Fabiana de Menezes Soares
Adriana Goulart de Sena Orsini
Nicolau Eládio Bassalo Crispino
Daize Fernanda Wagner
Organização

Perspectivas para o desenvolvimento:
práticas, leis e políticas

1ª edição
Série Sociedade, Direito e Justiça: volume 3
Memória do programa DINTER UFMG/UNIFAP

INITIA VIA
EDITORA
Belo Horizonte
2020

PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO:
PRÁTICAS, LEIS E POLÍTICAS

Série Sociedade, Direito & Justiça: Volume 3
Memória do Programa DINTER UFMG/UNIFAP

Fabiana de Menezes Soares, Nicolau Eládio Bassalo Crispino,
Adriana Goulart de Sena Orsini & Daize Fernanda Wagner
Organização

1ª edição digital [2020]
1ª edição impressa [2020]

Copyright © [2020] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250 – 1º andar - Bairro Lourdes
Belo Horizonte, MG, Brasil, 30140-061
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro Revisão:
Revisão: organizadores e coautores
Arte da capa, projeto gráfico, e diagramação: Brenda Souza Batista

CC BY-NC-SA 4.0. Esta obra foi licenciada sob a "Atribuição Creative Commons Não-Comercial - Compartilhamento Igual - 4.0 Internacional". É possível compartilhá-la gratuitamente para fins não comerciais, atribuindo o devido crédito e sob a mesma licença.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P553 Perspectivas para o desenvolvimento : práticas, leis e políticas [recurso eletrônico] / organizadores: Fabiana de Menezes Soares, Nicolau Eládio Bassalo Cripsino, Adriana Goulart de Sena Orsini, Daize Fernanda Wagner. - Belo Horizonte : Initia Via, 2020.

248 p.; pdf. (Sociedade, Direito e Justiça; 3)

Inclui bibliografia e índice.
ISBN 978-85-9547-053-8 (recurso eletrônico)
ISBN 978-85-9547-027-9 (série)

1. Leis - Elaboração - Brasil. 2. Redação de leis - Brasil. I. Soares, Fabiana de Menezes. II. Série.

19-57852

CDU: 340.134(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

13/09/2019 19/09/2019

SUMÁRIO

Memória **5**

Capítulo 1 – O princípio federativo e a questão dos royalties do petróleo: breves reflexões críticas **12**
Misabel de Abreu Machado Derz[i]

Capítulo 2 – Fundamentos para uma partilha igualitária dos "royalties" petrolíferos: petróleo com justiça social **48**
Iaci Pelaes dos Reis

Capítulo 3 – Sobre as origens dos temas de Legística no Programa de Pós- Graduação em Direito da UFMG: uma proposta para uma "Moção Parlamentar" **83**
Fabiana de Menezes Soares

Capítulo 4 – Magazão Velho, uma cidade entre dois continentes: relato de experiência de projeto de extensão desenvolvido no município de Mazagão, no estado do Amapá **96**
Daize Fernanda Wagner
Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Capítulo 5 – Acessibilidade cidadã: a utilização de canais institucionais típicos de engajamento democrático no Brasil **119**
Rafael da Silva Menezes
Mariah Brochado Ferreira

Capítulo 6 – Direito, inovação e sustentabilidade: gestão de desafios no sistema de inovação brasileiro **146**
Linara Oeiras Assunção

Capítulo 7 – A relação entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Ação Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, com ênfase na coisa julgada **164**
Carlos Fernando Silva Ramos

Capítulo 8 – Uma análise do instituto da coisa julgada no processo civil brasileiro: para além da relativização **190**
Simone Maria Palheta Pires
Adriana Goulart de Sena Orsini

Capítulo 9 – A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do Código Penal italiano **217**
Sheila Jorge Selim de Sales

MEMÓRIA

Emoções e Aprendizados de uma Trajetória: relato sobre a parceria entre a UFMG e a UNIFAP

Foi a bondosa insistência da professora Fabiana de Menezes Soares que possibilitou a inclusão deste pequeno relato no livro. Aliás, é também a ela que se deve a publicação da obra coletiva, marco acadêmico e afetivo da parceria entre as universidades federais de Minas e do Amapá.

Quando fomos eleitos para a coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, em 2011, tínhamos uma boa ideia do desafio que nos esperava. O Programa, muito antigo e tradicional, inserido numa grande instituição de ensino, estava consideravelmente desorganizado e amargava uma avaliação incompatível com o seu enorme potencial. Era preciso reordenar as linhas de pesquisa e o corpo docente, e tomar uma série de providências para que ele voltasse a figurar entre os cursos de referência no sistema nacional de Pós-Graduação.

Nesse contexto, nas inúmeras vezes em que buscamos aconselhamento, surgia sempre a recomendação de participar do edital do DINTER, o doutorado interinstitucional promovido pela CAPES, cujo objetivo é permitir a formação de doutores em áreas pouco atendidas. O próprio Coordenador da Área do Direito na CAPES, professor Martonio de Mont`Alverne Barreto Lima, fazia questão de destacar o nosso dever de contribuir para a diminuição das assimetrias regionais na oferta de cursos de mestrado e doutorado.

Apresentada a questão ao Colegiado, ficou decidido que iríamos participar, sendo que a escolha da instituição parceira deveria obedecer a dois critérios mínimos: pertencer ao sistema público de ensino superior e estar localizada em área de atendimento prioritário. De oito pedidos que já haviam chegado à Secretaria do Programa de Pós-Graduação, atendiam aos critérios os que foram apresentados pelas universidades federais do Amapá (UNIFAP), do Espírito Santo (UFES), do Rio Grande do Norte (UFRN) e de Sergipe (UFS). O Colegiado nomeou para relatar a matéria o professor Sérgio Mourão Correa-Lima e atribuiu a ele a tarefa de obter informações adi-

cionais sobre as quatro instituições pré-selecionadas.

Na reunião seguinte, assim que o relator terminou de indicar pontos positivos e negativos de cada instituição, o professor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves fez a defesa apaixonada da Universidade Federal do Amapá, chamando a atenção para as dificuldade específicas da Região Norte e para a necessidade de escolher a instituição que, comparada à UFMG, apresentava a maior assimetria no que se refere à oferta de Pós-Graduação em Direito. Depois de longo debate, a proposta do professor Gláucio foi aprovada, contando ainda com os votos dos professores Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Adriana Goulart de Sena Orsini e Sergio Luiz Souza Araujo.

É preciso confessar que, entre os votos concedidos a outras instituições, estava justamente o da Coordenação. Naquele momento, depois de analisar cuidadosamente a questão, estávamos preocupados com dois fatores. O primeiro era a necessidade de compatibilizar os desafios do DINTER com as inúmeras tarefas em curso, sobretudo porque, naquele momento, a Secretaria do Programa de Pós-Graduação contava com apenas dois servidores técnico-administrativos. O segundo era o receio de não haver condições mínimas para implantação do convênio, pois era extremamente pequeno o número de professores com mestrado em Direito, tanto nos quadros da UNIFAP quanto em todo o Estado do Amapá.

Mas decisões do Colegiado devem ser cumpridas. E por isso saímos a campo para contornar as dificuldades. Nossa primeira iniciativa foi a de conversar com os professores Ricardo Santiago Gomez e Andréa Gazzinelli Correa de Oliveira, pró-reitores de pós-graduação da UFMG, e Amanda Flávio de Oliveira e Fernando Gonzaga Jayme, diretores da Faculdade de Direito, a fim de obter deles o firme compromisso de nos apoiar na execução do convênio.

Em seguida, decidimos programar uma visita à Universidade Federal do Amapá.

Giordano:

Depois de uma longa viagem, com escalas em Brasília e Belém, cheguei em Macapá e experimentei, pela primeira vez, o carinhoso acolhimento amapaense. Nos três dias em que permaneci na cidade, além de provar as maravilhas da culinária local, conheci a estrutura da universidade, tive uma longa conversa com a pró-reitora

de pós-graduação, professora Liudmila Miyar Otero, de quem havia sido a iniciativa de fazer contato com a UFMG, e participei de uma agradável reunião com todo o corpo docente do curso de Direito, em que pude falar sobre o nosso programa de pós-graduação, dar explicações iniciais sobre o processo seletivo e convidar os colegas a participar do projeto.

Voltei a Belo Horizonte seguro de que, apesar das dificuldades, a ideia tinha tudo para dar certo, principalmente por conta do apoio oferecido pela administração central da UNIFAP e a empolgação com que todos encaravam a iniciativa.

A etapa seguinte consistia na preparação do processo seletivo.

Maria Fernanda:

Eu cheguei a Macapá em 9 de janeiro de 2013, a pedido do Colegiado, com a atribuição de apresentar o Programa de Pós-Graduação, explicar como seria feito o processo seletivo, e esclarecer dúvidas sobre o convênio. Logo na chegada descobri que a minha mala tinha ficado em Brasília. Os Professores Marcelo Moreira e Juliana Pedro me receberam com toda disposição e me acompanharam imediatamente até uma loja para que eu pudesse adquirir uma muda de roupa. Esse percalço, que hoje me parece tão engraçado, em nada afetou nossa disposição e alegria em poder iniciar o trabalho juntos.

Foram três dias de visitas e conversas e a emoção de ver pela primeira vez em minha vida o majestoso Rio Amazonas. A cidade de Macapá foi erigida à sua margem e a vida cotidiana da cidade acompanha as mares desse rio. Esse entendimento foi fundamental para compreender a tarefa que tínhamos pela frente. Assim como o rio, o povo amapaense é profundo, guarda uma riqueza indescritível, e o olhar atento sob as águas tranquilas revela força e poder de mudança. Tinha sido combinado que para aproveitar a viagem eu ministraria uma palestra para os alunos de graduação da UNIFAP que versava sobre a minha tese de doutorado. Esse encontro foi interessante porque notei que os alunos estavam curiosos com o convênio e não tinham uma noção clara dos objetivos de se fazerem pesquisas, de como elas repercutem na prática das profissões jurídicas. Afinal, por que seria importante para a vida deles que os seus professores sacrificassem parte de suas atividades docentes para se dedicar a um

doutorado? Como um doutorado poderia mudar a história daquela instituição? Quais benefícios ele traria?

Voltei a Macapá em 10 de março de 2013 para uma estada mais longa e acompanhada das professoras Sheila Jorge Selim de Sales e Fabiana de Menezes Soares. As três tínhamos sido designadas como membros da banca examinadora do concurso para preenchimento das vagas do DINTER. Foi uma semana intensa de trabalhos, pois todas as etapas do concurso que comumente acontece em Belo Horizonte ao longo de vários meses teriam de ser realizadas nesse período de uma semana. Além disso, concursos sempre geram apreensão e tensões. As expectativas de todos eram altas e transcendiam os muros da universidade. O concurso se tornou um evento acompanhado por muitos.

Talvez o momento mais tenso aconteceu na etapa da prova escrita não identificada. Corrigimos essas provas exaustivamente, lemos e relemos cada uma diversas vezes. Isso porque queríamos prezar pela qualidade, como acontece sempre nas provas realizadas pelo Programa. Mas também queríamos poder preencher todas as vagas disponibilizadas pela Capes, pois não é fácil implementar um programa de doutorado em um lugar onde existe a demanda e a vontade, mas poucas oportunidades e infraestrutura para tal. Esta oportunidade não poderia ser desperdiçada. Sabíamos que a escolha de um grupo de doutorandos aptos para a realização dos projetos até o final era um passo fundamental para o sucesso do convênio. Ou seja, a responsabilidade era grande!

Concluída a correção e divulgada a nota, cabia-nos realizar a identificação pública das provas, momento em que ficaríamos sabendo qual nota correspondia a qual nome. E no momento de se fazer isso algumas surpresas surgiram, pois pessoas que não tinham expectativas de serem aprovadas, o foram, e outras, que nutriam uma expectativa grande, não conseguiram. Não há como fingir que isso não gera um certo incômodo, especialmente em uma cidade em que o grupo de potenciais candidatos é reduzido, todos se conhecem, têm laços de amizade, trabalham juntos. O professor Nicolau Crispino foi impecável ao colocar toda a sua capacidade diplomática para contornar qualquer mal-estar e garantir a lisura e a seriedade de todo o processo.

No final das contas, os resultados foram comemorados com alegria e como uma primeira vitória.

Giordano:

A coordenação do DINTER na UFMG ficou inicialmente a cargo do professor Sérgio Mourão e, da metade em diante, do professor Ricardo Salgado. Na UNIFAP, durante todo o período, a missão coube ao professor Nicolau Eládio Bassalo Crispino, muito competente e dedicado, e cuja proverbial paciência fez com que um colega, o professor Brunello Stancioli, o chamasse simplesmente de São Nicolau.

Em 2013, concluí o mandato na coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito e, por isso, parei de acompanhar o desenvolvimento do convênio. Aos novos coordenadores eleitos, professores Maria Fernanda e Brunello, é que coube o trabalho duro de organizar, entre outras coisas, a realização das aulas em Macapá e a recepção dos alunos em Belo Horizonte.

Só voltei a ter contato com o DINTER na fase final, em duas ocasiões especiais.

Na primeira, juntamente com os professores Nara Carvalho e Brunello Stancioli, com o objetivo de participar da banca examinadora da doutoranda Daize Fernanda Wagner, que é professora de Direito Civil na UNIFAP. A viagem foi quase perfeita. O único ponto negativo foi que eu, marinheiro de primeira viagem, quase morri engasgado com cachaça de jambú.

Na segunda, com o objetivo de participar de um seminário de pesquisa, organizado pelos alunos do DINTER, juntamente com as queridas colegas Maria Fernanda, Adriana Sena, Mariah Brochado e Fabiana de Menezes. Ao longo dos três dias de evento, além de comer o peixe mais gostoso do mundo, tivemos o privilégio de conhecer a comunidade de Mazagão, que os portugueses, no final do século XVIII, tiveram a ousadia de transplantar da África para o interior da Floresta Amazônica, e de navegar nas águas tranquilas do Rio Amazonas. E eu, mineiro que sou, que não posso ver o mar, mesmo que seja o Mar Doce, não poderia perder a chance de nadar no Rio Amazonas. Nesse difícil tarefa, só tive a companhia da professora Adriana Sena. As outras colegas não se interessaram por esse tipo de "pesquisa-ação".

Maria Fernanda:

Já no início de 2014 estava no exercício da Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito, tendo como vice-coordenador o professor Brunello Stancioli e depois o professor Fabrício Polido. Como o professor Giordano menciona acima, a Coordenação do DINTER coube aos professores Sérgio Mourão e Ricardo Salgado e pela UNIFAP, ao professor Nicolau Crispino. Além disso, os pró-reitores de cada instituição e os servidores técnico-administrativos Patrícia Prata Salgado, Wellerson Alves de Roma e Maria Luiza Aguiar Cardoso, na UFMG, e Antonia Neura e sua equipe na UNIFAP, constituem um grupo de pessoas que se empenhou e colocou toda a força para que o convênio fosse um sucesso.

As dificuldades foram sobretudo de natureza burocrática. Era necessário confirmar cada disciplina, garantir a viagem de cada professor, manter atualizado o sistema da Capes e as prestações de contas periódicas. Surgiam problemas de agenda, era preciso refazer o cronograma e o planejamento. Todas essas dificuldades foram manejadas graças ao trabalho em equipe e ao comprometimento.

E não foram nada comparadas às alegrias que tivemos. Primeira grande alegria era ouvir o depoimento de cada professor que retornava da viagem e contava suas impressões, o tanto que tinha aprendido com o processo, o quão bem recebido tinha sido por todos, o entusiasmo com que falava dos doutorandos, dos projetos de cada um, da cidade e das potencialidades construídas em conjunto. Segunda grande alegria era ver os doutorandos apresentarem trabalhos de etapas parciais de suas pesquisas em congressos nacionais e internacionais, e depois recebê-los em Belo Horizonte para o período de estágio. E como desdobramento disso, outra alegria foi acompanhar o amadurecimento de cada ideia, das leituras de cada doutorando.

Quando voltei à cidade de Macapá para uma estadia de três semanas para oferta da minha disciplina, tive tempo suficiente para me reunir com cada aluno e ver o brilho nos olhos deles. Um falava de suas leituras, outro, de suas hipóteses, ou ainda de sua pesquisa de campo. Falavam também das dificuldades, dos medos, das avalanches na vida pessoal que surgiam concomitantemente ao processo de pesquisa e escrita. Cada uma daquelas pessoas estava evidentemente tocada pela experiência do doutorado. Cada um de nós igual-

mente tínhamos mudado, nos tornado professores muito melhores.

Giordano e Maria Fernanda:

Em junho de 2017 foi realizado o Seminário Direito, Justiça e Sociedade: perspectiva sobre a pesquisa no Brasil, na Universidade Federal do Amapá, organizado pelos alunos do DINTER, naquele momento já doutores em Direito pela UFMG. O auditório estava lotado e uma equipe de alunos de graduação se desdobrava para garantir o bom andamento da programação do evento, inclusive das comunicações e das palestras dadas pelos recém-doutores.

Esse seminário pode ser comparado a uma semente, marca o fim do DINTER, e o nascimento de uma etapa para o Estado do Amapá. Para nós, mais um momento de grande emoção, talvez o maior de todos. Pois vimos nossos alunos, agora amigos queridos, culminarem uma etapa importante de suas vidas, tendo vencido tantos obstáculos e dificuldades. E vimos gerações de novos alunos. Diferentemente daquele primeiro momento de incógnita e quase desconfiança, em que legitimamente eles se perguntavam o porquê de seus professores cursarem o doutorado, no seminário vários alunos comentaram conosco que seus professores tinham se transformado em seus exemplos e que eles desejavam estudar e quem sabe também fazer carreira acadêmica.

Esse Estado e esse povo com suas peculiaridades e sabedoria têm muito a oferecer ao País. Desejamos que essa experiência tenha sido somente o início de um processo mais amplo de consolidação da pesquisa científica no Norte, sabedores de que o Brasil ainda amarga uma profunda disparidade regional de condições para a realização dessas atividades, sendo esta a região mais desfavorecida.

Acreditamos que a educação tem papel fundamental no desenvolvimento sustentável do Estado do Amapá, por conta de algumas de suas incríveis peculiaridades, entre as quais, a proximidade com países de distintas línguas oficiais, notadamente espanhol, inglês e francês; a forte ligação com a Floresta Amazônica, com os variados povos que a habitam e recursos naturais de grande significado; e a feliz circunstância de ter a capital situada simplesmente na esquina do Rio Amazonas com a Linha do Equador.

O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A QUESTÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

BREVES REFLEXÕES CRÍTICAS[1]

Misabel de Abreu Machado Derzi[2]

Resumo: Uma questão especialmente controvertida no federalismo brasileiro é a da medida adequada da distribuição, entre os entes da federação, dos resultados da exploração do petróleo, em especial dos *royalties* recebidos a título de compensação por essa exploração. Embora impere um desacordo sobre a fórmula adequada de repartição desse patrimônio comum, o Congresso Nacional chegou a uma fórmula que amplia a participação dos estados em geral e restringe o percentual devido aos estados que fazem fronteira com a plataforma continental. O presente artigo examina argumentos aduzidos contra a constitucionalidade dessa medida, adotada pela Lei 12.734/2012, que justificaram a sua suspensão por meio de medida cautelar no Supremo Tribunal Federal. A partir de uma interpretação construtiva do princípio federativo, chega-se à conclusão de que esses argumentos não são robustos e de que a solução legislativa adotada é perfeitamente compatível com a ordem constitucional.

Palavras-chave: federalismo; reservas de petróleo; *royalties*; equidade; Lei 12.734/2012; Brasil.

---

[1] Parte deste artigo corresponde à nossa contribuição a trabalho publicado em conjunto com Thomas da Rosa de Bustamante, em: Derzi, Misabel Abreu Machado; Bustamante, Thomas, "Royalties do petróleo e o equilíbrio federativo: Reflexões sobre a lei 12.734/2012 e a ADI 4.917. In: Misabel Abreu Machado Derzi; Thomas da Rosa de Bustamante. (Org.). Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties do Petróleo: Três escritos sobre Direito Constitucional e o Estado Federal Brasileiro. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016, v. , p. 39-72.

[2] Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Advogada..

Abstract: A particularly controversial issue about Brazilian federalism is the proper distribution, among the states, of the royalties which are perceived as a compensation for commercial exploitation of oil reserves. Although there is a vast disagreement about the appropriate distribution of this common wealth, Congress has reached a formula which increases the participation of the generality of states and restricts the fraction perceived by the states whose territories is continuous to the continental shelf. This article assesses the arguments raised against the constitutionality of this distribution, which was adopted by Act number 12.734/2012 and later declared unconstitutional by a cautionary restraining order of the Federal Supreme Court. On the basis of a constructive interpretation of the federative principle, I conclude that these arguments are unsound and that the legislative provision is perfectly compatible with the constitutional order.

Keywords: Federalism; States; oil revenues; royalties; fairness; Act Number 12.734/2012; Brazil

1. Introdução

A distribuição dos royalties do petróleo constitui uma das questões mais controversas do federalismo brasileiro, e tem encontrado dificuldade para ser solucionada de maneira pacífica e consensual. Em meados de 2012, no entanto, acreditava-se que a questão estaria definitivamente resolvida com a promulgação da Lei 12.734/2012, que realiza uma revisão nos percentuais dos recursos arrecadados com o recebimento de royalties, ampliando a participação dos estados não-confrontantes com o mar territorial e a plataforma continental.

Essa distribuição, no entanto, foi suspensa antes de sua efetiva implementação, com base em decisão monocrática da Ministra Carmen Lúcia, do STF, proferida nos autos da ADI 4.917, pouco mais de quatro meses após a publicação da lei.

O argumento aduzido pelo Estado do Rio de Janeiro é relativamente simples. A tese central é a de que

> o pagamento dos royalties e participações especiais insere-se

> no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado de ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural.[3]

As "novas regras" de distribuição das compensações financeiras implicariam, nessa ótica, uma "ruptura do próprio equilíbrio federativo", uma vez que os Estados ditos "não produtores" passam a se beneficiar não apenas da arrecadação de ICMS sobre o petróleo – que lhes é atribuída por força do art. 155, § 2o, X, 'b' –, mas também de "uma inusitada compensação por prejuízos que nunca tiveram".[4]

Nessa linha de raciocínio, **duas conclusões** se poderiam inferir do art. 20, § 1º, da Constituição da República: 1) a "plataforma continental", o "mar territorial" e a "zona econômica exclusiva" **pertenceriam** aos Estados e Municípios litorâneos que com elas são confrontantes; 2) os **royalties** teriam **natureza meramente indenizatória** e seriam originalmente devidos apenas aos Estados em cujo território ou plataforma continental essas riquezas seriam exploradas. Os direitos de participação na produção ou recebimento de compensação financeira seriam, portanto, "direitos federativos territoriais".

O argumento central da impugnação à lei 12.734/2012 é o de que teria existido um "acordo histórico" entre os Estados, que funcionaria como uma espécie de "contrato social" entre eles, segundo o qual os Estados ditos "produtores" ou "confrontantes" teriam que ser "indenizados" pelo "mal" sofrido em decorrência da exploração do petróleo, e nenhuma indenização semelhante deveria ser oferecida aos demais, já que eles não sofrem os impactos negativos gerados por tal atividade. Como parte desse pacto, teríamos ainda a regra do art. 155, § 2º, II, 'b', que desonera do ICMS as operações de saída de petróleo e gás natural, de modo a fazer com que o imposto só incida nos Estados em que se dê o consumo. Essa regra seria, nessa ótica, capaz de compensar qualquer vantagem atribuída aos Estados "produtores" ou "confrontantes", e plenamente suficiente para manter o

[3] Brasil, STF, ADI 4.917, Dec. Mon. MC, Rel. Min. Carmen Lúcia, obtida a partir de www.stf.jus.br.
[4] Id. idib.

equilíbrio federativo entre os diferentes entes federados.

Em nossa opinião, é um equívoco se interpretar o art. 20, § 1º, desta maneira. Quando esse artigo se refere às compensações devidas aos Estados e Municípios pelas atividades de exploração de petróleo realizadas no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, em nenhum momento estatui que as participações nos royalties do petróleo deveriam ser recebidas apenas pelos Estados "confrontantes" ou "produtores", como se costuma arguir em defesa da manutenção das regras de distribuição desses royalties previstas na Lei 9.478/1997.

Com efeito, antes mesmo da Constituição de 1988 já estava estabelecido tanto que essas fatias de território (mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva) não integram o território de nenhum Estado-membro, como que não é um privilégio dos Estados-membros "confrontantes" com essas zonas o direito a participar nos resultados da exploração de petróleo e gás natural nessas zonas.

Não obstante, foi aduzido na ADI 4.917 um argumento que leva a uma conclusão contrária a essa constatação.

Segundo esse argumento, o art. 20, § 1º, da Constituição somente beneficiaria aos Estados "produtores" ou "confrontantes", e isso decorreria de um grande acordo político firmado à época da constituinte que gerou a Constituição de 1988.

Esse argumento aparenta certo grau de plausibilidade apenas enquanto for examinado de maneira superficial. Para perceber a sua fragilidade, basta imaginar qual deveria ser o modelo de justiça distributiva mais adequado para a incidência do ICMS sobre o petróleo num cenário hipotético em que não existisse qualquer valor devido à União, aos Estados e aos Municípios como compensação financeira pela exploração de petróleo.

Imaginemos, apenas para fim de argumentação, qual seria o modelo de ICMS sobre o petróleo mais justo e adequado, nessa hipótese imaginária em que os recursos naturais encontrados no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva **não fossem considerados bens da União**, mas simples *res nullius* que pudessem ser apropriados por quem quer que os encontrasse.

Na hipótese contrafática e imaginária de que não houvesse qualquer tipo de contraprestação à União ou ao Poder Público em geral pela exploração do petróleo, qual deveria ser o modelo ideal

de incidência do ICMS, considerando os impactos ambientais decorrentes da emissão de gases na atmosfera e da queima de combustíveis fosseis? Seria adequado deixar as receitas tributárias nas mãos dos Estados produtores do petróleo, quando a exploração tiver ocorrido em seus territórios, ou nas mãos dos Estados confrontantes, quando a exploração tiver ocorrido no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva?

Em resposta a esses questionamentos, não é muito difícil imaginar que há muito boas razões para que o imposto só incida no destino, e não na origem, uma vez que os combustíveis serão queimados e lançados à atmosfera no destino, e não na origem. O maior impacto negativo da atividade econômica – a enorme poluição ambiental gerada pela queima de combustíveis – é suportado exatamente pelos Estados de destino, e não pelos Estados de origem. São eles que sofrem os efeitos mais graves da utilização do produto, de modo que do ponto de vista da moralidade pública e da justiça distributiva são também eles que devem receber o ICMS sobre as atividades de exploração do petróleo.

Portanto, é improvável que se pudesse falar de um "acordo" entre Estados-membros no momento da constituinte, e mesmo se tal acordo tivesse existido ele teria sido leonino.

Ademais, cabe ainda um esclarecimento adicional de alta relevância: nas operações interestaduais, a cobrança do ICMS no destino responde a uma lógica de justiça, segundo a qual aqueles que custeiam o imposto – os Estados dos consumidores – é que devem se beneficiar com os frutos da arrecadação. No plano internacional, essa é a regra recomendada pela OCDE, tanto que os países exportadores exoneram integralmente as operações na saída e tributam apenas as suas importações. É também a posição brasileira para o comércio internacional. Basta lembrar que as exportações de todos os produtores e mercadorias são imunes ao IPI, ao ICMS e às Contribuições Sociais, PIS/COFINS. Nas operações interestaduais domésticas, a meta é atingir o mesmo **resultado relativamente às operações de todas as espécies de mercadorias.** Assim sendo, recentes normas jurídicas (Resolução 13/2012 do Senado Federal e a Emenda Constitucional nº 87/2015) sucessivamente iniciam a redução da parte que cabe aos Estados produtores ou vendedores para propiciar crescente aumento da parte que cabe aos Estados consumidores. Nas vendas diretas a consumidor final, segundo aquela Emenda constitucional,

terá o Estado do destino o direito de se apropriar integralmente do ICMS em relação a todas as mercadorias. E o Rio de Janeiro se beneficiará com as novas regras. A tendência no País, à moda da União Europeia, nas operações intracomunitárias, é passar o imposto para o destino em todas as circunstâncias e situações.

Não faz sentido, assim, criar um empecilho constitucional inexistente: um acordo que imobilizaria o legislador infraconstitucional, como se a tributação no destino fosse algo de extraordinário sacrifício do Estado para o Rio de Janeiro. Ao contrário, o princípio do destino, enquanto prejudicará o Estado de São Paulo, certamente o beneficiará. Por questão de justiça, o princípio do destino já é norma constitucional brasileira no âmbito internacional e se tornará, em futuro próximo, a única regra para todas as mercadorias, não apenas para o petróleo.

A regra da não incidência do ICMS, estabelecida no **art. 155, § 2º, X, 'b'**, da Constituição Federal, é a**bsolutamente justa e razoável**, e encontraria sólidos **argumentos de princípio** em seu favor **mesmo se** os recursos naturais encontrados no subsolo e na plataforma continental **não fossem bens públicos**, e mesmo se nenhum tipo de royalty fosse devido à União ou aos Estados e Municípios em decorrência de tal atividade econômica.

Ainda que tivesse existido algum acordo, portanto, ele não passaria de um acordo de cavalheiros entre partidos com diferentes ideologias, e não constituiria um compromisso constitucional no sentido mais apropriado do termo. Levantá-lo agora, sem nenhum dado empírico relevante, parece-nos falacioso.

2. Uma réplica ao argumento do "caráter indenizatório" dos royalties sobre a exploração de petróleo

Uma segunda premissa encontrada na decisão em tela é a de que os royalties possuiriam caráter somente indenizatório e deveriam ser recebidos apenas pelos Estados e Municípios que confrontam com o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, uma vez que, nessa linha de raciocínio, seriam eles que sofrem os impactos negativos da exploração de petróleo.

A ideia de um caráter "indenizatório" para os royalties do petróleo, no entanto, talvez não possa ser aceita com tanta facilidade.

Essa ideia aparece na argumentação em um sentido bastante estrito e específico. Atribui-se um caráter "indenizatório" aos royalties sobre a exploração do petróleo e do gás natural porque essa atividade é vista como uma atividade econômica danosa, que gera impactos ambientais nefastos e custos adicionais de fiscalização e serviços públicos para os Estados e Municípios confrontantes com a plataforma continental.

Esse tipo de argumento vê a atividade econômica de exploração de petróleo como um "problema" para os Estados e Municípios confrontantes, é dizer, como um **mal** que mereceria ser indenizado. É essa a lógica do argumento da decisão monocrática, quando ela afirma que uma participação dos Estados não confrontantes com o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva estaria realizando, em favor dos Estados não confrontantes, "uma inusitada compensação por prejuízos que [eles] nunca tiveram".[5]

É surpreendente, porém, a ausência de qualquer referência a provas e demonstrações empíricas do montante dos "prejuízos" gerados pela exploração do petróleo para os Estados confrontantes. Nem tampouco tais pretensos prejuízos foram balanceados em face da riqueza gerada pela exploração e produção do petróleo.

A ideia de que a exploração de petróleo é sempre um mal é no mínimo contraintuitiva. Com efeito, é sabido que a atividade de exploração de petróleo na plataforma continental exige um grande aparato tecnológico, mobiliza investimentos vultosos, gera inúmeros empregos que exigem conhecimento técnico especializado, com salários competitivos, gera uma generosa receita de ICMS e ISS sobre as mercadorias fornecidas e os serviços prestados por empresas sediadas nesses Estados e Municípios, aumenta o giro da economia local, atrai um grande número de empresas fornecedoras de mercadorias e serviços necessários para a exploração desses recursos naturais, movimentando a economia local e colocando esses Estados e Municípios, naturalmente, em uma evidente **vantagem competitiva** em relação aos Estados e Municípios cujos territórios estão distantes desse cobiçado recurso natural.

A maioria dos "prejuízos" e impactos negativos da exploração do petróleo se compensa, por si só, com os inúmeros benefícios recebidos e com as situações naturalmente privilegiadas em que os

[5] Decisão monocrática na ADI 4.917, cit. (nota 1).

Estados e Municípios confrontantes se encontram.

A ótica de que a participação nos royalties do petróleo tem uma natureza de mera "indenização" por prejuízos causados pela exploração do petróleo **não encontra amparo nem na Constituição Federal e nem na legislação infraconstitucional** que fixa os montantes de participação de cada Estado e Município. Mais parece, em nossa opinião, um argumento ad hoc, aduzido de maneira pouco refletida para justificar uma leitura do art. 20, § 1º, da Constituição que estabelece um tratamento privilegiado em favor de uma pequena casta de Estados e Municípios que recebem somas bilionárias de compensações financeiras que decorrem não apenas dos impactos negativos da exploração de uma atividade econômica, mas, ao contrário, de uma **contraprestação por uma alienação (ou perda) de uma riqueza comum da nação**, como veremos nos próximos parágrafos.

Com efeito, é possível sustentar que os royalties do petróleo têm um caráter que, ao menos em parte, é **contraprestacional** (e não exclusivamente "indenizatório"), porque eles c**onstituem uma compensação financeira pela exploração de uma riqueza da União**. Em particular, se os recursos naturais encontrados no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva são "bens da União", qualquer exploração econômica desses recursos deve remunerar o titular do direito de propriedade sobre esses bens.

É essa a lógica que domina a sistemática dos royalties sobre o petróleo, que justifica a sua divisão entre todos os entes da Federação, e a sua distribuição indireta para todo o povo brasileiro. Nos contratos de concessão do direito de explorar os recursos naturais (entre os quais o petróleo e o gás natural) encontrados no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, os royalties nada mais são do que uma **remuneração** pelo uso desses recursos naturais. Constituem, portanto, uma c**ompensação financeira pela própria perda desses recursos naturais gerada pela sua exploração.**

Essa é, naturalmente, a forma mais intuitiva de se entender a natureza dos royalties sobre o petróleo e o gás natural, uma vez que a própria Constituição Federal caracterizou a esses recursos como **"bens da União"** (art. 20, incisos V e VI). Por conseguinte, esses bens só podem ser explorados mediante uma compensação financeira para a própria União.

A **participação dos Estados e Municípios** nos resultados dessa atividade, portanto, **não** deve ser vislumbrada (ao menos em sua totalidade, como feito na decisão monocrática proferida na ADI 4.917) como uma **"indenização"** pelos prejuízos que "eles próprios, os Estados", sofrem com a exploração de uma atividade econômica, mas, **pelo contrário**, como um **corolário do Federalismo de Cooperação**, que exige uma participação dos Estados e Municípios na **riqueza comum da Nação**, como pretendemos explicar mais adiante neste ensaio.

3. A tese do caráter meramente indenizatório e a afetação dos royalties do petróleo aos serviços de educação e saúde

Como vimos acima, a tese do caráter meramente indenizatório – ao invés de, ao menos em sua maior parte, contraprestacional – dos royalties do petróleo foi aduzida pelo autor da ADI 4.917 para sustentar que a participação dos Estados nos royalties se justifica para indenizar prejuízos que eles próprios, por confrontarem com o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, sofrem em vista da referida atividade econômica.

É essa tese que justifica a decisão na ADI 4.917, que suspende a força executória da Lei 12.734/2012.

Contrariamente a essa tese, sustentamos que, ao menos em sua parte mais significativa, os royalties sobre o petróleo têm caráter contraprestacional, justificando-se mais como contraprestação pela perda de uma riqueza comum da União do que como uma indenização por prejuízos e impactos de qualquer atividade econômica.

A participação dos Estados e Municípios se justifica, nessa ótica, por uma dimensão do Federalismo de Cooperação.

Em favor de nossa interpretação, aduzimos à mais importante decisão legislativa a respeito dos royalties sobre o petróleo já tomada pelo legislador brasileiro desde a implementação do sistema de royalties por meio da lei 2004/1953: a decisão política de se destinar 75% dos royalties do petróleo da camada pré-sal à educação e 25% dos mesmos royalties à saúde, como determina a Lei Federal n. 12.858/2013 (art. 2º, § 3º).

Essa lei estabelece uma prioridade absoluta para a educação e para a saúde, em detrimento de quaisquer outros fins. Veda a uti-

lização de qualquer parcela recebida a título de royalties do petróleo sobre o pré-sal em qualquer outro tipo de serviço ou atividade pública.

Essa decisão política corrobora, ainda mais, o argumento aduzido neste ensaio acerca da equivocidade da ideia de que os royalties teriam natureza "indenizatória" e a sua distribuição aos Estados e Municípios se justificaria para reparar os supostos prejuízos que a exploração do petróleo tenha causado aos próprios Municípios.

Assim como o legislador da Lei 7.453/1985, o legislador da Lei 9.478/1997 e o legislador da Lei 12.734/2012, o legislador da Lei 12. 858/2013 **descartou** tanto a ideia de que **(1)** a participação nos royalties do petróleo é restrita aos Estados "produtores" ou "confrontantes", como também a ideia de que **(2)** esses royalties teriam natureza "indenizatória" e se destinariam a compensar os Estados e Municípios pelos impactos negativos que eles sofrem com a exploração de petróleo em seus territórios (ou adjacências).

Cabem, aqui, alguns **argumentos consequencialistas** sobre o segundo ponto no parágrafo anterior.[6] Com efeito, se fosse correta a tese da natureza "indenizatória" exclusiva das compensações financeiras recebidas pelos Estados, todo o sistema normativo em vigor sobre os royalties do petróleo estaria maculado de inconstitucionalidade. Seriam inconstitucionais tanto a já revogada Lei 7.453/1985 como os dispositivos da Lei 9.478/1997 que, depois de terem sidos revogados pela Lei 12.734/2012, foram repristinados pela medida liminar deferida na ADI 4.917. Seria inconstitucional não apenas a Lei 12.734/2012, mas também a Lei 12.858/2013, que destinou os royalties do pré-sal e de todos os contratos cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 3 de dezembro de 2012 à educação (em sua grande maioria) e à saúde.

Nesse sentido, indagamos: se os royalties fossem uma indenização ou compensação por perdas decorrentes da exploração de petróleo, como impedir que esses royalties sejam aplicados em serviços de fiscalização, redução do impacto ambiental, promoção de serviços de transporte, pavimentação, serviço da dívida pública etc.? Se os Estados e Municípios estão meramente recebendo de volta o que perderam com a atividade de exploração de petróleo, que senti-

[6] Já dissertamos suficientemente sobre o primeiro ponto, em nossa opinião, nas seções anteriores deste ensaio.

do faria dizer que esses recursos têm que ser utilizados na educação?

A destinação dos royalties – ou, pelo menos, de sua maior parte – à saúde e à educação é sinal de que o legislador **não está tratando a natureza dos royalties como uma mera "indenização", mas ao contrário como um patrimônio da nação, que deve ser empregado nas áreas consideradas prioritárias para o desenvolvimento e a emancipação do povo brasileiro.**

É essa lógica que explica a vinculação à educação – como o direito mais básico e emancipador, isto é, como a maior prioridade política de uma nação preocupada com a redistribuição da riqueza social – com a redução das desigualdades regionais e com a igualdade de recursos e oportunidades para o cidadão.

Só faz sentido vincular os royalties à educação caso não se reproduza a lógica da "guerra fiscal" também no âmbito da distribuição dos royalties, e caso se ataque o problema da educação em todo o território nacional, em um autêntico **condomínio federativo** em favor do bem-estar e da igualdade de oportunidade entre os cidadãos que vivem nas diferentes regiões do Estado Brasileiro.

A vinculação dos royalties à educação e à saúde, promovida pela Lei 12.858/2013, é uma política extremamente louvável do ponto de vista moral. Mas, é uma política que só se sustenta caso se rejeite a tese da natureza exclusivamente "indenizatória" da participação dos Estados e Municípios nos royalties do petróleo recebidos pela União.

4. Os royalties do petróleo e o federalismo

A tese dos autores da ADI 4.917 pode ser sintetizada no seguinte excerto da decisão, que suspendeu a execução da lei:

> Nas palavras do autor, as normas legais que, em contrariedade ao que se extrai da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais acima transcritos, restringem a autonomia financeira de algumas entidades federadas, subtraindo delas valores compensatórios decorrentes de danos suportados pela exploração do petróleo, para beneficiar outras entidades federadas, sem respeito ao que estatuído pela Constituição, desborda da competência legislativa válida e incide em desobediência a princípios fundamentais, no caso o da Federação e seus consectários.

Essa alegação aduz, ainda, o argumento de que proteger o direito à compensação dos Estados produtores seria uma exigência do próprio "equilíbrio federativo", como se lê no seguinte excerto:

> O enfraquecimento dos direitos de algumas entidades federadas não fortalece a federação; compromete-a em seu todo.

A concepção de Federalismo que subjaz a essas afirmações não nos parece, porém, adequada.

Com efeito, essas asserções parecem partir de uma espécie de modelo "dual" de Federalismo, que prevê divisões de competências rígidas entre os Estados-membros e a União, e divisões rígidas entre os espaços que cada um deles ocuparão na Federação.

Um modelo de separação rígida entre os Estados e a União, com delimitações exclusivas para cada ente, tende a ser, também, o oposto do desejável "Federalismo de Cooperação". É um modelo que incentiva a competição entre os Estados e não consegue enxergar relações horizontais entre eles (com muito pouco espaço para a cooperação) para a formação de políticas conjuntas e para a participação no âmbito do comum.

A participação dos Estados nas receitas geradas pelas compensações financeiras devidas à União, no entanto, não se ajusta a esse modelo rígido. Ela se insere, com muito mais facilidade, no ideal do "Federalismo de Cooperação", aproximando-se de alguns dos princípios do modelo de "Federalismo de Política Conjunta" adotado, entre outros, da Alemanha.

Ao invés de se pensar no Federalismo apenas como uma "forma de Estado", esse modelo parece considerá-lo como um *princípio de organização política*, o qual se conecta diretamente com um amálgama de valores políticos e princípios constitucionais dotados de um conteúdo normativo mais específico (os quais se relacionam com as ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo). O modelo de Federalismo alemão pode oferecer um bom exemplo para análise no âmbito do direito comparado. Esse modelo assume uma forma evoluída do modelo de "Federalismo de Cooperação", que é denominada pelos juristas alemães de "Federalismo de política conjunta". Duas características desse Federalismo serão abordadas na próxima seção: (1) o aspecto administrativo e a **participação dos Estados-membros no governo da União**; e (2) a inci-

dência do princípio do Estado social e **os aspectos econômicos do Federalismo** de política conjunta.

