contemporâneos, visando a reorientação valorativa e finalística do exercício dos poderes proprietários, de forma a preservar os interesses públicos, sem negar ou esgotar o papel da individualidade para o desenvolvimento social e econômico. Assim, o presente texto se dedica a analisar esse que é tido pelo texto Constitucional como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana por meio da análise das decisões judiciais, verificando, com base no princípio da função social da propriedade, se o Estado está promovendo o desenvolvimento local sustentável, e, em quais parâmetros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tânia Maria. **O planejamento urbano segundo as concepções filosóficas.** Caderno de Arquitetura e Urbanismo. Belo Horizonte: PUC, 2001, v. 8, n. 9.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade.** Curitiba: Juruá, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COULANGES. Fustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

DE FARIAS, Cristiano Chaves, ROSEVALD, Nelson. **Direito reais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânea. (Coord.). **Direito urbanístico:** estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte; Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental.** São Paulo: RT, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução: Pietro Nassetti, Martin Claret: São Paulo, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo.** Tradução: Pietro Nassetti, Martin Claret: São Paulo, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso de. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORLANDO, Gomes. **Direitos reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

Fabianne Gusso Mazzaroppi
UniBrasil
fabimazzaroppi@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituído no país, por meio da Lei n.º 12.462/2011, para licitações que visem a realização das obras necessárias aos eventos desportivos que serão sediados no Brasil a partir de 2013. A questão discutida recai sobre a inconstitucionalidade material da Lei citada no que se refere às alterações promulgadas em relação às licitações com o procedimento RDC. Mesmo que se concorde quanto à vantagem relacionada à celeridade com a adoção da forma de contratação de empreitada integral, não pode a Lei n.º 12.462/2011 ser considerada constitucional, pois no que tange à efetivação dos princípios inerentes ao procedimento administrativo da licitação, nota-se que há visível incompatibilidade entre os direcionamentos da Nova Lei e os ditames constitucionais da igualdade, moralidade e publicidade. Sob os cânones de um Estado de Direito é dever da Administração Pública o acolhimento dos princípios inerentes ao Regime Jurídico Administrativo, logo, a realização de licitações não pode ir à contramão da democracia impedindo os cidadãos de ter pleno acesso aos gastos públicos e privilegiando a desigualdade entre os que desejam participar do certame. Portanto, deve o Supremo Tribunal Federal, já nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas sobre a matéria, declarar a Lei n.º 12.462/2011 inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Diferenciado de Contratações; Licitação; Princípios Constitucionais.

A obrigação da Administração Pública em realizar licitações e contratos com os particulares requisitando bens e serviços, de forma plenamente publicizada e igualitária, decorre diretamente da fórmula do Estado de Direito, pois, ao contrário do que ocorre em um Estado autoritário, na democracia há a desvinculação do patrimônio público do particular que exerce poder.¹ Assim, a licitação resulta em procedimento compulsório de concorrência isonômica, devendo vencer o particular que possa oferecer o melhor preço e resultado ao interesse da Administração, conforme condições previamente estabelecidas em edital.

No Brasil, a matéria foi positivada pela primeira vez em 1862 mediante o Decreto n.º 2.926. Atualmente é regida pela Constituição Federal, pela Lei n.º

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.

8.666/1993, com suas alterações, e, mais recentemente, pela Lei n.º 12.462, promulgada em 05 de agosto de 2011. Esta trouxe grande polêmica quanto à constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que se constitui um rito facilitador para as licitações que tenham por fim realizar obras que possibilitem ao Brasil sediar os eventos desportivos da Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo FIFA em 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016.

Não se pode olvidar que o RDC implica mecanismo de contratação mais célere, através do chamado contrato de empreitada integral, que, conforme os arts. 2º, I, IV, V e 9º, §§1º e 2º, da Lei 12.462/2011, compreende a elaboração, por parte do licitante, do projeto básico e executivo e a realização de todas as obras e serviços necessários para a entrega final do empreendimento apto a ser utilizado. Para tanto, o edital de convocação deverá ser estabelecido de forma clara e precisa (art. 5º) e contemplar o exigido pelo art. 9º, §2º da Lei.²

Ainda que mais célere, é visível a inconstitucionalidade deste procedimento, pois desrespeita os princípios da licitação pública. Os arts. 6º caput e §3º, 8º, 15, §2º³ afrontam diretamente os princípios da moralidade e da publicidade. Já os arts. 14, III e 29, §2º⁴ deixam de garantir o princípio da igualdade entre os licitantes.

A doutrina reconhece o status de direito fundamental ao procedimento da licitação, não sendo permitido qualquer retrocesso inerente aos auspícios do Estado autoritário, tornando imperativa a observância dos princípios constitucionais. Sabe-

² Interessante observar, que as parcerias público-privadas possuem um modelo parecido com o RDC. Para este tipo de contrato administrativo o agente empreendedor, com a anuência da Unidade PPP, apresenta projeto básico de estudos técnicos vantajosos a Administração, que, contendo todos os requisitos exigidos, resultará em nova licitação, sem que haja prejuízos à concorrência de interessados que queiram participar do certame. Ver requisitos no sítio eletrônico: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/ppp/conteudo/legislacao/arquivos_down/060206_Res_001.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

³ Lei n.º 12.462/2011 “Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. § 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. Art. 15 (...): § 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo”.

⁴ “Art. 14 (...): III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e Art. 29 (...): § 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento”.



se que a proibição do retrocesso social impede que direitos e garantias fundamentais acolhidos pela Constituição Federal de 1988 sejam, de qualquer forma, obstados por leis infraconstitucionais ou emenda constitucional, pois considerados cláusulas pétreas, portanto, não passíveis de modificações.

A história política brasileira indica que a discricionariedade e o poder de escolha entregue pelos cidadãos aos governantes geram, por vezes, favoritismos, patrimonialismo e corrupção. Assim, cláusulas legais que permitam o sigilo orçamentário abrem brechas repudiadas pelos princípios constitucionais da moralidade e da publicidade. No que se refere ao princípio da igualdade⁵ dos concorrentes, a regra que permite a restrição do certame aos pré-cadastrados enseja direta violação à isonomia, pois, não confere a igualdade de condições a todos que desejam participar da licitação, conforme enuncia o art. 37, XXI da Carta.

A inconstitucionalidade da lei em análise resultou na propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a primeira protocolada pelos presidentes dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, a segunda pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, cujos pedidos de liminar ainda não foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

O Brasil foi eleito para sediar a próxima Copa do Mundo em 30/10/07, portanto, desde outubro de 2007 o Poder Público tomou ciência do seu dever de investir para tornar a estrutura do país viável a receber o evento desportivo de 2014. Logo, mesmo tendo se eximido de tal responsabilidade por quase quatro anos, não pode agora, em 2011, criar uma lei inconstitucional para tentar se redimir quanto ao tempo perdido, e acelerar as licitações compreendendo sigilo de gastos e desigualdade entre particulares interessados no certame. Conclui-se, assim, que é inaceitável a vigência da Lei n.º 12.462/2011 no ordenamento jurídico brasileiro cujo elemento norteador é a Constituição de 1988, que privilegia, entre outros, os

⁵ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da publicidade confere não apenas ao licitante, mas, a todos os cidadãos o efetivo conhecimento sobre a matéria licitada, ainda, quanto ao princípio da moralidade, impõe que o certame deve estar dentro de padrões éticos e honesto de ambas as partes, já o princípio da igualdade revela-se no sentido de competição da licitação, onde é assegurado a qualquer interessado participar do certame. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 523.



princípios da publicidade e moralidade da Administração Pública e a igualdade entre os particulares.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO BALIZADOR NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

George Rezende Moraes
UniBrasil
geowrezende@gmail.com

Adriana Milla
UniBrasil
adriana.milla@uacp.org.br

RESUMO

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, utilizando-se de uma pesquisa e revisão bibliográfica para embasar-se teoricamente para definir a constituição federal de 1988 como marco na proteção dos direitos humanos no direito pátrio. Para tanto, este trabalho passará um prisma histórico, analisando os modelos constitucionais anteriores, frisando a constituição como marcante para o início da democracia no Brasil, e também, neste relato histórico, destacando a disposição dos direitos fundamentais nas antigas constituições, principalmente as de 1967. Em um segundo momento, analisar como os direitos fundamentais interagem com toda constituição e de que modo ela deve ser interpretada para que seu melhor sentido hermenêutico possa ser extraído para assim, implementar seus principais objetivos, qual seja, a proteção da pessoa, enquanto indivíduo detentor de dignidade. Buscará este trabalho demonstrar como o princípio da dignidade humana foi elevado ao princípio norteador de toda a ordem jurídica pátria, e sendo este mesmo princípio, o norte dos direitos humanos. Este ramo do direito (direitos humanos) respalda-se no alicerce de que todas as nações devem respeitar uma série de direitos que são inerentes à própria condição do homem enquanto indivíduo, independentemente de qualquer critério seletivo. Sendo assim, alçar e alcançar a aplicabilidade dos direitos humanos é o fundamento dos Estados democráticos de Direito, direito este fundamental de todo e qualquer cidadão, e este será o que buscará demonstrar ao final este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Dignidade da pessoa humana, Tratados internacionais, Direitos fundamentais.

Faz-se necessário indicar que, somente a partir de 1989, o Brasil passou a incorporar importantes tratados internacionais de direitos humanos, sendo o primeiro deles, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, sendo assim, faz-se clara ligação, entre a redemocratização do Estado Brasileiro, e a incorporação de relevantes instrumentos internacionais, compondo uma imagem mais positiva do Brasil em um contexto internacional, como país respeitador e garantidor de direitos



humanos.¹ A constituição de 1988 marca o início do regime democrático no Brasil, consolidando a ruptura com regime autoritário militar instaurado em 1964. A carta de 1988 introduziu de forma indubitável um avanço no campo das garantias e direitos fundamentais, fazendo assim os direitos humanos ganharem grande saliência no direito pátrio.²

Ingo Wolfgang Sarlet frisa o grande número de dispositivos da nossa constituição (295), e afirma: “Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos poderes constituídos”.³ Sarlet coloca como uma das inovações da constituição, a disposição topográfica dos direitos fundamentais, sendo este positivado logo após o preâmbulo e os direitos fundamentais. Afirma ele que tal acomodação traduz um maior rigor hermenêutico, e vai de encontro à tradição constitucionalista pátria, pois anteriormente, os direitos fundamentais eram dispostos ao final da constituição.⁴ Nas constituições anteriores, trata-se primeiramente do Estado, e depois falava-se sobre os direitos. Ademais, apenas temas afetos aos Estados eram tido como cláusulas pétreas, como na Constituição de 1967, o qual a Federação e a República eram pétreos.⁵

Essas mudanças geram um novo perfil na Constituição, mais particularmente, no que tange ao englobamento de direitos e garantias fundamentais que ela enuncia, a partir daí, será possível nortear o Brasil nas relações internacionais. Nota-se no artigo 1º, II, III, que com o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais, o constituinte originário, deu relevância e preferência para que os direitos fundamentais fosse um princípio informador para a realização do princípio democrático.⁶ Como afirma Jorge Miranda: “A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática

¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 46-48.

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

⁴ *Ibidem*, p. 79.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito...**, p. 33.

⁶ *Ibidem*, p. 26.

ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa da pessoa, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁷ Neste sentido, pode-se inferir que “a dignidade da pessoa é o núcleo base informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.⁸

Analisando sob a vertente histórica, a primazia do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à derrota do fascismo e do nazismo, sendo estes na Itália e na Alemanha. Tais regimes ascenderam ao poder e cometeram as barbáries, tão somente, segundo as afirmações dos acusados no tribunal de Nuremberg, cumprido os disposto na lei, obedecendo a ordens emanadas da autoridade competente.

A constituição não apenas incorporam no rol de direitos fundamentais os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, conjugando assim os princípios da indivisibilidade e interdependências dos direitos humanos, o qual a liberdade se coaduna com a igualdade. Assim afirma Flávia Piovesan: “Os direitos e garantias fundamentais são, assim, dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico”.⁹ Atente-se ao fato de que, conforme o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas de direitos e garantias fundamentais possuem caráter de aplicabilidade imediata. , realçando assim a força normativa destes direitos. Assim, neste contexto, que os dispositivos constitucionais referentes à proteção internacional dos direitos humanos deverão ser interpretados.

REFERÊNCIAS

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 166.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito...**, p. 27.

⁹ *Ibidem*, p. 39.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



FAMÍLIAS PARALELAS ANALISADAS NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Joelma Isamáris Cavalheiro
UniBrasil
Joisma2@hotmail.com

Rubia Carla Goedert
UniBrasil
rubiagoedert.adv@gmail.com

RESUMO

Objetivo dos presentes escritos é refletir sobre o atual momento vivido pelo Direito de Família, analisando especificamente as Famílias Simultâneas, tomando como pressuposto uma visão Neoconstitucional, em que o homem é o centro do Direito.

PALAVRAS CHAVES: Famílias Paralelas; Dignidade; Constituição.

INTRODUÇÃO

A família simultânea será objeto de estudo, em busca de compreender a os reflexos jurídicos tanto de seu reconhecimento quanto do seu não reconhecimento. Objetivo dos presentes escritos é refletir sobre o atual momento vivido pelo Direito de Família, analisando especificamente as Famílias Simultâneas, tomando como pressuposto uma Constituição principiológica com textos abertos que permitem uma releitura.

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS EM FACE DE UMA CONSTITUIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA E ABERTA

A família paralela será analisada sob uma perspectiva de texto Constitucional Aberto, cujo suporte fático dos Direitos Fundamentais é amplo, reconhecida como Constituição principiológica, neste contexto os direitos fundamentais precisam ser interpretado, refletindo um compromisso com a teoria relativa dos direitos fundamentais. No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, permeada de textos principiológicos, reconhecendo a pluralidade social,



mas frente um Estado regulador das desigualdades sociais e agente necessário para que se alcance a efetividade Constitucional.

ENTIDADE FAMILIAR SIMULTÂNEA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Entende-se como famílias paralelas ou simultâneas, aquelas famílias formadas por um homem ou uma mulher independente se casados ou em uniões estáveis, se em uniões homo ou heteroafetivas, que possuem mais de um núcleo familiar durante um período concomitante e duradouro, porém é pertinente lembrar que o foco aqui é sobre a ótica da conjugalidade e companheirismo, uma vez que a paternidade simultânea é assunto superado.

UNIÕES ESTÁVEIS, CONCUBINATO E FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS EM FACE DA FIDELIDADE E DA AFETIVIDADE

As Uniões Estáveis descritas como entidades familiares determinadas pela convivência duradoura, pública e contínua de um homem com uma mulher. Já o Concubinato, pode ser definido como a união adulterina, impura ou desleal, que não foi recepcionado pelo texto Constitucional e nem mesmo pelo Código Civil Brasileiro, por estar em desacordo com a fidelidade. A Monogamia, que foi admitida historicamente com um contexto patrimonialista, com reflexos de manter o patrimônio entre aqueles que sucedem. Enquanto a família contemporânea valoriza a socioafetividade, o princípio da afetividade é o centro destas uniões familiares.

CORRENTES SOBRE AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Há três correntes de posicionamento sobre o reconhecimento das famílias paralelas, a primeira defende a não existência de entidades familiares e sendo apenas uma sociedade de fato; a segunda reconhece a existência da família paralela desde que a união esteja permeada de boa fé, a terceira corrente reconhece a situação fática e da ela status de entidade familiar. O conceito de



família tem se alargado e se percebe uma tendência de abraçar todos os tipos de famílias que reflitem a convivência em busca uma união embasada na afetividade e não mais em meros conceitos legais que obrigam a convivência familiar, deve-se observar que o Direito não cria entidades familiares e simplesmente as reconhece, esta é formada no seio da sociedade, e a visão positivista de família deixa uma lacuna entre a legalidade e a realidade social.

CONCLUSÃO

Viver em família e viver de forma digna é direitos fundamentais dos indivíduos e convém lembrar que direito fundamental incorporam a moral pública da modernidade, e que nas entrelinhas de cada preceito legal se encontra uma norma constitucional que o confirma ou contradiz e pode expressar assim um sistema saturado de princípio e direitos. Logo parece evidente que a família paralela deve ser respaldada pelo ordenamento jurídico e isto seria o respeito dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Marianna. **Famílias paralelas**. Jus Navigandi, Teresina, a. 16, n. 2748, 9 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18233>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br> Acesso em: 28 jul. 2011

_____. **O dever de Fidelidade**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2011.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

MADALENO, Rolf. **A União (Ins)Estável (Relações Paralelas)**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2011.



A TENSA E PRODUTIVA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

José Nunes de Cerqueira Neto
UFPR
nunescnt@gmail.com

RESUMO

A relação entre constitucionalismo e democracia pode ser compreendida como uma permanente tensão, que pode ser potencializada em favor de uma democracia constitucional. Esta tensa relação é, sobretudo, produtiva e se desenvolve de diversas formas. Num primeiro momento concebemos constitucionalismo e democracia nos termos de uma tensa relação entre poder constituinte e soberania popular, apresentando o que se pode denominar de “paradoxo da democracia constitucional”. Num segundo momento, a relação entre constitucionalismo e democracia é (re)pensada nos termos de uma permanente tensão entre Cortes e Parlamentos. Pretende-se descortinar determinados equívocos históricos para se questionar que supremacia deve ser afirmada: se a da Constituição ou a do Tribunal Constitucional. Nesse cenário, argumenta-se em desfavor da defesa de uma supremacia judicial, em que a Corte é tida como guardiã última e intérprete exclusivo da Constituição. Não se ignora a capacidade da Corte em fornecer boas respostas e, sobretudo, desempenhar importante papel em uma democracia constitucional, mas se nega a exclusividade do Tribunal em promover bons argumentos constitucionais e a possibilidade de encerrar o debate público por meio da pretensa prerrogativa de dar a última palavra. Procura-se reconhecer que há vida constitucional fora das Cortes. E uma vez que se percebe que a Corte não tem a última palavra, a principal preocupação não deve ser em limitar o poder judicial, e sim com a forma pela qual ela pode otimizar e reforçar a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; democracia; judicial review; supremacia judicial.

Muitos autores concebem a união entre democracia e constitucionalismo como um “feliz matrimônio”.¹ No entanto, esta união não é simples: constitucionalismo e democracia são constituídos por uma permanente tensão. Por democracia temos o auto-governo do povo, expressão da soberania popular, enquanto por constitucionalismo temos um sistema que impõe limites à soberania popular, à vontade da maioria. Conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa complexa e, sobretudo, problemática. É certo que compõem uma tensão rica, complexa e *produtiva*. Essa permanente tensão se define, ainda, nos termos da

¹ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 13-15.



relação entre governo do povo e governo das leis, onde o poder judiciário tenciona o legislativo a todo tempo, na permanente disputa pelo papel de protagonista na concretização dos direitos.

Temos então uma conflituosa relação entre Cortes e Parlamentos, que nos permite (re)pensar seus papéis em uma *supremacia constitucional*. É preciso, inicialmente, descortinarmos determinados equívocos históricos para se questionar que supremacia deve ser afirmada: se a da Constituição ou a do Tribunal Constitucional. Com base em *Marbury v. Madison*, foi possível distinguir duas tradições e compreensões distintas em torno do controle judicial de constitucionalidade. Uma defensora da *supremacia judicial*, na qual se atribui, em consequência, ao Poder Judiciário a *última palavra* em matéria de interpretação constitucional, e outra em que se abre a Constituição para outros atores políticos, em especial ao Parlamento, retirando-se do Judiciário qualquer competência privativa e excludente na tarefa de interpretar a Constituição.

Carece de legitimidade a posição da Corte em uma tradição de supremacia judicial, mas à Corte cabe um importante papel de *revisão judicial*, que pode se estabelecer numa prática constitucional em que o Tribunal não seja o último nem o único guardião da Constituição. É preciso (re)pensarmos o papel da Corte na prática da revisão judicial numa supremacia constitucional, para colocarmos a tensão existente entre os juízes e os legisladores de modo a potencializar o constitucionalismo em favor da democracia. É possível pensar, com Dworkin,² ainda que com alguma carga de idealização, o importante papel que o Tribunal pode desempenhar em favor de uma democracia, em que *acrescentar* a um sistema político um processo que é institucionalmente estruturado como um debate em torno de *princípios* pode ser, apesar de tudo, desejável.

Não se procura sustentar a defesa de uma supremacia judicial, em que ao Tribunal deve ser dado o direito de errar por último. Mas se concebe que o Judiciário pode funcionar como um importante palco para garantia de direitos e de discussões de princípio, comprometido com o melhor argumento. Numa democracia, é

² DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, 1995, p. 11.



interessante que haja uma instituição assim, comprometida com os princípios e cobrada por isso.

Quando a Corte, numa experiência de supremacia judicial, promove uma decisão constitucional com a prerrogativa de ser esta a última palavra, remove da arena política as questões controversas para as quais dá resposta³. Os Tribunais são atores importantes, mas não são os únicos aptos a responderem sobre o significado da Constituição. Podem se apresentar como importantes palcos de deliberações constitucionais e de garantias de direitos, mas certamente não são os únicos, nem os últimos. Não se está a ignorar a capacidade da Corte em fornecer boas respostas, mas apenas a negar-lhe a exclusividade na promoção de bons argumentos constitucionais e, sobretudo, a possibilidade de encerrar o debate público por meio da pretensa prerrogativa de dar a *última palavra*.

A Corte, eventualmente, diz que sua palavra é a última. Todavia, enquanto houver desacordo, a deliberação política continuará a ocorrer, com grupos se mobilizando para contestar a decisão⁴. Como a Constituição é um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Não serão aceitas como corretas para sempre. Há um contínuo percurso de atribuição de novos significados⁵. Portanto, parece claro que, sem adotar uma posição institucional que careça de legitimidade, e sem adotar um discurso messiânico de salvaguarda constitucional, a Corte pode adotar uma postura institucional virtuosa no desenho democrático.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. **European Journal of Philosophy**, n. 3:1, 1995.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

³ SUSTEIN, Cass R. Legal Reasoning and Political Conflict, **Oxford University Press**, Oxford, 1996, p. 7.

⁴ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993, p. 648-649.

⁵ *Ibid.*, p. 651.



NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa.** Barcelona: Gedisa, 1999.

SUSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict,** Oxford University Press, Oxford, 1996.



O POLÍTICO REVISITADO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL DA CHANTAL MOUFFE.

Rafael Bezerra Nunes
UFMA
nunes.rafaelb@gmail.com

RESUMO

Desde o advento da Modernidade, com a superação das comunidades tradicionais, torna-se imprescindível resolver a questão de como se firmar a legitimação do poder político, que não pode mais se fundar em uma forma de vida concreta ou um ideal de bem comum coletivo. No século XX, resgatando o contratualismo, primeira estratégia na tentativa de encontrar tais respostas, e erigindo-o sob novas bases, John Rawls supera a dicotomia intuicionismo/utilitarismo, propondo uma teoria da justiça liberal igualitária. Contra a neutralidade liberal e o sujeito pré-político, alguns filósofos reúnem-se sobre bases hegelianas para afirmar que a identidade individual se forma e só pode ser compreendida a partir do coletivo, de maneira que alguns deles afirmam ser impossível constituir uma sociedade democrática firmada em diversas concepções de vida boa. De modo a superar a oposição liberalismo/comunitarismo, Jürgen Habermas funda uma teoria da democracia deliberativa, em que a igualdade é pressuposta como uma condição de validade, reconstruída de forma procedimental a partir de uma idéia de razão comunicativa. Nesse mesmo período, Chantal Mouffe propõe uma forma diferente da habermasiana de radicalização da democracia, em que o político, definido como a relação amigo/inimigo, é instrumento de crítica do consenso proposto pela democracia deliberativa. No fim de o regresso do político, mantêm-se as dúvidas de como se transforma um antagonismo, antes resolvido pela decisão de um soberano, em um agonismo, baseado em um acordo sobre princípios, e como essa perspectiva diferencia-se da democracia deliberativa, em que o conflito não é irresolúvel, ao menos idealmente.