Esse Federalismo busca se justificar do ponto de vista político e moral por levar a sério a responsabilidade política dos Estados para a formulação da política nacional, na medida em que se ampliam as oportunidades de participação e influência dos governos locais. Ao invés de uma mera delimitação formal de competências, amplia-se o peso político de cada Estado na decisão nacional, com a busca da formação de uma política conjunta.

Esse é o **primeiro pilar** do Federalismo de política conjunta alemão: a igualdade entre os Estados-membros e a União na formação de um condomínio cooperativo.

Não obstante, interessa-nos no presente ensaio apenas o **segundo pilar**, que se refere aos a**spectos sociais e econômicos do Federalismo** de política conjunta.

Como relata o Professor Markus Heintzen, "o federalismo, no sistema constitucional alemão, mais que uma forma de estado, é dialeticamente encarado como um poderoso mecanismo de equalização social e aprimoramento de sua função econômica".[7]

O princípio do Federalismo, portanto, é interpretado em conjunto com o princípio do Estado Social. A ordem constitucional alemã é fundada em um relevante princípio de redução das desigualdades regionais, que é devidamente concretizado em regras jurídicas que estabelecem um "sistema de compensação financeira" destinado a promover a igualdade entre os Estados não apenas do ponto de vista jurídico-formal, mas também do ponto de vista econômico.

Vigora, nesse âmbito, **o princípio constitucional da "uniformidade das condições de vida",** como explica Heinz Laufer:

> A política dos estados com finanças fracas também deve orientar-se pelo princípio constitucional da 'uniformidade das condições de vida'. Os seus **cidadãos** têm a **mesma pretensão de direito** de que o poder público providencie para eles os mesmos serviços e benefícios que cabem aos cidadãos dos estados ricos.[8]

O sistema federativo alemão, nesse sentido, é caracterizado

[7] Heintzen, 2015.

[8] Laufer, 1995, p. 157.

por um complexo conjunto de normas jurídicas sobre as compensações financeiras verticais – devidas pela União aos Estados-membros, segundo as parcelas que lhes são devidas do produto da arrecadação de impostos federais e, também, segundo as suas necessidades – e horizontais – que são pagas pelos próprios Estados, uns aos outros.

Nesse âmbito, a ideia de um "condomínio federativo" ou uma "comunidade" é fortalecida não apenas do ponto de vista administrativo, mas também do ponto de vista das c**ondições materiais de vida**, como esclarece novamente o autor em passagem que, a despeito de sua extensão, merece ser transcrita literalmente:

> A federação e os estados devem garantir em conjunto que as diferenças na prestação de serviços e benefícios financeiros – que ocorrem apesar do sistema ponderado de distribuição das receitas fiscais – sejam compensadas em maior ou menor grau. Na sua condição de **comunidade caracterizada por um destino comum**, eles têm uma **responsabilidade recíproca** pela otimização no cumprimento das tarefas do estado. Por isso, o estado federativo deve contar com possibilidades adicionais de alcançar uma compensação financeira entre os estados financeiramente mais fortes e os financeiramente mais fracos. A compensação financeira do estado federativo serve a esse objetivo como uma possibilidade de corrigir a capacidade financeira distinta dos vários estados da federação.
>
> Na compensação financeira efetiva-se o princípio federativo de que um garante pelo outro, sendo que esse princípio vale tanto para a relação entre a federação e os estados quanto para a relação dos estados entre si. Este princípio **obriga a federação a melhorar financeiramente a posição de um ou de vários dos seus estados-membros**, caso a sua dotação financeira necessitar de correções no tocante à distribuição dos impostos dentro da totalidade dos estados. Mas esse princípio **obriga também os estados a prestar certas ajudas a outros estados**, financeiramente menos capazes, independentemente da sua autonomia enquanto estados e independentemente da sua autonomia financeira (cf. Decisões do Tribunal Constitucional Federal 72, 386 s.).[9]

[9] Laufer, 1995, p. 158.

Observa-se, por conseguinte, que a Constituição Alemã estabelece para os Estados não apenas uma distribuição de suas receitas tributárias pela União, ou ainda o dever de a União interferir em favor dos estados economicamente mais débeis, mas também prevê a **obrigação** para os Estados mais ricos de prestar assistência aos Estados mais pobres com vistas a garantir um padrão de vida uniforme em todo o território da Federação.

O modelo de Estado Federal alemão está, como se vê, muito mais avançado do que o nosso. Trata-se de um modelo em que cada Estado tem responsabilidade pelo bem-estar econômico dos demais, e assume inclusive a obrigação de ajuda mútua e de ceder recursos da arrecadação de seus próprios tributos aos demais, sob a forma de compensações financeiras verticais.

O modelo de royalties do petróleo brasileiro, instituído no art. 20, § 1º, da Constituição, não chega a tanto. No entanto, ele dá importantes passos na direção do ideal do Federalismo de Cooperação alemão.

Embora o sistema instituído pela Lei 9.478/1997 e aprofundado pela Lei 12.734/2012 não preveja o dever dos Estados produtores de cederem parte de suas próprias receitas aos demais (na medida em que concentra suas ações sobre o petróleo e o gás natural extraído do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, e não sobre o petróleo e o gás natural extraído no interior dos Estados), ele concretiza em importante medida o ideal federativo de participação na vida comum e busca o compartilhamento da riqueza nacional para promover, ao menos em certa medida, a equidade entre as regiões e o princípio da "uniformidade das condições de vida", que já vinha sendo adotado no federalismo alemão.

Ao contrário do que se afirma na petição inicial da ADI 4.917 e na decisão judicial que suspendeu a execução da Lei 12.734/2012, essa lei promove em medida muito maior do que qualquer outra legislação anterior sobre o tema o ideal do equilíbrio federativo, pois estabelece uma forma de participação dos Estados e Municípios na riqueza comum que consagra o princípio da uniformidade das condições de vida e contribui para uma distribuição mais justa, entre as regiões, da riqueza nacional. Se o petróleo é bem da União – de toda a União, e não apenas da pessoa política da União –, é justo que ele seja distribuído de maneira equânime, livre da ficção conservadora

e elitista de que ele pertence apenas aos Estados e Municípios que tradicionalmente foram tratados de maneira privilegiada.[10]

5. Excurso: considerações morais sobre o Federalismo

Como se observa dos parágrafos anteriores, a proposta da interpretação dos críticos à Lei 12.734/2012 não é de defesa do federalismo; pelo contrário, é uma política claramente **antifederativa**, que concentra a riqueza e compromete a igualdade econômica entre os estados, assim como a participação dos estados na riqueza comum da União.

Cabem umas breves reflexões, portanto, em linha de crítica à tendência antifederativa que se observa nessa argumentação.

O antifederalismo tem se manifestado, quer no Brasil, quer nos EUA, ao longo dos anos. Se, como evidenciou DORF, uma longa lista de virtudes do Federalismo consagrada na Corte Suprema da república do Norte pode ser observada (como preservação da liberdade/autonomia, por meio da divisão do poder; descentralização/especialização; responsabilidade democrática dos cidadãos estaduais e locais pelo exercício de seu poder decisório; a criação e experimentação e, ainda, a competição) também é não menos verdadeiro que, continuamente, argumentos antifederativos podem ser ainda enumerados.

É certo que, à luz dos princípios federativos, no sistema

[10] Os dados anteriores à Lei 12.734/2012 mostram que o Brasil, no âmbito da distribuição dos royalties do petróleo, caminhava vergonhosamente no sentido contrário de um modelo de federalismo de cooperação. Nesse sentido, Bercovici traz à baila importantes estudos empíricos sobre o assunto: "Bruno Oliveira Cruz e Márcio Bruno Ribeiro ... comprovaram a concentração espacial dos recursos petrolíferos e adicionam um dado, a partir da classificação adotada pela Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PDNR) do Ministério da Integração Nacional: os Municípios situados em regiões consideradas de alta renda teriam recebido 57,3% do total dos royalties distribuídos em 2007. Os Municípios situados em regiões consideradas dinâmicas receberam 26,8% e os Municípios situados em regiões consideradas de baixa renda ou estagnadas, ou seja, considerados como prioritários para a Política Nacional do Desenvolvimento Regional, receberam apenas 15,9% do total de royalties em 2007" (Bercovici, 2011, p. 341).

norte-americano superpõem-se tributos idênticos, utilizados por diferentes entes políticos (imposto de renda federal e estadual, e, em alguns casos, também municipal; imposto sobre heranças e doações federal e estadual). As características do sistema tributário continuam assentadas no fato de que a receita da União é alimentada, sobretudo, por impostos incidentes sobre a renda e transferências de renda e a receita estadual, por imposto incidente sobre consumo (vendas), o que não impede o exercício da competência comum e residual outorgada aos Estados. Apesar disso, certas reservas de competência ao poder central sempre foram reconhecidas, mesma naquela república, a saber, a defesa externa; a defesa do mercado interno, em especial a sua integridade.

No entanto, talvez os ideais do Estado do bem-estar social tenham propiciado, mesmo no EUA, maior força aos argumentos antifederativos: os fins nacionais que a maior concentração de poder na União precisa alcançar, como a defesa nacional; a defesa do mercado e sua integridade; a construção de certas garantias comuns a todos, mesmo na área dos direitos fundamentais (saúde, previdência e segurança) exigiriam uma uniformização mínima, legitimando as intervenções legislativas federais. Além disso, os nacionalistas tradicionais, contrários à descentralização inerente ao Federalismo, subscrevem uma visão da democracia que enfatiza o poder nacional, as políticas nacionais e a comunidade nacional, sendo céticos em relação ao poder estadual ou local, associando-o ao paroquialismo e, pior, ao racismo.

Assim é que, tanto nos EUA como em outros países, especialmente no Brasil, argumentos antifederativos têm se levantado, criando-se a ideia disseminada nas academias de que os interesses e os fins nacionais legitimariam um movimento constante de concentração e uniformização. Posições em dois campos opostos sempre estiveram em luta: de um lado, para federalistas tradicionais, a descentralização está correta e se trata de garantir a democracia centrada nos Estados, enfatizando-se o poder dos Estados, a política estadual. Por outro lado, os nacionalistas tradicionais subscrevem uma diferente visão de democracia: enfatiza-se o poder nacional, as políticas nacionais a comunidade nacional.

A reação a essa difundida corrente antifederalista não faltou. E veio por meio de uma revisão do próprio Federalismo tradicional, em que meios se confundem com fins, em que se revelam os fins nacionais do Federalismo e seu papel inafastável na concretização da democracia. Federalismo até o Fim*"(Federalism all the way down),*

como um *slogan,* resume a corrente de acadêmicos norte-americanos que renovam e revigoram o federalismo nos dias atuais. Essa nova onda federalista, surgida alhures, importa para nós brasileiros, que temos o princípio, consagrado na Constituição da República, como fundante e irreversível. Sem rejeitar o federalismo convencional, o grupo de juristas, entre os quais tem papel proeminente a docente de Yale, HEATHER K. GERKEN, enfrenta o núcleo das críticas antifederalistas, realçando os fins nacionalistas inerentes ao poder dos Estados. A nova fundamentação revoluciona o pensamento, identificando os fins nacionalistas da descentralização política para concluir que **o poder dos Estados é um meio para alcançar um bom funcionamento da democracia nacional.**[11] Como se observa, utilizar-se o federalismo como instrumento para o bom funcionamento da democracia e a observância dos direitos fundamentais sempre foi (como colocava *James Madison* em O Federalista, dividindo o poder para preservar a liberdade) e continua sendo o argumento decisivo de seu prestígio.

O grande mérito da corrente do Federalismo, visto como novo Nacionalismo, de Yale, reside em elencar novos argumentos que modernizam e fortalecem a descentralização em face de um Estado do bem-estar social. Preconizando uma trégua a essa longa guerra entre campos opostos (federalismo *versus* antifederalismo) Gerken lembra que se trata de uma batalha bem descrita por McCloskey como "aquela em que cada um parece agir como em um clube de box cujos membros lutaram por tão longo tempo que conhecem o movimento uns dos outros e lutam principalmente para fatigarem o adversário".[12]

Sustentando que a disputa entre fins e meios (federalismo ou unitarismo como meios escolhidos para atingir fins nacionais com maior eficiência) está mal posta, a corrente do Federalismo contemporâneo insiste em que a descentralização favorece os fins nacionalistas, em lugar de prejudicá-los. A relação entre a Federação e os Estados é antes descrita como **negociada, iterativa, interativa, não cooperativa, complicada, difícil de categorizar, e mais ainda de prever.** Os limites entre os dois campos de luta estão agora confusos

[11] Ver entre outros, GERKEN, Heather, Federalism as the New Nationalism: an Overview. Yale Law Journal.123; 2014.
[12] Gerken, 2014.

e fluidos. Registrando o conteúdo de trabalhos ainda não publicados de Cristina Rodriguez, que afirma que o Federalismo amplia a capacidade da política para fazer políticas, e de Bulman-Pozen[13], que enxerga o poder dos Estados como um andaime de suporte necessário para fazer florescer a política nacional, Gerken destaca o importante papel do dissenso e da não cooperação, possível no Federalismo, como ingrediente essencial ao amadurecimento da democracia e do aperfeiçoamento dos programas de fins nacionais[14].

Costuma-se ponderar que, na média, a descentralização serve aos Estados e a centralização serve ao governo nacional. Com essa imagem, ainda estamos divididos em dois campos, que se opõem. Era o que sempre se pensou. Não obstante, o trabalho dos novos nacionalistas representa uma revisão dessa posição maniqueísta. Dois grandes temas são a base do trabalho descritivo dos novos federalistas/nacionalistas. O primeiro ilumina o poder do Estado de modo muito diferente das considerações sobre soberania ou autonomia, que têm dominado o pensamento dos federalistas tradicionais (introduzindo o "poder do servo"). O segundo descreve uma democracia nacionalista desenvolvida em termos substancialmente diferentes daqueles dos nacionalistas tradicionais. (É o Federalismo como passo necessário para o desenvolvimento de uma democracia nacional.) Em lugar de soberania/autonomia, caracterizadora do poder dos Estados, Gerken propõe mudança terminológica para o "poder do servo", no sentido de que os Estados servem a dois senhores, não apenas a um. Os Estados são poderosos em larga medida porque são amparados na base de um poder separado e respondem a uma política estatal não apenas a uma política federal. Eles *"não produzem poder como soberanos, regrando em separado e apartados do governo nacional e não são capazes de regular inteiramente como eles acharem adequado. Ao contrário, eles estão enquadrados dentro de um regime nacional mais amplo, no qual eles não ostentam uma vantagem no jogo regulatório."*[15] E prossegue lembrando que, em campos relevantes como meio ambiente, direito criminal, da educação e da saúde, assim como no direito de família, os Estados desempenham um papel robusto e crucial no processo regulatório a despeito da ubi-

[13] Bulman-Pozen, 2014.
[14] Gerken, 2014.
[15] Ibid, p. 1010.

quidade da regulação nacional. Os Estados e o governo federal são poderes reguladores em conjunto, em que o federal sempre depende severamente dos Estados para implementar a política federal.[16] Pondera-se ainda que, a despeito da política educacional expandida, por ex., os Estados e as localidades continuam a ser a força dominante na educação primária e secundária. Apesar do programa federal do NCLB (*No Child Left Behind*), editado em 2001, a atuação dos Estados e Municípios continuam imprescindíveis, tendo sido necessários benefícios para alcançar algum nível modesto de estandardização curricular. Ficou claro que, apesar dos esforços da administração Obama, Estados e localidades retêm seu papel dominante na educação. Precisamente na implementação, o poder do "servo" alcança seu zênite. E Gerken acrescenta que a análise meramente formal é deficiente. Interessa antes observar o efetivo espaço legislativo deixado aos Estados e a implementação que levam a cabo nos programas "federalizados". O mesmo raciocínio é feito em relação ao Direito Penal, Civil e Ambiental. "*O Direito de Família é outro exemplo em que a "federalização" envolveu mais o latido do que a mordida.*"[17]

É claro que existem áreas onde o governo federal governa sozinho. Mas mesmo nelas, em que se supõe um exclusivo controle federal, Estados e localidades são reguladores ativos, como ocorre na imigração.[18] O "poder do servo" é apresentado pelos novos nacionalistas como uma consideração rival àquela tradicional da soberania/autonomia, que melhor descreve o fato de o poder dos Estados servir a dois senhores (respondem não apenas a uma política federal, mas ainda a uma política estadual).

Finalmente, os novos nacionalistas do Federalismo pintam um quadro diferente daquilo que chamam de desenvolvimento de uma democracia nacional. Assim é que não se alcança uma democracia nacional sem a atuação forte dos Estados. O sucesso do governo federal, que pode estar reinando, depende do navio regulatório ser tocado pelos ventos políticos. Quando o governo nacional falha em alcançar uniformidade, raramente se dá porque lhe falta autoridade jurídica, mas pode ser simplesmente - ao contrário da visão dos nacionalistas tradicionais – porque os líderes nacionais acredi-

[16] Cf. *Gerken,* Federalism and Nationalism. Time for a Détente?, op. cit. p. 1011.
[17] Gerken, 2014, p. 1018.
[18] Rodriguez, 2008, p. 567.

tam que a desuniformidade tem seu papel a exercer em um sistema pluralista como o nosso.[19]

Finalmente, o **Federalismo não cooperativo.** Os novos nacionalistas deixam claro, ainda, que os Estados desempenham um importante papel: o de modelar não só o direito estadual, mas ainda o direito federal. Isso significa que "*os Estados e os agentes locais não apenas se engajam em um Federalismo cooperativo mas também em um Federalismo não cooperativo. Eles não são alheios àquilo que chamamos de 4º Poder, mas poderosos "insiders". Seu status como parte crítica da administração federal capacita-os a serem críticos da administração federal. Eles ainda fiscalizam o Leviathan nacional, embora de um modo inteiramente diferente do que os acadêmicos do Federalismo tradicional apontaram....Os Estados são a linha de frente para debates nacionais, os lugares-chave onde trabalhamos nossas desavenças antes de falar delas no plano nacional. Os Estados não são postos de lado pela política nacional; ao contrário, eles a alimentam... Nossas políticas podem assumir maior complexidade, mas elas também não são tocadas pela uniformidade.*"[20]

Em resumo, o Federalismo nacionalista realça, sobretudo, que Estados e Municípios trabalham a democracia nacional e os fins nacionais, que lhe são inerentes. O sucesso, pois da implementação dos direitos fundamentais (saúde, educação, segurança, meio ambiente) depende da atuação efetiva de Estados e Municípios, sendo o governo federal impotente, do ponto de vista funcional e político, para alcançá-lo, ainda que formalmente faça uma intervenção legal. Longe de reforçar, com tal constatação, apenas o Federalismo cooperativo e financeiro, assim como a padronização de regras, conclui pelo benéfico papel do Federalismo não cooperativo e pela desuniformização própria da democracia pluralista.

Em nosso País, em que adotamos também a forma federal de Estado, de modo tradicionalmente mais fechado do que aquele vigorante na República do Norte, os Estados e Municípios têm igualmente forte participação no Federalismo de fins nacionais e na construção dos grandes direitos e garantias fundamentais. Quem lê a Constituição de 1988 se surpreende com o extenso rol da competên-

---

[19] *Gerken*, 2014, p. 1021.

[20] *Gerken,* Federalism and Nationalism. Time for a Détente?, op. cit. p.1026/1027.

cia legislativa privativa outorgada à União (art. 22), mas encontrará matéria de competência comum, listada no art. 23, e, finalmente, ainda, uma rica enumeração de matérias de competência legislativa concorrente (art. 24). Compõem a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, o Direito Tributário, Financeiro, Penitenciário, Econômico e urbanístico, além do orçamento, meio ambiente, saúde e educação, dentre outros temas. Nesse campo, de competência concorrente, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, dispõe o §1º do art. 24 e os Municípios suplementarão as leis federais e estaduais, no que couber (art. 30).

Ora, as mesmas observações feitas pela corrente Federalista nacionalista podem ser tecidas para tratar do Federalismo brasileiro, pois no que tange a tributos e orçamento, à segurança pública, ao regime penitenciário, à saúde, à educação, ao meio ambiente e urbanístico além de outras matérias, a União faz as suas intervenções legislativas por meio de normas e diretrizes gerais, mas há espaço, ainda, para a atuação legislativa dos Estados e Municípios. Em relação à implementação e execução, a administração federal é absolutamente impotente para alcançar algum sucesso, sem a atuação efetiva dos demais Entes estatais. Podemos concluir, igualmente, que, no modelo brasileiro, Estados e Municípios trabalham ativamente a democracia nacional e cumprem fins nacionais. Deles depende a concreção dos direitos fundamentais como o direito à vida, à segurança pública, à saúde, à educação e ao meio ambiente.

Um fortalecimento do ideal federativo se faz, portanto, rigorosamente importante para fortalecimento da democracia e da participação dos estados na riqueza nacional.

6. A razoabilidade da distribuição dos royalties e o respeito à autoridade do processo legislativo democrático

Vimos acima que todos os argumentos apresentados na medida cautelar inominada para a suspensão da Lei 12.734/2012 não resistem a uma inspeção mais criteriosa e são, por si sós, incapazes de engendrar a conclusão de que a referida lei padece de inconstitucionalidade.

O mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva não pertencem ao território de nenhum Estado-

-membro ou Município da nossa Federação. A participação dos Estados e Municípios nos royalties sobre o petróleo pode se dar de duas maneiras: sobre o petróleo extraído i) em seus próprios territórios; e ii) no mar territorial, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva (portanto fora de seus territórios). Neste último caso, a Constituição sempre conviveu com regras de distribuição dessas compensações financeiras que atribuem uma parte significativa desses valores a Estados que não confrontam com a plataforma continental. Ou os royalties sobre o petróleo não possuem natureza indenizatória, ou, se a possuem em parte, essa parte não é significativa. O que justifica a incidência dos royalties é uma contraprestação devida à União em face da perda de um patrimônio da nação decorrente da exploração da atividade econômica. A participação dos Estados e Municípios nos resultados dos royalties é devida em função de um modelo de federalismo de cooperação que se ajusta a uma concepção de comunidade política em que cada Estado e Município se enxerga como parte da comunidade nacional e como corresponsável pelo bem-estar e pelo desenvolvimento dos demais. O equilíbrio federativo, nessa ótica, não é afetado por uma distribuição mais justa e equânime dos royalties do petróleo: muito pelo contrário, ele a pressupõe.

Poder-se-ia indagar, porém, se há ainda outros elementos não considerados na ADI 4.917 que poderiam levar à conclusão de que há inconstitucionalidade na distribuição dos royalties do petróleo, realizada pela Lei 12.734/2012.

É o que se costuma dizer, por exemplo, quando se afirma que esta lei viola os princípios da "razoabilidade" ou da "proporcionalidade", por supostamente deixar os Estados "confrontantes" em uma posição desprotegida.

Essa ideia, como já salientamos, estaria baseada na premissa equivocada de que a exploração da atividade do petróleo seria sempre um mal, que traria apenas impactos ambientais negativos sobre os Estados e Municípios confrontantes com a plataforma continental, e criaria um custo adicional para esses Estados e Municípios, porque tal atividade implicaria a necessidade de se ampliar a oferta de serviços públicos e a fiscalização de atividades nocivas ao meio ambiente.

Já tivemos oportunidade de ver, acima, que essa premissa é excessivamente reducionista e seletiva, na medida em que ela des-

considera por completo os inúmeros benefícios econômicos e sociais que a exploração do petróleo traz para esses mesmos Estados e Municípios confrontantes, os quais colocam esses entes federativos em uma posição privilegiada mesmo sem se tomar em conta os royalties sobre o petróleo. A proximidade das zonas de exploração do petróleo traz uma série de atividades econômicas secundárias que geram riqueza e prosperidade para essas regiões, aumentam a arrecadação tributária e colocam esses Estados e Municípios, naturalmente, em uma vantagem competitiva em relação aos demais.

Ambos os aspectos, negativo e positivo, deveriam entrar no cálculo dos supostos "lucros" ou "prejuízos" que os Estados e Municípios adjacentes à plataforma continental sofrem com a exploração do petróleo.

Por conseguinte, ainda que se admita a possibilidade de uma distribuição não meramente aritmética (isto é, com distribuição igual dos royalties para todos os Estados, em função de seu território ou de sua população), é necessário um juízo sobre a adequação (ou o mérito) da repartição realizada. Trata-se, com efeito, de um problema de justiça distributiva.

A quem compete esse juízo de mérito?

A resposta óbvia, em uma democracia, deve ser a de que esse juízo compete ao legislador democrático, e de que o Poder Judiciário só deve intervir para revisar a distribuição realizada pelo legislador quando puder demonstrar, com certeza e segurança, a sua falta de razoabilidade.

No âmbito do controle de constitucionalidade, dois fatores importantes foram trazidos recentemente pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que trabalha com a noção de **margem de livre apreciação do legislador.** Tratam-se de duas modalidades de **incerteza** que influem decisivamente no resultado das ponderações realizadas pelo Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade, fixando uma **margem de ação epistêmica** em favor do legislador.

Essa **margem de ação epistêmica para o legislador** pode decorrer tanto (a) dos limites do **conhecimento empírico** sobre a ocorrência de interferência nos direitos fundamentais, como, também, (b) dos limites do c**onhecimento normativo**, é dizer, do co-

nhecimento sobre o peso ou importância de princípios conflitantes.[21]

Cabe ao Judiciário, para revisar os critérios de distribuição fixados pelo legislador, o pesadíssimo ônus de **demonstrar que não existe para o legislador a margem de ação epistêmica aduzida acima,** e que estão muito claras as premissas empíricas que demonstram a ocorrência de "prejuízos" para os Estados confrontantes com a plataforma continental, bem como que esses prejuízos não são compensados pela vantagem competitiva com que o petróleo coloca esses Estados em relação aos demais.

Tem o juiz que demonstrar, também, com argumentos racionais e conclusivos, que não há também limites derivados do conhecimento normativo sobre os princípios constitucionais relevantes. Para concluir pela falta de razoabilidade da lei, teria o juiz que demonstrar, por exemplo, que a Constituição claramente atribui aos royalties sobre o petróleo (e à participação dos Estados e Municípios nestes) um caráter meramente indenizatório, o que não corresponde à realidade. E mais, teria que demonstrar que os danos sofridos pelos "Estados pretensamente produtores" são superiores à riqueza gerada com a exploração do petróleo, mesmo naqueles Municípios que não possuem nenhum equipamento local, nem envolvimento com a atividade e tampouco dano ambiental como ocorre com vários do Estado do Rio de Janeiro, que se beneficiam das rendas do petróleo em razão da singela proximidade geográfica.

Essa questão se agrava ainda diante do fato de que a decisão judicial que suspendeu a execução da lei não tece nenhuma consideração a respeito desses fatores.

Tentemos fazer, porém, um esforço para verificar se existe esse grau de plausibilidade epistêmica sobre a falta de razoabilidade dos critérios empregados pelo legislador.

Examinemos, em pormenor, o que a Lei 12.734/2012 muda em relação à distribuição dos royalties sobre o petróleo:

Tabela 1 – Alterações promovidas pela Lei nº 12.734/2012 na repartição dos royalties entre os entes federativos[22]

[21] Nesse sentido, veja-se: Bustamante, 2008.

22 Tabela extraída de Oliveira, s.d., baseada em quadro constante da Petição Inicial do Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADI 4.917/DF. Disponível em:<http://s.conjur.com.br/dl/adi-4917-peticao-inicial-estado-

	Lei nº 9.478/97 (redação anterior)	Lei nº 12.734/2012
Royalties: exploração na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva.	**Royalties de até 5%**	**Royalties de até 5%**
	• Estados confrontantes: 30% • Municípios confrontantes: 30% • Municípios com instalações: 10% • União: 20% • Fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios: 10%	• Estados confrontantes: 20% • Municípios confrontantes: 17% (valor reduzido a 4% até 2019) • Municípios afetados: 3% (valor reduzido a 2% em 2017) • União: 20% • Fundo especial a ser distribuído entre os Estados e Distrito Federal: 20% (valor aumentado para 27% até 2019) • Fundo especial a ser distribuído entre os Municípios: 20% (valor aumentado para 27% até 2019)
	Parcela que superar os 5%	**Parcela que superar os 5%**
	• Estados confrontantes: 22,5% • Municípios confrontantes: 22,5% • Municípios afetados: 7,5% • União: 40% • Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios: 7,5%	• Estados confrontantes: 20% • Municípios confrontantes: 17% (valor reduzido a 4% até 2019) • Municípios afetados: 3% (redução a 2% até 2017) • União: 20% • Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados: 20% (valor aumentado a 27% até 2019) • Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Municípios: 20% (valor aumentado a 27% até 2019)

-rio.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

Como se nota, a Lei 12.734/2012 não inova ao estabelecer formas de participação dos Estados "não confrontantes" ou "não adjacentes" à plataforma continental. Na realidade, ela apenas reconfigura os montantes dessa participação para remediar um desequilíbrio gerado pelo favorecimento excessivo dos Estados confrontantes na distribuição anterior.

O mais interessante, nisso tudo, é que o legislador realizou as ponderações técnicas necessárias para revisar esses percentuais e tinha os dados empíricos que estão ausentes na decisão judicial que suspendeu a execução da lei.

A Lei 12.734/2012 **foi promulgada a partir de um juízo técnico e político decorrente da constatação empírica de um grande aumento da produção de petróleo, que agravou ainda mais as disparidades econômicas entre os Estados federais**. Ela se destina precisamente a **recompor o equilíbrio federativo**.

Para demonstrar esse ponto, transcrevemos o seguinte excerto do Parecer do Deputado Carlos Zarattini, Relator do Projeto na **Comissão de Constituição e Justiça**, que foi proferido em Plenário na Câmara dos Deputados em 06/11/2012, às 18h:

> Estou convencido (...) de que o grande aumento de arrecadação de royalties e participação especial que se espera em horizonte de médio e longo prazos, de acordo com as melhores previsões oficiais disponíveis, possibilita contemplar os legítimos anseios de 25 estados e cerca de 5.500 municípios que não recebem praticamente nada atualmente, sem deixar de atender as justas preocupações dos entes confrontantes.
>
> Com efeito, a Empresa de Pesquisa Energética – EPE – prevê que a produção de petróleo vai passar de pouco mais de dois milhões de barris por dia, em 2010, para aproximadamente 5,8 milhões de barris por dia, em 2020. (...) É graças a esse vigoroso crescimento da renda do petróleo que estou convencido de que os critérios de repartição propostos no substitutivo anexo vão dar expressiva contribuição para promoção do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais, bem como permitirão assegurar tratamento diferenciado para os estados e municípios confrontantes.

> Basicamente, o presente substitutivo estabelece cronograma com novos percentuais para os beneficiários de royalties e de participação especial referentes a áreas contratadas sob o regime de concessão, com o objetivo de assegurar a estados e municípios confrontantes e municípios afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural a percepção de pelo menos a renda petrolífera por eles recebida em 2011 (ver anexos I e II). O excesso de arrecadação em relação àquela observada nesse exercício será utilizado, principalmente, para aumentar os recursos alocados aos estados e municípios não confrontantes, mas haverá também aumento da arrecadação da União entre 2012 e 2020, como se pode verificar na Tabela I.[23]

Como se vê, o projeto que acabou sendo aprovado (o substitutivo a que se faz referência no citado Parecer), dando origem à Lei 12.734/2012, foi elaborado de maneira a assegurar que os Estados e Municípios confrontantes não sofressem nenhuma perda financeira relativa aos valores que eles receberam em 2011 (ano anterior à promulgação da lei), de modo que só se utilizassem os valores referentes às novas descobertas do pré-sal para realizar uma distribuição mais equânime e atenta às desigualdades regionais e sociais.

Mesmo a Lei 12.734/2012 continua a promover um tratamento privilegiado para os Estados confrontantes com a plataforma continental, como está claramente explicado no Parecer e como pode ser verificado com uma simples conta matemática.

Data venia, o argumento de que a Lei 12.734/2012 promoveria um "desequilíbrio federativo" é inaceitável e carece por completo tanto de comprovação empírica como de plausibilidade jurídica.

Esse argumento, além de incorreto em seu diagnóstico, não respeita as c**ompetências do Congresso Nacional** e promove um **ativismo judicial exagerado**, que coloca em xeque um outro equilíbrio que precisa ser manejado com muito cuidado.

Para respeitar o princípio da **Separação de Poderes**, os membros do Poder Judiciário não podem confundir as suas próprias opiniões políticas sobre o que consideram "ideal", "justo", "conve-

[23] Parecer publicado no sítio da internet da Câmara dos Deputados. Ver http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1036648&filename=PPP+1+%3D%3E+PL+2565/2011: _(acesso em: 01/06/2015).

niente" ou "adequado" com juízos sobre a inconstitucionalidade das decisões tomadas pelo Poder Legislativo.

A maior contribuição que os críticos ao constitucionalismo têm feito, na filosofia política contemporânea, tem sido justamente a de demonstrar que as grandes decisões sobre princípios de moralidade política tomadas no âmbito das Cortes Constitucionais e dos Parlamentos são quase sempre questões amplamente controvertidas, em relação às quais há amplo **desacordo razoável** entre os cidadãos, entre os seus representantes eleitos e entre os próprios juízes constitucionais!

Só se respeita a democracia enquanto se for capaz de respeitar esses desacordos e respeitar, principalmente, os **procedimentos fixados pela Constituição para solucionar esses desacordos**.

Se, por um lado, é plenamente compreensível que exista um amplo desacordo entre nós sobre a forma mais justa e adequada de se distribuírem os royalties do petróleo no Brasil, por outro lado, é **juridicamente exigível** que o Supremo Tribunal Federal saiba respeitar **opiniões diferentes das suas** sobre a distribuição ideal, ao cumprir o seu papel institucional de **assegurar fidelidade aos procedimentos** por meio dos quais essas controvérsias são resolvidas.

Nesse sentido, o respeito à autoridade do Congresso Nacional – e, com isso, à autoridade da própria Constituição, que lhe dá competência para regulamentar a distribuição dos royalties – pressupõe uma fidelidade aos **procedimentos** estabelecidos para **fixar diretivas válidas para todos** e aptas a permitir a cooperação social.

Nesse sentido, ainda que se discorde das críticas que Jeremy Waldron faz à jurisdição constitucional, devemos prestar bastante atenção à necessidade de respeitar as conclusões de processos públicos de deliberação sobre questões de "mutuo interesse" dos participantes das deliberações, como se pode ler no seguinte excerto sobre a necessidade de as autoridades (inclusive os tribunais constitucionais) respeitarem as diretivas fixadas por outras autoridades consideradas legítimas (como os parlamentos):

> A autoridade pública exercida entre grandes grupos de pessoas enfrenta tipicamente o que eu denominei de questões de 'mútuo interesse' (common concern). Essas questões muitas vezes são urgentes, e é importante que os cidadãos estejam em posição de identificar rápida e prontamente certas res-

> postas como salientes, mesmo quando haja desacordo sobre quais devem ser essas respostas. Uma determinação oficial de acordo com um procedimento estabelecido pode prover uma base para essa identificação, se houver uma prática entre os cidadãos consistente em responder rapidamente, com um grau razoável de confiabilidade, aos sinais produzidos por tais procedimentos. (...) Sabemos que os cidadãos podem discordar sobre o que deve ser feito em relação a essa resposta, e esse tipo de desacordo é capaz de encontrar eco também entre os oficiais que aplicam o direito (os quais, afinal de contas, são também recrutados entre os cidadãos). Mas se a coordenação social for considerada importante, então podemos dizer que cada cidadão deve estar preparado para engolir a seco e renunciar ao seu próprio senso sobre qual deveria ser a melhor opção, com o fim de se juntar ao grupo em alguma opção escolhida para a coordenação (social), ainda que essa não seja (considerada por ele) a melhor. Essa é a concepção usual sobre a autoridade e a obrigação política. Nesse sentido, **existe também um dever semelhante que vale para os oficiais. Uma vez que uma diretiva oficial tenha sido estabelecida com uma chance razoável de assegurar a coordenação entre os cidadãos, outros oficiais devem estar preparados para engolir a seco e se abster de impor diretivas contrárias, mesmo quando eles estejam convencidos (talvez corretamente) de que seria melhor para os cidadãos coordenar suas ações com base na sua diretiva do que com base naquela diretiva que já foi estabelecida (pelos procedimentos devidos). Esse é também um aspecto importante da autoridade.**[24] ().

O longo excerto acima se faz necessário porque Waldron, ao tratar das relações entre diferentes autoridades em um sistema jurídico, faz referência a um importante aspecto da autoridade nos sistemas democráticos: **o valor dos procedimentos** aceitos, e a necessidade de respeitá-los mesmo quando não concordamos com as diretivas concretas que deles emanam.

Um juiz constitucional só respeita o **processo de decisão estabelecido pela Constituição** quando ele próprio for capaz de "engolir a seco" certas decisões que contrariam suas convicções pessoais e o seu próprio senso de adequação e justiça.

---

[24] Waldron, 2003, p. 68-89, tradução livre

Mesmo reconhecendo para os juízes constitucionais o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, para defender a autoridade da Constituição, tais juízes devem tomar extremamente a sério a advertência de Waldron e respeitar os processos decisórios estabelecidos pela mesma Constituição.

No caso específico dos royalties sobre o petróleo, é difícil imaginar tema em nossa Federação capaz de suscitar mais controvérsias e interpretações divergentes, as quais merecem todas serem respeitadas e levadas a sério. E a forma mais justa e objetiva de respeitar essas diferentes interpretações é respeitar os processos democráticos por meio dos quais elas são discutidas, e por meio dos quais se chega a um consenso e se fixa uma diretiva geral pela via legislativa.

Vimos, acima, que no âmbito dos royalties sobre o petróleo há múltiplas formas de distribuição das participações que podem ser igualmente consideradas razoáveis e defensáveis por participantes de boa-fé em uma deliberação pública sobre a repartição da riqueza comum. Enquanto houver múltiplas opções razoáveis de distribuição desses royalties, caberá ao legislador fixá-las, e qualquer interferência do Judiciário nessa distribuição deverá ser considerada uma violação ao princípio da Separação dos Poderes.

8. Conclusão

Diante da extensão desse ensaio, que ultrapassou a nossa intenção originária, concluiremos de forma especialmente concisa.

Pudemos verificar, nos argumentos acima, que não há qualquer inconstitucionalidade na Lei 12.734/2012. Essa lei é um dos mais avançados instrumentos de justiça social e redistribuição da riqueza entre as regiões que o nosso país conhece.

São falaciosas e antijurídicas as teses de que haveria um "acordo político" entre os Estados, por meio dos quais a desoneração do ICMS na origem compensaria integralmente os volumosos royalties sobre o petróleo recebidos pelos Estados e Municípios confrontantes com a plataforma continental.

O apelo a esse suposto "acordo", por outro lado, não se justificaria mesmo se ele tivesse existido, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, felizmente, tem rejeitado o originalismo e o apego

fetichista à vontade do legislador histórico, como vimos de maneira exemplar na ADI 4.277 sobre as uniões homoafetivas. Mesmo se tivesse havido, portanto, esse acordo, ele estaria submetido à cláusula *rebus sic stantibus*.

Da mesma forma, a Lei 12.734/2012 não gera um "desequilíbrio federativo". Pelo contrário, ela visa a evitar um profundo desequilíbrio federativo entre os Estados que seria gerado pelos royalties e participações derivados do pré-sal. Não há um federalismo de cooperação sem uma distribuição justa entre as regiões da riqueza comum.

Como vimos, a tese dos autores da ADI 4.917 no sentido de que proteger o direito à compensação dos Estados produtores seria uma exigência do próprio "equilíbrio federativo", parte de uma espécie de modelo "dual", ultrapassado, de Federalismo, que não deixa espaço ao "Federalismo de cooperação ou de política conjunta".

O Brasil que consagra um Federalismo, impactado pela igualdade, como o faz a Alemanha, deveria observar o **primeiro pilar** do Federalismo de política conjunta alemão: a igualdade entre os Estados-membros e a União na formação de um condomínio cooperativo. A esse se alia o **segundo pilar**, que se refere **aos aspectos sociais e econômicos do Federalismo** de política conjunta, segundo o qual vigora o **princípio constitucional da "uniformidade das condições de vida"** em todas as regiões e Estados.

O modelo de Estado Federal alemão está, como se vê, muito mais avançado do que o nosso. Trata-se de um modelo em que cada Estado tem responsabilidade pelo bem-estar econômico dos demais, e assume inclusive a obrigação de ajuda mútua e de ceder recursos da arrecadação de seus próprios tributos aos demais, sob a forma de compensações financeiras horizontais e verticais.

Embora o sistema instituído pela Lei 9.478/1997 e aprofundado pela Lei 12.734/2012 não preveja o dever dos Estados produtores de cederem parte de suas próprias receitas aos demais (na medida em que concentra suas ações sobre o petróleo e o gás natural extraído do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, e não sobre o petróleo e o gás natural extraído no interior dos Estados), ele concretiza em importante medida o ideal federativo de participação na vida comum e busca o compartilhamento da riqueza nacional para promover, ao menos em certa medida, a equidade entre as regiões e o princípio da "uniformidade

das condições de vida", como preconiza a própria Constituição da República de 1988 ao impor a redução das desigualdades entre grupos e regiões.

Ao contrário do que se afirma na petição inicial da ADI 4.917 e na decisão judicial que suspendeu a execução da Lei 12.734/2012, essa lei promove, em medida muito maior do que qualquer outra legislação anterior sobre o tema, o ideal do equilíbrio federativo, pois estabelece uma forma de participação dos Estados e Municípios na riqueza comum que consagra o princípio da uniformidade das condições de vida e contribui para uma distribuição mais justa, entre as regiões, da riqueza nacional. Se o petróleo é bem da União – de toda a União, e não apenas da pessoa política da União –, é justo que ele seja distribuído de maneira equânime, livre da ficção conservadora e elitista de que ele pertence apenas aos Estados e Municípios que tradicionalmente foram tratados de maneira privilegiada.25

Concluímos, portanto, que a proposta de interpretação, feita pelos críticos à Lei 12.734/2012, não é de defesa do federalismo; pelo contrário, é uma política claramente **antifederativa**, que concentra a riqueza e compromete a igualdade econômica entre os Estados, assim como a participação dos Entes Federados (Estados e Municípios) na riqueza comum da União.