PALAVRAS-CHAVE: Chantal Mouffe, Filosofia política, político

O maior mérito, sem dúvidas, da obra de John Rawls “A Theory of Justice”, a completar 40 anos nesse ano, foi reacender o debate na ceara da Filosofia Política. Inicialmente com pretensões de universalidade e enquanto filosofia moral, a obra de Rawls tornou-se alvo de fortes críticas, tanto por parte de liberais, tão quanto ou mais que ele, assim como por parte de teóricos que, a partir de uma leitura dos escritos de Hegel, viriam a ser agrupados como comunitaristas. A partir de tais críticas, Rawls modificou continuamente sua teoria, inclinando-se cada vez mais para uma contextualização de suas considerações, relegando a segundo plano, o ideal de universalidade.

Contra o particularismo e a fragmentação, tendo um papel fundamental na discussão sobre modernidade e pós-modernidade, Jürgen Habermas reabilita a razão como razão comunicativa, a partir de uma virada linguístico-pragmática. É com a tensão entre facticidade e validade, a co-originariedade entre autonomia pública e privada, que Habermas acredita poder transpor a dicotomia comunitarismo/liberalismo.

Uma das autoras que criticaram fortemente tanto o arcabouço rawlsiano, como a teoria habermasiana da democracia foi/é Chantal Mouffe. Defensora de uma democracia radical, a politóloga parte da distinção Howard Blumenberg, em seu livro *The Legitimacy of the Modern Age*, para defender que o projeto iluminista pode ser dividido em dois aspectos distintos: o da auto-afirmação (definido como projeto político) e o da auto-fundação (projeto epistemológico). Afirmando que não há nenhuma ligação necessária entre os dois projetos, Mouffe afirma que é possível sair em defesa do liberalismo, enquanto pluralismo necessário, mantendo-se o projeto político, mas não é possível manter o projeto epistemológico, visto que a ideia de razão universal e a visão essencialista de sujeito não mais se sustentam.

A autora critica o liberalismo, mas também seu principal oponente, o comunitarismo. Enquanto a primeira resgata da crítica schmittiana às democracias liberais e utiliza-se da crítica comunitarista ao indivíduo liberal pré-social, a segunda parte da crítica liberal aos comunitaristas, na medida em que o projeto político destes redonda em algum ideal de vida boa único, em uma forma de perfeccionismo.

É a partir de Carl Schmitt que Mouffe alerta para ausência do político nas teorias liberais. O político, que se pauta pela relação amigo/inimigo, é reduzido a relações econômicas ou a normas morais. “Um liberalismo político sem política”, parte do pluralismo como um fato empírico, diz Mouffe, não como o pluralismo como algo necessário e constitutivo da democracia.

Uma leitura schmittiana do político, de cunho antagonista, transforma-se em um agonismo, em que a homogeneidade não é garantida por um soberano com um poder de decisão, mas por um acordo quanto a certo número de princípios, componentes de uma república. A substância, no antagonismo, é garantida pela homogeneidade de uma ordem concreta, enquanto, no agonismo, é a identificação com os princípios da república que permite a democracia.



A partir da leitura de “O regresso do político”, acredito serem insuficientes as críticas a teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas, uma vez que a posição deste autor é construída de modo caricatural. O político conflitivo põe como indissolúveis as diferenças e com um pretensu cunho descritivo e realístico, esconde uma forte normatividade. Além disso, fica a questão de como se transforma o antagonismo em agonismo.

Dessa forma, para que o projeto da democracia radical aos moldes concebidos pela Chantal Mouffes se realize, faz-se necessário delinear o papel do político em sua teoria, demonstrando o funcionamento desses princípios componentes da república, que não são se identificam com uma moral universalista kantiana, o que não foi feito em “O regresso do político”.

REFERÊNCIAS

GARGARELLA, Roberto. **As teoris da justiça depois de Rawls**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do político**. Tradução Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.



OS LIMITES DA REPERCUSSÃO GERAL NO STF: EM DIREÇÃO À RELEITURA DO DIREITO PRIVADO À LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL?

Rosalice Fidalgo Pinheiro
UniBrasil
rosallice@gmail.com

Daniella Pinheiro Lameira
UniBrasil
daniellalameira@yahoo.com.br

RESUMO

O propósito desse trabalho é submeter esse mecanismo de contenção processual a uma revisão crítica, indagando por seus limites. Para tanto, escolhe-se a releitura do direito privado à luz da legalidade constitucional, indagando-se: a perspectiva civil constitucional ocupa lugar no Supremo Tribunal Federal? A repercussão geral tem se mostrado como um mecanismo que coloca em primazia valores e princípios constitucionais nas relações privadas, ou um meio de dissipá-la, em homenagem a uma rígida separação entre direito público e direito privado? Elege-se, como paradigma, o caso relativo à constitucionalidade do bem de família do fiador em contratos de locação, para demonstrar a dificuldade da E. Corte em acatar a preponderância dos direitos fundamentais sob as relações privadas.

Palavras-chave: repercussão geral, direito civil-constitucional, reconhecimento, (in)constitucionalidade do bem de família do fiador, efetividade.

No século XX, assiste-se à inversão dessa idéia: rompe-se a face monolítica do código civil, expresso nos estatutos dos cidadãos, e um novo paradigma de constituição ganha lugar. Com a Carta de Weimar, o catálogo de direitos fundamentais é ampliado para agregar direitos sociais que exigem do Estado uma intervenção na sociedade sob a forma de prestações positivas. A leitura do direito privado à luz da legalidade constitucional encontra lugar no direito italiano do segundo pós-guerra.¹

Nessa perspectiva, o Estado passa a intervir na economia, limitando a liberdade individual, sendo que todas as normas encontradas na Constituição passam a ter eficácia imediata sob o tecido infraconstitucional^{2 3}. Não se trata de mera transposição de princípios, mas de uma mudança de cenário legislativo que

¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 57.

² TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215, p. 205.

³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

traz consigo um significado axiológico.⁴ No Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é linha orientadora de interpretação de toda ordem jurídica ora situada na Constituição, e os reflexos dessas idéias devem ser conferidos pela “constitucionalização” do direito civil no cenário jurídico nacional. Portanto, como bem salienta Fachin, trata-se de um “giro personalizante”⁵ que se vale da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com vistas a conter a exacerbação da jurisdição constitucional, o direito brasileiro adere ao mecanismo de filtragem constitucional paradigmático “*writ of certiorari*”⁶ de origem norte-americana, sendo, após, aderido por vários países. Em tais casos, a presença da repercussão geral permite ao recurso extraordinário ser julgado no seu mérito. Já em caso negativo, este não será admitido, criando-se uma barreira que impedirá aos demais recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão chegarem ao STF, é o chamado “efeito vinculante”.⁷

Segundo Marinoni e Mitidiero⁸, restará presente o instituto quando houver “relevância e transcendência” da matéria, ou ainda, “tem que contribuir, em outras palavras, para a persecução da unidade do Direito do Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de ordem constitucional”, sob pena de desvirtuar-se novamente da função política do recurso extraordinário.

Atualmente, são inúmeras as situações jurídicas entre particulares que têm como ponto nevrálgico a incidência imediata de princípios constitucionais, tal como ocorre nos institutos do direito de família, direitos da personalidade, sucessório, locação, etc. À exemplo, foi o que ocorreu no RE n. 407.688-8/SP⁹, em que o Min. Eros Grau defendeu uma radical transformação/evolução de pensamento daquela Corte em prol de uma conquista plena de direitos fundamentais e da superação das enormes desigualdades sociais, de modo que se entendesse pela inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da lei 8.009/90, ou seja, em prol do direito à

⁴ TEPEDINO, **A caminho...**, p. 68.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247.

⁶ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

⁷ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p.35.

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP. Ministro Relator César Peluso. Julgado em 8 de fevereiro de 2006. Publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

moradia do fiador. Em que pese os robustos argumentos, foi acolhido, por maioria, o voto do Min. Cezar Peluso, no sentido de que essa perspectiva civil-constitucional contraria a “lógica” e a “fluência” do mercado. Tal questão ainda voltou a ser reexaminada pela Min. Ellen Gracie quando da apreciação do RE n. 612.360/SP¹⁰, já sob a égide do instituto da repercussão geral, mantendo-se o entendimento anterior, o que leva a crer que a jurisprudência do STF não vem partilhando da perspectiva civil constitucional até o presente momento.

Assim, faz-se absolutamente imprescindível uma reflexão dos membros da E. Corte acerca dos escopos da jurisdição e o caminho a ser trilhado pelo judiciário brasileiro enquanto principal figura na concretização de direitos fundamentais do atual Estado Democrático brasileiro. Pois, o papel que se espera da repercussão geral é uma processualística afinada com o direito material, possibilitando ao STF uma revisita crítica de sua jurisprudência, e, sobretudo, colocando em primazia os valores e princípios constitucionais no âmbito do direito privado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP. Ministro Relator Cezar Peluso. Julgado em 8 de fevereiro de 2006. Publicado no **Diário da Justiça** de 6 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Recurso Extraordinário nº 612.360/SP. Ministra Relatora Ellen Gracie. Julgado em 27 de abril de 2010. Publicado no **Diário da Justiça** de 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Recurso Extraordinário nº 612.360/SP. Ministra Relatora Ellen Gracie. Julgado em 27 de abril de 2010. Publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2011.



TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.199-215.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e Direito Civil**, p. 169. Disponível em: <www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/.../10.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2010.

TEPEDINO, Maria Celina B. M., **A caminho de um direito civil-constitucional**. **Revista de Direito Civil** (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993, p. 24.



A DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Rubia Carla Goedert
UniBrasil
rubiagoedert.adv@gmail.com

Joelma Isamáris Cavalheiro
UniBrasil
joisma2@hotmail.com

RESUMO

A pretensão do estudo é realizar uma observação da dogmática jurídica para demonstrar a efetiva observância da dignidade humana, como direito fundamental que é, quando da operacionalização do princípio da não-discriminação e igualdade no âmbito dos contratos, além de buscar explicitar o sentido desses princípios diante da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos. Assim, o objetivo deste trabalho é a análise conjunta dos princípios da igualdade, não-discriminação e dignidade humana, seus reflexos e eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especificadamente no âmbito contratual. A análise desta pesquisa demonstrará que o reconhecimento pela Constituição Federal da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como valores, permitiu que os mesmos possam influenciar a resolução de questões onde há afronta a bens jurídicos que são por ela tutelados, revelando ser um verdadeiro e eficaz fundamento jurídico, ainda que esse direito fundamental esteja vinculado à uma relação entre particulares. O impedimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não é admitido pela doutrina majoritária e jurisprudência brasileira. Parte-se da ponderação da autonomia privada principalmente no que concerne aos contratos de plano de saúde para que se aplique a cláusula geral de "dignidade humana", a qual não pode ser afastada em nenhum contrato, quicá naqueles que envolvem a saúde, integridade física e pessoal. Não é admissível num Estado, dito democrático de direito, a discriminação de qualquer pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; igualdade; contratos

Cabe tanto ao Legislativo como o Judiciário a obrigação prevista constitucionalmente de realizar os valores que fundamentam a República Federativa do Brasil, principalmente, a dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 2º da Constituição Brasileira). As deficiências da prestação estatal na assistência à saúde fazem com que inúmeras pessoas optem por contratos de saúde privados, potencializando a necessidade de se averiguar sob o ponto de efetividade dos direitos fundamentais, se há discriminação de determinadas pessoas, oneração da

prestação ou até negativa da contratação da parte vulnerável, o que poderia caracterizar discriminação neste elo existente entre o contrato e a pessoa humana.