Finalmente, a nova onda federalista norte-americana, que realça os fins nacionais a que servem os Estados e Municípios, preconiza o **Federalismo não cooperativo**. Sem nenhuma contradição com a boa doutrina da **cooperação, que adotamos, assim como da**

[25] Os dados anteriores à Lei 12.734/2012 mostram que o Brasil, no âmbito da distribuição dos royalties do petróleo, caminhava vergonhosamente no sentido contrário de um modelo de federalismo de cooperação. Nesse sentido, Bercovici traz à baila importantes estudos empíricos sobre o assunto: "Bruno Oliveira Cruz e Márcio Bruno Ribeiro ... comprovaram a concentração espacial dos recursos petrolíferos e adicionam um dado, a partir da classificação adotada pela Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PDNR) do Ministério da Integração Nacional: os Municípios situados em regiões consideradas de alta renda teriam recebido 57,3% do total dos royalties distribuídos em 2007. Os Municípios situados em regiões consideradas dinâmicas receberam 26,8% e os Municípios situados em regiões consideradas de baixa renda ou estagnadas, ou seja, considerados como prioritários para a Política Nacional do Desenvolvimento Regional, receberam apenas 15,9% do total de royalties em 2007" (Bercovici, 2011, p. 341).

política conjunta, o Federalismo não cooperativo se levanta para salvar o próprio federalismo. Trata-se de uma reação de defesa, por meio da qual os novos nacionalistas pretendem que os Estados modelem não só o direito estadual, mas ainda o direito federal, aperfeiçoando-o por meio de resistência legislativa e interferência política. Repetindo-os:

> *"Os Estados são a linha de frente para debates nacionais, os lugares-chave onde trabalhamos nossas desavenças antes de falar delas no plano nacional. Os Estados não são postos de lado pela política nacional; ao contrário, eles a alimentam... Nossas políticas podem assumir maior complexidade, mas elas também não são tocadas pela uniformidade."*[26]

Em resumo, o Federalismo **não cooperativo** da Escola de Yale não configura desintegração, retirada política, ao contrário, configura verdadeira inserção política dos Estados e Municípios, por meio da dissenção, nos debates do Congresso, a fim de se produzirem regras comuns mais justas, mais iguais e mais solidárias. O Federalismo não cooperativo é **oposição para alcançar verdadeira cooperação (uniformidade das condições materiais de vida).**

A Lei 12.734/2012 é, pois, constitucional e veio tão só para implementar a concretização do Federalismo de Cooperação, pelo qual tanto lutaram grandes constitucionalistas brasileiros, como o Prof. Raul Machado Horta[27]. A ADI 4.917 não pode prosperar.

Referências bibliográficas

Bercovici, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Bulman-Pozen, Jessica. Partisan Federalism, 127, Harvard L.Rev.,

[26] *Gerken,* Federalism and Nationalism. Time for a Détente?, op. cit. p.1026/1027.

[27] Apesar de Raul Machado Horta ter sido citado diversas vezes na Decisão que deferiu a Medida Liminar suspendendo a execução da Lei 12.734/2012, a posição de Raul Machado Horta nessa matéria é exatamente igual a nossa. Ver Parecer por ele exarado e comentado em Derzi, Coêlho e Bustamante, 2012.

1077, 1081 (2014).

Bustamante, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?, in. Bustamante, Thomas. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Derzi, Misabel; Bustamante, Thomas. O Princípio Federativo e a Igualdade: uma Perspectiva Crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão, in. Derzi, Misabel; Batista Júnior, Onofre; e Moreira, André Mendes (orgs.). *Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado (Coleção Federalismo e Tributação*, *Vol. 2)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. Republicado neste volume.

Derzi, Misabel; Coêlho, Sacha Calmon Navarro; Bustamante, Thomas. Mar territorial, plataforma continental, competência tributária e *royalties* do petróleo: uma análise da contribuição do professor Raul Machado Horta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos – Série "Estudos Sociais e Políticos" (Edição comemorativa dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG)*, vol. 40, pp. 235-226 (2012). Republicado neste volume.

Gerken, Heather. Federalism and Nationalism: Time for a Détente?"Saint Louis University Law School.Vol. 59:997, 2014.

Heintzen, Markus. A distribuição das verbas públicas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios na República Federal da Alemanha. In: Derzi, Misabel Abreu Machado; Batista Júnior, Onofre Alves; Moreira, André Mendes (Orgs.). *Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado (Coleção Federalismo e Tributação, vol. 2)*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

Horta, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese de concurso para a cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1964.

Laufer, Heinz. O ordenamento financeiro no estado federativo alemão. in. *O Federalismo na Alemanha. Traduções, vol. 7, ano 1995.* Centro de Estudos: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 157.

Oliveira, Samuel Cunha. A distribuição dos royalties do petróleo entre os entes federados: uma análise da Lei 12.734/2012, em *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27646/a-distribuicao-dos-royalties-do-petroleo-entre-os-entes-federados#ixzz3eQTrfGvU>.

Rodriguez, Cristina M. The Significance or the Local in Immigration Regulation. Mich.L.Rev., 106, 2008, p. 567.

Waldron, Jeremy. Authority for Officials. in. Meyer, Lukas *et alii* (orgs.). *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: OUP, 1999.

FUNDAMENTOS PARA UMA PARTILHA IGUALITÁRIA DOS *ROYALTIES* PETROLÍFEROS

PETRÓLEO COM JUSTIÇA SOCIAL[1]

FUNDAMENTALS FOR AN EQUALITY SHARING OF PETROLEUM ROYALTIES: OIL WITH SOCIAL JUSTICE

Iaci Pelaes dos Reis[2]

Resumo: O artigo tem por objetivo discutir a questão da partilha dos *royalties* petrolíferos do pré-sal a partir de uma perspectiva teórica distributivista igualitária que se mostre compatível com o projeto político-constitucional da sociedade brasileira, orientado a promover justiça social, conforme expresso na Constituição Federal de 1988. Nessa senda, sustenta-se que a concretização desse ideal político requer que se adote um arranjo distributivo que neutralize fatores arbitrários e contingentes a fim de proporcionar uma distribuição equitativa dos recursos públicos. Em vista da abordagem teórica assumida, propõe-se a demonstrar que a distribuição dos *royalties* baseada na supervalorização do critério físico-geográfico é incompatível com o ideal político de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na medida em que induz à concentração de ren-

[1] Este artigo decorre de pesquisa realizada durante estudos de doutoramento, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, em parceria com a Universidade Federal do Amapá e financiamento da CAPES. Referida pesquisa teve a orientação da Professora Doutora Misabel Abreu Machado Derzi (UFMG) e contou com a colaboração do Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior e Prof. Dr. André Mendes Moreira, ambos da UFMG.

[2] Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-doutoramento em Direito e democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (Coimbra). Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Professor Associado da Universidade Federal do Amapá (curso de Direito). Promotor de Justiça do MP-AP.

da e ao agravamento das disparidades sociais no Brasil. Em termos metodológicos, a pesquisa deve ser classificada como qualitativa e interpretativa.

Palavras-chave: Justiça distributiva. *Royalties* petrolíferos. Princípio de diferença. Redução de disparidades sociais.

Abstract: The article aims to discuss the issue of the distribution of oil royalties from the pre-salt from an egalitarian distributed theoretical perspective that is compatible with the political-constitutional project of Brazilian society, aimed at promoting social justice, as expressed in the Federal Constitution of 1988. In this way it is maintained that the realization of this political ideal requires that a distributive arrangement be adopted that neutralizes arbitrary and contingent factors in order to provide an equitable distribution of public resources. In view of the assumed theoretical approach, it is proposed to demonstrate that the distribution of royalties based on the overvaluation of the physical-geographical criterion is incompatible with the political ideal of building a free, fair and solidary society, to the extent that it induces the concentration of income and the worsening of social disparities in Brazil. In methodological terms, research must be classified as qualitative and interpretative

Keywords: Distributive justice. Petroleum royalties. Principle of difference. Reduction of social inequalities.

Introdução

A descoberta das reservas petrolíferas na camada do pré-sal[3], anunciada pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) e posteriormente confirmada pela Petrobras em fins de 2006, despertou

[3] Em linhas gerais, no âmbito da geologia, a camada do pré-sal refere-se a uma camada de rochas, a profundidade que variam de 1.000 a 2.000 metros de lâmina d'agua e entre 4.000 a 6.000 metros de profundidade no subsolo (região marítima), localizada abaixo de uma camada de sal, onde se situam reservas petrolíferas. No Brasil, essas reservas estão localizadas entre as regiões nordeste e sul. Disponível em https://pt.m.wikipedia.org Acesso em 10.07.2018.

importantes debates no plano político, econômico e jurídico, suscitando diversos estudos sobre a matéria.

No âmbito jurídico, a discussão acirrou-se com o advento da Lei 12.734/2012, que rearranjou a distribuição dos *royalties* oriundos da exploração de petróleo, que, até então, tinha sua partilha regida pela Lei 9.478/1977 (Lei do Petróleo).

Nas palavras de Misabel Derzi e Thomas Bustamante, a nova lei "apenas reconfigura os montantes dessa participação para remediar um desequilíbrio gerado pelo favorecimento excessivo dos Estados confrontantes na distribuição anterior." (DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p. 71).

Essa alteração trazida pelo novo marco legal da partilha acabou por gerar descontentamento, nomeadamente por parte dos chamados estados "produtores" ou confrontantes, que se posicionaram no sentido de atacar o sistema distributivo estabelecido na mencionada lei, pois teria causado prejuízo a esses entes federados.

Essa disputa chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), por via, inicialmente, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.917), deduzida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, seguida pelo Espírito Santo e São Paulo, os quais argumentam, em linhas gerais, que os dispositivos que tratam da partilha dos *royalties* são inconstitucionais, porque incompatíveis com os parâmetros da Constituição Federal de 1988, o princípio federativo e o critério adotado pela Lei 9.478/1977.

Antes de avançar no ponto fundamental do debate, oportuno destacar que a atividade petrolífera, por si só, independente dos *royalties*, tem o condão de propiciar vantagens econômicas e financeiras à região onde se explora essa riqueza, na medida em que possibilita movimentar a cadeia econômica em diversos setores, pois atrai investimentos para atividade industrial e impulsiona múltiplas atividades comerciais e de serviços, gerando um cenário econômico positivo ao governo local e à população (SERRA; GOBETTI, 2012, p. 171-176).

O modo como os recursos são distribuídos em uma sociedade afeta diretamente as condições existenciais das pessoas e influencia o bem-estar coletivo, podendo ou não promover justiça social. Um sistema distributivo justo proporciona desenvolvimento humano, igualdade equitativa de oportunidades, expansão das potencialidades dos cidadãos e redução de assimetrias sociais. (NU-

NES, 2015).

Oportuno pontuar, desde logo, que, embora a questão da partilha dos *royalties* petrolíferos envolva debate acerca do federalismo, neste artigo o foco investigativo limita-se aos fundamentos jurídico-filosóficos do tema, não sendo objeto de análise o aspecto federativo que será apropriadamente tratado em outro trabalho.

O problema que se coloca é o de saber se a partilha dos *royalties* petrolíferos baseada no argumento que hipervaloriza a posição geográfica dos entes federados confrontantes guarda compatibilidade com a ideia contemporânea de justiça distributiva. Nessa linha, procura-se examinar se há razão plausível para se atribuir demasiado valor à dimensão geográfica como fator norteador à distribuição dessas receitas públicas.

Noutro giro, indaga-se se é razoável considerar a posição geográfica dos Estados confrontantes como fator relevante para conferir a esses entes favorecimento excessivo na distribuição dos *royalties*.

Para enfrentar esse problema distributivo recorre-se ao paradigma teórico de matriz liberal igualitária, particularmente a desenvolvida por John Rawls (RAWLS, 2008). A opção teórica decorre do fato do filósofo referido oferecer fundamentos relevantes para a questão distributiva de recursos, no âmbito de sociedades democráticas, com vistas a promover equalização social.

A base teórica adotada é liberal e igualitária. "Liberal" no sentido de que prevê a defesa de uma série mais ou menos ampla de liberdades fundamentais (liberdade para fazer escolhas de projetos de vida, liberdade para desenvolver potencialidades e talentos, dentre outras) e a outorga de meios materiais que torne possível o exercício concreto dessas liberdades. "Igualitária", por seu turno, abraça a ideia de que cada pessoa, por ser portador de um valor intrínseco, tem direito de usufruir de uma distribuição equitativa de oportunidades e de recursos econômicos, que lhe permita uma existência decente (GOSSERIES, 2015, p. 33; SEN, 2010).

Essa concepção de justiça aqui perfilhada orienta-se pela noção de que a sociedade política, em certo sentido, tem responsabilidade pelo destino das pessoas, cuja sorte não pode ficar dependente de circunstâncias arbitrárias como a origem familiar, o livre jogo do mercado, dentre outros fatores contingentes.

Argumenta-se, em linha preliminar, que o exercício da li-

berdade substantiva exige que o Estado oriente-se por uma concepção de justiça que ofereça condições materiais que permitam aos cidadãos transpor obstáculos decorrentes de fatores arbitrários. Essa postura demanda atuação estatal que se traduza distribuição de bens e recursos econômico-financeiros em patamares equitativos.

1 A razão de debater o tema a partir da perspectiva da justiça distributiva: uma primeira aproximação

Pretende-se demonstrar neste estudo a relevância da teoria distributiva de base rawlsiana para a redução de graves assimetrias sociais existentes na sociedade brasileira, porquanto se trata aporte teórico que serve de fundamento à produção legislativa no âmbito de uma sociedade que objetiva oferecer condições existenciais dignas a todos, independente da região ou parte do território brasileiro onde essa pessoa resida.

Na sociedade contemporânea, caracterizada por extrema complexidade, a ação legislativa, como produto do Direito, atua como redutora dessa complexidade no interior do (sub)sistema jurídico, possibilitando a solução de conflitos e a estabilidade de relações sociais (DERZI, 2009, p. 16-22).

Para além desse aspecto, o Direito, pela via da legislação, cumpre papel essencial para o processo do desenvolvimento humano e a construção de uma sociedade justa, visto que as leis são editadas para projetar expectativas[4] e resolver determinadas questões de natureza econômica, política e social, pelo que devem oferecer a melhor resposta possível ao problema (SOARES; ASSUNÇÃO, 2015, p. 104-115).

Assim posto, analisar-se-á se a legislação brasileira, na parte que trata da distribuição dos *royalties* petrolíferos do pré-sal (Lei nº 12. 734/2012) guarda coerência com a concepção de justiça distributiva na forma proposta por John Rawls em sua obra seminal "Uma teoria da justiça" (RAWLS, 2008) ou, se, ao contrário, esse instrumento normativo é incompatível com esse parâmetro teórico e o ideal de justiça social preconizado na Constituição de 1988.

Conforme já anotado, a questão da partilha dos *royalties* pe-

[4] A projeção de expectativa ora referida decorre da confiança legítima que os destinatários da lei nela depositam.

trolíferos, antes de ser um problema federativo, envolve um debate precedente, consistente em investigar que ideia de justiça distributiva se mostra coerente com o projeto constitucional de sociedade brasileira, tal como expresso na Constituição Federal de 1988. Essa discussão remete para análise de um problema da filosofia política e normativa a servir de fundamento para a dimensão jurídica.

Sem descurar de que se visa solucionar um problema jurídico, importa, previamente, empreender uma análise que visa encontrar um fundamento constitucionalmente adequado para a questão da distribuição de recursos públicos na sociedade brasileira.

Trata-se de uma questão prévia porque diz respeito à dimensão do justo. A discussão acerca da dimensão do justo em matéria distributiva envolve tema estudado pela Filosofia Política/normativa e Filosofia do Direito, com projeção na seara jurídica, basta ver que toda lei possui um substrato ético-moral, que precisa ser considerado no percurso interpretativo.

Nessa singra, entende-se não ser possível argumentar de forma razoável em matéria de distribuição de recursos públicos sem o exame do problema normativo estudado no espaço da Filosofia Política. Desconsiderar a dimensão política e moral implica em perder de vista os fundamentos subjacentes à legislação.

A linha argumentativa adotada contrapõe-se aos discursos apaixonados, oportunísticos ou regionalistas, que acabam por apresentar soluções rasas, sem a devida análise dos fundamentos de moralidade política ínsitos no conceito de Estado Democrático de Direito e que devem ser considerados nas decisões judiciais.

A decisão judicial que se propõe a enfrentar o problema distributivo dos *royalties* petrolíferos coloca-se diante de escolhas interpretativas, mas a opção eleita, entre as possibilidades levantadas, exige que a decisão justifique a preferência, devendo tal escolha apresentar-se consistente e coerente com o princípio jurídico-político que orienta a solução da questão (MacCormick, 2011, p. 40).

Na contemporânea Teoria do Direito, a escolha do intérprete não está fora de controle como pensava Kelsen, para quem a decisão que resolve uma controvérsia jurídica seria mera escolha política, insuscetível de controle (KELSEN, 2003). Ao reverso, o Direito dispõe de elementos que permitem avaliar a racionalidade, a razoabilidade, a consistência e a coerência da decisão judicial, não estando assim a opção escolhida pelo julgador isenta de controle.

Na hipótese em estudo, é possível verificar se a lei que trata distribuição de receitas públicas decorrente de exploração de petróleo guarda coerência com o princípio constitucional que orienta no sentido de buscar transformação da realidade social brasileira, marcada por altos índices de pobreza e de graves disparidades sociais.

Malgrado não ser foco deste trabalho, outro grave problema relacionado às receitas petrolíferas diz respeito à forma como os governos aplicam esses recursos. Em geral, o gestor gasta-se o dinheiro sem racionalidade, no "aqui e agora" e, portanto, sem preocupação com o futuro. Quando tal acontece, a sociedade beneficiada pela dádiva divina atrairá a chamada "maldição dos recursos naturais", que são os efeitos deletérios ocasionados pelas rendas oriundas da exploração petrolífera, uma vez que esses recursos naturais são exauríveis e o preço do barril do petróleo é volátil (SILVEIRA, 2014, p. 30).

É o que está acontecendo no Rio de Janeiro. Desde quando o preço do barril do petróleo despencou no mercado internacional, aliado a outros problemas, aquele ente federado passou a ter gravíssimos problemas financeiros, chegando ao ponto de inventar uma nova modalidade de calamidade no Brasil, o "estado de calamidade financeira", como se o problema fosse decorrente de obra da natureza (enchentes, desabamentos), quando é resultante de má governança de receitas petrolíferas e de corrupção (SCAFF, 2016, p. 1-2)[5].

Um bom exemplo de país que aplica bem as receitas petrolíferas é a Noruega. Nesse país, os recursos petrolíferos são usados para financiar qualidade de vida e garantir sustentabilidade financeira. A virada econômica do país ocorreu a partir de 1969, quando foi encontrado petróleo pela primeira vez no Mar do Norte. Uma das principais razões do sucesso norueguês é a criação de um fundo no qual são depositadas as receitas decorrentes da exploração do recurso natural. Em que pese o valor expressivo desse fundo, considerado o maior do mundo (corresponde a quase 1 trilhão de dólares), o governo só pode gastar 4 % (quatro por cento) do montante[6].

---

[5] SCAFF, Fernando Facury. Artigo "Farinha pouca, meu pirão primeiro" e a overdose de Direito Financeiro, publicado na coluna CONJUR, de 27.dez.2016. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2016-dez-27/retrospectiva-2016-farinha-meu-pirao-primeiro-overdose-direito-financeiro?imprimir=1 > Acesso em 20.jun.2018.

[6] Matéria jornalística, publicada no periódico "Opera mundi", em 25.maio.2015, sob o título "Noruega: petróleo e altos impostos sustentam

Embora o Brasil tenha abundância de riquezas naturais não renováveis (minério e petróleo), paradoxalmente quase 15 (quinze) milhões de pessoas vivem em situação de pobreza extrema[7] e as desigualdades sociais e regionais persistem de forma crônica ao longo da história. O processo de desenvolvimento no país é desigual, a exigir instituição de mecanismos orientados a reduzir a intensidade desses fenômenos (BERCOVICI, 2003, p. 62).

Mesmo após as significativas quedas dos indicadores de desigualdades constatadas nos primeiros anos do século XXI, o país continua sendo um dos mais desiguais do planeta, ocupando a 10ª posição no ranking da desigualdade, dentre 143 países analisados, conforme Relatório Global de Desenvolvimento Humano de 2016 do PNUD[8].

Assinala Marcos Mendes que essa é uma "característica marcante da sociedade brasileira desde os primeiros anos da colonização. A desigualdade instaurou-se com a distribuição desigual das terras entre os primeiros colonizadores" (MENDES, 2014, p. 2). O pior é que esse problema persiste ao longo da história brasileira, bastando lembrar a produção de *commodities* baseada no latifúndio associado ao trabalho escravo, projetando-se durante o processo de industrialização e de urbanização.

O fato é que o fenômeno da desigualdade social em níveis intoleráveis tem relação estreita com o modo como as instituições jurídico-políticas estabelecem o regime de distribuição das riquezas produzidas. Quando essas instituições favorecem uma distribuição extremamente desigual dos recursos, a desigualdade social torna-se inevitável.

Para quebrar o ciclo histórico de pobreza e das graves dis-

---

país com maior qualidade de vida do planeta", assinada por Vitor Sion. Disponível em <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/40450/noruega+petroleo+e+altosimpostos+sustentam+pais+com+maior+qualidade+de+vida+do+planeta+.shtml > Acessado em 02.junho.2018.

[7] Matéria jornalística – Jornal G1, publicada em 13.abril. 2018, sob o título "O que explica o aumento da pobreza extrema no Brasil?". Disponível em < https://g1.globo.com > Acesso em 10.jun.2018.

[8] Relatório Global de Desenvolvimento Humano de 2016 do PNUD. Acessado em 10.jun.2018.Disponível em <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/desenvolvimento-alem-das-medias.pdf.> Acesso em 10.jun.2018.

torções sociais é necessário, assim, que o Estado promova uma (re) distribuição justa das riquezas, incluindo-se as receitas públicas, as quais precisam ser aplicadas, sobretudo, no financiamento de direitos fundamentais sociais como forma possibilitar acesso à qualidade de vida aos menos favorecidos.

O sistema distributivo dos recursos públicos[9] para ser justo precisa atenuar os graves desníveis sociais para patamares decentes. O princípio de justiça social exige que o sistema garanta padrão mínimo de condições materiais para todos e não apenas para uma parcela ou para a maioria da sociedade como pensam os utilitaristas da linha de Jeremy Bentham e Stuart Mill, os quais consideram como moralmente justa a medida distributiva que maximiza a utilidade e contemple a maior parte das pessoas [10].

Ao contentar-se com um sistema de distribuição que satisfaz o maior número possível de pessoas, mesmo que alguns fiquem excluídos, a doutrina utilitarista torna-se incompatível em uma sociedade política que se fundamenta na ideia de igual cidadania e na dignidade da pessoa humana como valor-fonte de suas decisões, pois cada ser humano tem um valor intrínseco, não se admitindo exclusão de nenhum no processo distributivo (RAWLS, 2008; DWORKIN, 2013).

Na linha do que se argumenta, lançam-se os seguintes questionamentos: é possível encontrar fundamentos normativos que possibilitem uma justa distribuição das receitas públicas oriundas da exploração petrolífera?

No Estado Democrático de Direito, que se fundamenta no ideal de igualdade, de solidariedade e de cooperação social não se admite que o destino das pessoas seja determinado por fatores arbitrários como as contingências naturais ou sociais, visto que a sociedade política é obrigada, tanto quanto possível, a neutralizar a influência desses fatores aleatórios responsáveis por desigualdades sociais (RAWLS, 2008, p. 128-129).

---

[9] A expressão recursos públicos envolve tanto as receitas derivadas (tributárias), bem como as receitas originárias, inclusive as patrimoniais, conforme leciona Aliomar Baleeiro. BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 128-144.

[10] Em síntese apertada, o utilitarismo é identificado como pensamento filosófico que defende a ideia da maior felicidade do maior número de pessoas, conforme Jeremy Bentham e Stuart Mill.

Afirma-se, neste passo, que as normas que expressam os objetivos fundamentais da sociedade brasileira (normas-objetivo), impõem à sociedade política o dever de reduzir as desigualdades sociais e de extirpar a pobreza. Essas normas constitucionais não podem ser tratadas como meras normas programáticas ou simbólicas, tal como alude Marcelo Neves.

Ao referir-se a esse fenômeno, ressalta Neves que essa espécie de norma, embora conste do sistema normativo-jurídico, serve primariamente a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico (NEVES, 2007, p. 30).

Nesse compasso, pontifica Luís Roberto Barroso que "o constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para constitucionalismo social". Essa nova postura do Direito Constitucional teve forte influência da Filosofia Política contemporânea surgida no pós-segunda guerra, a qual se propõe fazer valer a força normativa da constituição (BARROSO, 2016, p. 109).

Nesse ambiente político-jurídico do segundo pós-guerra, caracterizado pelo acirramento das contradições sociais, John Rawls propôs uma nova abordagem à teoria do contrato social, inserindo uma concepção de justiça material, baseada em princípios, como componente do Estado, destinada a fazer valer concretamente as liberdades, dignificadoras da personalidade humana.

A proposta teórica de Rawls mostra-se adequada à análise da questão distributiva na sociedade brasileira, pois parte da ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação social, em que se atribui ao Estado o dever fundamental de garantir as condições materiais mínimas aos cidadãos para eliminar barreiras sociais e econômicas, que lhes impedem de disputar espaços públicos em igualdade equitativa de oportunidades (ponto de partida igual), ao tempo que concorre para redução das desigualdades sociais (RAWLS, 2008).

Empreendida essa incursão preliminar, ressalta-se que, conquanto a partilha dos *royalties* do petróleo do pré-sal encontrar-se judicializada, face ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governo do Rio de Janeiro (ADI 4.917), com liminar concedida pela ministra Cármen Lúcia Rocha (STF), que determinou a suspen-

são dos efeitos da Lei 12.734/2012[11], o debate sobre o tema continua a despertar interesse por parte da sociedade brasileira, mesmo porque a matéria ainda não foi enfrentada pelo colegiado daquela Corte de Justiça.

2 A justiça distributiva na concepção de Aristóteles: o mérito como critério distributivo

Neste tópico, pretende-se examinar se a concepção de justiça distributiva desenvolvida por Aristóteles é adequada para nortear a distribuição de recursos públicos na sociedade brasileira, considerando que a Constituição de 1988 atribui ao Estado o dever de perseguir a justiça social, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na solidariedade.

A abordagem da concepção de justiça distributiva no pensamento de Aristóteles, como ponto de partida para incursão ao tema, decorre do fato de ser o primeiro clássico da filosofia a propor uma teoria sistemática da justiça, como virtude moral[12] mediadora de todas as demais virtudes (temperança, da fortaleza e da mansidão), a qual visa ao alcance da vida plena e feliz e o "bem do outro".

A justiça (*dikayosyne*) para o filósofo grego, como fruto da razão prática, localiza-se no meio-termo, uma posição mediana (*mediania*) entre dois extremos, sendo assim um princípio ponderativo, na medida em que representa o ponto mediano entre o excesso e a falta (BROCHADO, 2016, p.30). Nessa trilha, argumenta Aristóteles que tanto a prática excessiva de exercício quanto a deficiente destroem o vigor, ou seja, tanto para mais quanto para menos, são censuráveis, porquanto desbordam do equilíbrio e da proporcionalidade (ARISTÓTELES, 1984).

Aristóteles entende que a justiça como virtude moral situa-se fora do âmbito natural, pois não poderia o homem realizar algo naturalmente que contraria a sua natureza. Para esse filósofo, essa

[11] A Lei 12.734/2012 alterou o arranjo distributivo da Lei 9.478/1997, tornando-o mais favorável aos entes federados não confrontantes às regiões marítimas onde se situam as reservas petrolíferas.

[12] Virtude como modalidade de escolha, em oposição às paixões que decorrem dos sentimentos, isto é, advindos de algo que não escolhemos como o prazer ou da dor (alegria, compaixão, ódio, ressentimento).

virtude decorre da aprendizagem, para quem existe no ser humano a potencialidade natural à adaptação de receber as virtudes, as quais se tornam um hábito perfeito pelo exercício constante (SANTOS, 2016, p. 235).

A justiça é apresentada por Aristóteles em duas perspectivas: uma universal ou geral[13], que corresponde à conformação da conduta à lei; outra denominada de particular. A lei é aplicada nas relações que o cidadão estabelece na *polis*.

Para o filósofo em referência, a cidade (*polis*) é o local onde o sujeito possui liberdade, na medida em que a pessoa deixa de ser indivíduo ligado à vida privada (ambiente familiar) e se torna cidadão, vinculando-se ao espaço público. No ambiente público, a legalidade é compreendida tanto no sentido de lei jurídica quanto no de lei moral, uma vez que esta prescreve, tanto quanto a lei jurídica, a observância de deveres e o cumprimento de virtudes (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 198).

No plano da legalidade, a conformidade à lei manifesta-se em duas dimensões: a) na dimensão das relações entre os indivíduos integrantes da polis, supostamente livres e iguais (*isonomia*), considerada justiça política, e na dimensão do exercício da atividade jurisdicional, em que o juízo arbitra e promove a adequação da conduta à lei (*eunomia*), designada de *equidade* (BROCHADO, 2016, p. 30-31).

Em seu sentido particular, o filósofo subdivide a justiça em comutativa (corretiva) e justiça distributiva. A primeira, também chamada de justiça retificadora, tem por fim corrigir, sobretudo, erros e delitos nas relações entre os cidadãos, decorrentes de furto, roubo, homicídio, violência física que causa lesões, ofensas à honra. Busca-se aqui estabelecer a igualdade, por meio da intervenção de um terceiro para consertar a injustiça decorrente da conduta causadora do dano (FLEISCHACKER, 2006, p. 29; BARZOTO, 2003, p. 1).

Na acepção distributiva, a justiça postula a igualdade pela

[13] A justiça universal ou geral é também chamada de completa, pois se refere à conduta justa em relação a si mesmo e na relação com o próximo, ou seja, leva em consideração o homem que cultiva a virtude da justiça consigo mesmo e no trato com próximo (o 'outro") no espaço público. Há alguns homens que são capazes de agir bem no âmbito privado e viciosamente na esfera pública.

proporção e objetiva a distribuição do que cabe a cada um segundo suas necessidades e seus méritos. Diz respeito ao modo como a *polis* partilha as honrarias, as riquezas e os encargos entre os seus cidadãos. Nesta modalidade de justiça, os cidadãos poderiam ser recompensados com benefícios conforme seus méritos, nomeadamente em razão do *status* político ocupado na polis (ARISTÓTELES, 1984, Livro V, p. 125).

Para Aristóteles, essa distribuição será reputada justa quando adotar o *mérito* como critério fundamental. O fator marcante desta forma de justiça repousa no fato de assumir o mérito como fator distributivo, em liame com a proporcionalidade como forma de realizar a igualdade. Nesse sentido, a distribuição dos bens deve ser proporcional ao mérito de cada cidadão. A distribuição, por essa via, não deve seguir a forma aritmética absoluta, que concede partes iguais para pessoas em situações diferentes. Para o filósofo, se "as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais" (ARISTÓTELES, 1984, p. 103).

Nas palavras do pensador grego (ARISTÓTELES, 1984, livro V, p. 125):

> [...] as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito", pois todos admitem que a distribuição justa deve concordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.

Conquanto o critério meritório pareça atraente para fins distributivos, análise mais acurada permite concluir que sua aplicação a uma sociedade marcada por profundas desigualdades e por altas taxas de pobreza conduz a privilégios intoleráveis e consequente injustiça social. O próprio Aristóteles reconhece que o uso dessa variável (mérito) não é estável, uma vez que pode mudar conforme a concepção política de cada sociedade.

Em sociedades marcadas por concentração de riquezas e profundas disparidades sociais, o critério meritório, quando dissociado de outro diferencial, possibilita, na prática, a reprodução da

desigualdade, mediante a "glorificação do mérito", em que a posição privilegiada do vencedor fica ocultada no discurso.

Nessas condições, aqueles que conseguem sucesso nas disputas, em virtude de berço familiar ou outro fator contingente, passam a ser exaltados como se tivessem largado da mesma linha de partida dos considerados "fracassados", que não tiveram igual acesso aos recursos materiais necessários para competir com o concorrente (PEUGNY, 2014, p. 24-25).

Em conformidade ao que se expõe, parece ser inadmissível reputar como justa uma sociedade que não oferece chances reais para que seus cidadãos disputem cargos e posições sociais em igualdade de condições materiais com seus concorrentes. Seria legítimo exaltar o indivíduo que, sendo privilegiado no ponto de larga, conquista posições de destaque? Seria justo argumentar que essa pessoa teve méritos dignos de registro?

Outro problema dessa modalidade de justiça diz respeito à concepção de mérito, ou seja, a caracterização do que constitui o mérito. A influência política? A dimensão da riqueza?

O segundo problema diz respeito a quem estaria legitimado a fazer a escolha do critério para determinar seus elementos constitutivos. Certo é que essa decisão fica sujeita à perspectiva política do grupo social hegemônico, tornando esse sistema perigoso e desfavorável à minoria.

Na sociedade grega, em que havia diferentes posições políticas, os partidários da democracia grega adotariam como mérito a condição de homem livre, considerado cidadão, excluindo da distribuição os escravos e a mulher por não serem portadores de cidadania. Já os integrantes da oligarquia estipulariam a dimensão da riqueza, enquanto que os partidários da aristocracia elegeriam o valor da excelência. Como se vê, a justiça baseada no mérito seria como uma bailarina a dançar com qualquer par.

Em uma sociedade guiada por interesses egoísticos de mercado, os agentes econômicos estariam inclinados a associar o critério meritório à utilidade. Nesse caso, alguém seria considerado merecedor quando fosse passível ser utilizado em sua máxima produtividade pelas organizações econômicas, sendo, por outro lado, excluído dos benefícios distributivo aqueles considerados não úteis.

Um sistema de justiça preocupado com o bem estar de todos deve possibilitar a todos acesso equitativo à riqueza, independente-

mente de mérito, da raça, da origem familiar, das convicções filosóficos, pois todo ser humano tem um valor intrínseco (RAWLS, 2008).

Nessa esteira, uma reflexão crítica se impõe: Que medidas concretas o Estado deve adotar para que pessoas rotuladas de "fracassadas", segundo o discurso do senso comum, tornem-se habilitadas a desenvolver suas potencialidades? Será que essa forma de justificação da desigualdade não precisa ser desvendada quotidianamente como forma de se construir uma cidadania substancial dotada da força necessária para reivindicar uma justa distribuição dos recursos públicos destinados a financiar educação de qualidade a todos os brasileiros?

Nessa trilha, percebe-se que a justiça distributiva aristotélica mostra-se inadequada para fundamentar a distribuição de recursos públicos no contexto da sociedade brasileira, por ser uma teoria excludente, que privilegia o mérito sem se levar em conta as desvantagens dos economicamente vulneráveis e as iniquidades sociais.

3 Justiça distributiva na concepção contemporânea: aplicação à distribuição de recursos públicos

3.1 Precedentes do conceito contemporâneo de justiça distributiva

A noção moderna de justiça distributiva tem pouco mais de dois séculos de existência. Seu nascedouro remonta aos espasmos violentos da Revolução Francesa, quando se passou a argumentar que o Estado tinha o dever de enfrentar os graves problemas sociais de então, nomeadamente os relacionados à pobreza, à exclusão social e mazelas decorrentes do sistema econômico (FLEISCHACKER, 2006).

Na França revolucionária, as classes menos favorecidas reclamavam por uma igualdade de fato (*égalité de fait*), capaz de ultrapassar a mera igualdade formal ou igualdade perante a lei (ZIPPELIUS, p. 455). Nesse tempo, a classe hegemônica, depois que conquistou o poder, deixou de ter interesse em colocar em prática os princípios democráticos, entre os quais o da igualdade substantiva, limitando-se apenas a difundi-los doutrinariamente, numa espécie de generalização nominal e sem qualquer efeito prático universal (BONAVIDES, 2014, p. 42).

Apesar de os direitos terem sido proclamados com caráter universal, no período revolucionário, na prática, não foram efetivados na extensão declarada, pois assumiram dimensão abstrata e restrita, a exemplo da propriedade que aproveitou, sobretudo, os que pertenciam a certa classe, ficando reservado ao plano individualista e sem efeito concreto (MIRANDA, 2017).

O ambiente revolucionário do século XVIII foi marcado por grave crise social e muita pobreza, o que levou Graco Babeuf (1796) a proclamar explicitamente a necessidade de intervenção do Estado para distribuir bens aos pobres, principalmente a terra, a fim de possibilitar que as famílias necessitadas pudessem ter seus sustentos garantidos (FLEISCHACKER, 2006, p. 110- 111).

Embora Graco Babeuf tenha defendido o direito de participação de todos na riqueza social e de que o Estado tinha um papel importante para promovê-la, ele não chegou a empregar a expressão "justiça distributiva" como se entende contemporaneamente. Seus argumentos fundamentam-se na tradição do direito natural[14] e não como dever do Estado em razão do individualismo, das imperfeições do mercado e das contingências políticas e institucionais, representadas por ordenamentos jurídicos injustos.

Nada obstante, esse autor deu um passo importante quando estabeleceu um vínculo direto entre o direito natural à riqueza e a exigência de que a sociedade realizasse a distribuição com base na igualdade (FLEISCHACKER, 2006, p. 114).

Babeuf afirmava que a natureza dá a todos "um direito à fruição de toda riqueza", destacando que o objetivo da sociedade é defender essa igualdade atacada pelos detentores do poder econômico, representados pelos donos de terras. Além disso, defendeu que a sociedade política tinha o dever de proteger os cidadãos dos perversos em estado de natureza para que o sistema social pudesse ampliar essa fruição mediante a cooperação de todos (FLEISCHACKER, 2006, p. 114).

Na perspectiva filosófica, Kant chegou extremamente perto da concepção moderna de justiça distributiva. No entanto, não se pode afirmar que esse filósofo tenha formulado um conceito explíci-

[14] Ao interpretar de forma pessoal o estado de natureza de Rousseau, partindo da ideia de uma sociedade original (paraíso pré-social imaginário), Babeuf defendia que todos os seres humanos tinham o direito de desfrutar de todos os produtos da terra.

to desse modal de justiça, já que não avançou no sentido de defender a ideia distributiva como dever ético-jurídico do Estado, apenas argumentando, em poucas linhas, que tal iniciativa faz parte do contrato social (FLEISCHACKER, 2006, p. 110- 117).

No sentido contemporâneo, a justiça distributiva assenta-se em novas bases filosóficas, estando associada à ideia de dever de intervenção da sociedade política no sentido de garantir a distribuição equitativa de recursos, tendo em vista o fundamento compromissário assumido pelo Estado de proteger o cidadão e de lhe assegurar existência digna.

A medida distributiva não mais será encarada como assistencialismo presente, em certo sentido, no pensamento de Babeuf, pois a realização da justiça social passa a ser um imperativo para assegurar a primazia da pessoa humana em relação às dinâmicas de mercado .

Nesse aspecto, a concretização do ideal distributivo vai requerer uma ação efetiva por parte do Estado, mediante o estabelecimento de instituições justas, como a criação de leis e a implementação de políticas públicas dirigidas a concretização desse desiderato.

3.2 Justiça distributiva em Rawls como teoria relevante para fundamentar a distribuição de recursos públicos em uma sociedade democrática

3.2.1 A justiça distributiva como componente do contrato social

A expressão "justiça distributiva", no sentido que se adota contemporaneamente, tornou-se amplamente conhecida depois da publicação da obra de John Rawls, *A Theory of Justice*(1973)[15] , pois até então essa ideia era utilizada como sinônimo de caridade ou beneficência, daí que, sendo concebida nessa ótica, não poderia ser exigida coercitivamente do Estado (APPIO, 2007, p. XVIII[16]).

A teoria de Rawls é complexa e está baseada em consisten-

[15] Tradução para a língua portuguesa: Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 2008.

[16] APRESENTAÇÃO AO TEXTO DE ROBERTO GARGARELA, no corpo da obra "As teorias da justiça depois de Rawls". Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

tes argumentos filosóficos. Entretanto, o objetivo deste estudo não é analisá-la em sua totalidade, mas examinar o ponto argumentativo central de seu pensamento que permite fundamentar a distribuição equitativa das receitas petrolíferas, no contexto brasileiro.

Em sua teoria da justiça como equidade, RAWLS apresenta uma importante inovação à tradicional teoria do contrato social, na medida em que nele incorpora uma concepção política de justiça, firmada em princípios da moral, como dever inarredável do Estado. Essa ideia de justiça parte do pressuposto ético-moral de que todo ser humano tem um valor intrínseco que lhe garante o direito de usufruir de parcela da riqueza social em bases igualitárias, independentemente de sua posição filosófica, religiosa, raça, origem familiar ou qualquer outro fator moralmente arbitrário (GARGARELLA, p. 16-19; RAWLS, 2000).

Nesse aspecto, o filósofo dá uma relevante contribuição para a superação da tradição filosófica liberal contratualista, a qual se funda na ideia de que o dever primordial Estado é garantir a liberdade, em seu sentido negativo. Nessa concepção clássica, a liberdade do sujeito seria garantida pelo só fato de o Estado não lhe impor obstáculos à realização de seus objetivos (HONNETH, 2015, p. 43-57).

A postura teórica tradicional, ilusoriamente, argumenta que basta o Estado não criar obstáculos ao exercício da liberdade que o cidadão já estaria apto para usufruir desse direito. Segundo esse discurso, à efetividade da liberdade não seria exigível que o Estado fornecesse prestações materiais mínimas, bastando sua garantia em lei (GARGARELLA, 2008, p. 37).

A história mostrou que não basta o Estado garantir a liberdade formal. Amartya Sen assinala que "às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico" (SEN, p. 16-17).

A moderna teoria constitucional revela que há direitos fundamentais cujo objeto depende essencialmente da satisfação pelo Estado de uma prestação material. Nessas hipóteses, parte-se do pressuposto de que é imprescindível uma atuação estatal para libertar os cidadãos de privações e opressões que lhes impossibilitam de exercerem seus direitos sociais, políticos e econômicos. São direi-

tos à promoção que surgiram da necessidade de se estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política (MENDES; BRANCO, 2017, p. 157).

Contrapondo-se à visão tradicional, Rawls repensa os fundamentos do contrato social, recolocando- o em novas bases filosóficas, propondo a ideia de que, em uma sociedade justa, organizada segundo um arranjo equitativo de distribuição da riqueza, compete à sociedade política não só assegurar a liberdade em seu sentido negativo, como igualmente promover a chamada "liberdade positiva", consistente nas ações e prestações materiais necessárias ao exercício dos direitos básicos.

Um ponto fundamental na teoria rawlsiana diz respeito à compreensão da sociedade como um empreendimento de cooperação social. Essa forma de visualizar a sociedade fundamenta-se na igual cidadania e no valor solidariedade como princípios vinculantes à atuação estatal, que passa a ser responsável pelo destino de todos os seus cidadãos. Aqui não se admite a postura omissiva do Estado quanto às prestações fáticas necessárias ao exercício dos direitos dos cidadãos, visto que a omissão estatal ocupa a mesma categoria moral das ações (GARGARELLA, 2008. p. 38).

O paradigma do contrato social rawlsiano assenta-se na ideia de que as partes contratantes - cidadãos racionais, livres e iguais -, postos em situação original hipotética (posição original), em que se desconhece a posição que ocupará na sociedade (se rico ou pobre, se de família nobre ou não), estabelecem os princípios que devem governar a sociedade e estipulam como serão distribuídos os bens gerados nesse sistema (RAWLS, 2008, p. 15-21).

Ao usar esse artifício filosófico, RAWLS pretende que os princípios de justiça, escolhidos por trás de um "véu de ignorância[17]", uma vez aplicados à "estrutura básica da sociedade", consistente nas instituições políticas, jurídicas e econômicas, estabeleçam um procedimento equitativo que garanta uma concepção de justiça, de modo que ninguém seja favorecido ou prejudicado pelo acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais (RAWLS, 2008, p. 15).

A equidade do procedimento decorre do fato de que os ci-

[17] A expressão "véu da ignorância" refere-se a uma situação contrafática ou meramente hipotética.

dadãos, em situação de racionalidade e imparcialidade, entram em consenso quanto ao rol básico de princípios que devem ordenar a sociedade, a fim de garantir um mínimo social a todos, como pressuposto lógico de sua construção teórica.

No entender do filósofo, a incidência dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade tem efeitos profundos na vida das pessoas, visto garantir que o arranjo distributivo ofereça oportunidades iguais às pessoas ou perspectivas em níveis decentes para todos em termos de educação, moradia, renda e riqueza, dentre outros bens (SMITH, 2009, p. 208).

Os princípios de uma sociedade bem ajustada são apresentados por Rawls da seguinte forma (2008, p. 73):

> (a) cada pessoa deve ter o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
>
> (b) as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).

O primeiro princípio é o que garante liberdade igual para todos e tem prioridade sobre o segundo. Entretanto, aos fins deste trabalho não interessa abordar essa questão, mesmo porque a Constituição de 1988 já garante amplamente o rol dos direitos da liberdade.

Em segundo lugar, é oportuno destacar que atualmente não há mais que se estabelecer separação entre liberdade e igualdade, como se fossem valores que se tencionam e disputam posições conflitantes.

Em estudos posteriores à obra de RAWLS, mas que guardam afinidade com sua teoria de justiça, foi possível superar a dicotomia entre liberdade e igualdade (igualdade de recursos), como demonstra DWORKIN, quando argumenta que entre esses dois valores democráticos não há colisão, mas uma relação integrativa. Para este autor, liberdade e igualdade são valores imbricados e não confli-

tantes, razão pela qual devem ser analisados conjuntamente, como facetas da mesma realidade (DWORKIN, 2011, p.157- 177).

Nessa senda, a liberdade deve ser compreendida como dimensão da igualdade de recursos, pois aquela é um aspecto da igualdade distributiva (DWORKIN, 2011, p.158)[18].

Quando se analisa a questão do financiamento dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que assiste razão a DWORKIN. Assim, a prestação dos direitos sociais como a educação pública demanda que o Estado distribua os recursos públicos para as escolas em bases iguais de recursos, de sorte que todos os estudantes sejam tratados igualmente quanto ao financiamento desse direito.

A esse respeito, Stephen Holmes e Cass Sustein demonstraram na obra *The Cost of Rights - Why liberty Depends on Taxes*[19], que, mesmo os direitos fundamentais básicos, denominados de direitos de primeira dimensão, a exemplo da liberdade de locomoção, não podem ser efetivados sem dotação orçamentária destinada a financiar o aparato estatal responsável pelo sistema de segurança pública.

No Brasil, entre outros autores, o tema é desenvolvido por Flávio Galdino (GALDINO, 2005, p. 204-205), que argumenta:

> A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os estritamente individuais: liberdade e, principalmente a propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância.

Retornando à questão da liberdade como dimensão da igualdade de recursos, o próprio RAWLS, em obra posterior - *O liberalismo político* (RAWLS, 2000, p. 49) -, reformulou seu pensamento para admitir que o primeiro princípio, garantidor das liberdades iguais para todos, pode ser precedido do segundo, que versa sobre a garantia da satisfação das necessidades básicas para assegurar condi-

[18] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, p. 158, 2013.

[19] HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The Cost of Rights – Why liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 2000.

ções da igualdade equitativa.

3.2.2 O princípio da diferença aplicável à distribuição de receitas petrolíferas

Na concepção de justiça proposta por RAWLS, a sociedade política tem por propósito fundamental possibilitar condições sociais decentes por meio da distribuição dos recursos e de riquezas que beneficie a todos os cidadãos, independentemente da posição social, convicção filosófica, raça ou origem familiar (RAWLS, 2003, p. 135).

No esquema distributivo rawlsiano, o Estado tem o dever fundamental de levar avante um projeto social baseado em uma concepção de justiça que promova equalização social, de modo a reduzir profundas assimetrias decorrentes de contingências arbitrárias do ponto de vista moral, para tanto apresenta o princípio de diferença como mecanismo adequado a garantir a equidade distributiva.

Em sua teoria, RAWLS não afasta o diferencial existente entre as pessoas em virtude de potencialidades individuais, como inteligência, criatividade, talentos naturais, que lhes possibilita, no curso da vida, aquinhoar uma parte maior de riqueza. Entretanto, o filósofo norte-americano estabelece um princípio, denominado de princípio de diferença, que melhora as expectativas dos menos favorecidos, mas também garante certo diferencial em favor dos beneficiados pelo acaso da natureza ou por outros fatores contingenciais, moralmente arbitrários.

O princípio de diferença estabelece que, no processo distributivo, as desigualdades sociais e econômicas devem "(...) beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade" (RAWLS, 2003, p. 60).

A função primordial do princípio de diferença é dar prioridade às condições existenciais dos menos favorecidos, por meio de um arranjo distributivo, que reduza as distorções sociais e econômicas causadas por circunstâncias fora do controle daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Segundo RAWLS, as desigualdades sociais e econômicas dos cidadãos decorrem de três espécies de contingências:

(a) a classe social de origem (a família de nascimento);

(b) os talentos naturais e as oportunidades de desenvolvê-los em função da origem familiar;

(c) a boa ou a má sorte ao longo da vida (como os afetados por doenças, por acidentes ou por desemprego involuntário).

A fim de ilustrar a aplicação do princípio de diferença em situações hipotéticas, apresenta-se a seguir um quadro demonstrativo, que servirá para mostrar a vantagem desse princípio em relação aos menos favorecidos na sociedade, mas, ao mesmo tempo, garantidor de algum benefício aos melhores posicionados:[20]

Distribuição de recursos na sociedade			
Hipóteses	I	II	III
Camada menos favorecida	10%	15%	18%
Produtores	10%	25%	14%

Segundo a teoria rawlsiana, a segunda hipótese (II) e não a terceira (III) satisfaz plenamente o princípio de diferença, na medida em que ambas as classes obtêm um acréscimo equitativo de riqueza, atribuindo-se 15% à classe menos favorecida e 25% aos produtores. Na terceira hipótese, apenas a classe pobre obteve vantagem. Já na primeira situação (I), apesar de a partilha ter atribuído partes absolutamente iguais a ambas as classes, não traduz a ideia de distribuição equitativa ou igualitária.

Importante ressaltar que o princípio de diferença contrapõe-se ao pensamento teórico que defende a ideia de um Estado mínimo, que interfere o mínimo possível na efetivação dos direitos fundamentais, porquanto deixa o destino das pessoas entregue à dinâmica egoística do mercado, considerado um fim em si mesmo (FERREIRA, 2014, p. 65-69).

Nessa linha teórica de um Estado minimalista, Robert Nozick, advoga a tese de que em uma sociedade livre, onde diferentes pessoas podem estabelecer as mais diversas trocas e podem controlar recursos, não é necessário um Estado mais extenso para promover justiça distributiva (NOZICK, 2003, p. 170-171). Em vez do princípio de diferença, Nozick propõe a aplicação do princípio da

[20] O quadro demonstrativo foi elaborado com base em exposição de Frank Lovett. LOVETT, Frank. Uma teoria de justiça de John Rawls. Tradução de Vinícius Figueira. Porto Alegre, RS: Editora Penso, 2013, p. 54.

reparação como mecanismo para corrigir eventuais violações e injustiças às vítimas do mercado (NOZICK, 2002, p. 247).

O argumento de Nozick não passa de ilusão, pois as forças econômicas não estão preocupadas em desenvolver um processo plenamente justo, nem a conduzir a uma distribuição de recursos socialmente desejável (PEREIRA; *et al*, 2016, p. 26). O mercado, naturalmente, tem como primazia a obtenção do maior lucro possível, resultando em distribuição muito desigual da renda, da riqueza e da propriedade, sem contar que, na atual quadra, desenvolve-se em contexto globalizado e em sofisticado mercado financeiro, a ponto de suplantar a soberania dos países.

A esse respeito, Bauman assinala que na era contemporânea "o capital se tornou exterritorial, leve, desembaraçado e solto numa medida sem precedentes, e seu nível de mobilidade espacial é na maioria dos casos suficiente para chantagear as agências políticas dependentes de território e fazê-las se submeterem a suas demandas" (BAUMAN, 2001, p. 172).

Na esteira de sua arguta percepção, o autor afirma que esse poderoso capital volátil faz ameaças de desinvestimento, prometendo cortar os laços locais, caso os governos nacionais não se submetam aos seus interesses (BAUMAN, 2001, p. 172).

A competição acirrada no mercado, sem uma adequada e justa intervenção do Estado, acaba por gerar, ao longo do tempo, concentração de riqueza e consequentes desigualdades, que não podem ser superadas pelos mais vulneráveis, porquanto são forças situadas fora de seus controles (PIKETTY, 2015, p.10-11).

Ao analisar a concentração de riqueza em França, nos últimos duzentos anos, Thomas Piketty chegou à conclusão de que (PIKETTY, 2014, p. 411):

> [...] na democracia, a igualdade proclamada dos direitos do cidadão contrasta de maneira singular com a desigualdade bastante real das condições de vida, e, para escapar dessa contradição, é vital fazer com as desigualdades sociais resultem de princípios racionais e universais, e não de contingências arbitrárias. As desigualdades devem, assim, ser justas e úteis a todos.

Em seu estudo, o economista francês demonstra a necessi-

dade de que as desigualdades somente são toleráveis quando sejam justas e úteis a todos. Do contrário, deve o Estado agir, mediante formulação de políticas públicas e de instrumentos normativos, inclusive tributários, direcionados a reduzir as iniquidades causadas por fatores arbitrários, que causam pobreza e obstaculizam a expansão das liberdades substantivas.

O cenário de desigualdade no Brasil é incomparavelmente mais grave que em França, sendo apontado como um dos mais desiguais do mundo, conforme noticia o Relatório Global de Desenvolvimento Humano do PNUD de 2016 que, ao medir os indicadores socioeconômicos de 143 países pelo critério Geni, mostrou que o Brasil ocupa a 10ª posição no *ranking* da desigualdade (PNUD, IPEA, FJP, Brasília, 2017, p.8).[21]

Diante desse cenário injusto e contraditório, já que o Brasil ocupa posição destacada entre as economias do mundo (8ª posição[22]), não há como ficar indiferente. Em razão desse intolerável quadro de desigualdade, presente na sociedade brasileira, as normas do art. 3º, III[23], da Constituição Federal precisam ganhar pleno sentido, valendo destacar que se trata de norma-objetivo que exige instrumentos infraconstitucionais para ter sua eficácia garantida.

Nesta quadra de considerações, é de se reconhecer que, ao tema da distribuição de recursos públicos, a teoria normativa rawlsiana e, em particular o princípio de diferença, constitui aporte teórico plenamente adequado do ponto de vista político-moral-jurídico ao propósito de atenuar as desigualdades existentes na sociedade brasileira.

No que tange aos *royalties* petrolíferos é possível asseverar,

---

[21] Publicado no âmbito do Atlas de Desenvolvimento Humano do PNUD, sob o título Desenvolvimento Humano para Além das Médias. Brasília, 2017. PUNUD, IPEA, Fundação João Pinheiro, 2017. Disponível em < http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/desenvolvimento-alem-das-medias.pdf.> Acesso em 07.jun.2018.

[22] De acordo com o Relatório do FMI, WEO, abr 2017. Segundo a fonte pesquisada, que considera o PIB de cada país, as sete primeiras economias são China (1º), EUA (2º), índia (3º), Japão (4º), Alemanha (5º), Rússia (6º), Indonésia (7º). Disponível em <http://imf.org/externa/datamapper/datasets/WEO> Acesso em 30. jun.2018.

[23] Destaque-se aqui o objetivo constitucional de erradicar a pobreza e de reduzir as desigualdades sociais.

conforme já demonstrado, que a aplicação do princípio de diferença permite uma distribuição mais equitativa dessas receitas, conducente com os objetivos constitucionais da sociedade brasileira, uma vez que contribui para melhorar a situação da população menos favorecidos pela natureza, isto é, aqueles que habitam o território dos estados não confrontantes.

Na perspectiva jurídico-filosófica, não é possível analisar a questão distributiva das receitas petrolíferas sem considerar o pressuposto de que a distribuição do petróleo no espaço brasileiro, como em qualquer parte do planeta, **ocorre assimetricamente**. As reservas petrolíferas do pré-sal localizam-se na região marítima do país, em que três estados da federação são confrontantes (Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo). Essas três unidades federadas foram privilegiadas por Deus quanto à distribuição dessa riqueza natural, mas tal situação não pode ser invocada para afastar a distribuição equitativa dos *royalties*.

Quando se raciocina apenas do ponto de vista geográfico, parece haver razão aos que argumentam que esses três Estados tenham privilégios distributivos excessivos e recebam, em razão de suas localizações, parcelas que não guardem relação com a proporcionalidade equitativa.

Entretanto, quando se examina a questão a partir da perspectiva filosófica normativa rawlsiana, verifica-se não haver plausibilidade no argumento que pretende conferir maiores privilégios aos Estados confrontantes.

Por que os estados confrontantes não merecem ter tratamento privilegiado? Simplesmente porque, sob a ótica da justiça distributiva, o petróleo deve ser considerado um **bem comum**, vez que sua distribuição assimétrica na região marítima do Brasil não pode ser considerada justa, nem injusta.

Nenhum mérito há por parte dos Estados confrontantes. O fato de estarem situados em área confrontante às reservas petrolíferas não é razão suficiente para lhes atribuir privilégios. Assim como não há mérito no fato de alguém nascer no sul do país, também não há mérito na circunstância de determinado Estado ser confrontante aos recursos naturais. Nada justifica que a população desses Estados recebe tratamento privilegiado, em detrimento dos demais brasileiros.

Em sua teoria, RAWLS traz à baila a hipótese da distribui-

ção dos talentos naturais que, para fins de justiça distributiva, não é justa ou injusta, daí que argumenta o filósofo que parte dos recursos advindos do emprego dos talentos deve ser direcionada a contrabalançar desvantagens e deficiências dos não beneficiados pela loteria natural. Nessa situação, filosoficamente, o talento deve ser considerado um **bem comum,** de modo que os benefícios dessa distribuição devem ser compartilhados com todos, mormente porque a sociedade é compreendida como sistema equitativo de cooperação social (RAWLS, 2008, p. 121).

Com efeito, considerando que a distribuição natural do petróleo não é justa, nem injusta, supervalorizar a dimensão geográfica, para fins distributivos de recursos, não tem sentido.

O fato é que justa ou injusta é a forma como o Estado lida com essas circunstâncias arbitrárias. Nessa caminhada, o que deve ser analisado é se critério escolhido pelo órgão político legitimado a produzir a legislação que estabeleceu a partilha das receitas petrolíferas é justo ou injusto sob a ótica da teoria adotada nesta análise.

Importa assinalar que uma sociedade que se propõe a ser justa sob o ponto de vista substantivo deve adotar mecanismos para atenuar as diferenças resultantes de circunstâncias arbitrárias, pena de contribuir para agravamento das desigualdades. Nas sociedades injustas, entretanto, usam-se as contingências naturais ou sociais para perpetuar as desigualdades sociais. É o que acontece com o sistema de castas da Índia, em que um fator arbitrário e moralmente injusto erige-se em obstáculo à mobilidade social.

O princípio de diferença assim delineado postula a igualdade de recursos, mediante uma distribuição equitativa que equalize distorções nas relações sociais e econômicas, o que implica adoção de medidas que melhorem as condições existenciais da população menos favorecida e não apenas dos ricos.

Nesse sentido, RAWLS argumenta que "os que foram favorecidos pela natureza, quem quer que sejam, só podem beneficiar-se de sua boa sorte em condições que melhorem a situação dos menos afortunados" (RAWLS, 2008, p. 121).

No caso do petróleo, os menos favorecidos são representados pela população que habita o território dos Estados não confrontantes. Conforme já demonstrado, a posição geográfica não pode se constituir em argumento para impor uma partilha que beneficie sobremaneira os alcançados pela circunstância da natureza, pois não

há mérito moral nessa contingência.

É de se notar que o princípio de diferença transforma os objetivos da sociedade em um aspecto fundamental da justiça material, visto não ser possível ao Estado mudar o local onde se situa o petróleo, em virtude da rigidez locacional, mas está em seu poder utilizar-se de instrumentos jurídicos que promovam uma justa distribuição das rendas petrolíferas para mudar a situação dos não contemplados pela loteria natural.

É de se aduzir ainda que a estratégia distributiva baseada no princípio de diferença possibilita que o valor constitucional da solidariedade, presente no texto constitucional (CF/1988, art. 3º, I), não se transforme em mero recurso de retórica ou norma programática, mas funcione no interior do sistema com força normativa plena, voltada à construção de uma sociedade democrática, justa e solidária, na qual todos tenham participação justa nos recursos públicos.

4 O arranjo distributivo da Lei 12.734/2012 e sua conformidade ao ideal político-constitucional da sociedade brasileira

O propósito desta seção é examinar, sob a perspectiva do marco teórico adotado, se a decisão liminar proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro junto ao STF, que determinou a suspensão dos efeitos da Lei 12.734/2012, quanto aos dispositivos que tratam da distribuição dos *royalties* petrolíferos, guarda consonância com a ideia de justiça distributiva e, em particular, com o princípio de diferença expresso na teoria de justiça de RAWLS.

Constata-se que a decisão liminar acaba por atribuir ênfase ao aspecto geográfico como pressuposto do procedimento distributivo, o que justificaria dar ao Estado do Rio de Janeiro e demais entes confrontantes maiores parcelas de compensação financeira. Entretanto, essa decisão não guarda coerência com os fundamentos da justiça distributiva e o os objetivos da sociedade brasileira, como expresso no art. 3º da CF/1988.

Ao estribar-se nessa premissa, a decisão entende, perfunctoriamente, que as regras distributivas da Lei 12.734/2012, relativas à distribuição dos *royalties* petrolíferos, seriam inconstitucionais, porque alteram o regramento já definido na Lei 9.478/1997 e também

porque estaria em desconformidade o disposto no art. 20, § 1º, da CF/1988.

Em realidade, o entendimento esposado na liminar restringe a eficácia da norma-objetivo firmada no art. 3º da CF/1988, visto que é impeditiva de uma distribuição mais equânime dos *royalties* petrolíferos, a erigir-se como obstáculo à redução das desigualdades sociais, um dos desideratos da sociedade brasileira.

Ao se analisar a Lei 12.734/2012, sob a ótica da teoria distributiva de matriz igualitária, constata-se tratar-se de um instrumento normativo direcionado a dar efetividade às normas que miram para o alvo da sociedade brasileira que é o de construir uma sociedade justa, livre e solidária, o que exige, necessariamente, adoção de instrumentos legislativos que visem redução das disparidades sociais e a eliminação da pobreza, inclusive a pobreza educacional.

Com efeito, a Lei em referência deve ser compreendida como instrumento orientado a evitar concentração de renda e a melhorar a vida de todos os brasileiros, inclusive os que habitam regiões não agraciadas com petróleo, vez que, sob o fundamento moral/normativo, a população dessas regiões não pode ficar excluída de usufruir dos benefícios decorrentes de uma justa partilha dos *royalties*.

A Constituição de 1988, em seu art. 20, § 1º, conferiu ao órgão político a legitimidade para produzir a lei relativa à distribuição das receitas oriundas da exploração dos recursos naturais não renováveis. Ao exercer sua competência, por meio da Lei 12.734/2012, o Parlamento procurou conferir efetivar no grau máximo possível às normas que tratam dos objetivos do Estado brasileiro, daí que estabeleceu uma distribuição dos *royalties* que melhora a situação dos menos favorecidos.

Ao contrariar o ideal de justiça social, a suspensão dos efeitos da lei em questão, frustra as legítimas expectativas da sociedade, a conflitar com os valores prestigiados pela sociedade destinatária dos recursos, entre os quais liberdade substantiva, igual cidadania, dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Na quadra atual do constitucionalismo, caracterizado pela normatividade da Constituição em sua inteireza, no sentido de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade (BARCELLOS, 2007), inadmissível querer conceber o texto do art. 3º, incisos I a IV, CF/1988, como se fosse repositório de meras promessas, sem juridicidade ou aplicabilidade.

Em face das limitações deste trabalho, não se entrará na discussão de como deve ser interpretada a expressão "no respectivo território", constante do texto do art. 20, 1º da CF/1988, mesmo porque os juristas Misabel Derzi e Thomas Bustamante já enfrentaram adequadamente essa questão em artigo publicado sobre o tema, em que demonstram, com base em estudos de Raul Machado Horta, que "essas faixas do território nacional não se situam no domínio político de nenhuma dessas pessoas político-jurídicas"[24].

Registra-se apenas que a chave para uma interpretação apropriada do art. 20, § 1º da CF/1988, há de afastar-se do "aguilhão semântico" [25]desse dispositivo, pois a interpretação deve levar em conta o todo do texto constitucional, não sendo acertado fazer cavalo de batalha em torno dos signos linguísticos desse texto normativo (art. 20, § 1º), em interpretação isolada, que impossibilita uma compreensão sob a melhor luz.

Saliente-se assim que o foco interpretativo não pode se distanciar do ideal político da sociedade brasileira, debatido na Assembleia Constituinte de 1987-88 e firmado no texto da CF/1988, o qual traçou os fundamentos e os objetivos do Estado, entregando ao Parlamento a tarefa de, mediante leis, promover a distribuição dos recursos públicos.

Empreendidas essas considerações, verifica-se que a Lei 12. 734/2012, ao estabelecer equalização distributiva dos *royalties* até 5%, fixando 20 % aos Estados confrontantes (antes 30%, cf. Lei 9.478/1997) e **20 % para o Fundo especial** (antes 10%) **a ser distribuído entre os Estados e DF**, veio conferir máxima efetividade à norma-objetivo do art. 3º, I e III, da CF/1988, dentre outros dispositivos constitucionais, porquanto a distribuição operada melhora a situação dos Estados não beneficiados pela natureza, sem causar prejuízo aos Estados confrontantes, que não contavam com essa riqueza até a descoberta do petróleo do pré-sal.

Acentue-se que a aplicação do aspecto geográfico como fator distributivo prevalente beneficia duplamente os entes confrontantes. Uma, por lhes possibilitar receber parcelas desarrazoadas em

[24] DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo. In ROYALTIES DO PETRÓLEO E O EQUILÍBRIO FEDERATIVO: REFLEXÕES SOBRE A LEI 12.734/2012 E A ADI 4.917. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 46-50.

[25] Expressão usada por Ronald Dworkin.

detrimento dos demais. Duas, porque a cadeia produtiva do petróleo promove um impacto positivo na economia desses entes federados, proporcionando incremento de receita tributária e desenvolvimento (SERRA; GOBETTI, 2012, p. 171), a agravar o desequilíbrio social no Brasil.

Em resumo, a interpretação que os entes federados confrontantes pretendem dar ao tema representa um retrocesso em termos de justiça material-financeira, uma vez que estaria a impedir a mitigação das graves distorções socioeconômicas existentes no país.

Conclusão

Exposta a trajetória teórica da justiça distributiva de base igualitária, passando por aspectos constitucionais e considerações relativas à teoria do direito, é possível estabelecer algumas linhas conclusivas sobre a partilha dos *royalties* petrolíferos e do novo arranjo distributivo adotado pela Lei 12.734/2012.

Constata-se que a teoria filosófico-normativa de Rawls constitui-se fundamento adequado para promover a distribuição dos *royalties* petrolíferos do pré-sal, por ser compatível com o ideal político-constitucional da sociedade brasileira, que é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Na análise empreendida, constatou-se que a ênfase ao aspecto geográfico como fator distributivo às rendas petrolíferas colide com as diretrizes constitucionais de igualdade distributiva e solidariedade, vez que se trata de critério arbitrário do ponto de vista da filosofia moral, nomeadamente porque privilegia sobremaneira os entes confrontantes, a causar concentração de renda decorrente do tratamento favorecido, em detrimento dos demais entes federados.

O argumento acima declinado parte do pressuposto filosófico de que o petróleo encontra-se distribuído aleatória e assimetricamente no espaço geográfico, razão pela qual as receitas oriundas de sua exploração devem ser compreendidas como bem comum a serem partilhadas equitativamente para beneficiar todos os brasileiros.

Verifica-se ainda que o princípio de diferença, ao prestigiar o valor solidariedade/fraternidade, é perfeitamente adequado para conferir força normativa ao art. 3º, incisos I e III, da Constituição Federal de 1988, na medida em que serve de fundamento para pro-

piciar uma distribuição justa de recursos públicos, com vistas à redução das desigualdades sociais existentes no Brasil.

A aplicação do princípio de diferença aos *royalties* petrolíferos afasta a arbitrariedade do acaso natural e possibilita uma distribuição mais equânime dessas receitas, tendo em vista que contribui para corrigir distorções financeiras, colocando os entes federados não contemplados pela loteria natural em melhor situação e, consequentemente, beneficia a população menos favorecida, habitante do território desses Estados e destinatária dos recursos públicos.

No percurso do trabalho demonstrou-se que a Lei 12.734/2012, sob a ótica da teoria distributiva igualitária de matriz rawlsiana, não é inconstitucional, uma vez que, fruto do órgão político legitimado pelo povo, cumpre relevante papel no sistema jurídico como instrumento destinado a conferir plena força normativa ao art. 3º da CF/1988, incisos I e III, porquanto promove equalização financeira e contribui para redução das graves e intoleráveis assimetrias sociais existentes no país.

Referências

ABBAGNAMO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ARENS, Eduardo. Ásia menor nos tempos de Paulo, Lucas e João: aspectos sociais e econômicos para compreensão do Novo Testamento. Tradução Resende Costa. São Paulo: Paulus, 1998.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Valiandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1984.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. O mundo globalizado. São Paulo: Contexto, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 15, jan./mar, 2007.

BARZOTO, Luis Fernando. Justiça social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 5, n.48, maio 2003. Disponível em < https://revistajuridica.presiden-

cia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738 >.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Atlas de Desenvolvimento Humano do PNUD, sob o título **Desenvolvimento Humano para Além das Médias.** Brasília, 2017. PUNUD, IPEA, Fundação João Pinheiro, 2017. Disponível em < http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/desenvolvimento-alem-das-medias.pdf.> Acesso em 07.jun.2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 2017.

BROCHADO, Mariah. Filosofia do direito e formação humanística: Curitiba: CRV, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; Bustamante, Thomas da Rosa de. Federalismo, justiça distributiva e *royalties* do petróleo. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. Reflexões sobre poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2003.

FLEISCHACKER, Samuel. Uma breve história da justiça distributiva. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARGARELA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOSSERIES, Axel. Pensar a justiça entre as gerações. Tradução Joana Cabral. Coimbra/Portugal: Almedina, 2015.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The Cost of Rights – Why liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 2000.

HONNET, Alex. O direito da liberdade. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

MAcCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In MACEDO ÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERERE, Catarina Helena Cortada (org.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições (Coleção Direito, desenvolvimento e justiça). Saraiva: São Paulo, 2011.

MENDES, Marcos José. Por que o Brasil cresce pouco? Desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

NUNES, Rui. Democracia e sociedade. Coimbra: Almedina, 2015.

PEREIRA, Paulo Trigo; AFONSO, António; ARCANJO, Manuela; SANTOS, José Carlos Gomes. Economia e finanças públicas, 5ª ed. Lisboa: Escolar editora, 2016.

PIKETTY, Thomas. A economia da desigualdade. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

_____. O capital no século XXI. Tradução Monica Baumgartem de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes2008.

_____.justiça como equidade – Uma reformulação. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Thiago Teixeira. A justiça em Aristóteles: a justiça no escopo da Ética a Nicômaco. Pensar-Revista Eletrônica da FAJE, v.7, n. 2, 2016: 229-241.

SERRA, Rodrigo Valente; GOBETTI, Sérgio Wulff. Petróleo, *royalties* e desenvolvimento: Brasil e experiências internacionais. In Monié, Frédéric; Binsztok, Jacob (org.). Geografia e geopolítica do petróleo. Rio de Janeiro: Mauad X, 2012.

_____. O liberalismo político. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. GOVERNANÇA PÚBLICA DE *ROYALTIES*: FEDERALISMO FISCAL E FUTURAS GERAÇÕES. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SMITH, Paul. Filosofia moral e política: principais questões, conceitos e teorias. Tradução Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes; ASSUNÇÃO, Oeiras Linara. A qualidade da lei no contexto do desenvolvimento: desafios para o Brasil no século XII. In CARDOSO JÚNIOR, José Celso. Planejamento Brasil século XXI: inovação institucional e refundação administrativa: elementos para o pensar e o agir. Brasília: IPEA, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SOBRE AS ORIGENS DOS TEMAS DE LEGÍSTICA NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

UMA PROPOSTA PARA UMA "MOÇÃO PARLAMENTAR"[1]

ABOUT THE ORIGINS OF LEGISTICS TOPICS ON THE POST GRADUATION LAW PROGRAM OF UFMG: A PROPOSITION OF A PARLIAMENTARY MOTION

Fabiana de Menezes Soares[2]

"Ce qui a changé aussi, c'est le contexte social, économique et technologique, les normes sociales et les valeurs sociétales et la représentation qu'on se fait du statut et du role des enfants et de la famille.[3]

"L'État ne peut pas compenser la souffrance, mais il peut la reconnaître"

Luzius Mader, Delegué aux victimes des mesures de coercition à des fins d'assistance, directeur suppléant de l'Office fédérale de la justice.

---

[1] Bases légales: Art.171 de la Constitution Féderale, Art.118 de La Loi sur le Parlament, Art. 120 ss de La Loi sur le Parlement, Art. 25 ss du Règlement du Conseil National, Art. 21 ss du Règlement du Conseil des `Etats.

[2] Full Professor Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG, Brasil na área de Légistique. Ex Pesquisadora junto à Universidade de Genebra (Prof. Jean Daniel Delley) e OFF (Prof. Luzius Mader). Coordenadora do Observatório para Qualidade da Lei. Integrante da Clínica de Direitos Humanos – Faculdade de Direito/UFMG.

[3] Mesures de contrainte: Comment communiquer ? Journée nationale du 10 décembre 2015 à Berne Mesures de coercition à des fins d'assistance et placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 – qu'en est-il aujourd'hui? https://www.kokes.ch/application/files/1714/6399/1165/Referat_Mader_FR.pdf

Abstract: The challenge put to this work in tribute to Professor Luzius Mader remembered about my post-doctoral internship at University of Geneva, when, I conducted, in Bern, at the Federal Office of Justice (FOJ), my case study on the legislative elaboration in Switzerland (Legistics & Legispudence). The case of Compulsory Social Measures, analyzed by us, mainly as to its reverberation in the website (and in the website of the Delegate for the Victims of Compulsory Social Measures) illustrates how the little empathetic to "the diverse" social representation (and that includes the ones who behave themselves or speak differently from the majority) has induced a public policy which is not in conformity with human dignity, which is in violation of human rights, that was initiated in the last century and remained until the 80's.

Keywords: Luzius Mader, Post Graduation, Legistics, Legisprudence, Human Rights, Open Data, Compulsory social Mesures

Resumo: O desafio em escrever um texto de homenagem ao Prof. Luzius Mader fez-me recordar do meu estágio pós-doutoral na Universidade de Genebra, quando desenvolvi em Berna junto ao Gabinete Federal de Justiça, meu estudo de caso sobre elaboração legislativa na Suíça (Legística & Legisprudência). O caso das Medidas sociais, compulsórias aqui analisamos aqui e sua repercussão no site (espeficamente, o website do Delegado para as Vítimas das Medidas Sociais Compulsórias ilustra como a baixa empatia pela representação social do "diverso" (que inclui quem se comporta ou fala diferentemente da maioria culminou por urdir uma política pública não conforme com a dignidade humana, violadora de direitos humanos, iniciada no século passado até os anos 80.

Palavras-chave: Luzius Mader, Pos Graduação, Legística, Legisprudência, Direitos Humanos, Dados Abertos, Medidas Sociais Compulsórias

I. Introdução

O desafio lançado na Obra/Homenagem ao Prof Luzius Mader para a elaboração de "propostas" para a modificação da Consti-

tuição Federal, permitiu-me voltar no tempo e documentar o percurso de pesquisa teórica e empírica que orientou a concepção de uma disciplina em Elaboracão Legislativa, no Programa de Pós Graduação em Direito da UFMG focada na metodologia da Legística (Formal e Material) e da discussão epistemológica da Legisprudência.

Durante o ano de 2008 devido ao estágio pós-doutoral junto à Universidade de Genebra, realizei em Berna, junto ao OFF – *Office Fédérale de la Justice* (o equivalente ao nosso Ministério da Justiça) meu estudo de caso sobre a elaboração legislativa na Suíça, sob a supervisão do Prof. Dr. Luzius Mader quando tive a oportunidade de vivenciar a rotina de um *office* governamental suíço.

O aprendizado sobre o modo de se fazer o direito, na Suíca, já havia sido prenunciada por Luzius Mader, em 2007, durante o I Congresso Internacional de Legística no Brasil, ocorrida no nosso Parlamento Regional – Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Nossa permanência em Berna, permitiu-me experimentar a gestão de projetos legislativos na *Direction de Droit Public* enquanto era imersa na cultura suíça, uma outra forma de linguagem (Montanari, 2002) inclusive, via a "*Gastro-Diplomacy*" levada a cabo por Ursula Mader[4].

Assim, conforme o "*Guide de Législation*" (*Guide pour l´´elaboration de la législation fédérale*)[5], pensamos, inicialmente que nossa proposta seria uma "*Note de Discussion*"[6], dada a complexidade

[4] Profa Joahanna Mendelson Forman the e durante os seus seminários de "Conflict Cuisine" in the School of International Service at the American University defende o papel da alimentação como um modo persuasivo de educação, uma modalidade de *soft power* usada na diplomacia em situações de conflito ou guerra. Vide: Is the kitchen the new venue of Foreign Policy?<https://www.stimson.org/sites/default/files/file-attachments/Kitchen%20as%20the%20New%20Venue%20of%20Foreign%20Policy.pdf> Acesso em 10 de Agosto de 2017. Prof. Massimo Montanari, também assinala o valor da cultura da alimentação como elemento cultural, uma forma de linguagem na história dos povos: Il mondo in cucina. Storia, identità, scambi trad. di F. Cataldi Villari, A. Maiorani e G.A. Tabacchi. Collana Storia e Società. Bari Laterza: 2002, ISBN 9788842067184.

[5] Acesso em 11 de abril de 2018: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-f.pdf>

[6] "Lors d'une procédure législative complexe (par exemple arrêté d'approbation des accords sectoriels avec les Etats membre de l'UE) ou d'un très vaste projet (par exemple l'élaboration de la loi sur la transpa- rence), il peut

da matéria e da grande necessidade de concertação ("*Co-rapport*).

Todavia, diante do contexto desenhado, a seguir, percebemos que seria mais adequado uma "Motion", pois é endereçada ao *Conseil Fédéral* (Orgão Colegiado que exerce as funções do Executivo) e o seu procedimento inclui o *Conseil National* (Câmara Baixa composta por parlamentares eleitos) e o *Conseil des États* (Câmara Alta composta por representantes dos Cantões).

A análise preliminar do Site do OFF, considerou os princípios de *Open Data Movement*, compartilhados pela comunidade global e sintetizados no referenciado "*Open Data Handbook*[7], a Lei de Transparência e sobretudo, os artigos 70, 173, al. 2 da *Federal Constitution*. O tempo e a limitação do espaço da escrita, dirigiu o nosso foco sobre o site: o acompanhamento da página inicial do OFF e a disponibilidade da documentação nas línguas oficiais da Suíça. Por outro lado, viver num país, com tantas assimetrias e ao mesmo tempo unido, em torno de um só idioma oficial (português, não obstante as línguas indígenas) também justifica a nossa abordagem.

A partir da página oficial, nos detivemos sobre a atuação de Luzius Mader, cuja atividade na sua função de *Delegué* se assemelhou a um tipo de Ombudsman, mantendo um canal de comunicação direta com as vítimas e outros afetados e de como essa documentação foi feita no Site, e o que poderíamos sugerir como proposta, levando em conta um problema identificado e de como esta questão foi comunicada aos particulares.[8]

être opportun de soumettre au Conseil fédéral une « note de discussion » (*Aussprachepapier*) qui lui permet de rendre une décision sur la suite de la procédure qui ne le lie pas définitivement. La Chancelle- rie fédérale n'organise en règle générale pas de procédure de co-rapport sur les notes de discussion ; par contre, chaque département décide librement s'il entend consulter ses offices au sujet des notes de discussion des autres départements. La directive de la Chancellerie fédérale sur la préparation des affaires du Conseil fédéral mentionne les particularités. Si (comme cela arrive assez fréquemment) on cherche à utiliser la note de discussion dans le but d'obtenir du Conseil fédéral non plus seulement une orientation, mais une décision obligatoire, il est nécessaire d'organiser une procédure de consultation des offices et une procédure de corapport." Guide de Législation , acesso em 11 de abril de 2018 https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-f.pdf>

[7] Acesso em 30 de março de 2018 http://opendatahandbook.org/guide/en/

[8] Nesse sentido, comportei-me como uma observadora- participante pois

Nossa leitura não se restringiu aos documentos legais, mas o contexto dessa história desenhada a partir da documentação de outras organizações (referenciadas nas notas de rodapé), artigos de jornais, reportagens televisivas, testemunhos que compuseram o mosaico desse capítulo da história helvética. Não poderia ser diferente se considerarmos o papel da reconstrução do contexto e cenário, etapa da análise de Legística Material.

Nesse contexto, seguimos a via aberta, em 2013, pela Ministra da Justiça, Simonetta Sommaruga, ao abrir a caixa de Pandora e pedir desculpas aos mais de "*100'000 enfants en Suisse, maltraités, sexuellement et physiquement abusés, exploités sans doute plus, à avoir été placés et avoir subi ces injustices, jusque dans les années 80"*[9], neste conjunto, ressaltamos as minorias étnicas: Yeniches, Manouches, Gitans, Sintés, o que nos remeteu aos elementos linguísticos identitários, e por consequência, às tensões do pluralismo linguístico consagrado constitucionalmente.

II. Observando o modelo do Site no contexto da Transparência Ativa.

A Lei de Transparência na Suíça datada de 2004[10] e efetiva desde 2016 prescreve o seguinte:

> "Art. 1 La présente loi vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels."

O art. 6 consagra o princípio da transparência e cria o dever para o estado disponibilizar informações documentos oficiais

pesquisamos as diversas modalidades de informações disponíveis no site.

[9] Acesso em 15 de de março de 2018 https://pages.rts.ch/emissions/temps-present/justice-criminalite/6643598-enfants-places-les-dossiers--de-la-honte.html#6727036, UEK,CIEC, CPI Minibilanzen/ Minibilans <https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Minibilanzen_21mars17_publ1.pdf>

[10] A Lei de Acesso a Informação Brasileira foi publicada em 2012, in force em 2013 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

sob qualquer formato, inclusive documentos eletrônicos que são em grande parte disponibilizados em sites. A publicidade é a regra e o sigilo é a exceção (Art. 7).

Os princípios do *Open Data Handbook* puderam ser observados no Site:

- ***Keep it simple***: O Site é de fácil navegação e as ferramentas de pesquisa evidenciam o cumprimento do modelo de transparência legalmente pretendido, pois atende à transparência ativa (disponibiliza vários tipos de documentos em abas que aparecem alinhadas e contém tipos variados de mídias (documentos escritos, áudios, vídeos, documentos explicativos) em linguagem clara o que também parece ecoar os princípios de *Plain Language*[11]. Países multilíngues como Nova Zelandia, Canada, Australia (não possui "língua oficial) foram pioneiros em adotar estratégias de simplificação da linguagem e inclusão de grupos linguísticos minoritários.
- Quando um ***dataset*** (conjunto de dados) torna-se específico e forma uma unidade de sentido (sense unit), há o redirecionamento para site exclusivos, como identificamos no caso do Site Délégué aux Victimes de Mesures de Coercition à des Fins d'Assistance".
- ***Engage early and engage often*:** Cerca de 28 grandes grupos de infomediars, potential information users, and re-users, aparecem mencionados nos links da própria página do Site, além dos usuários "internos" da própria administração pública (22 links). Esses usuários repercutem as informações e ao mesmo tempo integram uma

[11] About Plain Language, acessados em 15 de março de 2018: https://www.clearest.co.uk,<https://www.plainlanguage.gov/resources/articles/beyond-a-movement/>, http://www.opc.gov.au/plain/index.htm, http://www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent/par-des-services-numeriques-aux-usagers/un-langage-clair-ca-simplifie-la-vie, http://www.impo.com.uy/lenguajeciudadano/, http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/148/1/images/Manual_lenguaje_ciudadano.pdf, https://intranet.agn.gov.ar/data/AGN-Manual%20de%20Estilo%20y%20Lenguaje%20Llano%20PARA%20INTRANET.pdf, https://webtoolkit.govt.nz/blog/2014/11/getting-government-to-use-plain-english/, http://www.opc.gov.au/plain/index.htm,

rede orientada por temas.