Várias são as correntes doutrinárias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, no entanto, domina a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. As relações privadas passaram a possuir contornos de socialidade onde restou superado o método lógico-dedutivo de aplicação do Direito. A influência das disposições constitucionais cujo fundamento é garantir direitos fundamentais foi tão relevante que se assevera que houve uma verdadeira “constitucionalização do direito privado”. O Direito Privado não mais pode ser visto como um feudo onde reina a vontade absoluta do senhor.¹

Antes da entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro não se encontrava a distribuição de maneira justa e igualitária dos ônus e riscos decorrentes do contrato². A liberdade individual servia de fonte quase absoluta da liberdade contratual.

O Estado resolveu intervir na esfera privada, a chamada *publicização* teve por fim justamente a defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas.³ Neste pensar, a interpretação dos negócios jurídicos deve sempre ocorrer pautada nos preceitos constitucionais, dos quais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III) ao lado de seus objetivos, quais sejam: de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I); de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

Esses princípios são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que fundamentam e asseguram uma sociedade livre, justa, igualitária e

¹ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado : a superação da dicotomia. In: Martins -Costa , Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.99.

² SAMPAIO. Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2004.p.14.

³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.



solidária, pelo que, emana os limites à liberdade contratual para que se concretize a dignidade humana. Em que pese todo o arcabouço constitucional e legislativo, ainda assim, muitos são os casos em que uma das partes da relação contratual é preterida e discriminada em detrimento de seus direitos fundamentais.

Analisando a possibilidade de se confrontar com a hipótese de discriminação contratual, tem-se os contratos de assistência à saúde, onde a vulnerabilidade de pessoas, principalmente as idosas é evidente. Essa discriminação reflete-se nas cláusulas de fim de vínculo, de reajustes arbitrários em decorrência da idade, pela suspensão da cobertura sem notificação e por inadimplência de prazo inferior a 60 dias, onde a natureza dos bens protegidos por esses contratos – vida, saúde e integridade física – não são apreciados com a devida importância que merecem, pois está-se diante de direitos fundamentais.

A autonomia contratual, a dignidade humana, a não-discriminação e, conseqüentemente, a igualdade nas relações contratuais, tratam, indubitavelmente, de temas de grande relevância social, principalmente quando se clama por uma verdadeira justiça social. Esta problemática é apresentada constantemente aos Tribunais envolvendo os direitos fundamentais, possibilitando que os contratos deixem de ser tão só uma forma de obter lucros.

Nossa Carta Magna ganhou efetividade deixando de ser vista como um documento meramente político, passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata pelos Juízes e Tribunais comprometidos com a eficácia dos direitos fundamentais. Assim, respeitar a dignidade humana, igualdade, não-discriminação frente às relações contratuais de planos de saúde é tratar da inserção da própria pessoa no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado : a superação da dicotomia. In: Martins -Costa , Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: RT, 2002. p.99.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.



SAMPAIO. Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual.** 2. ed. São Paulo: Manole, 2004.p.14.



UNITED FOR GLOBAL CHANGE, A IGUALDADE POLÍTICA E A SOBERANIA POPULAR: UMA REFLEXÃO SOBRE O ELEVADO CUSTO DA LIBERDADE INDIVIDUAL

Valter Fernandes da Cunha Filho
UniBrasil
fernandescunha@uol.com.br

Alexandre Godoy Dotta
UniBrasil
godoyalexandre@uol.com.br

RESUMO

Esta exposição pretende discutir a relação dos recentes protestos ocorridos mundo a fora com o modelo político ocidental. Assume-se a hipótese de que o ideal de liberdade realizado pelo homem moderno, longe de despertar-lhe o gosto pela vida política (condição necessária à manutenção da sua liberdade), conduz-lhe à apatia, ao silêncio e ao desgosto pela ação política. Para confirmar esta hipótese os autores recorrerão à análise de autores clássicos da filosofia política, bem como a estudos mais recentes de teoria política. Propõe-se como resultado desta exposição, que a morte do social (dado o abandono da ação política pelo indivíduo) corrompeu a democracia, uma vez que o processo de decisão política representa sem ter o que representar. Como consequência tem-se o político orientado exclusivamente por metas definidas por grupos pouco comprometidos com alguma idéia de bem-comum.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Liberdade, Igualdade, Soberania, Política, Virtude.

Nos últimos dias o mundo tem assistido a uma mobilização que, ainda que não possa ser descrita como generalizada, tem-se feito presente em 85 países, e não pára de crescer. Tal movimento, intitulado *Unidos por uma Mudança Global*, tem sido uma resposta popular à crise econômico-financeira mundial. Os protestos direcionam seus ataques a um amplo leque de atividades e instituições, segundo os porta-vozes do movimento, os ataques se dirigem aos “quatro poderes”: o econômico, o político, o militar e o midiático. Uma reivindicação bastante genérica, porém sintomática, une os integrantes ao redor do mundo: “a devolução do poder ao povo”.¹ A despeito de alguns observadores se referirem a esta agitação como uma

¹ O GLOBO. **Manifestantes se reúnem para manifestar por mudanças em 952 de 85 países**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2011/10/14/manifestantes-se-mobilizam->



espécie de exercício da democracia, é preciso analisar estes fatos como produtos de escolhas feitas pelas sociedades ocidentais ao longo últimos séculos. Uma visita à história do pensamento político pode ser esclarecedora.

Com o advento da Idade Moderna, a necessidade de reconstrução de um novo modelo de autoridade que unificasse a pluralidade de unidades de poder (feudos) que caracterizou a Idade Média, colocou um problema essencial para os intelectuais: quem deveria ser o titular do poder do Estado? Em outros termos, de quem deveria ser a soberania? Para aqueles que recusavam o rei e sua família, ou uma classe específica, como os únicos detentores do poder, o modelo mais conhecido era o antigo, especialmente o grego. A opção desses autores, portanto, foi pela democracia, regime político que atribui ao povo a titularidade do poder através do cumprimento de duas metas políticas: a realização da soberania popular e da igualdade política. Contudo, eles se dividiam entre aqueles que pretendiam ressuscitar (tanto quanto possível) as instituições gregas que davam realidade as duas metas, e aqueles que propunham a realização das mesmas por novas instituições (ditas modernas), por acharem as antigas inadequadas. Entre os gregos a *Ekklésia* (assembléia do povo) que se reunia na praça de Atenas para propor, discutir e deliberar sobre as leis e os assuntos públicos; bem como escolher, fiscalizar e julgar os magistrados, era a principal instituição que dava realidade ao princípio da soberania popular, por ela os cidadãos eram os portadores da soberania. O princípio da igualdade política, por seu turno, era realizado por três outras instituições: a isègoria (ou igual uso da palavra política), o sorteio de candidatos aos cargos e a rotatividade nos cargos.²

Como foi dito, alguns autores discordavam da viabilidade das instituições gregas no mundo moderno. Dentre eles, Benjamin Constant enumerou três fatores que tornavam impossível a reedição das instituições dos antigos. 1) O territorial: as nações modernas são infinitamente maiores, em extensão territorial, do que as

[para-protestar-por-mudancas-em-952-cidades-de-85-paises-925585875.asp](#) > Acesso em: 14 out. 2011.

² WOLFF, Francis. A Invenção da Política. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **A Crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 23-54. Entre os autores que defendiam a reedição (ao menos em parte) das instituições gregas o mais conhecido é Jean-Jacques Rousseau. Porém, de certa forma, aqueles autores modernos que hoje são vinculados ao republicanismo também faziam parte dos que, como Rousseau, defendiam a liberdade dos antigos.

idades-estados antigas, o que diminui drasticamente a quantidade de poder que, distributivamente, cabe a cada cidadão. 2) O demográfico: derivado do argumento anterior, o número de cidadão é muito maior do que os vinte ou trinta mil de Atenas. 3) O econômico: a substituição da guerra pelo comércio, como “meio de se possuir o que se deseja”, levou não só a liberação dos escravos e a necessidade de ocupação dos cidadãos com seu próprio sustento, mas também desenvolveu nos homens modernos o gosto pela independência, uma vez que a economia de troca “atende a suas necessidades, satisfaz seus desejos, sem a intervenção da autoridade”.³ Portanto, estes três fatores levaram Constant a sentenciar que a única democracia possível para os modernos é representativa, onde soberania popular é realizada por meio dos representantes (e não diretamente pelo cidadão, como entre os antigos) e a igualdade política é garantida pela fórmula “1 homem = 1 voto” (e não mais pelo igual uso da palavra política e pelo exercício da administração pública, como entre os cidadãos antigos).

Decorre disso que o tipo de cidadão que se constrói nos séculos XIX e XX é aquele que ama mais a independência individual do que a liberdade pública. Mergulhado nas atividades privadas, permitiu que a política e a representação se tornassem externas à sua vida. Pois o cidadão moderno “só não quer ser incomodado”⁴ em seu mundo particular, em sua busca pela felicidade individual e pelo bem-estar privado. Ele só não quer que a “política” (Estado) o atrapalhe. Cada vez mais as metas de soberania popular e igualdade política vão se tornando valores de utilidade marginal decrescente para as sociedades democráticas modernas, isto é, quanto mais se conquista menos valor se atribui.⁵ O próprio Constant notou que a liberdade moderna (entendida como independência) podia

³ CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, 1985, p. 2-3.

⁴ Referência à Maquiavel, segundo o qual, “o objetivo do povo é mais honesto do que o dos poderosos; estes querem oprimir e aquele não ser oprimido”, assim, quem se torna príncipe pelo apoio do povo deve manter-se seu amigo, “o que é muito fácil, uma vez que este deseja apenas não ser oprimido”. Note-se que Maquiavel propõe ao cidadão direitos negativos (exigindo a abstenção por parte dos poderosos). Ver: MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 68.

⁵ Segundo Dahl, o cidadão moderno está disposto a ponderar quanto de lazer, tempo livre, renda, bem-estar e sucesso profissional vai lhe custar caso decida ser um cidadão politicamente ativo. DAHL, Robert Allan. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 53.

levar ao desinteresse pela política.⁶ Contudo, foi Montesquieu quem asseverou com toda a clareza que os governos democráticos dependiam de um tipo de cidadão que possuísse virtude política. Esta virtude, segundo ele, consistia no amor à pátria acima dos interesses pessoais.⁷ Por isso, sentenciou as democracias ao fracasso, uma vez que este tipo de cidadão estava cada vez mais raro após o advento do capitalismo. A substituição do amor ao bem-comum pelo *self-interest* resultou no abandono da cena política (a “praça”) pelo cidadão. Hoje, não passa de uma “maioria silenciosa”⁸ que, pelo ruído, procura recobrar o bem perdido.

O amor à liberdade individual deixou como consequência a ocupação dos mecanismos decisórios do Estado por parte de grupos econômicos, com interesses particularistas. Os atuais movimentos contestatórios são a expressão ruidosa do desejo de se reparar um erro: tomar os interesses pessoais como mais importantes do que o interesse comum.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLAR, Jean. À **Sombra das Maiorias Silenciosas**: o fim do social e o surgimento das massas. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 01-07, 1985.