- ***Address common fears and misunderstandings*:** O Site revela-se proativo na divulgação de informações sobre temas polêmicos, temas objetos de consultation , além das informações sobre as atividades desenvolvidas. Para tal fim, disponibilizou 3 formas de comunicação, mais dirigidas aos particulares: *News, Discours & Interviews*, Manifestations, além das press release. Mas neste item, a opacidade linguística do site, se evidencia: durante a nossa pesquisa nos deparamos com a maioria dos arquivos/mídias exclusivamente em alemão (maioria) e francês, os documentos em italiano aparecem em número bem mais restrito. Um documento legal sobre proteção de minorias em l**íngua romansh**[12], acha -se disponível, exclusivamente no Site do *Federal Council* (acompanhado da útil ferramenta de "comparador de línguas). Todavia, esse padrão não foi mantido no Site, nem mesmo na página com o texto da Convenção Européia dos Direitos do Homem[13], até mesmo nas bases das abas "State & Society", ou "Society": Esse padrão foi mantido no Website of the Delegate for the victims of compulsory social measures. Apesar da ausência de "*Search*" e da enorme variedade de documentos que expressam uma publicidade qualificada quanto à obediência à transparência ativa, há até e-mails trocados entre membros da Round Table e outras autoridades, ainda que, exclusivamente, em língua alemã. Ainda no que se refere ao Site, o áudio que nos chamou a atenção e elegeu nosso case para análise[14] não estava disponível em outra língua, em

[12] Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Conclue à Strasbourg le 1er **février 1995 Approuvée par l›Assemblée fédérale le 21 septembre 1998**. Instrument de ratification déposé par la Suisse le 21 octobre 1998 Entrée en vigueur pour la Suisse le 1er **février 1999 <** https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20020168/index.html>

[13] Acesso em 25 de abril de 2018 < https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/menschenrechte/emrk.html>

[14] Acessado em 11 de abril de 2018< https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/reden/2018-04-11.html> **Radio SRF4:** "Il y a cinq ans, le Conseil fédéral a présenté ses excuses aux victimes des mesures de coercition à des

qualquer outro formato, que não fosse o alemão.

III. Grupos minoritários, etiquetamento social e a questão linguística: o que o Site revela?

The ECRLM – The Comittee of Experts on the European Charter for Regional or Minority Languages- enfatiza o papel da linguagem no processo de inclusão de grupos minoritários.

O caso das *Medidas Sociais Compulsórias*, por nós observado, principalmente quanto à sua repercussão dentro do Site (e no Website of the Delegate for the Victims of Compulsory social Measures) ilustra como a representação social pouco empática ao "diverso" (e isso inclui quem se comporta ou fala diferentemente da maioria) provocou uma política de governo atentatória à dignidade humana, violadora de direitos humanos iniciada no século passado e que durou até os anos 80.

Sem que houvesse um devido processo legal, homens e mulheres foram deslocados para trabalhos agrícolas, artesanais, nos quais foram explorados e sofreram toda sorte de abusos físicos, psicológicos, inclusive sexuais

Em 1974 a Suíça ratifica a CEDHe reconhece o Art 5, que por sua vez provoca modificações na legislação federal suíça, principalmente no Código Civil (Art 397 e ss).

As vítimas das medidas sociais compulsórias e das pessoas forçadas a viverem com outras famílias apresentavam um perfil: outlaws, pobres, alcoolátras, toxicômanos, ciganos, mães solteiras, filhos e fillas rebeldes, pessoas deficientes ou com defeitos físicos. Essas pessoas foram vítimas de uma visceral higienização social sofreram adoções forçadas sendo retiradas de suas famílias, tiveram seus direitos reprodutivos violados, por meio de abortos e esterilizações forçados.

A pergunta que não quer calar é porque essa situação perdurar por décadas dentro de uma sociedade na qual as decisões são tomadas de forma colegiada e culturalmente, formas de concertação social foram desenvolvidas entre grupos com identidades (e repre-

---

fins d'assistance. Depuis, beaucoup a été fait pour faire la lumière sur ce sombre chapitre de l'histoire de la Suisse, explique Luzius Mader dans cet entretien accordé à Marc Lehmann pour la radio alémanique SRF4."

sentações sociais mediadas por línguas diversas) diferentes?

Talvez as tensões de ordem linguística que evidenciam níveis de tolerância social propiciem chaves interpretativas para ações governamentais que atuem no ambiente escolar e que fomentem práticas inclusivas.

Dentre as medidas tomadas pelo Conselho Federal após o pedido de perdão da Confederação seguida aos procedimentos de Reparação salientamos: *The National Research Programme entitled "Welfare and coercion – past, present and future*"[15](22 February 2017) que tem os seguintes objetivos:

- Objetivos científicos: Gerar novos conhecimentos que alcancem a prática e a política da Suíca em matéria de assistência social.
- Documentação, atualização e reconhecimento do sofrimento ocorrido e das suas consequências, sobretudo para as gerações futuras.
- Objetivos em matéria de política social (políticas de proteção de pessoas vulneráveis.

Como não reproduzir nas próximas gerações, condutas naturalizadas de exclusão, falta de reconhecimento e opacidade linguística que também respondem pela vulnerabilidade de grupos minoritários?

Como o PNR e sua proposta de ações para o futuro pretendendo atuar sobre as futuras gerações pode dialogar com as invisibilidades de grupos minoritários e criar ambientes capazes de promover a empatia entre os diversos grupos linguísticos suíços?

IV. Minorias, Aprendizagem e Visibilidade linguística: uma ação pela tolerância?

Anteriormente à manifestação da Ministra Sommaruga em 2013, chamamos a atenção para outras três manifestações na cena política suíça que colorem o cenário do tratamento de grupos minoritários vulneráveis. Provenientes do Conselho Federal e Parlamento, essas manifestações, mais uma vez, feitas por mulheres[16],

[15] Acesso em 20 de março de 2018 < http://www.fuersorgerischezwangsmassnahmen.ch/pdf/RT_14_Vortrag_fr.pdf>

[16] Trata-se de um fato curioso para uma observadora eterna, ao vermos três

chamam atenção para o papel do legislativo como um canal de oitiva e trânsito de demandas.

Em 2010 após manifestação na prisão de Hildenbank, a *Conselheira Federal* Eveline Widmer-Schlumpf, apresentou suas desculpas à pessoas encarceradas ilegalmente, por força de medidas administrativas.

Quatro mulheres, Quadro cidadãs suíças, filhas, irmãs, amigas, talvez mães e companheiras que em momentos diferentes, sob diferentes perspectivas, expressaram as tensões de tolerância relativas ao tratamento dado às minorias: Simonetta, Jacqueline, Silva. Foram mulheres "substantivas" como Olympe de Gouges que defendeu a "Declaração de Direitos das Mulheres e Cidadãs" e questionou a hipocrisia da "igualdade" válida para os franceses, mas não para os escravos que os serviam, via peças de teatro, e também como Marietta Baderna, bailarina italiana do Sec. XIX, radicada no Rio de Janeiro cujo sobrenome, transformou-se em substantivo da língua portuguesa falada no Brasil, ligado à "desordem", o que invisibilizou sua história pela defesa pelos direitos dos artistas e da cultura popular dos escravos[17].

A Interpelação Parlamentar 11.3475 de 31/05/2011 intitulada *"Verdingkinder" Examen de conscience historique et excuses des autorités",* (Deputé Fehr Jacqueline) e a Motion 14. 3143 proposta por Semadeni Silva *"Stratégie destinée à promouvoir les écoles dispensant um enseignement dans deux langues nationales*".

A Interpelação[18] dirigida ao *Federal Council* provocou mudanças no plano da supervisão estatal dos estabelecimentos que acolhem adolescentes como resultado de um aprendizado histórico dos legisladores, suscitou o debate nos cantões sobre outras modificações legislativas (*Statement of the Federal Council of* 24/08/2011).

A Deputada Fehr assinala sua preocupação do que chamou

---

políticas mulheres handle temas incômodos num país onde o direito de voto das mulheres foi conquistado em 1971.

[17] Soares, Fabiana de Menezes. Mulheres Substantivas- Olympe de Gouges e Marietta Baderna: O papel subversivo das artes no contexto dos direitos humanos em movimento. < http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/215>

[18] Art, 118, al. 1, 119, 125 de la Loi sur le Parlement , Art. 25 ss, Art. 30, Art. 30 A du Règlement du Conseil National, Art. 21 ss, 26 du Règlement du Conseil des Ètats.

de "exame de consciência histórica"[19] com o propósito de buscar respostas para que tais fatos não se repetissem no tempo presente. A história a ser construída pelas instituições suíças, pela administração pública há de ser diversa das ilegais medidas coercitivas que provocaram feridas em gerações inteiras de cidadãos e cidadãs suíços. O debate não foi encerrado, todavia a ação governamental para Reparação seguiu seu curso a partir de 2013.

Em 2014, foi protocolada uma Motion pela Deputada Semadeni intitulada *"Stratégie destinés à promouvoir les écoles dispensant en enseignement dans deux langues nationales",* salienta a necessidade de promoção da "sensibilidade intercultural e da coesão nacional", inclusive por meio de ensino imersivo (cita como exemplo de boa prática a experiência canadense).

[19] "L'histoire des "Verdingkinder", ces enfants qui ont été placés d'office par les autorités jusqu'au milieu du siècle dernier, constitue un chapitre sombre de l'histoire suisse récente. Si désormais nous pouvons peu à peu nous faire une idée de l'ampleur du phénomène, c'est grâce au travail des chercheurs qui ont reconstitué les biographies des victimes et étudié les réalités politiques de l'époque.Les victimes de ces mesures de contrainte à visée sociale, aujourd'hui très âgées, attendent toujours un geste de la part d'autorités dont le silence est d'autant plus incompréhensible que le Conseil fédéral et les autorités cantonales et communales se sont excusés en septembre 2010 au pénitencier de Hindelbank auprès des femmes qui ont été victimes de l'internement administratif. Une fois encore, les "Verdingkinder" ont le sentiment d'avoir été oubliés.Dans ce contexte, je souhaiterais poser au Conseil fédéral les questions suivantes:
1. Le Conseil fédéral voit-il un moyen, et si oui lequel, de s'excuser auprès des "Verdingkinder", ce qui constituerait un encouragement à faire à leur égard un examen de conscience historique? Voit-il d'autres moyens d'encourager cet examen de conscience?
2. Quelles conséquences l'examen de conscience sur les mesures de contrainte à visée sociale a-t-il pour les dossiers politiques d'aujourd'hui? Aux yeux du Conseil fédéral, quels sont les dossiers qui devraient bénéficier des enseignements et questionnements issus de cet examen?"

V. Reflexões para uma uma sociedade, materialmente, informada

História, Reparação[20], Sensibilidade Intercultural, Coesão Nacional na sociedade de informação que utiliza das ferramentas de TI para disponibilizar informações sobre atividade desenvolvida pelos órgãos públicos, a tutela dos documentos pessoais e incrementar/facilitar o seu acesso de modo simples e compreensível.

O Site necessita adequar o seu fim às demandas informacionais intensificadas pela tecnologia e assim promover um modelo de comunicação aos suíços e suíças que não seja excluir uma parte da sociedade do acesso às informações no âmbito dos elementos de pertencimento que provocam a coesão social: a língua.

Representações de mundo realizadas e repetidas com a supremacia de uma ou mais línguas, criam uma cisão entre as pessoas, "nós", os "outros", os maginais, os vulneráveis, e até mesmo "menos humanos", a história de exclusão de milhares de suíços e suíças provocadas no caso das ilegais medidas coercitivas oferecem um con-

[20] "Après de longues années de silence, la Suisse a elle aussi entamé son devoir de mémoire sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux qui ont brisé la vie de tant d'enfants, adolescents et adultes avant 1981. Placées dans des exploitations artisanales ou agricoles, des foyers voire, par décision administrative, dans des établissements fermés et même des établissements pénitentiaires, privées de leurs droits reproductifs (avortements ou stérilisations sous contrainte ou sans recherche de consentement), adoptées de force, ces per- sonnes, dont certaines appartenant au groupe des gens de voyage, ont subi de sévères injustices et souffrances, qui pèsent aujourd'hui encore sur leurs vies. Comme tant d'autres pays, la Suisse se saisit aujourd'hui de cette problématique aux dimensions sociales, politiques et économiques. Elle a un intérêt fondamental à assurer un traitement global de la question pour clore ce chapitre sombre de son histoire et pour faire connaître à un large public l'ampleur des torts commis. En les reconnaissant comme tels, en étudiant les agissements du passé, en déstigmatisant les victimes, en faisant acte de réconciliation et de solidarité financière envers celles-ci, elle exprime la force de la collectivité. 15.082 Message concernant l'initiative populaire «Réparation de l'injustice faiteaux enfants placés de force et aux victimes de mesures de coercition prises à des fins d'assistance (initiative sur la réparation)» etson contre-projet indirect (loi fédérale sur les mesures de coercion à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981) du 4 décembre 2015 <http://www.fuersorgerischezwangsmassnahmen.ch/pdf/gegenvorschlag/bot-f.pdf>

tundente exemplo de um caminho a não ser trilhado.

A coesão social também pode ser fomentada por outros elementos de linguagem e representação do mundo, tais como as artes, notadamente a música, o teatro (que permite a troca de papéis) e também a alimentação. Ações de ensino transversais poderiam inspirar modelos de ensino imersivos que gerassem empatia e respeito pelas minorias.

Os negros e os muçulmanos, de hoje, serão os pejorativamente etiquetados no futuro próximo?

O Site tem um papel pedagógico no que se refere à comunicação das ações governamentais e das demandas sociais. Textos, áudios, vídeos, aplicativos para celulares e outros dispositivos móveis poderiam ser elaborados em linguagem simples, em todas as línguas nacionais para que as crianças e adolescentes, deles se apropriem em suas escolas compreendessem desde cedo o que significa viver num país plural e que recebe imigrantes e estrangeiros de todo mundo.

Os desafios são grandes, mas o OFF pode fazer deles a sua energia.

MAZAGÃO VELHO, UMA CIDADE ENTRE DOIS CONTINENTES

RELATO DE EXPERIÊNCIA DE PROJETO DE EXTENSÃO DESENVOLVIDO NO MUNICÍPIO DE MAZAGÃO, NO ESTADO DO AMAPÁ[1]

MAZAGÃO VELHO, ONE CITY AMONG TWO CONTINENTS: REPORT ABOUT AN EXTENSION PROJECT EXPERIENCE DEVELOPED IN MAZAGÃO, STATE OF AMAPÁ

Daize Fernanda Wagner[2]
Nicolau Eládio Bassalo Crispino[3]

Resumo: O artigo relata a experiência de aplicação dos preceitos da Legística Material na elaboração de proposta de lei municipal para a preservação do patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico do município de Mazagão, no estado do Amapá. Seu objetivo principal foi promover a cultura do planejamento na elaboração legislativa do município de Mazagão e a reflexão sobre os modos de produção do Direito na atualidade, bem como possibilitar a interlocução entre a universidade e a comunidade.

Palavras-chave: Proteção; patrimônio coletivo; Legística material; proposição legislativa.

---

[1] A primeira versão deste artigo foi apresentada no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em SãoLuis-MA, em novembro de 2017.

[2] Professora Adjunta na Universidade Federal do Amapá, Bacharel em Direito pela PUC/RS, Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universität,Munique/Alemanha, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: daizefernandawagner@gmail.com.

[3] Professor Associado na Universidade Federal do Amapá, Bacharel em Direito pela UFPA. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: nicolaucrispino@gmail.com.

Abstract: The article reports the experience of application of the concepts of the material Legistics in the process of proposal for a municipal law for the preservation of the historical-cultural, artistic, tourist, landscaping, architectural and archeological patrimony of the municipal district of Mazagão, in the state of Amapá. The main objective was to promote the culture of the planning in the legislative procedures of the municipal district of Mazagão and the reflection on the manner of production of the law at the present time, as well as to enable a debate between the university and the local community.

Keywords: Protection; Collective Patrimony; Material Legistics; Legislative Proposition.

1. Introdução

O presente trabalho relata a execução de projeto desenvolvido no âmbito do Programa de Doutorado Interinstitucional (DINTER) em Direito entre o Programa de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).[4] Por meio do relato, contribui-se para a pesquisa empírica no campo do Direito, pois iniciou com discussões teóricas sobre a Legística material em sala de aula e culminou com sua aplicação prática na formulação de um projeto

[4] Tal projeto, intitulado Patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico do município de Mazagão, estado do Amapá: diagnóstico, análise e planejamento legislativo está registrado junto à Pró-Reitoria de Extensão da UFMG, sob o número 402055/2014-UFMG. Foi desenvolvido sob a coordenação da Professora Dra. Fabiana de Menezes Soares, a partir da disciplina Temas de Teoria do Método Jurídico: Teoria da Legislação na Contemporaneidade, que ministrou no DINTER em Direito, entre a UFMG e a UNIFAP, em Macapá, entre os anos 2014 e 2015. Contou com a participação dos então doutorandos Carlos Fernando Silva Ramos, Daize Fernanda Wagner, Iaci Pelaes dos Reis, Gabriela Miranda Duarte, Keyla Cristina Farias dos Santos, Linara Oeiras Assunção, Luiz Laboissiere Júnior, Maria Emília Oliveira Chaves, Marcelo José Guimarães Moraes, Simone Maria Palheta Pires e Rafael da Silva Menezes e do coordenador operacional do programa em Macapá, Professor Dr. Nicolau Eládio Bassalo Crispino.

de lei para proteção do patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico do município de Mazagão, no Estado do Amapá, com a participação da comunidade daquele município.

Partiu-se da constatação da fragilidade e risco de perda do patrimônio arqueológico do distrito de Mazagão Velho, no município de Mazagão, a partir de notícia veiculada na imprensa local sobre a ausência de ações de preservação e conservação do sítio arqueológico existente naquela localidade. A partir daí verificou-se, por meio de visita *in loco,* consulta a documentos e legislação municipais e estaduais, a ausência de ações de preservação e conservação não só do patrimônio arqueológico, mas também do patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico de todo o município de Mazagão e da necessidade de medidas efetivas para sua proteção. Dessa constatação decorreu a problemática acerca de quais medidas seriam adequadas à proteção daquele patrimônio e como executá-las.

O procedimento metódico da Legística material apresentou-se adequado, o que resultou em sua aplicação no enfrentamento do problema formulado. Dentre os objetivos, buscou-se promover a cultura do planejamento na elaboração legislativa do município de Mazagão e a reflexão sobre as formas de produção do Direito na atualidade, bem como possibilitar a interlocução entre a universidade e a comunidade de Mazagão Velho. Como resultado foi apresentada proposta legislativa ao prefeito e à câmara de vereadores de Mazagão com o intuito de preservar seu patrimônio por intermédio de diferentes ações efetivas.

2. A legística material

A Legística é definida por Flückinger e Delley (2009) como sendo uma metodologia de concepção da ação pública e de sua tradução normativa, a qual procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação da norma, visando racionalizar sua produção. (FLÜCKINGER; DELLEY, 2009) A Legística é matéria abrangente e multidisciplinar que estuda o fenômeno legislativo e centra seu foco na produção de boas leis. Com Mader (2009) pode-se afirmar que ela possui várias áreas de interesse e atu-

ação, das quais destacam-se oito.

A primeira delas é a Legística Material, que discute a metodologia legislativa e propõe uma maneira metódica de elaboração do teor das normas. A segunda é a Legística formal, também chamada de técnica legislativa, pois abrange aspectos formais e legais da legislação, como os diferentes tipos de atos normativos, as instituições jurídicas, a estrutura formal dos atos normativos e o modo de introdução ou integração de novas leis no arcabouço legislativo preexistente. (MADER, 2009)

A terceira área de atuação da Legística é a redação legislativa, ou seja, a forma de se expressar o teor das normas no que se refere aos aspectos linguísticos envolvidos. A quarta área é a da comunicação, que se ocupa das maneiras de comunicar a legislação, que inclui as diferentes maneiras de publicar oficialmente os atos normativos. A quinta área é a do procedimento legislativo, que é o processo de preparação, aprovação e execução de uma lei em diferentes níveis e segundo diferentes regras que vão influenciar muito a qualidade formal e material da legislação. (MADER, 2009)

A sexta área de interesse da Legística é a gestão de projetos legislativos, pois entende-se que é legítimo considerar e aplicar os princípios e técnicas da gestão de projetos de maneira geral também aos projetos legislativos durante a preparação da legislação. Por fim, são também importantes a sociologia jurídica empírica, que possibilita o estudo do processo político que antecede a aplicação e execução da lei, e a teoria da legislação, que promove a reflexão crítica sobre as funções da legislação e seu impacto social. (MADER, 2009)

De todas as áreas da Legística, ao presente trabalho interessa, especificamente, a Legística material, por ela estabelecer etapas ou fases sucessivas no processo de elaboração legislativa e por ter sido utilizada no caso da proteção ao patrimônio do município de Mazagão. As demais áreas da Legística também serviram de suporte ao trabalho, mas de maneira menos incisiva que as etapas previstas pela Legística material.

Conforme Delley, "antes de redigir a lei, é preciso pensá-la. Esse é o objeto da Legística material, que propõe um procedimento metódico em etapas a fim de melhorar a eficácia da legislação." (DELLEY, 2004, p. 101) Nesse sentido, o procedimento inicia-se com a definição do problema, que pode ser considerada a primeira etapa.

Definir o problema implica em identificar o que motiva uma demanda por criação de norma e faz necessário traçar um diagnóstico prévio da situação que se entende insatisfatória a ponto de demandar uma intervenção legislativa. "A expressão de uma insatisfação em relação a uma situação de fato revela uma tensão entre uma realidade vivida e uma realidade desejada." (DELLEY, 2004, p. 102). Tal insatisfação é apresentada em um problema, pois a intenção de legislar pressupõe um problema a ser resolvido. "A definição do problema consiste em adquirir bom conhecimento do tema em questão e recolher os dados confiáveis que permitam precisar a situação que originou a demanda de intervenção legislativa." (DELLEY, 2004, p. 109)

Como representação gráfica do problema, é possível utilizar o gráfico de modelização causal, pois permite visualizar o problema decomposto em diferentes fatores ligados entre si por relações de causa e efeito. O gráfico de modelização causal é um instrumento qualitativo, que serve apenas para facilitar a visualização panorâmica do problema em seus diferentes aspectos. (DELLEY, 2002). No caso de Mazagão, foi elaborado gráfico de modelização causal que contribuiu na visualização do problema e suas ramificações.

A próxima etapa implica em determinar os fins e os objetivos. "O Direito não existe em si mesmo, mas em função da perseguição de certas finalidades." (DELLEY, 2004, p. 116) Assim, também a legislação visa atingir certos fins ou objetivos. Os fins podem ser definidos como enunciados sobre comportamento ou situação futura relacionada a um determinado valor que se quer respeitar ou preservar. O fim indica uma tarefa permanente que não será jamais realizada definitivamente. Ele aponta muito mais uma direção ou uma tarefa a completar do que um estado definitivo de coisas. (DELLEY, 2004)

O caso da proteção ao patrimônio de Mazagão é um exemplo de fim a atingir. Já os objetivos podem ser definidos como sendo os fins postos em ação por intermédio de iniciativas apropriadas. No caso sob análise, seriam as ações efetivas a serem tomadas para promover aquele fim: a proteção do patrimônio de Mazagão. É preciso que haja muita clareza, tanto na formulação do problema, quanto na formulação dos fins e objetivos.

A etapa seguinte implica em estabelecer cenários alterna-

tivos, ou seja, em responder ao questionamento sobre se a proposta legislativa é realmente necessária, se não há outras maneiras de enfrentar e resolver o problema posto. A etapa que segue implica em escolher as alternativas mais adequadas para encaminhar solução ao problema.

A próxima fase é a da avaliação prospectiva, que visa informar, com a maior precisão possível, o conjunto dos efeitos potenciais das medidas vislumbradas. É uma abordagem de otimização, que visa evidenciar as condições da melhor escolha. (DELLEY, 2004). A etapa seguinte é a da execução e, por fim, ocorre a avaliação retrospectiva.

No caso de Mazagão, considerou-se que a ausência de norma protetiva de seu patrimônio implicava, por um lado, num descaso com sua preservação e, por outro, na ausência de mecanismos protetivos e, quando eles existiam, em sua insuficiência. Em acréscimo, considerou-se que o rico patrimônio de Mazagão não estava sendo devidamente aproveitado para o aumento da qualidade de vida do povo mazaganense. A criação de lei protetiva, então, pareceu o caminho mais adequado para sanar o problema.

Ost (1999) afirma como uma das teses centrais de sua obra que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social. Assim, o direito seria um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade. (1999). É nesse sentido que vai a proposição legislativa para a preservação do patrimônio do município de Mazagão. A criação legislativa seria como que um discurso performativo a exprimir o valor daquele patrimônio a preservar, em atendimento aos interesses da população mazaganense.

Com Soares (2009, p. 67), considera-se que:

> Precisamos reconhecer que a legislação é um processo para o qual concorrem vários destinatários, interessados, futuros atingidos. Precisamos implementar mecanismos mais eficientes e eficazes a fim de trazer a voz desses atingidos, interessados e destinatários ao processo legislativo, porque isso contribuiria para aumentar o crédito que a população confere à classe política e, consequentemente, para aumentar a segurança jurídica. (SOARES, 2009, p. 67)

Ao conhecer a rica e inusitada história do distrito de Mazagão Velho, a preservação daquele patrimônio fica evidente não só por sua perpetuação em si, mas por manter viva a história e tornar presente a origem da identidade daquela comunidade.

3. Conhecendo um pouco do município de Magazão

O município de Mazagão está localizado no sul do estado do Amapá, na foz do rio Amazonas, no extremo norte do Brasil, e integra a Amazônia Legal. Fica a 36 quilômetros de distância da capital do estado, Macapá. Sua população total em 2010 era de 17.032 habitantes, com uma densidade demográfica de 1.30 habitantes/km2. Do total da população municipal, 8.280 habitantes (48,62%) é urbana, enquanto que 8.750 (51,38%) é rural. Desta, a maior parte concentra-se no entorno da sede do município, que possui área total de 13.130,983 Km2. (IBGE 2010). Desde 1995, o município está dividido em três distritos: Mazagão, Carvão e Mazagão Velho.

As principais atividades produtivas no município são o pequeno extrativismo (camarão, peixe, açai, palmito e madeira), representando 74,83% da renda familiar média; agricultura (banana, mandioca, milho etc.), representando 5,73% da renda familiar média e a pecuária, por intermédio da criação de bubalinos. Outro importante componente econômico é o assistencialismo estatal, por intermédio de bolsas e auxílios, representando 15,63% da renda familiar média. A quase totalidade da arrecadação municipal é proveniente dos repasses obrigatórios federais e estaduais, especialmente o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). A arrecadação própria do município é praticamente inexistente. (IBGE, 2010).

A realidade socioambiental é dominada por uma forte relação entre homem e natureza, de onde aquele retira os meios para sua manutenção. Os recursos naturais são abundantes, o que ocasiona, por vezes, a exploração sem controle, seja para produção de madeira, para abertura de lavouras ou pastagem para o gado. Isso explica o crescimento da área desmatada, que até 2008 era de 25.614,36 ha. (AMAPÁ, 2011).

Dentro do território do município de Mazagão, para além

da parte ligada diretamente à administração municipal, há ainda a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Iratapuru (RDS), que ocupa 1.412 Km, sendo uma unidade de conservação estadual criada em 1997. Destina-se à proteção dos recursos naturais e ao desenvolvimento de práticas produtivas sustentáveis, como o extrativismo da castanha-do-brasil.

Existe também o Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE) Maracá/INCRA, criado em 1988, com área total de 5.692,10 km2, representando 43,16% do território mazaganense, que é a área de maior expressividade na produção extrativista de castanha-do-brasil no município. Pode-se citar, por último, a Reserva Extrativista do Rio Cajari (RESEX), que foi criada em 1990 (RABELO, 2005). Uma parte das comunidades da RESEX localizadas no município de Mazagão vive em função do extrativismo realizado na várzea e da pequena criação de gado bubalino. Para aquelas outras que dispõem de terra firme, a base de renda provém da lavoura tradicional de mandioca e demais gêneros consorciados e pelo extrativismo da castanha-do-brasil (RABELO, 2005).

Também integra o território de Mazagão o Assentamento Pancada do Camaipi/INCRA, que foi criado em 1998, com 240,5 km2, e o Assentamento Piquiazal/INCRA, criado em 1987, com 61,6 km2. (RABELO, 2005).

Além dessas áreas citadas, há ainda áreas com diferentes maneiras de uso e ocupação territorial, com pequenas posses rurais, quase sempre sem título definitivo, médias propriedades, nas quais predomina a criação extensiva de gado bubalino e bovino, a sede municipal, os núcleos distritais e as comunidades dispersas. (RABELO, 2005). Há relato de que uma parte do território do município encontra-se em sobreposição com a Terra Indígena Waiãpi, correspondendo a 49,6 km2, muito embora, oficialmente, a Terra Indígena não faça parte do município de Mazagão. Tal área corresponderia às terras das nascentes do rio Iratapuru. (RABELO, 2005).

Mazagão é o município com maior extensão territorial do estado do Amapá, cuja população encontra-se mais concentrada numa área de 1.141 km2, na qual está incluída a sede municipal. Chama atenção o fato de que 73% do território municipal faz parte de áreas institucionais, conforme anteriormente descrito, sendo que somente 27% corresponde a área sem vinculação institucional e,

portanto, afeita à efetiva administração municipal. (RABELO, 2005).

Apesar da riqueza do território e da diversidade da população em todo o município de Mazagão, neste artigo concentrou-se o olhar especialmente sobre o distrito de Mazagão Velho, cuja localidade foi objeto específico do projeto de extensão. Dentre todos os aspectos interessantes, é a história da fundação de Mazagão Velho que mais impressiona e torna esse distrito tão importante, não só no próprio município, mas em todo o estado do Amapá.

Até hoje, Mazagão Velho é local reconhecido por manter importantes manifestações culturais e festas religiosas que atraem grande público todos os anos para a localidade. A história de Mazagão Velho é longa e muito maior que a própria vila, tendo iniciado do outro lado do Atlântico (BOYER, 2008).

Mazagão Velho é conhecida como "a cidade que atravessou o Atlântico" (VIDAL, 2008). Recebeu esse título pois sua origem remonta ao Marrocos do século XVII. Lá havia uma cidade fortificada, fundada pelos portugueses, que se chamava Mazagão[5]. Seus habitantes acabaram sendo transferidos de lá para o extremo norte do Brasil, no então Grão-Pará, cuja área atualmente integra o estado do Amapá e, mais especificamente, o município de Mazagão.

4. A importância de Magazão Velho a justificar a proteção de seu patrimônio

Contar um pouco da história de Mazagão encontra justificativa na medida em que é ela que confere peculiaridade a esse município no estado do Amapá e que acabou desencadeando o desenvolvimento do projeto de extensão objeto do presente artigo.

Mazagão iniciou sua história do outro lado do Atlântico, no Marrocos. Lá foi fundada o que se pode considerar a Mazagão original. Sua fundação pelos portugueses decorreu da intenção de ampliarem seus domínios para além do continente europeu. "Essa política se inscreve no movimento de expansão da cristandade rumo às terras infiéis, na Reconquista que, a partir do século XIII, as Coroas da Península Ibérica desenvolveram contra os reinos mouros."

[5] Atualmente, a cidade no Marrocos se chama El Jadida e segue ostentando partes da muralha, baluartes e cisterna da antiga cidade de Mazagão, que deu origem a essa história inusitada.

(VIDAL, 2008, p. 16).

Apesar de Portugal buscar fundar na Mazagão marroquina um forte, que serviria também como ponto de ancoragem para as embarcações que se lançavam pelo Atlântico em busca de novas terras, rapidamente os mulás, líderes de diferentes tribos locais, decretam guerra santa para expulsar os portugueses da terra muçulmana. (VIDAL, 2008). Na costa do Marrocos, Magazão foi a última das possessões portuguesas a resistir aos assaltos mouros, constituindo-se em uma fortaleza soberba, cheia de bastiões, pensada para ser inexpugnável. Tanto é assim que resiste "a todos os assaltos e a todos os assédios, mesmo quando os atacantes se apresentam à razão de vinte contra um!" (VIDAL , 2008, p. 19). Todavia, com o tempo, a Coroa portuguesa voltou seu interesse em manter e explorar outro território: o Brasil.

Assim, a manutenção do domínio português na Mazagão marroquina vai perdendo importância e tornando-se muito mais um ônus do que um bônus para Portugal. Além disso, os ataques mouros foram se tornando cada vez mais frequentes, o que fez com que a permanência dos portugueses na praça de Mazagão ficasse praticamente insustentável. Por consequência, em 11 de março de 1769, não tendo mais como resistir, os portugueses abandonaram Mazagão rumo a Lisboa em 14 embarcações.

A viagem até Lisboa durou 11 dias. Os portugueses mazaganenses deveriam permanecer apenas 15 dias em Lisboa e seguir viagem em direção ao norte do Brasil, como estratégia de ocupação deste território, que precisava ser protegido da cobiça de outras potências, como a França e a Holanda. "Povoadores do Novo Mundo: esse é o futuro prometido aos mazaganistas. Mas eles não ficarão só 15 dias, mas seis meses em Lisboa: só em 15 de setembro de 1759 eles tomarão o mar em direção da Amazônia." (VIDAL, 2008, p. 54). O primeiro local de ancoragem estabelecido foi a capital da província do Grão-Pará, Belém.

Segundo Motinha (2002), as informações sobre o número de famílias e pessoas da antiga praça mazaganista, bem como as embarcações utilizadas para seu transporte de Lisboa para Belém do Pará (então Grão-Pará), são desencontradas. As informações e dados históricos sobre a criação da vila e a transferência dos mazaganistas africanos até o Brasil não são uniformes. Pelo contrário: a depender da fonte, os dados variam significativamente, fato este

percebido ao longo da condução dessa pesquisa e também relatados por Motinha (2002) e Silva, Tavim (s.d.).

Motinha (2002) demonstra a transferência de 414 famílias mazaganistas de Lisboa para Belém do Pará em 15 de setembro de 1769. Tais famílias tinham por incumbência povoar e assegurar o domínio das terras ao norte da América portuguesa. Se estabeleceram, por ordenação real, em Vila Nova de Mazagão, Vila Vistoza da Madre de Deus e Belém. O transporte se deu em 9 embarcações, tendo chegado ao Grão-Pará em janeiro de 1770. O transporte das famílias a partir de Lisboa ocorreu em duas etapas: num primeiro momento, de Lisboa para o Grão-Pará e, posteriormente, de Belém para Vila Nova de Mazagão. (MOTINHA, 2002).

A Vila Nova de Mazagão foi oficialmente criada em 23 de janeiro de 1770, durante o governo de Ataíde Teive. O nome Mazagão, oriundo do Marrocos, foi mantido para a nova vila, no extremo norte do Brasil, por determinação real (FLEXA, 1905).

Apesar de sua criação oficial, de fato, a vila ainda não existia, o que fez com que as famílias vindas do Marrocos tivessem que permanecer em Belém até a criação de estrutura urbana mínima para recebê-los. A planta da vila foi inicialmente traçada pelo capitão Inácio de Castro Moraes Sarmento, sendo depois modificada e executada pelo engenheiro ajudante Domingos Sambucetti.

A construção teve início em 1770 e os primeiros mazaganistas foram para lá transportados entre abril de 1770 e setembro de 1771. Eles deveriam povoar e também iniciar os trabalhos de construção da vila. Entre os primeiros mazaganistas a chegar, estavam ferreiros, carpinteiros, pedreiros, serralheiros, cirurgião, sangrador, boticário, barbeiro e sapateiros. Não consta na relação desses primeiros transportados que houvesse escravos, o que faz Motinha inferir que esses primeiros mazaganistas que chegaram gozavam de condição econômica mais modesta que aqueles que lhes sucederam (MOTINHA, 2002). Reforça essa ideia o fato de os transportados para a vila em 1775 trazerem consigo 87 escravos e suas mulheres receberem o tratamento de "donas", coisa que não ocorreu em relação às mulheres dos primeiros transportados. Por isso, imagina-se que esse segundo grupo de mazaganistas gozava de condição econômica melhor que os anteriores. (MOTINHA, 2002).

A construção da vila foi lenta e tal demora implicava na permanência dos mazaganistas em Belém. Todavia, sua manutenção

acarretava vários problemas para as autoridades e gastos elevados para os cofres da Coroa portuguesa. Assim, muito embora os relatos demonstrem que a vila ainda estava em condição precária, entre os anos de 1770 e 1775 são transportadas para lá 1051 pessoas de 242 famílias. (MOTINHA, 2002). Há também relatos que afirmam o transporte de maior número de famílias para a vila nesse período. Em 1775, o auxilio que a Coroa portuguesa pagava às famílias oriundas da praça de Mazagão (Marrocos) que ainda estavam em Belém foi suspenso.

Muitos mazaganistas que aguardavam o momento de serem transportados de Belém até a vila acabaram desenvolvendo outras atividades produtivas como o comércio e, assim, se recusavam a realizar a viagem, preferindo permanecer em Belém. Este foi o caso de Bento Vieira Gomes, médico nomeado para atender a vila que, em 1772, se recusou a embarcar e exercer o ofício para o qual havia sido indicado. (MOTINHA, 2002).

A maioria dos moradores da Vila de Nova Mazagão passou a exercer a agricultura. Alguns deles de maneira exclusiva e outros de modo a complementar a renda que recebiam por outras atividades. Eles estabeleceram suas plantações nas ilhas Mutuacá e Pará e até as margens dos rios Preto e Maracá e do lago Juriti. Plantavam arroz, algodão, milho, maniva (mandioca) e fabricavam panos de algodão que eram comercializados em Belém. (MOTINHA, 2002).

Os moradores da vila comercializavam seus produtos diretamente com a Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão. Em verdade, trocavam seus produtos por outros importados ou por partes na compra de escravos, que era a mão de obra mais importante para manter a atividade agrícola no período. Os escravos eram muito caros e o valor que recebiam por seus produtos era baixo. Isso foi ocasionando seu endividamento.

Em acréscimo, a circulação de moeda na época era praticamente inexistente, pois em grande medida predominava a troca de produtos dos mazaganistas por outros produtos. Os valores que eram devidos pela Coroa portuguesa aos mazaganistas como indenização pela saída da Mazagão marroquina e transporte para a Mazagão amazônica não lhe foram repassados integralmente. Tudo isso foi ocasionando um quadro de grave pobreza que rapidamente se transmutou em miséria dos moradores da Vila Nova de Mazagão. (MOTINHA 2002).

Tal quadro foi sendo agravado por doenças e pela fome. Desde sua fundação, a vila só contava com um boticário, um cirurgião e um sangrador, transportados de Belém em 1771. Como anteriormente afirmado, o médico nomeado para atuar na vila recusou o encargo. As condições de saúde e de higiene na vila eram precárias, fazendo com que muitos ficassem doentes e viessem a óbito. Para buscar tratamento de saúde em outras localidades era necessário haver autorização oficial, a qual, quando ocorria, costumava demorar, fazendo com que mesmo aqueles que eram transportados para Macapá, único local a possuir um hospital, ou morriam durante a viagem, que durava 15 dias por via fluvial, ou chegavam em estado tão agravado que o tratamento era ineficaz, levando-os ao óbito. (MOTINHA, 2002).

Por todo esse quadro de penumbra enfrentado na vila, alguns moradores organizaram correspondência à rainha, D. Maria, em 1778, expondo sua situação e reclamando providências. Há também pedidos de permissão para deixarem a vila e irem para outro local, pois "estavam pobres, doentes, sofriam morte e fome" (MOTINHA, 2002, p. 12), especialmente a partir de 1779.

Posteriormente, os relatos oficiais parecem demonstrar um quadro diferente. Nessa direção, por exemplo, o então intendente municipal de Mazagão, Manoel Valente Flexa, faz interessante relato sobre os limites do município em 1905. Nele, inicialmente louva o passado brilhante daquele povoado, vindo de tão longe. Em seu texto, afirma que:

> Com elementos de vida tão escolhidos e que traziam consigo um passado tão brilhante, não podia deixar Mazagão de progredir e desenvolver-se. Tornou-se um centro de trabalho e atividade, não obstante o local escolhido não ter sido o mais adequado para a fundação de um povoado de futuro prometedor. (FLEXA, 1905, p. 6)

Essa visão oficial, de que a vila teve momentos de apogeu e riqueza, parece ser isolada. Todos os demais relatos históricos analisados, e que são bem posteriores ao acima transcrito, dão notícia da pobreza e das dificuldades que assolaram o povoado de Mazagão. Nesse sentido, inclusive, há que se considerar todas as mudanças e diferenças enormes entre a Mazagão original, no Marrocos, que já

estava estruturada e fortificada, e a Mazagão amazônica, que foi sendo construída à medida que as famílias lá chegaram. Além disso, necessário considerar as assimetrias quanto a outros aspectos, tais como: temperatura, umidade, relevo, culturas agrícolas possíveis, para citar as mais evidentes.

Não bastasse a grande pobreza na vila, as casas que foram construídas não duravam mais que 4 anos e se estragavam com facilidade em razão das muitas tempestades e do clima, pois elas eram feitas de pau estacado e cobertas por palha. "Quando se concluíam umas, outras tantas já estavam em ruínas." (MOTINHA, 2002, p. 21). Dada a pobreza reinante, não conseguiam sequer reparar suas casas. Em razão da situação gravosa na qual se encontravam os moradores da vila de Nova Mazagão, a Coroa portuguesa passa a expedir permissões de transferência da vila.

Vidal (2008) relata que, em verdade, desde a chegada das primeiras famílias as queixas ao comandante da vila e ao provedor comissário aumentaram. De início, referiam-se às questões de distribuição das casas. Todavia, pouco a pouco, outras reivindicações foram surgindo. Havia um cotidiano de privações, um sentimento de confinamento em um universo arquitetônico precário e sem comparação com o da fortaleza na costa do Marrocos.

Tudo isso foi levando a uma degradação do clima social. Vidal (2008) também relata que o clima permanentemente úmido da vila dificultava a conservação dos alimentos. "A colheita de arroz de 1776 foi quase completamente perdida, e não é incomum que as reservas de farinha de peixe apodreçam no prazo de algumas semanas." (VIDAL, 2008, p. 193). Em síntese: infere-se que permanecer na Vila Nova de Mazagão era um desafio diário e "os neomazaganenses inventam todos os tipos de artimanha para deixar Nova Mazagão e se reinstalar em Belém." (VIDAL, 2008, p. 199).

Lentamente, a administração portuguesa vai reconhecendo os problemas envolvidos na manutenção da vila. "O muitas vezes constatado fracasso de Nova Mazagão não anima a continuar financiando um assentamento de tão pouca utilidade." (VIDAL, 2008, p. 231). Em verdade, tudo indicava que a Coroa portuguesa já desejava se desincumbir do encargo de assistência aos mazaganenses e, então, foi concedendo liberdade para aqueles que queriam deixar a vila. "O ano de 1783 marca o término institucional do traslado e da refundação de Mazagão na Amazônia". (VIDAL, 2008, p. 231).

Todavia, tal decisão não põe fim à existência da vila de Nova Mazagão, que se mantém, apesar de não mais aparecer nos registros e nos arquivos oficiais da Coroa. Em 1833, seus habitantes são notificados pelo presidente da província do Pará de que, em razão de novos critérios jurídicos para estabelecer a organização municipal, como a vila não contava nem ao menos com 40 pessoas que soubessem ler e escrever, deixaria de ser vila e passaria a ser mero povoado juridicamente dependente de Macapá. Assim, é renomeado e passa a se chamar Regeneração. (VIDAL, 2008). Somente em 1841 torna a chamar-se Mazagão e em 1888 torna a ser cidade.

Em 1915, a transferência do município é aprovada pelas autoridades municipais de Mazagão e, assim, seus moradores são transferidos para a Vila Nova de Anauerapucu, que é rebatizada e passa a se chamar Mazaganópolis ou Mazagão Novo. No entanto, algumas famílias permaneceram morando na vila que, então, passou a ser chamada de Mazagão Velho, tornando-se, posteriormente, um distrito do município de Mazagão.

> Doravante, Mazagão Velho vegeta à beira do rio. Seus moradores mais idosos evocam, com os olhos cheios de saudade, os tempos de outrora, quando até mesmo barcos a vapor chegavam à sua cidade: hoje resta apenas uma pequena ponta de rio percorrida apenas por raras canoas e onde vêm se divertir os meninos da povoação. Aos olhos de seus habitantes, até mesmo a cidade parece ter encolhido. (VIDAL, 2008, p. 256).

Contrastando frontalmente com esse triste desfecho, é justamente em Mazagão Velho que até hoje é celebrada, se não a mais importante, no mínimo uma das mais importantes festas populares do estado do Amapá: a festa de São Tiago, que evoca as lutas entre cristãos e mouros ocorridas na Mazagão marroquina, finalizando com a encenação da vitória dos cristãos. Interessante é que, em realidade, o que ocorreu foi justamente o inverso disso. Mesmo que se adote a interpretação de que os portugueses abandonaram a Mazagão marroquina por decisão estratégica, e não por saírem fugidos dos mouros, ainda assim a encenação da festa chama atenção, pois evoca uma vitória cristã que não ocorreu.

A festa de São Tiago, assim como várias outras, remonta à época colonial e é celebrada em Mazagão desde 1777, com algumas

poucas interrupções. Era sob a invocação de São Tiago de Compostela que os soldados ibéricos saíam em combate contra os infiéis. (VIDAL, 2008).

A festa é realizada no mês de julho, período no qual os "filhos" de Mazagão retornam, pois a maioria deles foi em busca de trabalho e estudo em outros locais, principalmente em Macapá. A festa é celebrada durante 12 dias, sendo que seu ápice ocorre nos dias 24 e 25.

No dia 24 ocorre o baile de máscaras, no qual os homens se fantasiam de mulher, encobrindo seus rostos. (BOYER, 2008). Segundo Boyer, no baile os homens "encenam o momento em que os cristãos, introduzidos às escondidas num campo inimigo comemorando cedo demais a sua vitória, devolvem aos mouros os presentes envenenados anteriormente recebidos deles." (BOYER, 2008, p. 15).

No dia 25 ocorre a missa e a representação da batalha na qual se enfrentam cristãos e mouros a cavalo, na rua principal da vila. Durante essa parte da festividade, a população de Mazagão Velho se quadruplica. Depois, a partir do dia 26, quando a festa já terminou, a vila vai se esvaziando e retoma sua vida pacata. (BOYER, 2008).

O dia 25 de julho, dia de São Tiago, foi transformado em feriado estadual e em 27 de março de 2013 foi aprovada a Lei estadual n. 1.734, que torna a festa de São Tiago patrimônio histórico e cultural do estado do Amapá, para fins de tombamento de natureza imaterial. Essa lei também estabelece que o poder público promoverá e protegerá as características atuais dessa manifestação cultural.

De maneira geral, o calendário de festas e de manifestações religiosas de Mazagão Velho é bastante intenso. Todavia, nenhuma outra festa goza de tanta visibilidade e popularidade quanto a festa de São Tiago, que é divulgada e noticiada pela imprensa do Estado. Esta também é a festa que recebe o maior número de visitantes, turistas, jornalistas, autoridades locais e políticos. Por isso tudo também é a festa que recebe o maior apoio oficial, a ponto de o principal dia da festa ser considerado feriado estadual.

Outra festividade que se destaca é a Festa do Divino Espírito Santo, que ocorre entre os dias 16 e 26 de agosto. É festa quase tão longa quanto a de São Tiago e, tal como esta, também conta com diferentes momentos: novena, alvoradas de madrugada, folia

e marabaixo[6]. Todavia, diferentemente da festa de São Tiago, esta é organizada apenas pela própria comunidade de Mazagão Velho e não há a participação significativa de turistas ou público externo à própria vila. Também não goza da mesma visibilidade e divulgação que aquela. Como se diz na própria comunidade, a festa do Divino é mais da própria comunidade. (BOYER, 2008).

Por toda sua riqueza histórica e cultural, Mazagão Velho tem despertado o interesse de diferentes pesquisadores e tem sido objeto de vasta produção científica em diferentes áreas do conhecimento. Nesse sentido, inclusive, aponta relatório do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN):

> Por apresentar peculiar história de criação - A cidade que atravessou o Atlântico - Mazagão Velho vem despertando ao longo dos anos a atenção de pesquisadores, historiadores, arqueólogos, arquitetos, de várias nacionalidades; e gerando uma produção científica de grande porte e respeitabilidade, fornecendo subsídios para a necessidade de se proteger a história e cultura deste lugar. (IPHAN, 2011, p. 5).

A demonstrar tal importância, pesquisadores da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) realizaram estudos arqueológicos em Mazagão Velho, sob a coordenação do arqueólogo Marcos Albuquerque. Em 2004, as ruínas da primeira igreja da vila foram escavadas. Em visita ao local, realizada durante o projeto de extensão, em 2013, pode-se constatar que o sítio arqueológico está

[6] O Marabaixo é uma manifestação folclórica afro-amapaense, que consiste em homenagear o Divino Espírito Santo e a Santíssima Trindade em duas partes: a sagrada (missas, novenas, ladainhas) e a profana (dança do Marabaixo, bailes). (...) A origem do nome é incerta: alguns afirmam que vem do árabe marabut (louvar); outros afirmam que vem do fato dos escravos serem trazidos mar abaixo nos navios negreiros, ou seja, da África para o Brasil. Na dança do Marabaixo, as mulheres vestem-se com anáguas, saias rodadas floridas, camisa branca, colares, lenço no ombro e flor atrás da orelha, uma versão estilizada das roupas das escravas. Os homens usam roupas brancas e tocam com duas baquetas grandes tambores chamados caixas ou caixa de Marabaixo. Tanto os tocadores quanto as mulheres cantam os versos improvisados chamados ladrões; muitos desses versos têm teor religioso. Todos dançam em círculo, sentido anti-horário e ao redor de si mesmos. (ALMEIDA, 2016).

parcialmente abandonado e sendo tomado pela vegetação. Também verificou-se que não estava devidamente sinalizado.

Do mesmo modo, o IPHAN iniciou estudos e realizou inventário com o objetivo de fornecer dados no sentido de promover o tombamento da Vila de Mazagão Velho. Tal processo foi iniciado em 1996, tendo sido continuado entre os anos de 2007 e 2008. Todavia, pelas notícias existentes, não foi concluído.

Por conseguinte, observou-se que a importância histórica, cultural, artística, turística, paisagística, arquitetônica e arqueológica da Vila de Mazagão Velho era inegável. Todavia, as ações tomadas no sentido de lhe preservar, valorizar e fomentar eram intermitentes e ainda insuficientes para assegurar efetivamente tal patrimônio. Em acréscimo, constatou-se que a ausência de uma lei municipal de proteção ao patrimônio e o não aproveitamento desse patrimônio em prol do incremento à qualidade de vida da população de Mazagão, despertaram a possibilidade de aplicar os preceitos da Legística como meio apto a contribuir na transformação dessa realidade.

5. O caminho da proposta legistlativa

A proposta legislativa foi orientada conforme a metodologia estabelecida pela Legística material, de maneira a integrar a comunidade no planejamento e na avaliação legiferante. Nessa direção, após o estudo teórico acerca da Legística e da apropriação da história e peculiaridades de Mazagão, por intermédio de pesquisa bibliográfica, documental e *in loco*, passou-se a estabelecer contato com a população do município e suas lideranças. Realizou-se várias reuniões com as autoridades locais e também uma audiência pública, para o exercício do contraditório. Afinal, "[..]a participação na produção da lei não só deflui do comando constitucional, mas é necessária porque porta ao processo de produção do direito as contradições, desigualdades e tensões de uma democracia em construção." (SOARES, 2004, p. 174)

A audiência pública foi organizada em articulação com a Prefeitura, a Câmara Municipal, o Ministério Público do estado do Amapá, o Poder Judiciário estadual e as associações existentes no município de Mazagão. Foi realizada no fórum do município e contou com a participação de 85 pessoas, entre autoridades, lideranças

locais e cidadãos. Antes de iniciar a audiência pública, buscando sensibilizar os participantes, os estudantes envolvidos no projeto encenaram uma peça teatral, cujo tema tratou justamente do problema que se buscava enfrentar: a ausência de mecanismos legislativos adequados à preservação do patrimônio de Mazagão, suas consequências e a importância da participação popular nessa iniciativa.

Conforme assevera Soares (2009, p.68):

> Com o diálogo estabelecido entre população e políticos e entre técnicos e políticos, teríamos uma legislação com condição de ser implementada, de atingir seus fins; enfim, teríamos uma legislação que atenderia de forma satisfatória o binômio custo-benefício. A atividade de legislação, seja da administração pública, seja do Poder Legislativo, é uma atividade que custa, que mobiliza muitas pessoas. (SOARES, 2009, p. 68)

Essa concepção de Soares balizou as ações do projeto. Assim, somente depois das experiências e contatos com os interessados diretos na proposta é que foi possível elaborar a minuta de um anteprojeto de lei para a proteção do patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico, com dispositivos irradiadores de políticas públicas de inclusão social. Após, o anteprojeto foi encaminhado aos poderes municipais como sugestão. A elaboração legislativa foi articulada com políticas públicas, com o propósito de valorizar a emancipação de seus cidadãos, de maneira a suprir a lacuna legislativa até então existente.

6. Cconsiderações finais

Ao final da execução do projeto foi possível observar dois caminhos de análise com relação às suas consequências: uma que se refere à proteção do patrimônio de Mazagão, objeto do projeto de extensão, e outra que se refere à articulação entre o ensino e a extensão por meio de uma disciplina no DINTER.

Assim, quanto à primeira consequência, a proteção legal do patrimônio histórico-cultural, artístico, turístico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico do município de Mazagão era necessária, tendo em vista que os instrumentos legais disponíveis em âmbito

municipal até então existentes, a exemplo do Código Ambiental, não refletiam os anseios da população local por respeito e por desenvolvimento.

Da mesma maneira, o planejamento e a elaboração do anteprojeto de lei, com base na Legística, contribuiu para afirmar a identidade mazaganense. A identidade só pode ser afirmada na alteridade. É a partir da diferença em relação aos demais, que a identidade do grupo se evidencia. No caso da comunidade de Mazagão, essa identidade mostrou-se fundada, em grande medida, em sua história comum. Interessante que, embora a origem da fundação da Mazagão brasileira seja uma história de dificuldades e privações, contemporaneamente, essa história é relembrada com orgulho, a ponto de fazer com que a batalha entre mouros e portugueses que é encenada na Festa de São Tiago, anualmente, retrate uma história diferente daquela ocorrida no passado.

Por fim, observou-se que a elaboração da proposta legislativa em conjunto com a comunidade representou um incentivo e um novo ânimo ao desenvolvimento local, na medida em que contou com o envolvimento de parcela importante daquela população.

No que se refere à segunda consequência, que diz respeito à articulação entre o ensino e a extensão fomentada a partir de uma disciplina, a ação pode ser considerada um exemplo bem sucedido, na medida em que envolveu os doutorandos durante todas as etapas do projeto. A notícia produzida num jornal local foi a provocação necessária para que se aplicasse efetivamente a metodologia prevista pela Legística material, que implicou na participação e protagonismo dos doutorandos na solução do problema encontrado. Filiou-se, portanto, àqueles que compreendem que o ensino do Direito deve dar maior ênfase ao conhecimento aplicado, voltado a maximizar sua possibilidade de utilização prática. (GHIRARDI, 2012)

Daí em diante, não só a Legística passou a importar, mas, principalmente, a história daquele município e as pessoas atingidas pela ação. Apesar de ter sido desenvolvido em disciplina em curso de Doutorado, pode ser exemplo interessante para inspirar essa articulação no âmbito da graduação em Direito, inclusive de maneira mais efetiva e presente.

A grande dificuldade na aplicação da Legística material no caso relatado refere-se à etapa posterior à da execução. Como afirmado anteriormente, a etapa final é a da avaliação retrospectiva. Para

que ocorra adequadamente, demanda que haja o acompanhamento posterior à proposta legislativa encaminhada e aprovada, de modo que se possa repensar e corrigir eventuais desvios após a execução.

No caso sob análise, esta etapa ficou prejudicada, haja vista que se alongou para além do tempo da disciplina que deu origem ao projeto. Estando ele vinculado à disciplina, restou fragilizado nesse ponto, já que não houve tempo suficiente para acompanhar os rumos posteriormente tomados pela comunidade e pelas autoridades aptas a colocarem a proposição legislativa em marcha e avaliação posterior.

É nessa direção que se entende que um projeto dessa monta seja mais facilmente aplicado ao longo de um curso de graduação em Direito, cujas atividades de ensino podem ser articuladas com ações de extensão com maior duração e perpassar diferentes componentes curriculares ao longo de todo o curso, ao invés de ficar restrito a uma disciplina, como foi a experiência aqui relatada.

Além disso, o caso relatado é interessante e tende a ter um resultado ainda mais marcante em relação a estudantes de graduação os quais, em regra, ainda não tem a mesma maturidade que estudantes de doutorado. Por intermédio da articulação entre o ensino e a extensão, tal como descrito, é possível fomentar nos estudantes uma postura ativa de busca pelo conhecimento e instrumentalização do conhecimento adquirido. Por fim, a experiência vivenciada demonstra uma possibilidade de efetiva interação entre a universidade e a comunidade, tendo como consequência a importante troca de saberes e o mútuo aprendizado.

Referências

ALMEIDA, Geraldo Peçanha de. **Mazagão Velho**: diásporas negras, performance e oralidade no baixo Amazonas. Curitiba: Juruá, 2011.

ALMEIDA, Heraldo. Conheça o que é o Marabaixo. **Diário do Amapá**. Macapá, 08 jan. 2016. Disponível em: https://www.diariodoamapa.com.br/2016/01/08/conheca-o-que-e-o-marabaixo/. Acesso em: 21 ago. 2017.

AMAPÁ. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Relatório Técnico**

do Desmatamento no Estado do Amapá, referente aos anos de 2009 a 2010. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. Macapá: SEMA, 2011.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA, 2007, Belo Horizonte. **Qualidade da Lei e Desenvolvimento.** Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2007. Disponível em: http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/563/563.pdf?sequence=3, Acesso em 20 mar 2015.

BOYER, Verónique. Passado português, presente negro e indizibilidade ameríndia: o caso de Mazagão Velho, Amapá. **Revista Religião & Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 28, n. 02, p. 11-29, 2008. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0100-85872008000200002. Acesso em 16 jun 2014.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=160040&search=||infogr%E1ficos:-informa%E7%F5es-completas. Acesso em 10 jun 2014.

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). **Mazagão Velho**: inventário de bens imóveis 2011. Macapá: Superintendência Regional do IPHAN, 2011.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo.** Belo Horizonte, v. 7. n. 12, p. 101-143, jan/jun 2004.

FLEXA, Manoel Valente. **Memorial sobre os limites do município de Mazagão**. Belém: 1905.

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel . A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. **Cadernos da Escola do Legislativo.** Belo Horizonte, v. 9. n. 14, p. 35-58, jan/dez 2007.

GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

MADER, Luzlus. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. ***In*:** Congresso Internacional de Legística – qualidade da lei e desenvolvimento, 10-13 set. 2007. Belo Horizonte: Assembleia Legisla-

tiva do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 43-54. Disponível em: http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/9/123456789-9.pdf?sequence=3 Acesso em 20 mar 2015.

MOTINHA, Katy Eliana Ferreira. Vila Nova de Mazagão: espelho de cultura e de sociabilidade portuguesas no vale amazônico. ***In:*** Actas do Congresso Internacional Espaço Atlântico de Antigo Regime: poderes e sociedades. Lisboa, 2009.

OST, François. **O tempo do Direito**. Porto Alegre: Instituo Piaget, 1999.

RABELO, Benedito Vitor (Org.). **Mazagão**: realidades que devem ser conhecidas. Macapá: IEPA, 2005.

SILVA, Maria Cardeira da. TAVIM, José Alberto R Silva. **Marrocos no Brasil**: Mazagão (Velho) do Amapá em festa – a festa de São Tiago. Disponível em: http://cvc.instituto-camoes.pt/eaar/coloquio/comunicacoes/jose_alberto_tavim.pdf . Acesso em 26 nov 2013.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação**: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. Legística: história e objeto, fronteira e perspectivas. ***In***: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 55-68.

VIDAL, Laurent. **Mazagão**: a cidade que atravessou o Atlântico. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ACESSIBILIDADE CIDADÃ

A UTILIZAÇÃO DE CANAIS INSTITUCIONAIS TÍPICOS DE ENGAJAMENTO DEMOCRÁTICO NO BRASIL

Rafael da Silva Menezes[1]
Mariah Brochado Ferreira[2]

Resumo: O presente artigo colaciona e analisa informações acerca da utilização, pelos cidadãos brasileiros, dos principais instrumentos democráticos que viabilizam a concretização da participação e da deliberação popular, com o objetivo de delinear um panorama da prática democrática institucionalizada no Brasil. Trata-se de análise quantitativa e qualitativa da utilização dos seguintes mecanismos institucionais típicos de engajamento democrático: (i) participação em eleições gerais; (ii) projetos de lei de iniciativa popular; (iii) participação em referendos e em plebiscitos.

Palavraas-chave: Constituição, participação, análise.

---

[1] Pós Doutorando em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

[2] Pós Doutorado em Filosofia pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Philosophisches Seminar), Alemanha (Bolsa Capes Estágio Sênior-2012/2013). Doutorado em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2003). Mestrado em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (2000). Especialização em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (1998). Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG. Integrante do corpo de colaboradores do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Integrante do corpo de colaboradores do Doutorado Interinstitucional (DINTER) entre UFMG e Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

Abstract: The present article collates and analyzes information about the use by Brazilian citizens of the main democratic instruments that make feasible the participation and popular deliberation, in order to delineate a panorama of democratic practice institutionalized in Brazil. It is a quantitative and qualitative analysis of the use of the following institutional mechanisms typical of democratic engagement: (i) participation in general elections; (ii) popular initiative bills; (iii) participation in referenda and plebiscites.

Keywords: Constitution, participation, analysis.

INTRODUÇÃO

Considerado o panorama jurídico brasileiro, é possível sustentar que a articulação e a compatibilização[3] entre os direitos democráticos de representação, participação e deliberação, previstos de forma exemplificativa pela Constituição Federal, associadas aos demais direitos fundamentais - civis, sociais e fraternos – permite, ao menos em tese, a realização do discurso argumentativo, com esteio na Ética do Discurso de Apel (1988).

Esse entrelaçamento e articulação entre os direitos permitem e proporcionam "o empoderamento das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas" (PIOVESAN, 2010, p. 67), possibilitando que as pessoas sejam "autoras de suas próprias histórias" e da história de seus semelhantes.

Isso corresponde a prestigiar juridicamente o valor diver-

[3] É importante recordar que alguns autores identificam uma possível impossibilidade ou dificuldade de convivência entre "*extremely activist political culture*" e uma "*heavily deliberative one*", assentando que "*the kind of network that encourages an open and tolerant society is not necessarily the same kind that produces an enthusiastically participative citizenry*" (MUTZ, 2006, p. 125). Diana C. Mutz (2006), por exemplo, após reconhecer os benefícios de uma deliberação apoiada em uma rede e em um contexto heterogêneo, também reconhece os benefícios proporcionados por uma rede homogênea de relações democráticas, que permitira um maior engajamento democrático de pessoas com o mesmo ideal em torno de um objetivo comum e cita, como exemplo, o movimento abolicionista como uma rede democrática homogênea de grande impacto social.

sidade no campo democrático e envolve, necessariamente, a integração de grupos vulneráveis e excluídos às deliberações e decisões políticas: o pluralismo político[4], cedendo espaço para que o dissenso se manifeste livremente e possa influenciar, com igual possibilidade de sucesso, a tomada de decisões.

Todavia, indaga-se se a existência de direitos fundamentais, direcionados à realização democrática, é suficiente para a configuração de uma democracia ética, na perspectiva de Apel.

Nesse mesmo sentido, questiona-se, ainda, se essa proposta ética é capaz de assegurar resultados práticos no que concerne à implementação da democracia plena e do humanismo em ambientes não ideais de realização, sobretudo porque "o funcionamento das instituições democráticas, como o de todas as outras instituições, depende das atividades dos agentes humanos que utilizam as oportunidades para as realizações razoáveis" (SEN, 2011, p. 389).

A responsabilidade dirigida para a dimensão objetivista do **para que participar** é suficiente para fomentar a participação e a deliberação que fazem funcionar legitimamente as instituições democráticas?

No presente artigo serão colacionadas e analisadas informações acerca da utilização, pelos cidadãos brasileiros, dos principais instrumentos democráticos que viabilizam a concretização da participação e da deliberação popular, para que seja possível delinear um panorama da prática democrática institucionalizada no Brasil.

Traça-se então, uma análise quantitativa e qualitativa da utilização dos seguintes mecanismos institucionais típicos[5] de engajamento democrático: (i) participação em eleições gerais; (ii) projetos de lei de iniciativa popular; (iii) participação em referendos e em

[4] Cabe recordar, em Bobbio (2002), que democracia e pluralismo não são expressões com a mesma extensão, sendo possível encontrar sociedades plurais que não são democráticas (sociedade feudal) e sociedades democráticas que não são plurais (a denominada democracia dos antigos).

[5] A tese propõe a diferenciação de nomenclatura entre instrumentos típicos e instrumentos atípicos de engajamento democrático, reservando àqueles aos mecanismos cuja institucionalização estava prevista na ordem jurídica brasileira antes mesmo da Constituição Federal de 1988 e que são historicamente elencados como exemplos de participação democrática. Os instrumentos atípicos são aqueles cuja institucionalização e utilização amplas são, histórica e juridicamente, mais recentes.

plebiscitos.

O referido panorama albergará o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2014, relativamente à participação popular nas eleições gerais, e estende-se até 31/01/2017, em relação aos demais típicos instrumentos democráticos selecionados para amostra.

1. Utilização de mecanismos institucionais típicos de participação e deliberação política

Desde a Constituição do Império (1891) até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil preponderou uma baixa possibilidade institucional de participação e deliberação popular, conforme aponta Menezes (2017) embora, de forma paradoxal, alguns típicos direitos políticos tenham sido formalmente previstos em leis outorgadas durante períodos de vazio democrático[6].

Não obstante essas limitações circunstanciais e jurídicas, foram identificados persistentes movimentos de mobilização social, que tentavam alterar os destino do Estado brasileiro, embora sua articulação tenha ocorrido de forma esparsa e pouco responsiva, em geral.

É importante registrar que a baixa responsividade da

[6] A Constituição brasileira de 1891, promulgada no início da instituição da República, por exemplo, ao tempo em que excluiu o critério censitário como condição para o exercício do voto, manteve excluída do rol de eleitores e de possíveis eleitos, uma parcela significativa da população brasileira, não tendo sido assegurado sequer o direito do voto às mulheres, por exemplo. . Confira-se: "Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis". Por outro lado, a Constituição de 1937, outorgada em período ditatorial, previa, embora sem materialização, alguns importantes direitos políticos, inclusive o voto feminino e ainda estabeleceu a organização sindical, que se constitui em importante canal de porosidade democrática para as demandas dos trabalhadores.

articulação social decorreu, principalmente, da falta de espaços democráticos (livres) de mobilização e deliberação política, durante os períodos ditatoriais impostos ao Brasil, que cerceavam liberdades políticas.

A partir de 1985, todavia, com o enfraquecimento da estrutura ditatorial, houve o início da alteração no padrão de mobilização e participação social, destinada à reorganização política e constitucional[7] do país, consoante registra Leonardo Avritzer (2016), ao comentar as causas históricas dos atuais impasses da democracia brasileira.

Nesse enfoque, cabe destacar a mobilização em torno da campanha das Diretas Já e a ampla participação popular na Assembleia Nacional Constituinte, cujo Regimento Interno permitia a propositura de emendas populares[8], inclusive, para que as pretensões populares veiculadas através desses instrumentos pudessem ter a possibilidade de disputar a composição do texto constitucional, independentemente da iniciativa dos constituintes.

A mobilização e a participação social contribuíram para que fossem inseridos na Constituição Federal de 1988 mecanismos de representação, participação e deliberação políticas.

Diante desse quadro de possibilidade de participação

---

[7] Leonardo Avritzer (2016) identifica três momentos históricos que marcaram a mudança de paradigma da mobilização e participação social brasileira: (i) convocação da Assembleia Nacional Constituinte; (ii) sinergia entre o Partido dos Trabalhadores e os movimentos de mobilização social; (iii) vitória presidencial pelo candidato do Partido dos Trabalhadores.

[8] Confira-se: Art. 13. [...] § 11: Às Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores e aos tribunais, bem como às entidades representativas de segmentos da sociedade fica facultada a apresentação de sugestões contendo matéria constitucional, que serão remetidas pelo Presidente da Assembleia às respectivas Comissões. Art. 14. As Subcomissões destinarão de 5 (cinco) a 8 (oito) reuniões para audiência de entidades representativas de segmentos da sociedade, devendo, ainda, durante o prazo destinado aos seus trabalhos, receber as sugestões encaminhadas à Mesa ou à Comissão. [...] Art. 24. Fica assegurada, no prazo estabelecido no § 1º, do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas as seguintes condições [...].

institucional, convém identificar de que forma alguns dos principais instrumentos democráticos foram utilizados pelos cidadãos brasileiros, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2. Participação em eleições gerais diretas

Os primeiros dados pesquisados dizem respeito à participação popular nas eleições gerais, a partir de 1989[9] até o ano de 2014, consideradas as seguintes variáveis: (i) população, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE[10]); (ii) número de eleitores aptos ao exercício do voto; (iii) número de votos válidos, segundo dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE)[11].

As informações foram entabuladas da seguinte forma:

[9] Este foi o ano da primeira eleição direta para o cargo de Presidente da República, desde 1960.

[10] Os quantitativos populacionais foram obtidos a partir dos dados estimados informados pelo IBGE ao Tribunal de Contas da União, disponibilizados no *link* ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2014/serie_2001_2014_TCU.pdf. Por sua vez, a população referente ao ano de 2010 foi obtida diretamente do Censo Demográfico 2010, disponível no *link* http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm e as estimativas referentes aos anos de 1989 e 1994 foram extraídas do seguinte *link*: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=0&de=35&no=10.

[11] As informações referentes às eleições gerais ocorridas entre os anos de 1989 e 2014 foram obtidas junto ao sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, no *link* eleições anteriores e, ainda, através de contato eletrônico com a Assessoria de Gestão Estratégia do mesmo Tribunal, cabendo destacar que, em relação a eleições ocorridas em dois turnos, os dados referentes à abstenção, votos brancos e votos recebidos referem-se exclusivamente ao segundo turno.

Tabela 1 – Quantitativo populacional, eleitores, omissões democráticas e votos recebidos pelos Presidentes eleitos desde 1989

Ano	População Estimada	Número de Eleitores aptos a Votar	Abstenção	Votos Brancos	Votos Válidos	Votos Recebidos pelo Presidente Eleito
1989	143.997.246	82.074.718	11.814.017	986.460	66.166.009	35.089.998 (2º turno)
1994	156.430.949	94.743.043	16.822.410	7.191.856	63.285.633	34.364.961
1998	166.252.088	106.100.596	22.802.823	6.688.379	67.722.303	35.936.382
2002	174.632.960	115.253.447	23.589.188	1.727.760	86.164.103	52.793.364 (2º turno)
2006	186.770.562	125.912.935	23.914.714	1.351.448	95.838.220	58.295.042 (2º turno)
2010	190.480.630	135.804.433	29.197.152	2.452.597	99.463.645	55.752.529 (2º turno)
2014	202.768.562	142.822.046	30.137.479	1.921.819	105.542.723	54.501.118 (2º turno)

Fonte: elaboração própria.

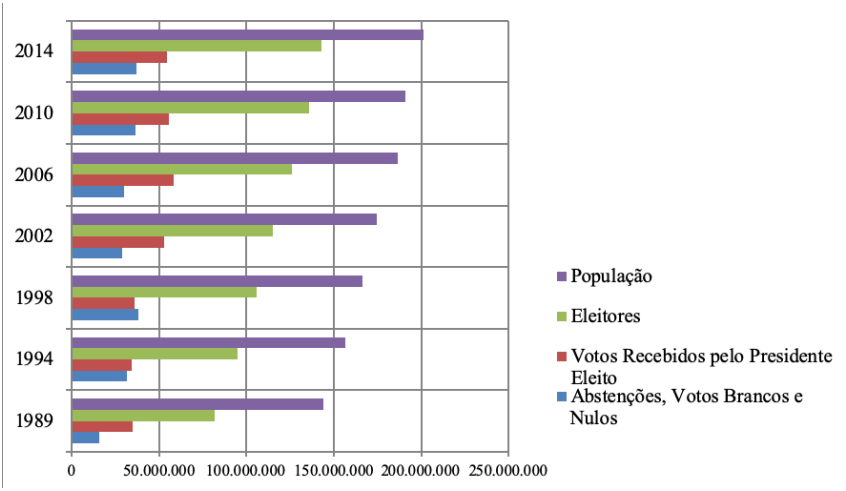
Observa-se, a partir dos dados acima colacionados, que desde 1989 houve uma omissão democrática (abstenções, votos brancos e nulos) média de 27,24 % dos eleitores nas eleições para escolha do Presidente da República.

Essa circunstância permitiu que os Presidentes eleitos recebessem, em média, apenas 40 % do total de votos possíveis.

Em 1998, por exemplo, o Presidente Fernando Henrique Cardoso foi eleito com o equivalente a 33,87% dos votos possíveis, percentual próximo ao verificado em 2014, quando a Presidente Dilma Vana Rousseff foi eleita com 38,16% dos votos possíveis.

Considerando o quantitativo da população existente em cada período de eleições gerais e não apenas o número de eleitores, constata-se um contraste relevante entre o número de pessoas responsáveis pela escolha do Presidente da República e a população total do país, conforme indicado no gráfico seguinte.

Gráfico 1 – Contraste entre o quantitativo populacional e a parcela de eleitores que escolhem o Presidente da República desde 1989



Fonte: elaboração própria.

Os dados demonstram de forma ilustrativa que em relação ao exercício do direito expressivamente democrático – direito ao voto direto – uma parcela significativa dos cidadãos deixa de exercer essa prerrogativa, abstendo-se de participar de uma fundamental escolha para a vida pública do Estado.

Essa omissão, além de contribuir para acentuar a crise de credibilidade política, pode refletir a ausência de identificação da população, em especial dos cidadãos, com o Estado e com seus representantes[12].

Esse quadro é capaz de produzir um manto de irresponsabilidade do cidadão em relação aos erros e às injustiças perpetradas pelo Estado.

É importante ressaltar que no Brasil, nos termos do art. 14 da Constituição Federal, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e, facultativo, para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, analfabetos e maiores de 70 anos.

A legislação infraconstitucional (Lei nº 4.737, de 15 de julho

[12] Convém registrar que os votos brancos e nulos podem representar uma forma individual de protesto.

de 1965), por seu turno, estabelece uma série de sanções pecuniárias e administrativas[13], que variam desde a aplicação de multa até o impedimento de obter passaporte ou carteira de identidade.

Não obstante a previsão dessas sanções, ainda persiste um significativo índice de abstenção nas eleições gerais[14].

[13] Art. 7º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o Juiz Eleitoral até sessenta dias após a realização da eleição incorrerá na multa de três a dez por cento sobre o salário mínimo da região, imposta pelo Juiz Eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367, da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965. (redação conferida pela Lei n. 6.091/74).
§ 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:
I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;
II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;
III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;
IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;
V - obter passaporte ou carteira de identidade;
VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;
VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.
§ 2º Os brasileiros natos ou naturalizados, maiores de 18 anos, salvo os excetuados nos arts. 5º e 6º, nº 1, sem prova de estarem alistados não poderão praticar os atos relacionados no parágrafo anterior.

[14] Apontam José Gargez Ghirari e Luciana Gross Cunha que a abstenção elevada em eleições majoritárias também tem sido observada em outros países, em que o voto não é obrigatório, inclusive. Confira-se: "As eleições presidenciais francesas de 2012, por exemplo, apresentaram o maior índice de abstenção (20,52%) desde 1969, percentual que parece modesto se comparado àquele verificado no mesmo país nas eleições para os parlamentos francês e europeu (44,60% e 59,37%, respectivamente). Nos Estados Uni-

3. Projetos de Lei de Iniciativa Popular

Outro típico instrumento de engajamento político e que representa a inserção, na democracia brasileira, de elementos da democracia direta, diz respeito à possibilidade de os cidadãos iniciarem, diretamente, o processo legislativo, com vistas à criação de novas normas gerais e abstratas que, acaso aprovadas, integrarão o ordenamento jurídico brasileiro e vincularão a todos, coercitivamente.

Consoante exposto no segundo capítulo deste trabalho, a previsão constitucional desse instrumento está contida no art. 14, da Constituição Federal, que trata, exemplificativamente, das formas de manifestação da soberania popular.

Em adição, os arts. 27, 29 e 61, da Lei Maior, estendem à rotina legislativa dos Estados[15] e Municípios a iniciativa popular para o

---

dos, a porcentagem de eleitores registrados (representam aproximadamente 50% da população em idade de voto) que efetivamente comparecem às urnas tem girado em torno de 50% (presidenciais) e 37% (legislativas), o que significa uma participação de 25% e 18,5%, respectivamente, do total de norte-americanos potencialmente aptos a escolher seus representantes. Na Grã-Bretanha, abstiveram-se de votar, nas eleições gerais de 2010, 34,9% dos eleitores. No Brasil, a obrigação legal de votar não tem impedido a ocorrência de percentuais significativos de abstenção, mesmo nas eleições presidenciais." (GHIRARDI; CUNHA, 2013, p. 161-162).

[15] Convém recordar que apesar de a Constituição Federal restringir a iniciativa popular aos projetos de lei ordinária e complementar e, portanto, não permitir a iniciativa popular para a propositura de Projetos de Emenda constitucional, as Constituições Estaduais podem fazê-lo. Por exemplo, a Constituição do Estado do Amazonas permite a iniciativa popular para propositura de projetos de Emendas Constitucionais: Art. 32. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] IV - de iniciativa popular, subscrita por, no mínimo, cinco por cento do eleitorado estadual, distribuído pelo menos em vinte e cinco por cento dos Municípios existentes no Estado, não inferior a cinco por cento dos eleitores de cada um deles. A Constituição do Estado de Minas Gerais, por outro lado, não permite a iniciativa popular para alteração constitucional, mas possibilita a propositura de projetos de Emenda Constitucional que seja subscrito por 100 Câmaras Municipais: Art. 64 – A Constituição pode ser emendada por proposta: [...] III – de, no mínimo, 100 (cem) Câmaras Municipais, manifestada pela maioria de cada uma delas. [...] Art. 67 – Salvo nas hipóteses de iniciativa privativa e de matéria indelegável, previstas nesta Constituição, a iniciativa

início do processo legislativo. Confira-se:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> [...]
> III - iniciativa popular.
> [...]
> Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.
> [...]
> § 4º A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.
> [...]
> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> [...]
> XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.
> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
> [..]
> § 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.

---

popular pode ser exercida pela apresentação à Assembleia Legislativa de projeto de lei, subscrito por, no mínimo, dez mil eleitores do Estado, em lista organizada por entidade associativa legalmente constituída, que se responsabilizará pela idoneidade das assinaturas.

A possibilidade de iniciar o processo legislativo, independentemente do juízo de conveniência e oportunidade dos representantes, é salutar para a democracia brasileira porque, apesar de não garantir que a proposta legislativa seja aprovada, ela incita e obriga o exercício de um debate mínimo, pelos representantes, de um tema que de alguma forma interessa aos cidadãos proponentes e que não foi, espontaneamente, discutido pelos legisladores.

Ademais, sendo aprovado o Projeto de Lei de Iniciativa Popular, ter-se-á a construção direta, pelos cidadãos, de uma parte da estrutura coercitiva do Estado, observados os limites constitucionais – formais e materiais – à atividade legislativa.

De acordo com informações obtidas junto ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados[16], os Projetos de Lei de Iniciativa Popular são, em geral, adotados por Deputados Federais, que passam a constar como autores dos mesmos, a fim de que haja uma tramitação mais célere das propostas, sobretudo em razão das exigências procedimentais, indicadas no primeiro capítulo deste trabalho e, também, da impossibilidade de os projetos oriundos de iniciativa popular, sem intermediação de Deputados, terem o rito acelerado, por exemplo, mediante a votação conclusiva nas Comissões da Câmara dos Deputados.

Isso dispensaria a votação no Plenário daquela casa legislativa, nos termos do art. 24, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[17].

Nesse contexto, foram identificadas sete proposições dirigidas à Câmara dos Deputados, oriundas de iniciativa popular e ado-

---

[16] Os dados contidos na Tabela nº 2 foram obtidos junto à Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação da Câmara dos Deputados, por intermédio do Centro de Documentação e Informação, que encaminhou, por e-mail, os dados relativos aos projetos de lei de iniciativo popular que tramitaram na Câmara dos Deputados até 13/01/2016. As informações foram confirmadas, posteriormente, no site da Câmara dos Deputados, no *link* Atividades Legislativas e a situação dos projetos entabulados encontram-se atualizadas até 31/01/2017.

[17] Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe: [...] II - discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário, salvo o disposto no § 2º do art. 132 e excetuados os projetos: [...] c) de iniciativa popular;

tadas por parlamentares, assim entabuladas, em ordem cronológica de apresentação:

Tabela 2 – Projetos de Lei de Iniciativa Popular

Projeto	Assunto	Estágio Atual
PL n.º 2.710/1992[1]	Criação do Fundo Nacional de Moradia Popular	Projeto aprovado e convertido na Lei n.º 11.124/2005
PL n.º 4.146/1993	Caracterização de chacina realizada por esquadrão da morte como crime hediondo (Projeto "Gloria Perez")	Projeto aprovado e convertido na Lei nº 8.930/1994
PL nº 1.517/1999[2]	Inclusão da possibilidade de cassação do registro do candidato que doar, oferecer ou prometer bem ou vantagem pessoal em troca do voto	Projeto aprovado e convertido na Lei nº 9.840/1999
PL nº 4.911/2005	Desconsideração do tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade para efeitos de progressão de regime e livramento condicional; exigindo como requisito para o livramento que o condenado tenha exercido atividade laborativa e não seja reincidente em crime doloso; Proibição da interposição do recurso de apelação em liberdade para os condenados pela prática de crimes hediondos e proibição do indulto para os condenados pelos crimes de tortura; Exigência de que a pena seja cumprida integralmente em regime fechado; Revogação do protesto por novo júri	Em tramitação junto à Comissão Especial na Câmara dos Deputados destinada a analisar a proposta do Novo Código Penal brasileiro.
PL n.º 7.053/2006[3]	Supressão do benefício relativo à fixação de pena para crime continuado quando se tratar de crime hediondo, tortura e genocídio. Proibição da interposição do recurso de Apelação, em liberdade, para o condenado por esses crimes e por tráfico de drogas. Proibição da concessão de indulto para o crime de tortura. Revogação do protesto por novo júri	Em tramitação junto à Comissão Especial na Câmara dos Deputados destinada a analisar a proposta do Novo Código Penal brasileiro
PLP nº 518/2009 e PLP nº 168/1993	Projeto que propôs a instituição da denominada "Ficha Limpa", obrigatória para os candidatos as eleições em todos os níveis. Aumenta para oito anos o período de inelegibilidade e suspende a exigência do trânsito em julgado nos casos em que a representação for julgada procedente pela Justiça Eleitoral.	O PLP nº 518/2009 foi apensado ao PLP nº 168/1993 e, posteriormente aquele foi tido por prejudicado e o PLP nº 168/1993 foi aprovado e convertido na Lei Complementar nº 135/2010

Fonte: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados.

É importante registrar que sobre o PL nº 4.850/2016, oriundo da articulação do Ministério Público Federal em torno da campanha "10 Medidas Contra a Corrupção", a Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados não respondeu objetivamente acerca do questionamento quanto à origem popular do referido projeto.

O Secretário-Geral da Mesa, nos autos do Processo de Acesso à Informação nº 104.600/2017 limitou-se a afirmar que as informações solicitadas poderiam ser obtidas a partir da respectiva ficha de tramitação, disponibilizada no site da Câmara dos Deputados.

Na referida ficha consta o nome dos Deputados Federais Antônio Carlos Mendes Thame - PV/SP; Diego Garcia - PHS/PR; Fernando Francischini - SD/PR; João Campos - PRB/GO, como autores do referido Projeto de Lei.