DAHL, Robert Allan. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O GLOBO. **Manifestantes se reúnem para manifestar por mudanças em 952 de 85 países**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2011/10/14/manifestantes-se-mobilizam-para-protestar-por-mudancas-em-952-cidades-de-85-paises-925585875.asp>> Acesso em: 14 out. 2011.

WOLFF, Francis. A Invenção da Política. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **A Crise do Estado-Nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

⁶ CONSTANT, Benjamin. Op. cit., p. 06.

⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.31-81.

⁸ Uso a expressão de BAUDRILLAR, Jean. **À Sombra das Maiorias Silenciosas**: o fim do social e o surgimento das massas. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.



ANTECEDENTES TEÓRICOS E HISTÓRICOS DO (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Adriana Inomata

UniBrasil

adrianainomata@yahoo.com.br

RESUMO

O neoconstitucionalismo pode ser definido como um novo paradigma de Direito e de Estado que se formou no século XX, mais precisamente a partir da Segunda Guerra Mundial, inicialmente na Europa continental e após na América latina. A compreensão mais detalhada deste fenômeno pressupõe a análise de seus antecedentes históricos, filosóficos e políticos. Será, então, analisado o paradigma de Estado de Direito que se formou no contexto das revoluções burguesas do séc. XVIII, num primeiro momento de natureza material, pois visava a garantia de determinado conjunto de direitos individuais, em especial a liberdade e a propriedade. Num segundo momento, especificamente no século XIX, o Estado de Direito acentua sua natureza formal, abandonando os pressupostos jusnaturalistas do Estado de Direito liberal, assumindo feição de um Estado legalista, cuja consequência foi a implantação de regimes totalitários sob as vestes formais da legalidade. O ambiente teórico e filosófico que antecede o neoconstitucionalismo é identificado ao positivismo jurídico. Neste ponto, será adotado como marco teórico a teoria positivista do direito de Hans Kelsen, a qual compreende o Direito enquanto ordem social, que regula condutas através de normas dotadas de sanção. A partir desses pressupostos serão traçados o ambiente histórico, teórico e político que precedeu o denominado neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Estado de Direito; Positivismo Jurídico.

INTRODUÇÃO

Identifica-se, atualmente, um novo momento do constitucionalismo que se contrapõe ao Estado de Direito Legal e ao positivismo jurídico formalista. A esse fenômeno, dá-se o nome de neoconstitucionalismo, a fim de se expressar o novo contexto do Direito Constitucional, que emerge no pós-segunda guerra e que reverberou seus efeitos no Brasil a partir do advento da Constituição brasileira de 1988. A melhor compreensão de tal fenômeno exige o conhecimento do contexto antecedente, o qual envolve o constitucionalismo liberal, o paradigma de Estado de direito legal e o pensamento jurídico positivista.

CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O termo constitucionalismo refere-se ao conjunto de movimentos¹ sociais, correntes de pensamentos filosófico, político e ideológico que se iniciou nos séculos XVIII e XIX no sentido de limitar o poder político e garantir determinados direitos fundamentais.

PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO

O constitucionalismo moderno formou-se concomitantemente ao paradigma de Estado de Direito Liberal, com o rompimento com o Estado absoluto.² Inicialmente, o Estado de Direito liberal surge nos fins do século XVIII e se consolida no século XIX conformando um Estado de direito material, “já que a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”.³ O Estado de direito passa a ser visto como Estado legal, desvinculada de conteúdos substantivos, sendo completamente indiferente aos conteúdos materiais e fins de ação do Estado.⁴

POSITIVISMO JURÍDICO

O ambiente teórico e filosófico deu bases à consolidação do tipo de Estado de Direito Legal é o positivismo jurídico.⁵ Segundo a corrente juspositivista, o direito, visto como uma ciência, é reduzido ao que está validamente disposto na lei, produzida pelo Estado, cabendo ao jurista simplesmente aplicar a lei ao caso concreto através subsunção do fato à norma jurídica. Para KELSEN, “o Direito, que

¹ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 151; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 22.

³ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 103.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 22.

⁵ Ibid., p. 33.



constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”.⁶

CONCLUSÃO

Conclui-se que o ambiente que antecedeu o neoconstitucionalismo era caracterizado pelo constitucionalismo, enquanto contexto do direito constitucional; pelo paradigma de Estado de direito legal; e pelo positivismo jurídico enquanto teoria do direito, que defendia o Direito enquanto ordem social, formada por normas produzidas pelo Estado dotadas de sanção, coerção, e desvinculadas de conteúdos morais. A partir desses pressupostos teóricos e históricos é possível compreender o neoconstitucionalismo como a proposta de uma nova teoria do direito e do Estado, a qual visa superar ou ao menos questionar seu ambiente antecedente.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONT EUDO=56993>. Acesso em: 31 jul.2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

⁶ KELSEN, 1999, p. 16.



A AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DA EDUCAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

Alexandre Godoy Dotta
UniBrasil
godoyalexandre@uol.com.br

Emerson Gabardo
PUCPR/UFPR
e.gab@uol.com.br

RESUMO

O trabalho aponta a origem das políticas de avaliação da qualidade da educação. Objetiva destacar a racionalidade econômica dos indicadores criados pelos Estados contemporâneos e organismos internacionais aplicados na educação para a promoção do desenvolvimento. Descreve o cenário dos países latino-americanos e mais especificamente o Brasil que aumentaram seus índices na educação porém não resultaram em desenvolvimento econômico. Conclui destacando a necessidade de assegurar que todos os estudantes aprendam de maneira satisfatória.

PALAVRAS CHAVE: Avaliação da qualidade da educação, Teoria do Capital Humano, desenvolvimento econômico.

As políticas para avaliação da qualidade da educação se fundamentam em estratégias para promover o desenvolvimento. Este tipo de racionalidade aplicada ao contexto da educação parte de pressupostos da economia. Está baseada na teoria de Theodore W. Schultz que foi popularizada por Gary S. Becker considerando a necessidade investimento para o melhoramento do capital educacional. Esta teoria é norte-americana e foi formulada durante a década de 1950. Explicava o rápido processo de desenvolvimento econômico ocorrido na Alemanha e no Japão após o período de guerra. Explicava que a recuperação econômica derivava de investimentos realizados na área de educação e saúde.¹ Assim sendo o processo da educação é interpretado como um fator elementar na formação de um capital humano necessário para garantir a capacidade competitiva das economias e, conseqüentemente, o incremento progressivo da riqueza social e da renda individual. A organização da produção econômica gerou uma concepção de educação e de avaliação produtivista. Destaca-se que nesta fase a Teoria do Capital

¹ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo. **Pedagogia da Exclusão: Crítica ao neoliberalismo em educação**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 90-95.



Humano ganhou bastante espaço entre as políticas públicas. Nesta perspectiva o investimento em educação teria como consequência natural o crescimento econômico e o fortalecimento do país. Por isso a educação passou a ser considerada um fator de desenvolvimento econômico ao lado do capital fixo (maquinaria) e variável (salário). Ela era responsabilizada “pelo resíduo de crescimento econômico que não se deixava explicar pelo capital fixo empregado”. Posteriormente esta idéia motivou investimento financeiro do FMI e do BM na educação.²

Para tanto é elencada uma série de indicadores quantitativos, em geral numéricos e de natureza estatística que se relacionam com a definição de qualidade para a educação. São diversos os estudos realizados por meio de processos avaliativos pelos Estados contemporâneos, que visam conferir a qualidade da educação fornecida para a sociedade. Países com governos democráticos como os Brasil, Argentina, Chile, Espanha, EUA, França, Inglaterra, México, Portugal e outros, possuem um modelo de avaliação implantado pelo Estado por meio de políticas públicas. Organismos internacionais com interesses multilaterais apresentam uma grande quantidade de informações a respeito do assunto. Projetos para a promoção do desenvolvimento como o elaborado pelo PNUD “Objetivos de desenvolvimento do Milênio” e pela UNESCO “Educação para Todos” estão embasados em critérios quantitativos, e ainda que mencione a questão da qualidade em sua fundamentação, os indicadores práticos estruturam-se em uma análise meramente quantitativa do serviço público de educação prestado para a população.³

Todavia as estratégias de avaliação para o desenvolvimento com bases na educação, apesar de incorporar avanços e inovações no setor, não garantem uma melhoria das condições econômicas. Exemplo disso é a América Latina em relação as outras regiões do mundo. Na década de 1960 seus resultados educacionais só eram superados pelos países da OCDE, o grupo de países latinos mantinha-se significativamente à frente das outras regiões como o Leste Asiático, a África

² PAIVA, Vanilda. Sobre o conceito de “capital humano”. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n.113, p. 185-191, jul. 2001. p. 188-189.

³ DOTTA, Alexandre Godoy. **Política pública da educação superior no Brasil: a efetividade da avaliação institucional no âmbito do SINAES**. Curitiba, 2009, 166 f. Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. p. 11.

Subsaariana, o Oriente Médio e o Norte da África. No entanto, em pesquisa elaborada pelo Laboratório Latinoamericano de Avaliação da Qualidade apontou em 2010 que o crescimento da América Latina tem ficado abaixo do esperado, mesmo com a expansão da oferta dos serviços educacionais na região. A renda per capita na América Latina foi ultrapassada pelos países do Leste Asiático, Oriente Médio e Norte da África. Permanecendo na frente apenas da África Subsaariana.⁴

Apesar de na contemporaneidade o índice de escolarização se apresentar significativamente melhor na América Latina, a região ainda é uma das mais injustas e desiguais do planeta. A metade da sua população é pobre e muitos miseráveis vivem abaixo da linha de pobreza, sendo que 50% destes são jovens e crianças.⁵

Ainda ressalta-se o caso do Brasil, que no século XX obteve um respeitável desenvolvimento econômico, mas excluindo grande parte da sua população e mantendo a pobreza estrutural. Os estados de Alagoas, Maranhão e Piauí fizeram, segundo seus governantes, significativas reformas educacionais, todavia não resultaram em desenvolvimento econômico e reafirmaram um padrão de exclusão existente, pois “os pobres brasileiros são mais pobres se são negros, índios mulheres e nordestinos, numa combinação aterradora de fatores que submergem a milhares de seres humanos em práticas segregacionistas”.⁶ Em suma pode-se afirmar:

Se as promessas da Teoria do Capital Humano fossem minimamente compatíveis com a realidade latino-americana, o aumento nos índices de escolarização deveriam ter promovido um correlativo aumento da renda dos mais pobres, diminuindo a disparidade endêmica que caracteriza a desigual distribuição da riqueza na região. Como revela o recente e insuspeitado relatório da agência norte-americana *Inter-American Dialogue* e do pró-neoliberal *Programa de Promoción de la Reforma Educativa em América Latina y el Caribe (PREAL)*, a educação parece estar aumentando (ou mantendo inalterada) a disparidade a distribuição de renda, ao invés de reduzi-la.

Os pobres latino-americanos são mais pobres e mais “educados”. “Educados” num sistema escolar pulverizado, segmentado, no qual convivem circuitos educacionais de oportunidades e qualidades diversas; oportunidades e qualidades que mudam conforme a condição social dos sujeitos e os recursos econômicos que eles têm para acessar a privilegiada esfera dos direitos da cidadania.⁷

⁴ HANUSHEK, Eric A. América Latina: Bajo aprendizaje explica el rezagado crecimiento. *Revista Libertad y desarrollo*, Santiago, n. 206, p. 14-15, maio 2010. p. 15.

⁵ GENTILI, Pablo. Três teses sobre a relação trabalho e educação em tempos neoliberais. In: LOMBARDI, José Claudinei; SAVIANI, Demerval; SANFELICE, José. (Orgs.). **Capitalismo, trabalho e educação**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 57.

⁶ *Ibid.*, p. 58.

⁷ *Ibid.*, p. 58-59



Isto pode significar que a função da educação para a melhoria no desenvolvimento econômico tem sido superestimada? Hanushek e Gentili contestam esta relação da vinculação automática entre os investimentos em educação e o crescimento econômico. Acreditam que o aumento do nível de habilidades cognitivas é um componente crucial em um cenário desenvolvimentista de longo prazo. O que falta é um pouco mais de qualidade em vez de quantidade no serviço de educação prestado. Isto é, assegurar que todos os estudantes realmente aprendam de maneira satisfatória.⁸

REFERÊNCIAS

DOTTA, Alexandre Godoy. **Política pública da educação superior no Brasil: a efetividade da avaliação institucional no âmbito do SINAES**. Curitiba, 2009, 166 f. Dissertação (Mestrado em Educação). Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo. **Pedagogia da Exclusão: Crítica ao neoliberalismo em educação**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 90-95

GENTILI, Pablo. Três teses sobre a relação trabalho e educação em tempos neoliberais. In: LOMBARDI, José Claudinei; SAVIANI, Demerval; SANFELICE, José. (Orgs.). **Capitalismo, trabalho e educação**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005. p. 45-59.

HANUSHEK, Eric A. América Latina: Bajo aprendizaje explica el rezagado crecimiento. **Revista Libertad y desarrollo**, Santiago, n. 206, p. 14-15, maio 2010.

PAIVA, Vanilda. Sobre o conceito de “capital humano”. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n.113, p. 185-191, jul. 2001. p. 188-189.

⁸ HANUSHEK, Eric A. Op. cit., p. 14; GENTILI, Pablo. Op. cit., p. 59.



CONSIDERAÇÕES LEGAIS E MÉDICAS: SOBRE O TRANSEXUALISMO

Ana Maria Pedroso Mora Osiecki

UniBrasil

ana.osiecki@terra.com.br

RESUMO

O transexualismo está diretamente ligado a direitos fundamentais, principalmente no que se refere à vida e à saúde, pois doutrinariamente considera-se que o portador deste transtorno de gênero, é levado muitas vezes a automutilação e até ao suicídio, visto não aceitar o fato de pertencer a um determinado sexo biológico e sentir-se psicologicamente de outro. Este trabalho visa demonstrar que a situação dos transexuais apesar de algumas conquistas, ainda padece de legislação específica, as quais irão proporcionar segurança jurídica a este grupo.

PALAVRAS-CHAVE: transexualismo; gênero; legislação.

Nos anos 70, as cirurgias de transgenitalização eram criminalizadas como lesão corporal grave. Aprovada a Resolução 1482/97 (Conselho Federal de Medicina), autorizando “a título experimental” a realização de cirurgias de transgenitalização tipo neocovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, como tratamento dos casos de transexualismo.

A Constituição da República de 1988 prega entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, tem como objetivos fundamentais abolir preconceitos e discriminações, prega a igualdade e elenca a saúde como um direito social. Promulgada a Lei nº 9434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento. Tal lei não contempla os transexuais. A Lei 9708/98 altera o artigo 58 da Lei 6015/73 que dispõe sobre registros públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios, surge para o transexual a possibilidade de alteração do nome por sentença judicial.

Em 2002 o Código Civil Brasileiro em seu artigo 13 determina que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”. A Resolução 1652/02 do Conselho Federal de Medicina retira a condição de



experimental para a neocovulvoplastia e mantém a título experimental a neofaloplastia em conjunto com as cirurgias acessórias. O Projeto de Lei 6665/2006 apresentado pelo ex deputado federal Luciano Zica propõe a alteração do artigo 58 da Lei 6015/73 que dispõe sobre registros públicos, para possibilitar a substituição do prenome de pessoas transexuais, ainda que não tenha se submetido a procedimento médico cirúrgico.

Assinada a Portaria 1707/08 pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, onde ficou instituído no âmbito do Sistema Único de Saúde o processo de transgenitalização. O Conselho Estadual de Educação/Paraná, através do Parecer CP/CEE 01/09 de 08 de outubro de 2010 solicita ao Ministério Público normatização para a inclusão do “nome social” nos registros escolares dos alunos. Obteve parecer favorável com vistas à erradicação do preconceito, ao combate à evasão escolar, para os maiores de 18 anos e nos registros internos das escolas.

A Organização Mundial de Saúde em 2010 atualizou do Código Internacional de Doenças. O transexualismo está cadastrado na Classificação Internacional de Doenças da Associação de Psiquiatria dos Estados Unidos da América, no capítulo V que se refere a transtornos mentais e comportamentais. Ao transexualismo é atribuído o código F64 – CID10 como Transtorno de Identidade Sexual. A Resolução 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina passa a considerar só a cirurgia de neofaloplastia a título experimental. A compilação legal até aqui empreendida, demonstra a insegurança jurídica dos Transexuais. Conclui-se que há a necessidade do preenchimento de lacunas nas leis, as quais poderão proporcionar aos transexuais a tão almejada inclusão social e o resgate da sua plena cidadania e dignidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Inajara Silva de. **Problemática do Transexualismo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6055>>. Acesso em: 05 nov. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.



CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CUCHE, Denys. **A noção da cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/historia/ult1704u87.jhtm?action=print>>. Acesso em: 24 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual o Preconceito & a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARINA, Roberto. **Transexualismo** do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novalunar, 1983.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: RT, 1988.

SZNICZ, Valdir. **Assédio sexual e crimes sexuais violentos**. São Paulo: Ícone, 2001.

DESAPOSENTAÇÃO: A QUESTÃO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES SOB O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO ATUARIAL

Débora Queiroz dos Anjos
UniBrasil
debora_keiroz@hotmail.com

RESUMO

A aposentadoria é apenas uma das prestações previdenciárias, a principal delas, então basicamente a desaposentação é uma renúncia a aposentação sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, restituindo se for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: aposentadoria; equilíbrio atuarial; desaposentação.

Por ser muito específico o tema de desaposentação como garantia fundamental e contar, portanto, com poucas obras que abordem o assunto, o presente trabalho apresentará e problematizará, entre outros, os conceitos de desaposentação, a problemática da devolução ou não dos valores já pagos, expressos em artigos e pela doutrina. De outro lado a desaposentação como a própria nomenclatura sugere, consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria por vontade do beneficiário como define o professor André Studart LEITÃO.¹

No que tange a aposentadoria, será utilizado a lição do Professor Carlos Alberto Pereira de CASTRO “a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social juntamente com a pensão por morte. Ambas subsistem, em caráter permanente, os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem”.²

Poucos são os que entendem que a desaposentação no ordenamento jurídico brasileiro. Além do INSS, temos Lorena de Mello Rezende COLNADO³, Fábio Rodrigo VICTORIANO,⁴ os quais elencam como principais argumentos para

¹ LEITÃO, André Studart. **A aposentadoria Especial**. 4. ed. São Paulo: 2007. p. 233.

² CASTRO, Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

³ COLNADO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v. 29, n. 301, p.784-802, dez. 2005.

⁴ VICTORIANO, Fabio Rodrigo. Os desacertos da desaposentação. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v. 31, n. 325, p. 1045-1048, dez. 2007.

negar a possibilidade de desaposentação: ausência de previsão legal; violação ao ato jurídico perfeito; o art. 181-B do decreto n. 3.048/99 estabelece que as aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial são irreversíveis e irrenunciáveis; o art. 18, parágrafo segundo da Lei n. 8.213/91 dispõe que o aposentado não faz jus a prestação alguma da previdência social.

Todavia, todos estes argumentos são refutados pelos defensores da possibilidade jurídica da desaposentação, os quais afirmam que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim, não havendo lei proibindo a desaposentação, esta estaria permitida. Assim como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei subsiste a permissão para a desaposentação, de modo que não é possível recusar o pedido de renúncia á aposentadoria formulada por seu titular. Não é necessária uma demonstração matemática para expor que a desaposentação, nestas hipóteses, claramente propiciará benefícios de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio adequada, ou seja, sem embasamento atuarial.

Se a questão atuarial fosse no Brasil tomada com seriedade que é a apresentada pelos detratores da desaposentação, iríamos abandonar a tese, todavia a realidade é outra, não havendo em qualquer quadrante da previdência social brasileira, nos regimes públicos, o rigor atuarial pretendido, faz necessário um estudo mais aprofundado.

Por fim, no tocante a permissão legal, a ausência de impedimento expresso, em relação a desaposentação deve ser interpretado de forma a permiti - lá. O maior problema para a instrumentalização da desaposentação parece à necessidade ou não dos valores recebidos a títulos da aposentadoria que vai renunciar. Além de uma expectativa de fundamento legal, tudo a respaldar o direito de renúncia à aposentadoria para a desaposentação e o conseqüente direito de aproveitamento do tempo de serviço que tenha dado origem ao benefício para efeitos de nova jubilação.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.



CAZU, André Luiz. Desaposentação. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 31, n. 324, p. 985-989, nov. 2007.

COLNADO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v. 29, n. 301, p. 784-802, dez. 2005.

VICTORIANO, Fabio Rodrigo. Os desacertos da desaposentação. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v. 31, n. 325, p. 1045-1048, dez. 2007.



REGIME DE CONTRATAÇÕES DIFERENCIADAS PARA EVENTOS ESPORTIVOS

Humberto Donini

UniBrasil

hddonini@hotmail.com

Gilberto Giacoia Junior

UniBrasil

ggiacoiaj@hotmail.com

RESUMO

Este artigo tem como finalidade demonstrar a flexibilização trazida pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), o qual é representado pela Lei 12.462/2011. Contudo, apesar do argumento utilizado pelo ente estatal de celeridade no processo de contratação, o que realmente ocorre é a violação dos princípios administrativos, somado ao prejuízo do interesse público. Outrossim, o objetivo do referido artigo é, senão, o de trazer as conseqüências dessa flexibilização para o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: RDC; flexibilização; interesse público, princípios administrativos.

INTRODUÇÃO

Face à realização de eventos esportivos futuros no Brasil, sejam eles, Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o Estado, ante a falta de planejamento, sancionou e promulgou a Lei do Regime Diferenciado para Licitações e Contratações. Entretanto, constatou-se um número alarmante de violações frente a outras normas inseridas em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual se tornou indiscutível a sua análise.

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

A lei 12.462 de 2011 teve como objetivo inicial e principal, a aceleração das contratações públicas. Num primeiro momento, se não analisadas em consonância com o todo do ordenamento jurídico, as alterações nas normas não vão refletir todas as conseqüências de sua criação. O que de fato ocorreu, ao ser sancionado o RDC, foi a falta de planejamento da administração pública que, ao momento do anúncio da

realização da Copa do Mundo no Brasil, em 2007, deveria traçar metas para cumprimento de todas as obras de infra-estrutura, incluindo aeroportos, ferrovias, portos, rodovias, estádios, e assim por diante.

Ainda que de forma breve, passa-se a analisar algumas impropriedades que a Lei de Regime Diferenciado de Contratações possui. Em seu artigo 1º, § 2º, consta a hipótese de afastamento das normas contidas na lei 8666/1993, pelo que, se analisada em harmonia com o ordenamento jurídico, viola norma constitucional. Ou seja, o RDC, por ser uma lei específica de licitações não poderia afastar as normas gerais de licitações e contratações, haja vista que o artigo 24 da CR/88, disciplina que os Estados e Municípios, caso tenham legislações específicas, observem as normas gerais, impostas pela União. Mas não é só isso, já que o artigo 22, inciso XXVIII da Carta Magna afirma que é competência da União baixar normas gerais sobre licitações e contratos, razão pela qual não haveria possibilidade de afastar as normas contidas na lei de licitações e contratos.¹

No que tange ao artigo 6º, por sua vez, constata-se clara violação ao princípio administrativo e constitucional da publicidade e transparência, bem como dispositivos da própria Lei 8.666/93, a exemplo do art. 40, § 2º. Pois o orçamento estimado para a contratação deveria vir anexo ao edital, conforme a Lei 8666/1993 estabelece, justamente para assegurar igualdade entre os licitantes no oferecimento dos preços que envolvem a licitação. Contudo, caso esse valor já seja sabido por algum licitante, poderá este sair como vencedor do certame.² Destarte, apesar do resumido relato acerca de algumas inconveniências trazidas pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações, testifica-se que a falta de planejamento por parte da máquina estatal culminou na elaboração de uma lei em total desconformidade com o ordenamento jurídico e descaso com o interesse público.