Sobre o tema, no bojo do Mandado de Segurança nº 34.530-DF, impetrado pelo Deputado Federal Eduardo Nantes Bolsonaro, em que se discutia a tramitação do referido projeto, o Ministro Luiz Fuz considerou a origem popular do projeto e, ao deferir a medida cautelar pleiteada, asseverou a impossibilidade de adoção de Projetos de Lei de Iniciativa Popular por parlamentares, bem como a impossibilidade de apresentação de Emendas que desvirtuassem a intenção dos proponentes. Cite-se trecho da decisão monocrática:

> Em primeiro lugar, o projeto subscrito pela parcela do eleitorado definida no art. 61, § 2º, da Constituição deve ser recebido pela Câmara dos Deputados como proposição de autoria popular, vedando-se a prática comum de apropriação da autoria do projeto por um ou mais deputados. A assunção da titularidade do projeto por parlamentar, legitimado independente para dar início ao processo legislativo, amesquinha a magnitude democrática e constitucional da iniciativa popular, subjugando um exercício por excelência da soberania pelos seus titulares aos meandros legislativos nem sempre permeáveis às vozes das ruas. Nesse ponto, é relevante destacar que desde 1988 não houve nenhum projeto sequer autuado *formalmente* como de iniciativa popular na Câmara dos Deputados, atestando não apenas o completo desprestígio com que este instrumento democrático é tratado, mas também a eliminação de qualquer efetividade das normas constitucionais que regem o tema. […] Como corolário da primeira exigência, figura uma segunda: a de que o projeto de lei de ini-

> ciativa popular seja debatido na sua essência, interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores. […] À míngua desses elementos, ocorre evidente sobreposição do anseio popular pelos interesses parlamentares ordinários, frustrando a *ratio essendi* da figura constitucional, destinada a abrir à sociedade uma porta de entrada eficaz, no Congresso Nacional, para que seus interesses sejam apreciados e discutidos nos termos apresentados. Há apenas simulacro de participação popular quando as assinaturas de parcela significativa do eleitorado nacional são substituídas pela de alguns parlamentares, bem assim quando o texto gestado no consciente popular é emendado com matéria estranha ou fulminado antes mesmo de ser debatido, atropelado pelas propostas mais interessantes à classe política detentora das cadeiras no Parlamento nacional. Essas conclusões não amesquinham, senão ampliam os canais democráticos nas Casas legislativas, considerada a legitimidade de qualquer Parlamentar para apresentar projeto próprio, que será apensado ao de iniciativa popular para tramitação conjunta (artigos 139, I; 142 e 143 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). (STF. MS 34530 MC – DF, Rel. Min, Luiz Fux, Decisão Monocrática. Dje. 19.12.2016).

Se por um lado, é verdade que a adoção de Projetos de Lei de Iniciativa Popular reduz a carga participativa dos mesmos, também é verdade que os proponentes não são imunes ao escrutínio de compatibilidade entre a proposta e a Constituição Federal, de tal forma que não devem esbarrar em uma exclusiva díade: (i) ou aprova ou (ii) rejeita a proposta.

O debate iniciado pelos proponentes não pode ser descontinuado. Contudo, ao adotar-se o paradigma de que não é possível alterar conteúdos dos Projetos de Lei de Iniciativa Popular, inviabiliza-se a possibilidade de serem construídos consensos em torno de pontos não polêmicos, por exemplo.

O referido Mandado de Segurança foi arquivado em 17/02/2017, tendo o Ministro Relator, em decisão de 5 linhas, considerado extinto o processo sem resolução do mérito, à vista do cumprimento da medida liminar e da suposta aderência da Câmara dos

Deputados à pretensão autoral[18].

Cabe registrar que embora a Câmara dos Deputados seja o órgão legislativo competente para iniciar a análise dos Projetos de Lei de Iniciativa Popular, nos termos do já citado art. 61, § 2º, da Constituição Federal, o Centro de Documentação e Informação daquela casa legislativa indica o Projeto de Lei nº 1.472/2007, que trata da obrigatoriedade de divulgação, aos consumidores, dos impostos incidentes em produtos e serviços, como exemplo de Projeto de Lei de Iniciativa Popular.

O referido projeto se originou da campanha denominada "De Olho nos Impostos", que contou com apoio de 1,5 milhão de assinaturas, tendo sido protocolizada no Senado Federal e adotada pelo Senador Renan Calheiros, o que permitiu a continuidade de sua tramitação.

A proposta, registre-se, foi aprovada nas duas casas legislativas e originou a Lei Ordinária nº 12.741, de 10 de dezembro de 2012.

Não obstante o rigor procedimental para propositura, pelo povo, de novas normas jurídicas, o que é refletido no baixo número de Projetos de Lei de Iniciativa Popular propostos e aprovados, é possível observar em assuntos específicos uma movimentação social relevante para a aprovação de medidas que se relacionem mais diretamente às necessidades emergentes de uma parcela articulada da população.

4.Participação em Plebiscitos e Referendos

No que tange à participação em referendos e plebiscitos[19],

[18] A pretensão do impetrante foi resumida pelo Min. Relator nos seguintes termos: "Requer medida liminar *inaudita altera parte* para a anulação da votação da Emenda de Plenário (EMP) nº 4, acessória ao Projeto de Lei (PL) no 4.850/2016, bem como a cessação de seus efeitos na redação final da Câmara dos Deputados e, consequentemente, a supressão do Título III (arts. 8º e 9º) do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016, em tramitação no Senado Federal." (STF. MS 34530 MC – DF, Rel. Min, Luiz Fux, Decisão Monocrática. Dje. 19.12.2016).

[19] Os dados relativos ao plebiscito e ao referendo foram obtidos diretamente do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral e, ainda, no que concerne ao número de eleitores aptos ao exercício do voto, em 1993, essa informação foi requerida através do formulário de pesquisa disponibilizado

instrumentos típicos da democracia participativa, cujos procedimentos foram abordados no segundo capítulo desta pesquisa, tem-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve apenas um plebiscito, em âmbito nacional, em 1993.

A realização dele decorreu da determinação contida no art. 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inserido por intermédio da Emenda Constitucional, nº 2, de 1992, norma de eficácia exaurida, que possui a seguinte redação: "Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País".

Assim, em 7 de setembro de 1993 foi realizada a consulta popular, com a participação de 66.226.966 eleitores votantes, dos quais, questionados sobre a forma de governo (república ou monarquia), 15.554.468 (23,48%) prefeririam votar em branco ou anular o voto.

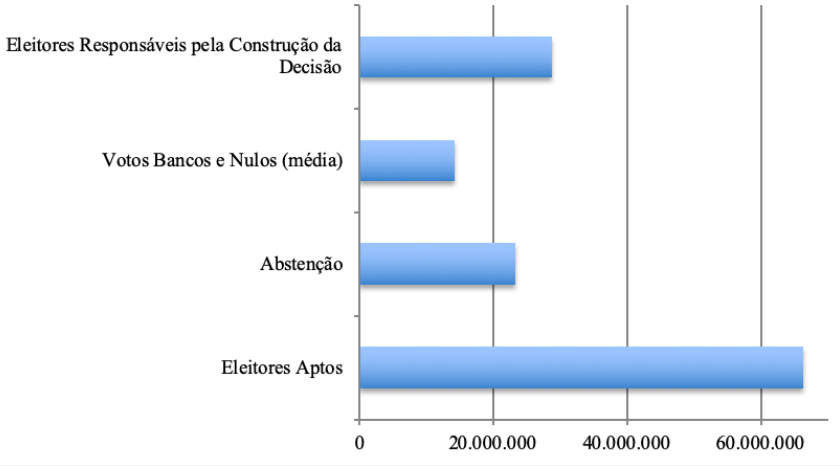
Quando perguntados acerca do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), dos 65.901.141 eleitores que votaram, 12.799.926 (19,11%) optaram votar em branco ou anular o voto.

Além desses significativos dados quanto ao número de votos brancos e nulos, é importante destacar o não comparecimento de 23.265.770 eleitores, que estavam aptos a votar e delegaram, conscientemente ou não, a decisão sobre a forma e o sistema de governo a outros concidadãos, correspondendo a uma abstenção equivalente a 25,78 % do eleitorado, conforme pode ser melhor visualizado no gráfico seguinte.

---

pela Secretaria de Gestão da Informação do mesmo Tribunal, cuja resposta foi encaminhada por *email* ao autor.

Gráfico 2 - Contraste entre o número de eleitores aptos ao exercício do voto e a parcela de eleitores que escolheu a forma e o sistema de governo em 1993



Fonte: elaboração própria.

Recorde-se que no plano estadual o Congresso Nacional convocou, por intermédio do Decreto nº 136, de 26 de maio de 2011 e do Decreto nº 137, de 2 de junho de 2011, plebiscito, com fulcro no art. 18, § 3º, da Constituição Federal, direcionado à população do Pará, para que esta se manifestasse acerca da divisão e desmembramento daquele Estado, com a consequente criação de mais duas unidades federativas, que seriam denominadas Estado de Carajás e Estado do Tapajós.

A consulta ocorreu em 11/12/2011 e, em relação ao número de eleitores que votaram em branco ou nulo, apresentou-se uma diferença significativa em comparação com os dados referentes ao plebiscito e ao referendo nacional e, ainda, com os índices observados nas eleições gerais, desde 1989.

Na consulta local, a média[20] de votos brancos e nulos foi de

[20] Os dados referentes ao plebiscito que tratava da divisão do Estado do Pará foram obtidos a partir do sítio eletrônico do Tribunal Regional Eleito-

apenas 1,47% dos eleitores aptos ao exercício do voto (4.848.495), embora a abstenção tenha mantido o mesmo parâmetro observado nas consultas acima relatadas (1.246.646), equivalendo a 25,71%.

O quantitativo de votos brancos e nulos nesta consulta local indica que tratando-se de controvérsias mais próximas às contingências dos cidadãos, há uma maior participação democrática.

Quanto ao referendo, apenas um foi realizado em âmbito nacional, tendo sido autorizado por intermédio do Decreto nº 780, de 7 de julho de 2005, cujo objeto cingia-se à consulta acerca da restrição da comercialização de armas de fogo e munição em território nacional, que havia sido incluída na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento).

Confira-se, a propósito, o dispositivo da mencionada lei, cuja vigência foi objeto de consulta popular:

> Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.
> § 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.
> § 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

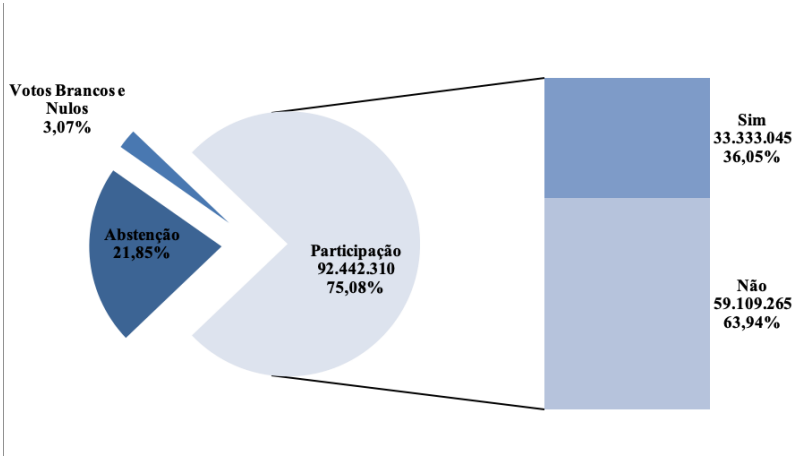
Nessa consulta, do total de 95.375.824 eleitores participantes, apenas 2.933.514 optaram por votar em branco ou nulo, o que corresponde a 3,07% do total de votos possíveis, em contraste com os dados oriundos do plebiscito realizado em 1993, no bojo do qual, conforme indicado nas linhas anteriores, o percentual de votos brancos e nulos alcançou, aproximadamente, o equivalente a 20% do eleitorado.

Todavia, manteve-se a curva de abstenções em 21,85% (26.666.791), de um universo de 122.042.615 eleitores aptos ao exercício do voto.

---

ral do Pará, no seguinte link: http://www.tre-pa.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/plebiscito-2011/relatorios-da-votacao-dos-plebiscitos-2011.

Gráfico 3 - Participação Popular no Referendo realizado em 2005



Fonte: elaboração própria.

O baixo quantitativo de votos brancos e nulos observado no referendo adere-se aos indicadores verificados linhas acima, quando foram retratados os Projetos de Lei de Iniciativa Popular e a consulta local no Estado do Pará, demonstrando que quando os cidadãos são questionados acerca de controvérsias específicas e próximas de suas contingências políticas e sociais, há um aumento quantitativo da participação democrática.

É importante registrar que a competência legislativa para convocar plebiscitos e autorizar referendos, de acordo com o art. 49, XV[21], da Constituição Federal de 1988, é exclusiva do Congresso Nacional, e essa limitação do rol de legitimados a dar início ao procedimento de consulta popular é um óbice para a manifestação, direta, da vontade popular.

Nesse contexto, com a finalidade de ampliar os canais de acessibilidade democrática e tornar o poder político mais próximo do povo, os instrumentos típicos de consulta popular seriam mais

[21] Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: […] XV – autorizar referendo e convocar plebiscito.

responsivos aos seus propósitos se, mediante reforma constitucional, o povo pudesse, por meio de procedimento equivalente, *mutatis mutandi*, ao da criação de partidos políticos ou da propositura de Projeto de Lei de Iniciativa Popular, iniciar o processo que desencadearia a consulta popular.

Essa circunstância limitativa, todavia, não ilide o fato de que mesmo quando o povo brasileiro foi convocado a se manifestar, por meio dessas típicas formas de consulta popular, houve uma abstenção aproximada de 23,8% do eleitorado.

O déficit de participação institucional não pode ser justificado tão somente à luz da limitação de acesso aos mecanismos democráticos: ele também perpassa pela postura responsiva e responsável dos cidadãos.

Os dados aqui expostos respondem ao questionamento formulado no início deste artigo, no sentido de que a previsão normativa de instrumentos democráticos, por si, não garante o engajamento pretendido.

Não é suficiente, para ampliar o engajamento democrático, a perspectiva ética que propõe a democracia discursiva exclusivamente como caminho para resultados bons ou justos para todos os outros integrantes da comunidade real de comunicação.

Considerações finais

A Constituição Federal prevê, expressamente, 25 instrumentos de engajamento democrático, nas perspectivas participativa, representativa e deliberativa, além de possibilitar que outros instrumentos normativos instituam novas formas de participação democrática.

Todavia, os dados colacionados demonstram um déficit de participação democrática do povo brasileiro, ao menos através dos típicos mecanismos democráticos, nas principais decisões políticas do Estado, o que pode ser explicado por contingências históricas[22] que contribuem para um estranhamento do povo com o engajamen-

[22] Os esquemas políticos preponderantes durante os séculos XVI a XIX não possibilitaram o engajamento democrático, com chance real de influência dos cidadãos nas escolhas e decisões políticas. No século XX, por outro lado, 30 anos foram conduzidos sob os regimes ditatoriais.

to democrático.

Da mesma forma, a baixa participação também pode estar relacionada a um desinteresse generalizado, refletido na falta de confiança nas instituições públicas, sobretudo em relação àquelas constituídas por representantes eleitos, favorecendo o surgimento de um cenário político em que os cidadãos não se sentem responsáveis nem pelos erros e nem pelos acertos do Estado, propiciando a um só tempo o fortalecimento de um Estado patrimonialista centrado na figura de um salvador, a quem são permitidas violações de direitos fundamentais e, por outro lado, a falta de estímulo ao engajamento que permita a desconstituição de vínculos de cumplicidade com os erros e injustiças perpetrados pelo Estado.

A propósito, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) divulgou o resultado da pesquisa Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil[23], relativa ao primeiro semestre de 2017, constatando que apenas 7% da população pesquisada[24] confiam no Congresso Nacio-

[23] A pesquisa possui o seguinte objetivo: "[…] por meio da criação e aplicação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil – *ICJBrasil*, retratar sistematicamente a confiança da população no Poder Judiciário. [...] Retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum. Nesse sentido, o *ICJBrasil*, criado há nove anos, varia de 0 a 10 e é composto por dois subíndices: (i) um *subíndice de percepção*, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um *subíndice de comportamento (predisposição)*, por meio do qual procuramos identificar a atitude da população, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não" (FGV, 2017, p. 3-4).

[24] A pesquisa é realizada há nove anos pela Fundação Getúlio Vargas, com periodicidade semestral. Nesta pesquisa específica, foram entrevistadas 1.650 pessoas e utilizados os seguintes critérios amostrais: "A população alvo da pesquisa é composta pelos habitantes, com 18 anos ou mais, das regiões metropolitanas de oito unidades federativas (UF) brasileiras: Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Nessa amostra, está contido um contingente de aproximadamente 65% da população das regiões metropolitanas brasileiras, segundo dados do Censo 2010. Essa população foi estratificada por UF e a amostra foi alocada de forma a ter um mínimo de 150 entre-

nal, 6% confiam no Poder Executivo Federal e apenas 7% dos entrevistados confiam nos partidos políticos brasileiros.

Em relação a esse último item, convém destacar a existência de 35 partidos políticos oficializados perante o Tribunal Superior Eleitoral e outros 56 partidos políticos cujos processos de criação ainda tramitam perante aquele Tribunal[25].

A despeito dos não longínquos períodos de ruptura democrática, a instituição nacional que mais goza de prestígio junto à população são as Forças Armadas, com um índice de confiabilidade de 56%.

A pretensão de realização do pacto social que envolveu a promulgação da Constituição Federal e que está permanentemente presente nos compromissos previstos no texto constitucional, que tentam engendrar reconhecimento, distribuição, participação e livre iniciativa depende, para a realização dos mesmos, de pessoas e instituições fortemente comprometidas com a realização responsável do destino compartilhado estipulado pela Constituição Federal: se não houver pessoas minimamente comprometidas ou interessadas nos destinos do Estado, cujas repercussões atingem a todos, as instituições tendem a ser menos responsivas e responsáveis perante as demandas dos cidadãos e elas passam a ser facilmente manipuladas para a consecução de quaisquer objetivos, lícitos ou ilícitos, justos ou injustos.

Os dados colacionados ao longo do texto demonstram, de forma geral, que não obstante existam diversos mecanismos de en-

---

vistas por UF em cada trimestre, procurando-se ao mesmo tempo manter minimamente a proporcionalidade com relação ao número de habitantes com 18 anos ou mais. Utilizou-se um método de seleção amostral não probabilística denominado amostragem por cotas, considerando-se as seguintes variáveis de controle de cotas: sexo, rendimento mensal domiciliar, escolaridade, faixa etária e condição econômica (indivíduo economicamente ativo ou não). Dessa forma, um determinado número de entrevistas foi estabelecido para cada uma das categorias dessas variáveis e procurou-se entrevistar pessoas pertencentes à população-alvo até atingir- se tal número de entrevistas em cada cota. As cotas foram distribuídas proporcionalmente à população segundo os dados do Censo 2010 e da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE) 2009." (FGV, Relatório ICJ Brasil, 2017, p. 25).

[25] Os dados foram extraídos do site do Tribunal Superior Eleitoral, no *link*: http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/partido-em-formacao.

gajamento democrático, esses são utilizados em patamares quantitativos aquém do esperado de uma sociedade preocupada com o seu destino e com o destino de seus semelhantes.

Por exemplo, registrou-se uma abstenção média de 27,24 % dos eleitores nas eleições gerais para a escolha do Presidente da República; 25,78 % dos eleitores se abstiveram de participar da escolha quanto ao sistema e à forma de governo do país. Por outro lado, sete Projetos de Lei de Iniciativa Popular foram encaminhados à Câmara dos Deputados; e tão somente 6,5 % da população brasileira participaram das Conferências Nacionais sobre Políticas Públicas.

De outra sorte, ainda quando os instrumentos são utilizados a eficácia vinculante dos mesmos não resta evidenciada e não há busca por uma maior responsividade dos eleitos para com os eleitores.

Então, há de se perquirir: ao lado do discurso argumentativo, como proposto pela Ética do Discurso de Apel (busca argumentativa das melhores soluções para as contingências humanas), qual seria outra razão moral eficiente no aumento do engajamento democrático?

E nesse contexto, a Ética da Democracia, proposta por Eric Beerbohm (2012), como outra face da responsabilidade democrática, voltada não somente (e não preponderantemente) para a busca das melhores soluções para o bem de todos, mas sobretudo para a busca do rompimento dos vínculos de cumplicidade do cidadão com os erros e as injustiças perpetradas pelo Estado do qual faz parte, por intermédio da omissão, inclusive, é um aporte teórico possivelmente eficiente para a redução do déficit democrático brasileiro, desde que haja uma responsabilização política e jurídica compatível com o Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal, sem desprezar a Ética do Discurso defendida por Apel.

Referências

APEL, Karl-Otto. **O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética:** o problema de uma fundamentação racional da ética na era da ciência. Petrópolis: Editora Vozes, 1988. 145 p.

_____. **Teoria de la verdade y ética del discurso**. Tradução de Noberto Smilg. Barcelona: Paidos, 1998. p. 141-176.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, 153 p.

BEERBOHM, Eric. **In our name:** the ethics of democracy. Princeton: Princeton University Press, 2012, 325 p.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Resolução nº 2 de 25 de março de 1987. Institui o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987>. Acesso em: 20 jan 2017.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Resolução nº 3 de 6 de janeiro de 1988. Altera o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-3-1987>. Acesso em: 20 jan 2017.

_____.Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo n. 1.491, de 30 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesW/fichadetramitacaoidProposicao=617737. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____.Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.850, de 29 de março de 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208060>. Acesso em: 29 jan. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Resolução nº 21 de 30 de maio de 2001. Regimento Interno da Comissão Permanente de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-

-permanentes/clp/documentos/legislacao/resolucao21.pdf>. Acesso em: 25 jan 2017.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 780, de 7 de julho de 2005. Autoriza o referendo acerca da comercialização de arma de fogo e munição, a se realizar no primeiro domingo do mês de outubro de 2005. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUL2005.pdf#page=3>. Acesso em: 9 set 2016.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 136, de 26 de maio de 2011. Dispõe sobre a realização de plebiscito para a criação do Estado do Carajás, nos termos do inciso XV do art. 49 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2011/decretolegislativo-136-26-maio-2011-610679-publicacaooriginal-132614-cn.html>. Acesso em: 9 set 2016.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 137, de 3 de junho de 2011. Convoca plebiscito sobre a criação do Estado de Tapajós. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2011/decretolegislativo-137-2-junho-2011-610722-publicacaooriginal-132714-pl.html>. Acesso em: 9 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.530-DF. Impetrante: Eduardo Nante Bolsonaro. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2017>. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5103492. Acesso em: 3 mar 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação da Câmara dos Deputados, por intermédio do Centro de Documentação e Informação. Resposta a Pedido de Acesso à Informação n. 170214-0000201.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO SP. **Relatório ICJ Brasil 1º Semestre / 2017**. 35 p. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17204>. Acesso em: 13 jun. 2018.

FUNG, Archon. WRIGHT, Erik. Thinking about empowered participatory governance. In: FUNG, Archon; WRIGHT, Erik. **Deepening Democracy: institutional innovations in enpowered participato-**

ry governance. London: Verso, p. 3-44, 2003.

GHIRADI, José Garcez. CUNHA, Luciana Gross. O voto do silêncio: abstenção eleitoral, representações de cidadania e participação política na pós-modernidade. **Revista Direito Mackenzie**, v. 6, n. 1, p. 161-162, 2013. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/5801/4217>. Acesso em: 18 fev 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estimativas de população 2001 a 2014. Disponível em: < ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2014/serie_2001_2014_TCU.pdf.>. Acesso em 15 set 2016.

MUTZ, Diana C. **Hearing the other side**. Delberative versus participatory democracy. New York: Cambridge University Press, 2006, 150 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 12.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Desenvolvimento: Desafios Contemporâneos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Paulo, v. 16, p. 64-81, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 459 p.

SENADO FEDERAL. Serviço de Informação ao Cidadão. . Resposta a Pedido de Acesso à Informação n. 1419782.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARÁ. Estatísitca do Plebiscito de 2011. Disponível em: < http://www.tre-pa.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/plebiscito-2011/relatorios-da-votacao-dos-plebiscitos-2011.>. Acesso em: 20 out 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Assessoria de Gestão Estratégica. Eleições Anteriores. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-anteriores>. Acesso em: 20 out 2016.

DIREITO, INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

GESTÃO DE DESAFIOS NO SISTEMA DE INOVAÇÃO BRASILEIRO

Linara Oeiras Assunção[1]

Resumo: Este artigo debate o papel do direito na criação e na manutenção de um ambiente favorável ao desenvolvimento sustentável, insculpido constitucionalmente no Brasil, por meio de políticas voltadas à ciência, tecnologia e inovação, operacionalizadas em sistemas de inovação. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, com enfoque interpretativo-compreensivo e o aprofundamento bibliográfico parte de autores como Hoffmann-Riem (2015), Molinaro, Sarlet (2015), Pinsky, Kruglianskas (2017), Coutinho e Mouallem (2015), Mazzucato e Penna (2016) e Arbix *et al* (2010). O percurso teórico se inicia com a importância da tríade "Direito, Inovação e Sustentabilidade" e alcança a gestão de desafios no Sistema de Inovação Brasileiro. Em síntese, espera evidenciar a necessidade de equilíbrio e de cuidado do Estado Brasileiro frente a um projeto de desenvolvimento com sustentabilidade (arts. 3º e 225 da Constituição Federal de 1988), e que isso só será possível, dentre outras questões, quando o país fincar a política de C,T&I como ação prioritária no governo federal.

Palavras-chave: direito, inovação, sustentabilidade, sistema de inovação brasileiro.

Abstract: This article discusses the role of law in the creation and maintenance of a favorable environment for sustainable development, constitutionally inscribed in Brazil, through policies focused

[1] Professora Adjunta do Departamento de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Amapá, vinculada ao Curso de Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. E-mail: lioeiras@hotmail.com.

on science, technology and innovation, operationalized in innovation systems. The research adopts a qualitative approach, with interpretive-comprehensive focus and the bibliographical deepening of authors such as Hoffmann-Riem (2015), Molinaro, Sarlet (2015), Pinsky, Kruglianskas (2017), Coutinho and Mouallem (2015), Mazzucato and Penna (2016) and Arbix et al (2010). The theoretical course begins with the importance of the triad "Law, Innovation and Sustainability" and achieves the management of challenges in the Brazilian Innovation System. In summary, it hopes to highlight the need for balance and care of the Brazilian State in the face of a development project with sustainability (Articles 3 and 225 of the 1988 Federal Constitution), and that this will only be possible, among other issues, when the country prioritizes the policy of Science, technology and innovation.

Keywords: law, innovation, sustainability, Brazilian innovation system.

Introdução

Cresce dia após dia a compreensão de que o grau de desenvolvimento de um país está diretamente relacionado a importância destinada à Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I), sobretudo no cenário mundial contemporâneo marcado pela competitividade. As inovações tecnológicas têm sido essenciais para a solução de problemas de desenvolvimento e para a superação de vulnerabilidades de direitos fundamentais.

Apesar desse reconhecimento, cabe destacar que as sociedades modernas ainda não conseguiram generalizar sistemas de inovação voltados para a sustentabilidade capazes de compatibilizar o tamanho do sistema econômico e os limites dos ecossistemas (PINSKY; KRUGLIANSKAS, 2017). E também que, atualmente, é primordial uma governança que considere os limites dos ecossistemas e a redução das desigualdades como fatores centrais das decisões econômicas públicas e privadas (ABRAMOVAY, 2012).

Nesse contexto, o direito vigente não raro é rotulado como inibidor do desenvolvimento, mas não deve ser assim, pois sempre que necessário o direito vigente precisa se reorganizar para preve-

nir, controlar e acompanhar as políticas de desenvolvimento rumo a uma direção socialmente desejável e sustentável.

O presente artigo debate o papel do direito na criação e na manutenção de um ambiente favorável ao desenvolvimento sustentável, insculpido constitucionalmente no Brasil, por meio de políticas voltadas à ciência, tecnologia e inovação, operacionalizadas em sistemas de inovação.

A inovação permanente em prol de um desenvolvimento sustentável constitui tarefa permanente do Estado Constitucional contemporâneo, o que demanda uma estrutura jurídico-institucional adequada, investimento forte em organização e procedimento, assim como uma crescente necessidade de auto regulação dos agentes sociais produtores de conhecimento e tecnologia (HOFFMANN-RIEM, 2015).

De fato, a ciência jurídica tem relutado em explorar sistematicamente o papel do Direito na prevenção, controle e acompanhamento das inovações. E, como as inovações são consideradas melhorias significativas e sustentáveis que contribuem para lidar com a gestão de conhecidos ou novos problemas, urge aclarar qual este papel.

Os argumentos aqui apresentados seguem uma abordagem qualitativa, com enfoque interpretativo-compreensivo e o aprofundamento bibliográfico parte de autores como Hoffmann-Riem (2015), Molinaro, Sarlet (2015), Pinsky, Kruglianskas (2017), Coutinho e Mouallem (2015), Mazzucato e Penna (2016) e Arbix *et al* (2010). O percurso teórico se inicia com a importância da tríade "Direito, Inovação e Sustentabilidade" e alcança a gestão de desafios no Sistema de Inovação Brasileiro.

Em síntese, espera evidenciar a necessidade de equilíbrio e de cuidado do Estado Brasileiro frente a um projeto de desenvolvimento com sustentabilidade (arts. 3º e 225 da Constituição Federal de 1988), que isso só será possível quando o país fincar a política de C,T&I como ação prioritária no governo federal e que para finca-la como prioridade requer um conjunto normativo mais fluido e adaptável a orientar o sistema de inovação nacional.

1 Direito, inovação e sustentabilidade: por que esta tríade é tão importante?

A pesquisa em inovação foi por muito tempo domínio dos economistas, campo de atuação de sociólogos, cientistas políticos e tecnólogos. O Direito caminhava à margem desse debate e, por isso, as demais disciplinas negligenciavam o papel da Ciência Jurídica. No entanto, o Direito que atua onde as inovações ocorrem ou são desejadas é substancialmente "inovação" também. E ele pode inibir ou promover o desenvolvimento sustentável e a utilização das inovações (HOFFMANN-RIEM, 2015).

Para o economista Josef Schumpeter, a pesquisa em inovação divide-se em diferentes estágios. Pensando dessa forma, o Direito se preocupa principalmente com a aplicação e divulgação da inovação, provavelmente porque, nesse estágio, bens jurídicos podem ser violados por inovações que oferecem risco na aplicação. Na precedente fase de invenção e daí pra frente, os bens jurídicos só relativamente estão ameaçados e, de modo raro, diretamente (HOFFMANN-RIEM, 2015).

Mas, além disso, em relação a vários aspectos e facetas da inovação e tecnologia, devemos frisar que a intervenção regulatória no sistema jurídico não tem um perfil único para todas as áreas de regulamentação, pois apresenta qualidades específicas a depender do estágio em que se encontra. Molinaro e Sarlet (2015) defendem que pensar a univocidade da regulação no setor de C,T&I conduz ou para a produção de "pontos cegos", um espaço existencial sem defesa, marcado por uma perspectiva preconceituosa ou apriorística, ou leva a uma perspectiva superficial que, ademais, pode ser maniqueísta ou de cunho absolutista.

Por exemplo, o papel do Direito nas fases iniciais de desenvolvimento de sistemas tecnológicos é assegurar a natureza desse processo, ou seja, garantir a criatividade, a engenhosidade e a capacidade de adaptação permanente da pesquisa tecnológica. Nesse estágio, deve concentrar-se em primeira linha na criação de um quadro processual adequado, definindo certas condições de fomento a programas de investigação, estabelecendo um mínimo de requisitos para a formatação privada de regras técnicas adequadas aos objetivos da proteção estatal etc. Com isso, evita-se a predominância uni-

lateral dos interesses econômicos e, sobretudo, são levados em conta, sistematicamente, certo aspectos não tecnológicos (MOLINARO; SARLET, 2015).

Com efeito, para a inovação ocorrer ela reclama um equilíbrio de interesses entre diferentes indivíduos e de instituições que adequadamente canalizem uma coordenação econômica e socioambiental. As leis ganham um lugar de destaque, posto que os sistemas de ciência, tecnologia e inovação buscam operar com marcos regulatórios mais fluidos e mais adaptáveis aos riscos e incertezas típicos dessas atividades, propiciando uma ligação eficiente entre os atores governamentais e não governamentais envolvidos (COOTER; SCHAEFER, 2011).

A aproximação e a necessária atuação do Direito nas políticas de inovação, então, ao longo dos anos, vem se impondo e soma-se fortemente, agora, no século XXI ao fato de que a sustentabilidade, as questões socioambientais, tornaram-se temas centrais para a responsabilidade social organizacional, embora muitas organizações ainda as considerem com superficialidade (CORSATTO; HOFFMANN, 2011).

Uma gestão integrada e sistêmica do conhecimento, da inovação e da sustentabilidade contribui e contribuirá para que as organizações se projetem adequadamente no mercado onde estão inseridas e fornecerá conhecimentos para que a alta direção e seus gestores percebam a importância de se buscar e investir em formas, métodos, modelos de implantação dessa gestão, representando, assim, o grande desafio das organizações (CORSATTO; HOFFMANN, 2011).

A gestão da inovação está suportada sob alguns pilares básicos, sendo o principal deles o ambiente que capta informações, transforma em conhecimento e estimula a criatividade que gera a inovação. Esse ambiente denominaremos aqui de "sistemas de inovação".

Mas, para melhor compreensão do termo "inovação", até a construção do conceito de "inovação para a sustentabilidade", apresentamos um quadro, retirado de Borba (2013), com alguns dos principais conceitos de inovação.

Quadro 1: Conceitos de Inovação

Kelley (IDEO)	Processo de alavancar a criatividade para criar valor de novas maneiras, por meio de novos produtos, serviços e negócios.
Schumpeter (economista)	Abertura de um novo mercado.
Martin Bell e Keith Pavitt (Sussex)	A inovação pode ser vista como um processo de aprendizagem organizacional.
Prahalad (Univ. de Michigan)	Adotar novas tecnologias que permitam aumentar a competitividade da companhia.
Gundling (3M)	Nova ideia, implementada com sucesso, que produz resultados econômicos.
Capra (Univ. de Berkeley)	As organizações inovadoras são aquelas que se aproximam do limite do caos.
Hamel (Strategos)	Processo estratégico de reinvenção contínua do próprio negócio e de criação de novos conceitos de negócio.

Fonte: BORBA, 2013, p. 30.

Feito isso, ponderamos que a inovação orientada para a sustentabilidade é abrangente e possui diferentes denominações na literatura, como inovação sustentável, verde, eco ou ambiental. Kemp e Pearson (2007) acreditam que a ecoinovação é

> [...] a produção, assimilação ou exploração de um produto, processo produtivo, serviço ou gestão ou método de negócios que é novo para a organização (desenvolvimento ou adoção) e que resulta, ao longo de seu ciclo de vida, na redução de risco ambiental, poluição e outros impactos negativos do uso de recursos (incluindo o uso de energia) em comparação com alternativas relevantes (KEMP; PEARSON, 2007, p.7)

O foco na melhoria ambiental é o aspecto fulcral nessa definição, na perspectiva de resultado, e não como uma meta es-

tabelecida previamente ao seu desenvolvimento (PINSKY; KRUGLIANSKAS, 2017).

A ecoinovação, como optaremos denominar, possui alguns fatores determinantes reconhecidos pela literatura especializada. Podemos classificá-los em quatro abrangentes grupos, a saber: tecnologia, demanda de mercado, pressão regulatória e fatores específicos da empresa. O quadro 2 reúne os principais fatores encontrados.

Quadro 2: Fatores determinantes da ecoinovação

Tecnologia	Qualidade do produto; eficiência material; eficiência energética; dependência tecnológica.
Demanda de mercado	Governo, consumidores e empresas; consciência social da necessidade de uma produção mais limpa; consumo consciente; janela de oportunidade; redução de custo; imagem; participação de mercado; concorrência (monopólio, número de empresas concorrentes); novos mercados; influência de *stakeholders.*
Pressão regulatória	Política ambiental (comando e controle ou instrumentos de incentivo de mercado); estrutura institucional (redes de inovação, oportunidades políticas em grupos orientados para a sustentabilidade); acordos internacionais ou convenções; legislação de patente; padrão de emissão; regulação esperada.
Fatores específicos da empresa	U$D 1,2 bilhão (receita líquida)
	Recursos financeiros (incluindo a disponibilidade de capital de risco) e investimento em P&D para projetos de ecoinovação; capacidade tecnológica; existência de práticas, ferramentas e sistema de gestão ambiental; competência técnica especializada para desenvolver ecoinovações; patentes ambientais.

Fonte: Adaptado por Pinsky e Kruglianskas (2017, p. 111) a partir de Rennings (2000); Horbach (2005); Kemp e Pearson (2007); Horbach; Rammer; Rennings (2012).

Nota-se que o fator "pressão regulatória" reforça o argumento da necessária aproximação e atuação do Direito na temática.

Ademais, com base em Rennings (2000) e Abramoyay (2012), destacamos que as políticas de inovação e as políticas am-

bientais devem ser coordenadas. Isso porque, as políticas de inovação auxiliam no desenvolvimento de projetos de ecoinovação devido à existência de externalidades que levam a falhas de mercado, especialmente nos projetos precursores, pois se espera que esses sejam bem-sucedidos e difundidos no mercado. Já as políticas ambientais são fundamentais para estabelecer os limites de utilização dos ecossistemas de forma compatível com o atual sistema de desenvolvimento, essencialmente econômico.

2. O sistema de inovação brasileiro: gestão de desafios

Firmada a importância da tríade "Direito, Inovação e Sustentabilidade", cumpre debater como este elo tem sido percebido no sistema de inovação brasileiro e quais desafios têm se apresentado.

Para começar, Coutinho e Mouallem (2015) defendem que a capacidade de um país gerar inovação demanda um complexo arranjo institucional no qual a ação governamental não apenas não pode ser dispensada, como se mostra decisiva para o desempenho das empresas ou firmas inovadoras, desde as grandes às pequenas. Ora, o Estado não é o agente diretamente responsável pela inovação, mas sem ele não é possível reunir as condições institucionais para ela ocorra. A inovação é, por isso, resultado da habilidade da política pública estruturar arranjos capazes de induzir as empresas a investir em inovação e a estimular a interação entre elas, as universidades e o próprio Estado (a hélice tripla[2]).

Segundo os autores, para fomentar a inovação é necessário conceber, estruturar e articular políticas públicas e arranjos institucionais capazes de coordenar atores-chave como o Estado, as empresas e empresários e as universidades.

Logo, a complexidade institucional das políticas de inovação é vivenciada nos Sistemas Nacionais de Inovação, complexos conjuntos de instituições cujas atuações coordenadas determinam o desempenho inovador de um país (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

[2] A hélice tripla pode ser entendida a partir do movimento de uma espiral que provoca uma verdadeira capitalização do conhecimento e circulações em macro e micro níveis entre empresas, universidade e governo. Para mais ler: Etzkowitz, 2009.

Quanto mais os sistemas de inovação se disseminam, tornam-se mais explícitas as relações existentes entre a política de inovação e a política de desenvolvimento (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

O sistema brasileiro conta com um nada desprezível arcabouço jurídico resultante, historicamente, do acúmulo em "camadas geológicas" de instituições criadas em diferentes contextos e fases desde a segunda metade do século passado (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

Desafios e gargalos mais significativos à gestão da inovação no Brasil não resultam tanto da falta de normas jurídicas, mas da visível dificuldade de fazer as instituições operarem simultânea e coordenadamente. E existem igualmente problemas localizados que afetam instituições regidas por arcabouços normativos anacrônicos (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

No Brasil, observa-se na política de inovação o imperativo de utilização seletiva e pragmática de instrumentos jurídicos variados, que se baseiam em diferentes racionalidades. As soluções e remédios jurídicos devem dar conta da dimensão sistêmica e multifacetada dos desafios a serem equacionados. Por esses motivos, iniciativas regulatórias parciais ou fragmentadas serão insuficientes e interpretações desconectadas da realidade concreta, do contexto, de implementação da política pública encontrarão limites (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

No contexto brasileiro, não obstante, a existência de entraves para que a legislação cumpra, em seu propósito, sistêmico e de modo efetivo, as funções para que foi criada - os subsistemas de normas ambientais, tributárias, orçamentárias, financeiras, licitatórias e patentárias, por exemplo, não se articulam adequadamente e não são vistos de forma orgânica pelos seus respectivos operadores – cada um opera as suas normas e não há sinergia (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

Vale a pena lembrar que as primeiras iniciativas para estimular pesquisa e desenvolvimento remontam o período desenvolvimentista: na década de 50, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Petrobrás, Centro Técnico Aeroespacial; na década de 60, Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE), Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnoló-

gico (FNDCT), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), também vários institutos de pesquisas foram criados nos anos 60 e 80, centros de pesquisas das empresas estatais e já na década de 80 criou-se o Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT) (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

Araújo (2010) destaca que o Brasil passou por três fases de desenvolvimento: a) desenvolvimento pelo crescimento (até 80); b) desenvolvimento pela eficiência (80 e 90); c) e, desenvolvimento pela inovação (anos 2000).

Seguindo as fases de Araújo, no decorrer da última metade da década, foi que a inovação entrou definitivamente nas agendas de política econômica e de ciência e tecnologia, respectivamente com a reafirmação do seu papel na nova política industrial e sua adição ao nome do ministério: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI). Recursos têm aumentado considerável e continuamente; novas medidas e programas têm sido criados e refinados para atender a novas necessidades emergentes da inovação; uma implementação mais eficiente tem sido perseguida por meio de melhorias de recursos organizacionais e humanos nas agências de execução e da descentralização das agências locais; e os programas começaram a ser monitoradas com base em avalições de impacto futuro (BOTELHO *apud* COUTINHO; MOUALLEM, 2015).

Como resultado dessa evolução histórica o país angariou um arcabouço jurídico e institucional diversificado e abrangente. Mas este ainda não se revelou suficiente à empreitada, pois o fomento à inovação exige capacidades jurídicas estatais ainda mais funcionais, operativas e legitimadoras. Mais do que isso, exige que certos desafios e gargalos jurídicos e institucionais à inovação sejam deslindados (COUTINHO, MOUALLEM, 2015).

De acordo com o estudo, intitulado "*The Brazilian Innovation System a mission-oriented policy proposal*", o país já conta com um sistema de inovação desenvolvido, que inclui instituições-chave em todos os seus subsistemas. No entanto, o país ainda não conta com uma agenda estratégica consistente de longo prazo, que dê coerência às políticas públicas, e que oriente a pesquisa científica e os agentes privados em seus esforços para a inovação (MAZUCATTO; PENNA, 2016).

Para Mazzucato e Penna (2016) as dificuldades da população brasileira, hoje, são campo fértil para o desenvolvimento de tec-

nologias inovadoras. Uma das recomendações é que os desafios do país devem ser concebidos de forma a contribuir para o combate à desigualdade social.