¹“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: § 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

²“Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, é possível concluir que o Estado, nessa qualidade, para atender de forma satisfatória a finalidade pública, goza de algumas prerrogativas frente aos particulares. No entanto, o Ente Estatal se utiliza desse poder e acaba, devido à falta de planejamento, violando os direitos dos cidadãos. Na Alemanha, por exemplo, diferentemente do Brasil, quando houve a realização da Copa do Mundo de 2006, por experiência própria, ficou demonstrado organização, com toda a infraestrutura adequada, ferrovias ligando às cidades aos estádios de futebol, aeroportos com capacidade plena de receber todos os turistas, dentre outras. Assim, o que se percebe entre as duas nações é, sem sombra de dúvida alguma, a questão do planejamento.

Desta maneira, devido ao tempo reduzido que o Brasil possui para a realização das obras, os gastos se tornam elevadíssimos e a qualidade dos projetos contestada. A flexibilização das normas, deveras, não resolverá a incapacidade do Brasil no tocante às obras, uma vez que a falta de planejamento é requisito essencial para a realização desses eventos.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. Contratações diferenciadas para eventos esportivos: Flexibilização para quê e para quem? **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, a. 10, n.117, set. 2011

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e das contratações da administração pública**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REIS, Paulo Sérgio Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações públicas**. Disponível em:
<http://www.jmleventos.com.br/pp/upload_arquivos/doutrina_parecer_72_artigo___o_bras_copa.pdf>. Acesso em: 12 out. 2011.



NATUREZA JURÍDICA DO EMPREGO PÚBLICO E O REGIME JURÍDICO VIGENTE NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTES AGENTES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ana Claudia Finger
UniBrasil/UP
anacfinger@gmail.com

Mayara Aparecida Massoni Ferreira
UniBrasil
may.massoni@hotmail.com

RESUMO

Para que as atividades administrativas possam ser desenvolvidas é imprescindível a atuação de agentes públicos, dentre eles estão incluídos os empregados públicos, estes possuem vínculo de natureza contratual como a Administração Pública, regido pela incidência da Consolidação das Leis do Trabalho. O presente trabalho científico tem por finalidade descrever de maneira sucinta a incidência de tais normas jurídicas no âmbito do direito público, a partir de pesquisas em fontes bibliográficas com a aplicação do método dedutivo de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública; empregado público; regime jurídico.

A Administração Pública Direta é representada por meio dos entes federados do Estado brasileiro, entes políticos que se materializam em pessoas jurídicas de direito público, quais sejam a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, enquanto que a Administração Pública Indireta é representada por entes dotados de personalidade jurídica própria como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, sendo que a estas pessoas jurídicas será atribuído os regimes jurídicos público ou privado.

De acordo com a natureza da atividade estatal desempenhada atuarão perante as entidades da administração os agentes públicos, sendo que tal denominação abarca as espécies de servidores definidas como agentes políticos, servidores estatais (abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado) e particulares em atuação colaboradora com o

Poder Público. Assim todo indivíduo que realiza uma função estatal é de fato uma agente público.¹

Com o enfoque na figura jurídica do empregado público vale ressaltar a diferenciação realizada por JUSTEN FILHO ao descrever os servidores públicos estatutários e empregados públicos, definindo-os da seguinte maneira, “são pessoas físicas que desempenham a função de órgão estatal submetida ao regime de Direito do Trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público”,² enquanto aqueles possuem uma relação jurídica com o Estado mediante a aplicação de normas advindas do regime jurídico de direito público, não havendo consensualidade na determinação de direitos e deveres inerentes ao cargo em que ocupam,³ sendo que as funções correspondentes a empregos públicos somente poderão ser criados por lei, consoante o artigo 48, inciso X, da Constituição Federal de 1988, e a investidura neste cargo ocorre somente por meio de concurso público, não bastando à presença dos elementos da relação empregatícia continuidade, subordinação e remuneração.⁴

No que diz respeito ao regime jurídico aplicável ao agente público contratado pela Administração Pública Direta ocorreram consideráveis modificações ao longo destes anos. Após a concessão de medida liminar, por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, com efeito *ex nunc*, na ADIN nº 2135, em 02 de agosto de 2007, assim vige atualmente a aplicação apenas do regime jurídico único, o que impede o administrador de optar entre o regime jurídico trabalhista, assim deve ser adotado o regime estatutário na contratação de pessoal em se tratando de administração pública direta, autárquica e fundacional.⁵

Assim existem contratações de empregados públicos com a Administração Direta, como autarquias e fundações, sob regime jurídico privado anteriores ao julgamento da ADIN 2135, não sendo mais possível tal situação, após o deferimento da medida cautelar com efeitos *ex nunc*.

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 243 - 250.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 659.

³ *Ibidem*, p. 578.

⁴ *Ibidem*, p. 662-663.

⁵ CAVALVANTE, Joubert de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **O empregado público**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 71.



Por fim a natureza jurídica da relação existente entre o poder público e seus empregados é contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, o regime trabalhista federal, sendo que afirmam alguns doutrinadores que deste modo a administração pública é equiparada ao empregador particular, o que afastaria quaisquer prerrogativas especiais advindas do regime jurídico administrativo,⁶ no entanto alguns preceitos advindos do regime jurídico público estão presentes, como por exemplo, a exigência de aprovação em concurso público e a vedação de acumulação de cargos e empregos.

REFERÊNCIAS

CAVALVANTE, Joubert de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **O empregado público**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶ Ibidem, p. 73.



A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Patrick Valle Areas
UniBrasil
patrick.valle@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise do Recurso Hierárquico. Para atingir este propósito aborda-se a liberalidade do superior hierárquico em poder anular ato administrativo. Discorre-se sobre a estrutura hierárquica da atividade administrativa federal e tece considerações sobre o problema desse instituto ao contribuinte, principalmente em face dos Direitos Fundamentais do Contribuinte outorgados pela Constituição Federal de 88. Ainda considerações sobre o conceito e consequências ao ordenamento jurídico, segundo uma interpretação constitucional do direito pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais do Contribuinte; Revisão de atos administrativos; princípios constitucionais.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se pauta no instituto do Recurso Hierárquico no ordenamento jurídico. Neste contexto, o objetivo fundamental da exposição é o de trazer fundamentos jurídicos suficientes para comprovar a inconstitucionalidade do referido instituto, sendo que desses argumentos, destacam-se: os direitos fundamentais do Contribuinte, os efeitos dos atos administrativos, o princípio do devido processo legal e o da segurança jurídica.

Os Direitos do Contribuinte são os direitos outorgados para que o Contribuinte possa se defender/agir toda vez que um direito for ou estiver para ser violado ou necessitar de proteção. Aos Direitos Fundamentais foi destinado título único na Constituição Federal de 88, dentre todos os direitos tutelados, tem-se nesses direitos uma especial atenção, pois a eles foi atribuído status de cláusula pétreia. No processo administrativo, destaca-se que a atividade administrativa se desenvolve nos limites da lei. Logo, as autoridades administrativas desenvolvem atividades pautadas nos ditames da Constituição.

O Recurso Hierárquico atribui a possibilidade do Ministro da Fazenda revisar/anular ato praticado por inferior hierárquico ou até mesmo o próprio ato. Em contra partida, o presente artigo visa expor a inconstitucionalidade de tal instituto por



meio da violação aos direitos do Contribuinte, em especial do princípio do devido processo legal e do da segurança jurídica.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO À LUZ DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais vêm a acompanhar a continua evolução histórica, dentre as diversas gerações desses direitos, merece destaque as três primeiras gerações pautados nos ideais da Revolução Francesa, quais sejam *Liberté, Egalité, Fraternité*. Nos direitos de 1ª geração buscava-se positivizar a liberdade de direitos cíveis e políticos no sistema normativo constitucional. Logo, insurgia-se a possibilidade de se opor aos arbítrios estatais. Nos direitos de 2ª geração atribuíam-se ao Estado a função de dar garantias sociais, culturais, economias e direitos à coletividade. Nos direitos de 3ª geração visava-se a proteção dos direitos do indivíduo em *lato senso*, ou seja, proteção da raça humana.

O princípio do devido processo legal atribui ao processo administrativo e, em especial, ao Recurso Hierárquico a vinculação aos direitos fundamentais da magna carta. Acerca do princípio da segurança jurídica há se destacar as seguintes idéias: 1) a legalidade como forma de legitimar a atuação estatal 2) o binômio da necessidade-razoabilidade do atuar Estatal 3) relação jurídica estável, com base no princípio da anterioridade e *tempus regit actum*, 4) previsibilidade da atuação e igualdade de todos à lei. Assim, tal princípio dá ao Contribuinte direito de estar ciente, previamente, das normas legais que lhe estão sendo impostas.

CONCLUSÃO

Para defesa da inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico, faz se necessário recorrer as idéias já expostas na doutrina, quais são: 1) a incompetência do Ministro da Fazenda para anular/revogar ato administrativo, posto que não é julgador natural, conforme art. 25, I e II do Decreto nº 70.235/72 e art. 3º do Decreto Lei nº 83.304/79 e que tal recurso vai de encontro ao devido processo legal, vez que, o art. 5, LIV CF atribuiu ao processo administrativo status de direitos e garantias



fundamentais.¹ 2) não há que se falar em devido processo legal se o processo administrativo estiver atrelado a uma das partes do processo.² 3) a anulação de ato administrativo faz com que as decisões administrativas proferidas não produzam segurança jurídica, pois haverá a possibilidade de revisão.³

Conclui-se, portanto que, para que tenhamos uma decisão justa é necessário que estejam presentes todas as garantias que o Legislador Constituinte outorgou na Carta Magna. Tais garantias são totalmente distintas das presentes no instituto do Recurso Hierárquico, razão pela qual este é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

FISCHER, Octavio Campos. Recurso Hierárquico e Devido Processo Constitucional: O Processo Administrativo Tributário não pertence à Administração Fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 141, p. 127-142, jun. 2007.

GRIESBACH, Fabrício. Processo Administrativo Tributário como Garantia Fundamental: Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 45-61.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹ GRIESBACH, Fabrício. Processo Administrativo Tributário como Garantia Fundamental: Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico. In: FISCHER, Octavio Campos. (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

² FISCHER, Octavio Campos. Recurso Hierárquico e Devido Processo Constitucional: O Processo Administrativo Tributário não pertence à Administração Fiscal, **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 141, p. 127-142, jun. 2007. p. 133.

³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 465.



PAI, UMA QUESTÃO DE DIREITO

Vivianne Zeni Beltrão

UniBrasil

vzbel@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar quais as possíveis colisões entre princípios fundamentais nos casos de desconhecimento da paternidade biológica em razão da omissão voluntária da mãe. Será dada ênfase na violação dos direitos da criança e do pai em detrimento da autonomia e liberdade da mãe. Para o estudo do tema, será utilizado o método dedutivo na análise de alguns princípios constitucionais, bem como do princípio do melhor interesse da criança previsto em lei.

PALAVRAS-CHAVE: pai; sub-registro; criança; afetividade; paternidade.

Até pouco tempo o conceito de pai era bastante simples. Pai era aquele que contribuía com o material genético para a fecundação do filho proveniente de uma relação sexual com a mãe fundada no culto do casamento¹, ou seja, voltado exclusivamente ao vínculo sanguíneo. Ocorre que este conceito vem sendo reconstruído no mundo jurídico. Há novas formas de relações fundadas no princípio da afetividade sendo analisadas pelos juristas brasileiros e dentre elas insere-se a diversidade de relações paterno-filial.

Atualmente situações que visam o direito ao reconhecimento da identidade genética vêm ganhando considerável espaço nas discussões doutrinárias no direito de família, bem como nos tribunais em que estas novas situações buscam guarida legal. Trata-se do fenômeno da constitucionalização de diversas relações afetivas existentes na sociedade atual tornando a Constituição Federal de 1988, capaz de tutelar diversos direitos fundamentais encontrados nos distintos tipos de entidade familiar e relação paterno-filial.

Contudo, dentre tantas e importantes inovações surgidas nas relações paterno-filiais discutidas atualmente, o que se pretende abordar trata de tema, por assim dizer 'antigo'. O reconhecimento da paternidade biológica daqueles que têm o pai como desconhecido em suas certidões de nascimento, os sub-registros.

¹ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> > Acesso em: 03 out. 2011.

Tema relevante que vem sendo analisado pelo CNJ e protegido com Programas como o Pai Presente objetivando reverter o número dos sub-registros existentes no Brasil, que segundo dados do Censo Escolar 2009, há cerca de 5 milhões de alunos matriculados nas redes de ensino público e privado que não declararam a paternidade².

Inserido neste alarmante número estão os casos em que a mãe, além de não declarar a paternidade no ato do registro de nascimento do filho, omite tanto ao pai como ao filho esta fundamental informação. Perfazendo uma análise superficial dos direitos da criança que se encontram violados nesta condição constata-se notadamente, dentre outros, o melhor interesse da criança, o direito de personalidade, o direito a identidade genética e, como tem-se encontrado na doutrina brasileira, o direito ao pai³. É necessário ressaltar que estão excluídas da presente análise as demais questões que envolvem o estado de filiação e as de direito patrimonial.

Dos direitos da criança, cumpre iniciar com o princípio do melhor interesse, fundado na dignidade da pessoa humana, no qual se revela o direito de se desenvolver em família. O direito de personalidade compreende o direito de saber sua identidade genética, de ter o nome do pai, de conhecer as questões impeditivas para o casamento em razão das relações consanguíneas, dentre outros direitos suprimidos, como a afetividade e o apoio paternal ao longo de sua vida. Vale destacar que os vínculos de sangue não são garantia de que haverá efetivamente o afeto.

De outro lado, vê-se violado o direito do pai de saber que existe nesta condição desde o nascimento do filho. Além de ver suprimida a possibilidade de poder exercer a paternidade ao acompanhar o crescimento de seu filho, há casos em que a mãe o faz somente anos depois, apenas com o intuito de exigir alimentos.

E, em contraposição a estes direitos, está o direito a liberdade de escolha da mulher e sua autonomia de revelar a paternidade para ambos e perante a

² VASCONCELOS, Lorena; FONTOURA, Marcos. **Projeto Pai Presente avança na Bahia**. Disponível em: <[http://www5.tj.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article &id=90129:-P-r-o-j-e-t-o-%20P-a-i-%20P-r-e-s-e-n-t-e-%20a-v-a-n-%C3%A7-a-%20n-a-%20B-a-h-i-a-&catid=55: noticia&Itemid=202](http://www5.tj.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=90129:-P-r-o-j-e-t-o-%20P-a-i-%20P-r-e-s-e-n-t-e-%20a-v-a-n-%C3%A7-a-%20n-a-%20B-a-h-i-a-&catid=55: noticia&Itemid=202)>. Acesso em: 02 out. 2011.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai...** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=13>>. Acesso em: 03 out. 2011.



sociedade, por razões muitas vezes, de foro íntimo. Com o exposto, questiona-se até que ponto vai a autonomia da mãe em omitir de ambos tais vínculos, tendo em contrapartida, o seu dever de zelar pelo melhor interesse da criança. Mãe, quem é meu pai? Pergunta esta que não deveria ser necessário fazer, exceto em casos excepcionais, mas que merece resposta quando proferida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em: 03 out. 2011.

VASCONCELOS, Lorena; FONTOURA, Marcos. **Projeto Pai Presente avança na Bahia**. Disponível em: <[http://www5.tj.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article &id=90129:-P-r-o-j-e-t-o-%20P-a-i-%20P-r-e-s-e-n-t-e-%20a-v-a-n-%C3%A7-a-%20n-a-%20B-a-h-i-a-&catid=55: noticia&Itemid=202](http://www5.tj.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=90129:-P-r-o-j-e-t-o-%20P-a-i-%20P-r-e-s-e-n-t-e-%20a-v-a-n-%C3%A7-a-%20n-a-%20B-a-h-i-a-&catid=55: noticia&Itemid=202)>. Acesso em: 02 out. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai...** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=13>> Acesso em: 03 out. 2011.

DA BIOÉTICA À “ANTROPOÉTICA”? CONTRIBUIÇÕES DA DEMOCRACIA PARA UMA BIOÉTICA PLURAL

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹
Laura Garbini Both²

RESUMO

Refletindo sobre o “futuro da Bioética”, Sève rejeita que esta possa se relacionar ao indivíduo insular, devendo se aproximar de uma ética da pessoa compreendida como societária do gênero humano. Dessa crítica, propõe a passagem da Bioética para uma “Antropoética”, uma vez que o cenário da multiculturalidade democrática não se pode fundar em uma ética única. Esta passagem não dispensa aspectos comuns que toda convivência humana supõe, mas certamente refuta universalismos estritos, de acordo com Demo. O fato é que, na contemporaneidade, ao mesmo tempo em que o homem está prestes a se tornar “criador de si mesmo”, conforme Sève, ele ensaia uma debilidade diante do poder das biotecnologias, trazendo para o centro da discussão a necessidade de procedimentos do “pensar e fazer” mais flexíveis e permeáveis ao contraditório, ao diferente, à alteridade. Eleger a dignidade da pessoa como princípio orientador das práticas da biotecnologia não será suficiente, sem atentar para a diversidade de contextos culturais que podem influenciar na definição de seu conteúdo, conforme Härbele. Com efeito, Casado defende uma “bioética flexível”, em face de um pluralismo cultural. Essa concepção plural da Bioética encontra amparo na democracia, pois uma sociedade democrática há de ser inclusiva da multiplicidade de formações culturais. Trata-se de uma Bioética “não totalizante”, reconhecendo múltiplos modos de compreender a doença, a saúde, a vida e a morte. Restam os contornos da Bioética, definidos por um pluralismo cultural, capaz de informar os direitos humanos e fundamentais na regulação das biotecnologias. Valendo-se do método interdisciplinar, esta reflexão tem por objetivo enunciar uma Bioética plural, aproximando Direito e Antropologia, e desdobrando-se em três itens: (i) Da Bioética à “Antropoética”; (ii) Democracia, diversidade cultural e convivência possível; (iii) Da bioética totalizante à bioética plural.

Palavras-chave: bioética; democracia; multiculturalismo.

¹ Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora da UniBrasil, UniCuritiba e UFPR.

² Doutoranda em Educação na PUCPR. Mestre em Antropologia pela UFPR. Professora da UniBrasil.

DA VULNERABILIDADE À HIPERVULNERABILIDADE: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR DAS BIOTECNOLOGIAS

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹
Marcelo Conrado²

RESUMO

Nas sociedades biotecnológicas, a categoria de cidadania, delineada por uma subjetividade abstrata, afeta ao Estado-nação, sofre o recorte de uma categoria mais estrita, enunciada pelo consumidor. Sob a égide de “uma lei para cada indivíduo”, surge uma subjetividade concreta, à qual se reserva a tarefa de dissipar as desigualdades. Eis os consumidores da biotecnologia: o “público-alvo” de produtos e serviços disponibilizados por um *menu* de intervenções na biologia humana. Na tutela desse novo grupo de consumidores, indaga-se por sua vulnerabilidade mais acentuada. Basta voltar os olhos para os consumidores de planos de saúde e de produtos transgênicos: considerados virtualmente doentes, obrigam-se ao pagamento de uma mensalidade durante todo o curso da vida, para que se dissipem os riscos de danos à sua saúde; ao consumirem alimentos geneticamente modificados, ignoram os riscos que pesam sobre sua saúde. Indaga-se, então, por uma hipervulnerabilidade desse grupo, cujos direitos fundamentais estão em jogo. Delineia-se um contexto de exclusão social, desenhado pela hipervulnerabilidade dos consumidores das biotecnologias. Porém, a falta de acesso à grande parcela dos cidadãos aos novos “prodígios da tecnociência”, também evidencia os “excluídos do mercado global”. Com efeito, o desafio que se apresenta não é apenas possibilitar a defesa dos consumidores hipervulneráveis em face da biotecnologia, mas desfazer um cenário de exclusão social, no qual se desconsideram direitos fundamentais. Valendo-se do método dedutivo, o trabalho tem por objetivo desvendar a hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais dos consumidores da biotecnologia em um cenário de exclusão social. Para tanto, desdobra-se em três itens: (i) Os consumidores da biotecnologia; (ii) Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade dos consumidores da biotecnologia; (iii) Direitos fundamentais e exclusão social na sociedade de consumo biotecnológico.

Palavras-chave: consumidores, biotecnologias, vulnerabilidade.

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Professora da UniBrasil, UniCuritiba e UFPR.

² Mestre em Direito junto à Universidade do Norte Pioneiro. Doutorando em Direito das Relações Sociais junto à UFPR. Professor da UniBrasil e da UFPR.

ENTRE O MERCADO E O DOM: DESVENDANDO A ÉTICA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹
Laura Garbini Both²

RESUMO

O termo doação é utilizado para expressar a gratuidade que cerca a filosofia da doação de órgãos. Trata-se do resultado de um princípio geral da Bioética: a indisponibilidade do corpo humano. Segundo Gediel, o direito brasileiro “admite a autonomia corporal do sujeito, mas veda as contrapartidas econômicas”. Contudo, indaga-se se a doação não acaba por afirmar o que tenta excluir. O contrato absorveu a doação, nos termos de uma “economia da bondade”, imprimindo-lhe a lógica proprietária. Considerando-se que ninguém possa doar algo que não lhe pertence, o sentido da doação de órgãos revela-se paradoxal: o de “um sujeito proprietário de seu corpo”. Com vistas a repensar esse paradoxo, recorre-se às sociedades nas quais as relações sociais não fluem segundo parâmetros do mercado ou do contrato e que não se inscrevem em uma lógica que postula a satisfação de uma utilidade. A metafísica dessas sociedades afirma que tudo procede de uma primeira assimetria que representa a própria condição da vida e por isso importa preservá-la, subordinando as necessárias condições de utilidade e de eficácia ao primado da despesa antiutilitária. Neste cenário, o dom (ou a dádiva) deposita o laço social na lógica da solidariedade. Aproximando a perspectiva antropológica da jurídica, resulta algo desconcertante: o caráter contratual da doação exclui a lógica da solidariedade em favor da propriedade. Torna-se, então, necessário recorrer ao princípio da solidariedade, definido em sede constitucional do artigo 3º, I, da Constituição da República de 1988. Valendo-se do método interdisciplinar, o trabalho tem por objetivo desvendar a ética da doação de órgãos, aproximando Direito e Antropologia, e desdobrando-se em três itens: (i) A contratualidade da doação; (ii) A dádiva e a ética do dom; (iii) A doação de órgãos em face do princípio da solidariedade.

Palavras-chave: doação de órgãos, solidariedade, contrato

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Professora da UniBrasil, UniCuritiba e UFPR.

² Mestre em Antropologia junto à UFPR. Doutoranda em Educação junto à PUC-PR. Professora da UniBrasil.