Na linha do tempo e para dar sustentação a esses argumentos, recordamos que em março de 2009 foi realizado na sede da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em Paris, uma reunião cuja pauta chamava-se "Investir no Crescimento: Construindo Regiões Inovadoras". Na ocasião, os governos aprovaram a necessidade de uma mudança nas abordagens políticas regionais estilo "*top down*", incentivando políticas mais setoriais e redistributivas (ARBIX *et al.,* 2010).

Neste sentido, a Ministra da Administração Pública e Governo Local da Finlândia Ms. Mari Kiviniemi citou como o seu país recuperou-se da crise de 1990:

> [...] quando a crise estava em seu pior momento, políticos e representantes da economia finlandesa trabalharam juntos para decidir sobre as medidas necessárias e como implementá-las. O governo e o parlamento realizaram reformas, e foi dado apoio para mudanças estruturais na indústria. Investimentos adicionais cuidadosamente selecionados foram realizados, especialmente na educação e em P&D. Esses investimentos, juntamente com uma educação regional descentralizada e uma abrangente rede de universidades, e sólida cooperação e articulação entre instituições de ensino superior, institutos de pesquisa e empresas, ajudou a Finlândia a alcançar um lugar no ranking dos países mais competitivos do mundo (ARBIX *et al.,* 2010).

No Brasil, com esse sentido mais atual, é recente a preocupação com a inovação, se tomada como vetor de desenvolvimento e de sustentação a longo prazo. A tradição brasileira foi construída para o apoio e o incentivo à pesquisa científica. Mas quando foi explicitamente vinculada a projetos de desenvolvimento mostrou-se essencial para a capacitação de empresas e para a construção de setores estratégicos da economia (ARBIX *et al.,* 2010).

Exemplificando, foi o que vimos se realizar no sistema de apoio à indústria aeronáutica, com a Embraer, no refino e na extração de petróleo, com a Petrobrás, na capacitação da agricultura, com a Embrapa, e no apoio ao programa de satélites China-Brasil.

Em todos esses projetos, a presença do Estado foi – e, ainda que de modo diferente, continua sendo – fundamental (ARBIX *et al.,* 2010).

No entanto, essas ações de vulto, embora exitosas, pertenceram a um tempo muito diferente do atual, pelas transformações do mundo, da sociedade e do próprio Estado brasileiro. Sem muito sucesso, desde os anos 1980 que o Brasil vem procurando novos caminhos após o esgotamento do ciclo desenvolvimentista. As outras realidades vividas por uma economia muito mais aberta, em que o grau de protecionismo é significativamente menor, somado às dificuldades de financiamento do Estado, empurraram a economia brasileira, em especial o setor empresarial disposto a competir, para buscar caminhos mais inovadores (ARBIX *et al.,* 2010).

Segundo Arbix *et al.* (2010) muitos passos foram dados nessa direção. Mas o ainda baixo teor de inovação que permeia a economia e a maioria das empresas brasileiras é motivo de maior preocupação quando se observa que a China e a Índia, competidores diretos do Brasil no comércio internacional, caminham a passos largos e rápidos nessa direção.

O dilema maior a ser enfrentado é que a economia brasileira ainda está muito distante dos países desenvolvidos e continua bem atrás de países emergentes, como a Coréia, a Índia e a China, quando o assunto é a inovação, em especial no setor privado (ARBIX *et al.,* 2010).

Inúmeras pesquisas, nacionais e internacionais, atestam que as políticas de inovação no Brasil ainda: a) estão muito orientadas para a pesquisa básica; b) possuem viés favorável às grandes empresas – muitas vezes, em detrimento das pequenas e médias; c) encontram dificuldades para estimular e potencializar uma variedade enorme de inovações que constituem a força das grandes economias (ARBIX *et al.,* 2010).

Tais estudos são claros ao apontar que, apesar de aperfeiçoamentos institucionais recentes, o sistema nacional de ciência, tecnologia e inovação ainda é ineficiente para transformar o conhecimento gerado nos centros de pesquisa em tecnologia, em produtos e em serviços com impacto na economia, seja na indústria, no comércio, em serviços e mesmo na agricultura (ARBIX *et al.,* 2010).

O que as experiências internacionais mostram é que a inovação, além de constituir fator de competitividade, é condição para o aumento da produtividade e motor do crescimento econômico dos

países. Não por acaso, para enfrentar a crescente competição global por mercados, as nações dão grande atenção aos fatores relacionados ao desenvolvimento científico, tecnológico e à inovação, tanto que, mesmo em período de crise, muitos países continuaram e continuam ampliando o montante de recursos direcionado a atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) (CNI, 2016).

O Brasil deve empenhar-se para construir uma trajetória mais virtuosa. A primeira medida é dar atenção à área de C,T&I. É verdade que a crise econômica internacional e a crise política interna brasileira afetaram os investimentos nesse campo. Mas, por exemplo, também há casos de países que procuraram preservar os investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação (P,D&I), mesmo sob as condições adversas de piora do quadro econômico (CNI, 2016).

É importante que o Brasil se inspire nessas experiências. As chances de crescimento e desenvolvimento estão cada vez mais associadas à economia do conhecimento, que exige formação e qualificação de recursos humanos, desenvolvimento e difusão de tecnologias e realização de inovação nas empresas. As ferramentas que outros países têm utilizado para implementar políticas nessa direção, de modo geral, estão à disposição no Brasil (CNI, 2016).

É oportuno reforçar que a oferta de recursos públicos, antes mesmo da crise atual, tornou-se pequena, diante do crescimento da demanda por pesquisa e por inovação (CNI, 2016), devido aos seguintes motivos:

> *Primeiro*, porque houve, nos últimos anos, forte crescimento do número de pesquisadores e da atividade de pesquisa privada. A demanda por inovação cresceu aceleradamente entre as empresas, ainda que os padrões sejam modestos, quando comparados aos de países avançados ou aos de emergentes mais ousados;
> *Segundo*, porque parte do crescimento dessa demanda foi atendida por programas de crédito subsidiado pelo setor público que, de fato, não é o instrumento mais adequado para se apoiar a inovação;
> *Terceiro*, porque a qualidade do investimento é ainda baixa no Brasil, seja porque os bancos privados têm pequena participação no financiamento de médio e longo prazo, seja porque, historicamente, a alocação do investimento é extre-

> mamente pulverizada no país. O resultado se expressa no pequeno número de projetos de porte e de longa duração, o que enfraquece o sistema de inovação e reproduz o padrão acadêmico de atendimento generalizado às universidades públicas;
> *Quarto*, porque esse padrão impregnou a cultura de pesquisa no Brasil, que passou a fazer parte da atuação das agências de fomento, que replicam critérios acadêmicos para selecionar, acompanhar, avaliar e apoiar as empresas privadas;
> *Quinto*, porque a combinação desse viés acadêmico com as carências dos planejadores públicos ocasiona falhas de coordenação das políticas e programas de inovação, cuja governança é inadequada, desprovida de poder de decisão e sem a representatividade necessária para garantir interações e padrões razoáveis de eficiência;
> *Sexto*, porque a multiplicidade de instituições e de fundos responsáveis pelo apoio à inovação, sem governança apropriada, alimenta (ainda que muitas vezes inconscientemente) a fragmentação do investimento (CNI, 2016, p. 20).

Sim, o país evoluiu muito na construção de ferramentas de apoio, pois conta atualmente com uma variedade de instrumentos públicos, oferecidos, direta ou indiretamente, por diferentes instituições, voltadas a reforçar a capacidade de inovação (CNI, 2016).

Entre os mecanismos disponíveis, encontram-se crédito subsidiado, incentivos fiscais, subvenção econômica para empresas, subvenção para projetos de pesquisa em instituições de ciência e tecnologia (ICT), fundos de participações em empresas, capital-semente e capital de risco (CNI, 2016).

Mas, infelizmente, o Brasil ainda não dispõe de grande transparência no acesso à informação e na coordenação entre os programas e fontes de financiamento, o que permitiria o monitoramento preciso das ações e dos resultados que estão surtindo efeito. Essas fragilidades consubstanciam o esgotamento do sistema nacional de financiamento, que precisa de novas fontes de recursos, de maior volume de recursos e de novas políticas e programas (CNI, 2016).

No que se refere a preservar os investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação (P,D&I), mesmo sob as condições adversas de piora do quadro econômico, precisamos retomar o debate para pontuar algo a respeito das reformas capitaneadas pelo Gover-

no do Presidente Michael Temer, pois vão de encontro a certos princípios fundamentais que historicamente levaram ao crescimento sustentável das economias "inteligentes" mais virtuosas do mundo hoje (CRUZ, 2016; MAZZUCATO; PENNA, 2016).

Mazzucato e Penna (2016) avaliaram, no já citado estudo "*The Brazilian Innovation System a mission-oriented policy proposal*", que, embora com deficiências e desafios importantes, experiências recentes do sistema nacional de inovação brasileiro revelam pontos positivos que, caso devidamente explorados, podem orientar a elaboração de políticas de inovação efetivas. Ocorre que, a agenda política de austeridade do Governo Temer coloca em risco a consecução desses objetivos, como alerta Cruz (2016).

Para Cruz (2016) se a política de austeridade imposta ao final do governo Dilma já impunha desafios ao desenvolvimento futuro do sistema nacional de inovação brasileiro, o recrudescimento dessa política no Governo Temer pelos próximos vinte anos, na denominada PEC do Teto, agora Emenda Constitucional nº 95/2016, coloca em xeque a capacidade do Estado brasileiro de desempenhar seu papel central na busca por um tipo de crescimento econômico que seja, ao mesmo tempo, baseado em inovação, inclusivo e sustentável.

Considerações finais

Infelizmente, o sistema de inovação brasileiro ainda não é o maior alicerce da pujança do país. O setor de ciência, tecnologia e inovação é conhecido por políticas públicas centradas na figura do governo federal em uma sistemática questionável, por grandes desigualdades em termos de investimentos públicos e privados e por marcos regulatórios complexos, confusos, até incoerentes.

Concordando com Coutinho e Mouallem (2015), o fraco desempenho das políticas de inovação é produto, sobretudo, da inefetividade e da desarticulação do sistema nacional de inovação brasileiro. E, apesar do crescente esforço de estímulo à inovação, persiste uma série de obstáculos – que são, em larga medida, de ordem jurídico-institucional – que impossibilitam o país de "dar um salto em ciência e tecnologia"[3].

[3] Aqui os autores referem-se a uma fala do então Presidente da FINEP, Sr.

Por todo o exposto, acredita-se que um conjunto normativo mais fluido e adaptável pode estabelecer um melhor acerto de interesses e coordenação das instituições, permitindo ao Estado um dinamismo, o fortalecimento da democracia, visto que leis coerentes geram segurança, criam ambientes propícios aos investimentos, fomentam a inovação, induzem o desenvolvimento econômico e socioambiental e, por fim, garantem a fruição dos direitos fundamentais.

O sistema de inovação brasileiro carece de uma gestão voltada para a superação desses desafios. A tríade "Direito, Inovação e Sustentabilidade" é consenso, mas persiste o dissenso nas formas de garanti-la e efetiva-la. (Re)Pensar o caso brasileiro e geri-lo para o enfrentamento de desafios passa, sobretudo, pela organização dos marcos regulatórios vigentes, pela reestruturação das instituições, garantindo sintonia em suas ações e medidas e pela luta constante por recursos, por financiamento, por investimentos estatais em C,-T&I.

Referências

ABRAMOVAY, R. Desigualdades e limites deveriam estar no centro da Rio+20. *Estudos*

Avançados, São Paulo, v.26, n.74, p.21-33, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100003&lng=pt>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ARAUJO, B. C. Incentivos fiscais à pesquisa e desenvolvimento e custos de inovação no Brasil. In: *Radar* - Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, n° 9, Brasília: IPEA, 2010.

ARBIX, G.; SALERNO, M. S.; TOLEDO, D.; MIRANDA, Z.; ALVAREZ, R. R. [Orgs.]. *Inovação:* estratégia de sete países. Série Cadernos da Indústria ABDI. Volume XV. Brasília, DF: ABDI, 2010. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

Glauco Arbix. Ver mais em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/09/brasil-precisa-dar-um-salto-em-ciencia-e-tecnologia-diz-presidente-da-finep>.

BORBA, G. S. Administração e contemporaneidade: inovação nas organizações. *In: MBA em Gestão Estratégica*, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade/FEARP da Universidade de São Paulo (USP), parte 1, 2013, p. 1-57.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). *Financiamento à inovação.* Confederação Nacional da Indústria, Instituto Euvaldo Lodi. Brasília: CNI, 2016.

COOTER, Robert D.; SCHAEFER, Hans-Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations.* Princeton University. Dez. 2011. <Disponível em: https://works.bepress.com/robert_cooter/156/>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CORSATTO, Cássia Aparecida; HOFFMANN, Wanda Aparecida Machado. Gestão de Desafios: Conhecimento, Inovação e Sustentabilidade. In: HOFFMANN, Wanda Aparecida Machado [Org.]. *Ciência, Tecnologia e Sociedade:* desafios da construção do conhecimento. São Carlos: EdUFSCar, 2011, p. 137 a 153.

COUTINHO, Diogo R.; MOUALLEM, Pedro S. B. Gargalos jurídico-institucionais à inovação no Brasil. In: COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da; SCHAPIRO, Mario G. (Coords.). *Direito Econômico Atual.* São Paulo: Editora Método, 2015, p. 86-119.

CRUZ, Paula R. *A Política de Austeridade de Temer e o Futuro do Sistema Brasileiro de Inovação.* BPC Policy Brief. V. 6. N. 06 - dezembro/2016 - janeiro/2017 Rio de Janeiro. PUC. BRICS Policy Center. Disponível em: <http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/7198/doc/2020731410.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ETZKOWITZ, Henry. *Hélice Tríplice*: universidade-indústria-governo: inovação em ação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, Inovação e Tecnologia.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11-31.

KEMP, R.; PEARSON, P. *Final report of the MEI project measuring eco innovation*.

Maastricht: UM Merit, 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/env/consumption-innovation/43960830.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MAZZUCATO, M.; PENNA, C. C. R. *The Brazilian Innovation System:* A Mission-Oriented Policy Proposal. Brasília: CGEE, 2016 (Temas Estratégicos para o Desenvolvimento do Brasil). Disponível em: <http://marianamazzucato. com/wp-content/uploads/2016/06/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna--FullReport.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, Inovação e Tecnologia.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85-122.

PINSKY, Vanessa; KRUGLIANSKAS, Isak. *Inovação tecnológica para a sustentabilidade:* aprendizados de sucessos e fracassos. ESTUDOS AVANÇADOS 31 (90), 2017, p. 107 a 126. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n90/0103-4014-ea-31-90-0107.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

RENNINGS, K. Redefining Innovation: Eco-innovation Research and the Contribution from Ecological Economics. *Ecological Economics*, v.32, n.2, p.319-32, 2000. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/9e53/af09cfcdb6e164a7ecdc49e88a4b39ac5b23.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

A RELAÇÃO ENTRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, COM ÊNFASE NA COISA JULGADA

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE BRASILIAN PROCEDURAL MODEL AND THE BRASILIAN CLASS ACTION FOR DAMAGES, WITH EMPHASIS ON *RES JUDICATA*

Carlos Fernando Silva Ramos[1]

Resumo: Este artigo aborda o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) trazido pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), buscando analisar sua relação com a ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, quanto ao aspecto da coisa julgada. Defende a tese de que o instituto, apesar de algumas imperfeições, apresenta-se como uma alternativa ao fracasso da referida ação coletiva como instrumento de pacificação social e de segurança jurídica nos conflitos de massa, especialmente em razão do regime de formação da coisa julgada no sistema processual coletivo. Os métodos de estudo são o bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas – Novo Código de Processo Civil – Ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos – Coisa julgada.

Abstract: This article discusses the Brazilian procedural model (IRDR), a new type of representative procedure created by the New Brazilian Code of Civil Procedure (NCPC), trying to analyze its relationship with Brazilian class action for damages with regard to *res judicata*. It takes the view that, despite some defaults, the institute presents itself as an alternative to the failure of collective action as

[1] Juiz de Direito do Estado do Amapá; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. E-mail: cfsramos@gmail.com

an instrument of social peace instrument and legal certainty in the mass conflicts, especially due to the setting of *res judicata* in the collective procedural system. It is applied the bibliographic and documentary methods.

Keywords: Procedural model – New Brazilian Code of Civil Procedure – Brazilian class action for damages – Res judicata.

1 Introdução

A busca pela ampliação do acesso à tutela jurisdicional efetiva tem sido a tônica nas alterações da legislação processual civil no Brasil desde o início da década de 1990.

Surge em 1990 o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 9.078/1990) (CDC), que trouxe importantes contribuições para o aperfeiçoamento da tutela dos direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos. Em 1995, vem a lume a Lei 9.099/1995, que cria o sistema dos juizados especiais cíveis e criminais, permitindo um amplo acesso à justiça das causas de pequeno valor.

Ainda na primeira metade da década de 1990, é evidente nas reformas do Código de Processo Civil de 1973 (CPC1973) a intenção de diminuir a demora da jurisdição, a fim de evitar que o tempo tornasse inútil a tutela jurisdicional que se almeja ao final do processo.

Além da extensão da tutela antecipada a todos os procedimentos previstos no CPC1973 e a criação da ação monitória, alterações promovidas pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, e Lei n. 9.079, de 14.7.1995, deve-se ressaltar a possibilidade de julgamento singular de recursos prevista no art. 557 do CPC1973, pelo qual o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal (STF), ou de Tribunal Superior, e no § 1º-A do mesmo artigo, segundo o qual, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso (alterações e inclusões feitas pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998). Revela-se aqui a tendência de prestigiar a jurisprudência sumulada ou consolidada.

Outras mais vieram, mas a que mais importa para os fins deste artigo são as relacionadas ao tratamento das demandas repetitivas. São elas, em síntese, as demandas numerosas em que há relevantes pontos comuns de direito e pequenas variações de fato. Embora as partes e os pedidos possam variar, a tese jurídica é idêntica. Essa circunstância justifica julgamento único quanto à tese jurídica, com a finalidade de evitar decisões contraditórias e permitir um enfrentamento mais eficiente da grande quantidade de demandas do mesmo tipo.

Tais demandas constituem um dos problemas mais graves do sistema judiciário brasileiro, pois embora tragam questões idênticas, às vezes de fácil solução, sua enorme quantidade muitas vezes inviabiliza a gestão das unidades judiciais, fazendo subir abruptamente a taxa de congestionamento. Não há juízes suficientes, nem servidores, tampouco equipamentos para lidar com a avassaladora massa de casos, sendo certo que quanto mais se aumentam esses recursos, mais aumenta a demanda (MANCUSO, 2010). Elas constituem parte significativa de uma das apontadas causas da atual crise do Poder Judiciário brasileiro, que é o excesso de processos[2].

Uma das formas mais eficientes de lidar com esse tipo de litigância está no enfrentamento coletivo, em uma única ação, na qual se decidirão todas as questões comuns, deixando o ajuizamento de ações individuais apenas para as questões particulares, que não admitirem tratamento molecular. Essa foi a opção da justiça americana, com suas *class actions*, especialmente as da *Rule 23 (B) (3),* as *class actions for damages* (GIDI, 2010). Outra forma de lidar com o problema é pela *group action litigation,* que inclui um grande número de litigantes – normalmente, autores, mas que também podem ser réus –, conduzidos em um único bloco, no longo caminho até a resolução, com a apreciação em conjunto das questões comuns ou similares (NEIL, 2001). À primeira solução, existente no direito brasileiro desde a entrada em vigor do CDC, com a introdução das ações

[2] No Estado do Amapá houve caso recente que demonstra bem esse efeito negativo das demandas de massa no Juizado da Fazenda Pública Estadual, que de pouco mais de 1.000 processos, quando de sua criação em 2012, passou para quase 19.000 em 2015, em razão, principalmente, de levas de ações de servidores públicos do Estado em busca de vantagens remuneratórias e de usuários do sistema estadual de saúde querendo atendimento (AMAPÁ, 2016).

coletivas, juntou-se a segunda, adotada pelo NCPC, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, inspirado diretamente no procedimento-modelo alemão conhecido como *Musterverfahren* (arts. 976 a 987) (BUENO, 2015).

O IRDR é um instituto problemático, especialmente no que diz respeito ao princípio do devido processo legal, já que não adota o sistema do *opt-in* e não permite o *opt-out*. Os demandantes individuais são inexoravelmente atingidos pelos efeitos da tese adotada. Também não se pode deixar de notar que o procedimento gera efeitos prospectivos que atingirão pessoas que de nenhuma forma puderam participar de sua formação. Além desse aspecto, há possíveis vícios formais e materiais no NCPC quanto a essa matéria[3]. Não obstante, coloca-se como esperança para que o Poder Judiciário consiga lidar mais eficazmente com as demandas repetitivas, objetivo que não foi alcançado com ação coletiva.

A ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, inspirada na *class action* norte-americana, tem como principal problema a incapacidade de inibir o ajuizamento de ações individuais versando sobre as questões comuns, em razão do regime da formação da coisa julgada, operando apenas a favor dos membros ausentes. Com isso, pouco proveito trouxe na solução da pletora gerada pelas ações repetitivas ao longo das últimas décadas.

É dessa situação, de fracasso da ação coletiva e da possibilidade de seu reavivamento, bem como das perspectivas do IRDR, com enfoque nas relações entre coisa julgada coletiva e efeito vinculante da tese jurídica, que se cuidará neste artigo.

2 Os direitos individuais homogêneos no contexto dos direitos coletivos e sua relação com o objeto do IRDR

A definição legal de direitos ou interesses coletivos em sentido amplo é dada pelo art. 81, parágrafo único, I, II e III, do CDC, que os classifica em direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Na dicção legal, direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos em sentido es-

[3] Entre eles, pode-se elencar Bueno (2015) e Nery (2015).

trito, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos individuais homogêneos, categoria que interessa a este estudo, caracterizam-se: (a) quanto ao aspecto subjetivo, por terem por titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis; (b) no que concerne ao aspecto objetivo, pela divisibilidade do objeto entre os membros da comunidade titular; e (c), no que se refere à origem, pela ausência de vínculo jurídico prévio a ligar os integrantes da comunidade (GIDI, 1995).

A "origem comum" dos direitos individuais homogêneos pode ser fática, identificando-se com as "circunstâncias de fato" comuns ao universo de titulares de direitos difusos, ou jurídica, que corresponde à "relação jurídica-base" da coletividade de pessoas titulares de direitos coletivos em sentido estrito (YOSHIDA, 2006). Significa dizer que os direitos individuais homogêneos normalmente surgem no mesmo contexto dos direitos essencialmente coletivos, sendo, em regra, reflexos ou desdobramentos deles na esfera individual[4].

A característica fundamental a distinguir os direitos individuais homogêneos das demais espécies de direitos coletivos, como se viu acima, é o fato de serem tais direitos essencialmente individuais e acidentalmente coletivos (MOREIRA,1984). O que faz surgir a possibilidade de seu tratamento coletivo no plano processual é o fato de (a) terem uma origem comum, (b) apresentarem certo grau de homogeneidade e (c) possuírem relevância social, em razão especialmente do grande número de pessoas afetadas. Sem a presença concomitante desses três requisitos, não é possível o seu tratamento processual coletivo, uma vez que predominaria a natureza individual, a exigir uma abordagem igualmente individual, em que os institutos processuais tradicionais da litigância multipartes, como o

[4] Exemplo dramático do primeiro caso é o rompimento da barragem do Fundão, localizada na cidade histórica de Mariana (MG), que lançou no meio ambiente 34 milhões de m^3 de lama, resultantes da produção de minério de ferro pela mineradora Samarco (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2016), que, ao lado do dano ambiental, causou prejuízos individuais a milhares de moradores das margens da bacia hidrográfica.

litisconsórcio e a intervenção de terceiros, resolveriam o problema[5].

A homogeneidade diz respeito ao tipo de direitos que surgem da origem comum. É necessário que, pelo menos na sua configuração essencial, eles sejam idênticos para todos os afetados, de modo a permitir, por meio de sentença única, solução uniforme para todos, sem distinção. É necessário que haja espaço para uma sentença condenatória genérica, reconhecendo que os fatos que estavam na base da causa de pedir, os quais eram atribuíveis a uma pessoa ou, solidariamente, a um grupo de pessoas, causaram prejuízos a grupo de pessoas determinadas ou, pelo menos, determináveis[6]. Se não houver essa homogeneidade, a solução será a extinção da ação coletiva, por ilegitimidade ou falta de interesse processual ou, alternativamente, caso se possa identificar mais de uma causa coletiva, a determinação para que se proceda a sua divisão em duas ou mais ações coletivas[7].

A relevância social reside no fato de a lesão a tais direitos, em razão de sua importância para o bem da coletividade e da repercussão em termos de pessoas atingidas, gerar a necessidade de buscar-se a reparação independentemente da vontade individual. Por isso, não se pode equiparar a ação coletiva para a defesa desses direitos a um simples instrumento de conveniência ou economia processual, mas sim como uma imposição decorrente da necessidade de tratamento coletivo (BONACHELA, 2009).

Sob o enfoque apenas do resultado prático do processo para os titulares dos direitos individuais homogêneos envolvidos, pode-se dizer que tal ação somente será útil se a maior parte do esforço para obtenção do bem da vida perseguido se der no processo

---

[5] É preciso ver que a ação coletiva para a defesa de direito individual, por implicar em decisão que afetará partes ausentes, com sacrifício do contraditório imediato, é solução excepcional, que somente se justifica em caso de necessidade, presente o interesse público na pacificação social, segurança jurídica, efetividade da ordem jurídica, entre outros.

[6] É claro que não há necessidade de uma homogeneidade absoluta, o que seria, aliás, virtualmente impossível. O essencial é que haja homogeneidade suficiente para permitir o tratamento coletivo (GRINOVER, 2000).

[7] A solução proposta é semelhante a uma redefinição do grupo, possibilidade prevista no direito norte-americano (GIDI, 2007), que tem como escopo o máximo aproveitamento da ação coletiva, a qual, por sua importância para a coletividade, somente pode ser extinta quando absolutamente inviável.

coletivo e não na posterior liquidação individual (BONACHELA, 2009). Porém, ainda que assim não seja, olhando sob o aspecto da promoção do princípio da igualdade e da segurança jurídica, o simples fato de a ação coletiva permitir o trato de todas as questões comuns de uma única vez é, por si só uma grande vantagem (BONACHELA, 2009)[8].

Nesse ponto, não se pode deixar de ver uma aproximação com os objetivos da decisão a ser obtida no IRDR (NCPC, art. 976, II), já que a sentença genérica se coloca a meio caminho entre a norma geral abstrata e a norma individual e concreta, resultante da sentença que faz o acertamento do direito. A ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, em regra, vai produzir uma cisão na cognição, visto que nele se tratam as questões comuns referentes ao universo dos titulares dos direitos individuais homogêneos, resultando em uma sentença genérica, que haverá de ser complementada por aquelas que vierem a ser proferidas na liquidação e execução, mas que a terão como pressuposto necessário por força da coisa julgada coletiva.

Da mesma forma, o IRDR também traz essa cisão na cognição, pois o órgão competente do tribunal fixa a orientação para as questões comuns de direito, ficando o julgamento das causas individuais a cargo dos juízos de origem, a ser feito com base nas teses firmadas no IRDR (NCPC, art. 978, *caput*, e art. 985).

As diferenças principais são: a) na ação coletiva, a sentença genérica faz coisa julgada, ou seja, é atingida pela imutabilidade, que, após o prazo da ação rescisória, a torna perene, ressalvadas as hipóteses excepcionalíssimas de relativação admitidas pela jurisprudência, enquanto no IRDR a decisão do tribunal produz uma tese jurídica, ou seja, um enunciado sobre como se deve entender certa questão de direito, a qual, por evidente, não tem aptidão para adquirir imutabilidade de coisa julgada, estando sujeita a revisão sempre, de modo a permitir sua oxigenação em razão das mudanças no mundo da vida e no direito; b) a sentença genérica pode trazer decisão tanto sobre questões de direito quanto fáticas, enquanto o IRDR apenas sobre as primeiras; c) a sentença genérica encerra a fase cognitiva do proces-

[8] Nisso ela se aproxima *class action* norte-americana, embora não completamente, já que nesta não há necessidade de chegar a uma decisão dispositiva sobre a causa, podendo limitar-se a resolver uma questão comum (GIDI, 2007).

so quanto ao aspecto da controvérsia comum a toda a coletividade afetada, enquanto o IRDR resolve uma questão de direito incidental que servirá de base para a sentença a ser dada nos diversos casos concretos afetados; d) a sentença genérica tem eficácia endoprocessual, sendo aplicável apenas às pessoas que já se incluam na classe por ela abrangida, em determinados limites espaciais e temporais, enquanto a decisão no IRDR tem eficácia panprocessual, alcançando processos presentes e futuros até que seja revista.

3 Legitimidade para a ação coletiva e para o IRDR

É essencial abordar a legitimidade para a ação coletiva e o IRDR, visto que interfere diretamente na formação e no regime da coisa julgada coletiva e na estabilização da decisão do IRDR.

A legitimação para a ação civil pública não é ordinária nem extraordinária, mas autônoma. Não é ordinária porque não é o próprio titular do direito material que o defende em juízo; e também não é extraordinária porque não se vislumbra uma legitimação ordinária para a defesa dos direitos difusos da qual ela pudesse ser a contraface (NERY JUNIOR, 2004). A legitimação autônoma para a condução do processo, criação do direito alemão, implica em permitir, por meio de lei, que certos entes, não ligados diretamente ao bem jurídico, possam ajuizar demandas para a sua defesa (NERY JUNIOR, 2004). Não se deixa de vislumbrar um certo autoritarismo aí, na medida em que o Estado arbitrariamente escolhe quem defenderá judicialmente a classe, independentemente da vontade de seus membros.

Para estabelecer os legitimados para a ação civil pública no modelo brasileiro, adota-se critério eclético, estabelecendo por um lado, um rol de legitimados absolutos; e, por outro, fixando-se em lei os requisitos para legitimação ativa de outros, mas se concedendo poderes residuais ao juiz, que pode dispensar a exigência da prévia constituição da associação autora e examinar a pertinência temática (adequação entre o interesse em disputa e o objetivo institucional da entidade autora) (MANCUSO, 2007).

Ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano das *class actions*, no qual o juiz pode verificar em cada caso concreto se a representação é adequada, ou seja, se é efetiva e suficiente para

garantir a defesa do interesse coletivo, no Brasil, o poder do juiz de interferir na aferição da legitimidade é apenas subsidiário, não afetando sua essência. Embora existam mecanismos de compensação previstos em lei, para prevenir uma atuação deficiente do legitimado, há certa desvantagem nessa redução da discricionariedade judicial, pois uma demanda pode ser julgada improcedente, com base em produção probatória deficiente, formando coisa julgada contra o grupo, em razão da falta de representação adequada.

De acordo com o art. 5º da LACP, têm legitimidade para propor ação civil pública somente certas entidades ou pessoas jurídicas, ficando de fora o cidadão. São elas: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O art. 82 do CDC, com pequenas diferenças, reproduz esse rol, apenas acrescentando as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esse código, o que faz com que essa legitimação somente possa ser empregada no caso das ações consumeristas (BONACHELA, 2009).

É inegável que o modelo brasileiro de legitimidade coletiva adotado pela LACP, apesar de ter representado um grande avanço à época, deixou-se contaminar por um certo paternalismo estatal, pois privilegiou excessivamente órgãos públicos[9]. Veja-se, que, paralelamente, houve resistência da jurisprudência em aceitar a legitimação do Ministério Público para ações coletivas envolvendo tributos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016), o que deixou, na ausência de associações interessadas, que tais conflitos fossem resolvidos no varejo, com enorme prejuízo para a coletividade e para o Poder Judiciário, em razão da elevação exponencial da demanda.

Seria muito interessante incluir nesse rol qualquer pessoa

[9] Esse foi um dos fatores que conduziu a um excessivo protagonismo do Ministério público, que promove mais de 90% das ações civis públicas no Brasil (CAMBI, 2013, p. 3).

física ou jurídica, no caso dos direitos difusos; qualquer representante da classe ou categoria, em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*; e qualquer um dos titulares de direito individual homogêneo. O controle da aptidão para representar a coletividade afetada seria feito pelo juiz da causa. Essa é, salvo quanto ao último item, a proposta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, 2007).

Deve-se, tanto quanto possível, deixar, e até mesmo estimular, que os particulares assumam a tutela de seus próprios interesses, deixando a legitimação dos órgãos públicos como um soldado de reserva, a ser posto em ação somente no caso de omissão dos principais interessados[10]. Importante acolher a lição oriunda do Direito americano, segundo a qual o melhor representante da classe é alguém que a integre, pois se pressupõe que ele, ao defender seus interesses, estará fazendo o mesmo em relação aos interesses da classe inteira (GIDI, 2010, p. 94). A alegação de que os resultados pífios alcançados com a ação popular contraindicam o caminho da legitimidade individual, tem-se a argumentar que são situações diferentes, já que na ACP estão em jogo interesses bem difusos, enquanto na ação coletiva, interesses mais restritos.

Nesse aspecto, é positivo o IRDR, pois colocou como co-legitimado para provocar a instauração do incidente, além do juiz e do Ministério Público, a parte, que passa a atuar como representante da classe no procedimento coletivo (NCPC, art. 977), não havendo restrição alguma quanto ao tipo de matéria. O problema que surge é a falta de poderes expressos e de oportunidade para que o tribunal possa avaliar a adequação da representação. Talvez aquela parte que suscitou a instauração do incidente não seja a mais apta para defender a tese que interessa ao grupo. Isso pode, é verdade, ser compensado pela participação das partes de outros processos em que se discuta a mesma questão e dos *amici curiae*, além do Ministério Público (NCPC, art. 976, § 2º, e art. 983)[11]. Nesse ponto, torna-se

[10] Vale frisar que o uso pouco frequente da ação popular, que tem como parte legítima qualquer cidadão, não serve para atacar a proposta de ampliação da legitimidade para a ação coletiva, pois naquela se tem defesa de direito difuso que não interessa diretamente aos indivíduos, enquanto nesta se busca diretamente a proteção de direitos individuais.

[11] Há quem defenda a aplicação subsidiária do critério adotado para os

fundamental a publicidade, que deve ser ampla e qualificada, para que todos os interessados possam participar do procedimento[12].

4 Coisa julgada coletiva e decisão no IRDR

A coisa julgada material corresponde à situação em que se encontra a sentença transitada em julgado que resolve de forma definitiva o mérito da demanda proposta, ou seja, que diz se o autor tem ou não direito ao bem da vida que buscava, ou, ainda, na qual seja formulada a regra jurídica concreta que deve regular o litígio judicializado, gerando efeitos para além do processo (MOREIRA, 1972). No momento em que não couber mais nenhum recurso contra a sentença que resolveu o processo, institui-se entre as partes, nos limites do caso, uma situação de absoluta intangibilidade em relação aos direitos e obrigações que lhes são atribuídos, ou que lhes não são atribuídos, a qual transcende o processo, projetando-se na vida das pessoas (DINAMARCO, 2003)[13]

---

recursos repetitivos, optando-se pelas causas que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, na forma do art. 1.033, §6º, do NCPC), com a análise da amplitude do contraditório e da representatividade das partes das causas escolhidas (NUNES, 2015). Não parece, a princípio, que o tribunal nesse caso possa escolher a causa de origem do IRDR, pois a parte tem o direito de provocar a instauração se presentes os requisitos legais. Salvo se se admitir que a parte possa instaurar o procedimento e ser utilizado como base para julgamento outro processo, funcionando ela como representante da classe ou assistente da representante escolhida. Para isso seria necessário realmente uma construção jurisprudencial, aceitando a existência de um microssistema de litigiosidade repetitiva, tal qual proposto por Nunes (2015).

[12] O NCPC busca garantir isso em seu art. 979, determinando o registro do incidente, com informações suficientes para identificação, em bancos de dados eletrônicos no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e nos tribunais onde for instaurado. Talvez fosse o caso de ter incluído a intimação das partes, por meio de seus advogados, nos processos que, segundo o conhecimento do juízo de primeiro grau ou do tribunal, serão afetados pelo incidente. Seria um similar da notificação nas *class actions* do Direito americano.

[13] Isso não significa, obviamente, que se não houver impedimento legal, as partes não possam dispor dos direitos que decorrem da sentença. Só não podem mais modificar a sentença e o que ela dispôs.

Mas, para alcançar esse grau de estabilidade, não basta que se cuide de sentença de mérito. Talamini (2005), em lição parcialmente correta, ressalta que, apesar de essa tarefa ser marcada pela discricionariedade, deve ser realizada com observância, pelo menos, do princípio do contraditório, e mediante cognição exauriente.

O contraditório, que pode ser efetivo ou potencial, é condição *sine qua non* para a formação da coisa julgada. A própria Constituição Federal coloca-o como um direito fundamental, exigindo sua presença para a validade de qualquer processo (art. 5º, LV). Ainda que não houvesse tal norma na Constituição, parece intuitivo que a coisa julgada não pode atingir quem não participou do processo onde se constituiu, pois, se assim fosse, estaria aberto o caminho ao arbítrio. Daí decorrem os limites subjetivos da coisa julgada, já que ela não pode prejudicar terceiros. E, mesmo entre as partes que regularmente integram o processo, há de se observar o contraditório, não podendo atingir estabilidade as decisões dadas liminarmente sem que se conceda à parte contrária a oportunidade de ser ouvida. Essa é uma regra que se pode ter como absoluta.

Mesmo no processo coletivo, onde a coisa julgada tem alcance *erga omnes*, não há violação à exigência do contraditório, apesar da não participação direta de todas as pessoas envolvidas no litígio. É que o representante da classe, grupo ou coletividade, parte legitimada por força de lei, defende em juízo aquelas pessoas, velando por seus interesses e garantindo o contraditório[14]. Há, por outro lado, mecanismos de proteção, como a exigência da prova suficiente para a formação da coisa julgada *erga omnes*, que garantem que as pessoas interessadas que não integram diretamente o contraditório não sejam prejudicadas por uma atuação deficiente do legitimado autônomo.

Não se pode dizer o mesmo quanto à cognição exauriente. Mourão (2008), com razão, defende a ideia que mesmo em processos no qual a cognição é superficial ou incompleta, como no cautelar, é possível configurar-se a coisa julgada, a qual tem como uma de suas finalidades evitar a repetição de demandas idênticas. Assim, em regra, a formação da coisa julgada exige jurisdição exauriente, mas

[14] A representação adequada, na *class action*, é essencial para que uma ação seja aceita como coletiva e para que possa a decisão nela proferida vincular os membros ausentes, pois sem isso não haveria devido processo legal (GIDI, 2007, p. 94 e 99).

pode, eventualmente, satisfazer-se com a sumária[15].

Ao contrário do que ocorre no processo individual, em que, em regra, a coisa julgada fica circunscrita às partes, ou seja, àqueles que participaram do contraditório perante o juiz; no processo coletivo, atinge, e essa é sua principal característica, pessoas que não se fizeram presentes em juízo, produzindo efeitos *erga omnes*.

A princípio, apenas a sentença produz efeitos *erga omnes*, uma vez que, como ato estatal dotado de imperatividade, todos são obrigados a respeitá-la (LIEBMAN, 1984). A coisa julgada, por outro lado, dada a sua imutabilidade, somente poderia ser imposta às partes, ou seja, àqueles que puderam colocar seus argumentos e produzir suas provas no processo onde se formou. Essa é uma decorrência imperiosa do devido processo legal, pela qual o indivíduo somente se submete inapelavelmente aos atos estatais após ter participado validamente no procedimento de sua elaboração[16].

Essa estrutura, bem adequada ao processo individual, mostrou-se inviável no processo coletivo. Neste, em razão do enorme número de pessoas interessadas, integrantes de grupos ou comunidades sem personalidade jurídica, que não podem estar diretamente em juízo, a coisa julgada necessariamente haverá de estender-se sobre quem não participou diretamente do contraditório em juízo, sob pena de tornar ineficiente ou inútil a demanda coletiva. O problema residia em como conciliar os dois requisitos do sistema constitucional: de um lado, a exigência que a coisa julgada se forme mediante prévio contraditório; e de outro, a de introduzir em nosso sistema

[15] A possibilidade de estabilização da tutela antecipada trazida pelo NCPC, embora tecnicamente não possa ser considerada coisa julgada, acaba, após exaurido o prazo decadencial para ajuizamento da ação destinada a revê-la, produzindo efeitos idênticos.

[16] Não se pode deixar de ver nessa exigência uma decorrência do princípio democrático, que exige a participação do sujeito no processo de formação da decisão o que o afetará, a fim de lhe conferir legitimidade. Contraditório aqui é visto como elemento essencial à própria qualificação do processo, que se distingue do procedimento, gênero do qual faz parte, justamente pela presença dele (FAZZALARI, 2006; GONÇALVES, 1992). Com essa importância, o contraditório se fortalece, adquirindo uma feição tridimensional, que abrange, em perfeita paridade de todos os envolvidos, o direito à informação, o direito à participação e o direito de influir (JAYME e FRANCO, 2014).

jurídico o processo coletivo, a fim de resolver os conflitos de massa.

A disciplina legal da coisa julgada em matéria de direitos difusos e coletivos é, essencialmente, aquela desenhada inicialmente pelo art. 18 da LAP, de que a sentença teria eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, operando *pro et contra*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, quando poderia ser reproposta. No mesmo sentido caminhou a LACP, prevendo, na redação primitiva do art. 16, que "[a] sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova". O CDC também não se distanciou disso, na disciplina imposta pelos inciso I e II do art. 103. Essencialmente, a coisa julgada opera contra todos os membros do grupo, não importa se este é amplo ou restrito, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas, quando poderá ser reproposta por qualquer legitimado. É o regime conhecido como *res judicata secundum eventum litis vel probationis.*

Quanto aos direitos individuais homogêneos, as coisas se passam de forma bem diversa.

O art. 103, III, do CDC fugiu da disciplina prevista para os direitos coletivos em geral, estabelecendo de forma inovadora que a coisa julgada seria *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de ação coletiva tendo como objeto os direitos individuais homogêneos.

Estabeleceu, no § 1°, que os efeitos da coisa julgada previstos nas hipóteses dos incisos I (direitos difusos) e II (direitos coletivos *strictu sensu*) não prejudicam os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, mas podem beneficiá-los, conforme consta no § 3º.

No § 2°, dispôs que na hipótese prevista no inciso III (direitos individuais homogêneos), em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tivessem participado no processo como litisconsortes, poderiam propor ação de indenização a título individual.

Por último, no art. 104, de forma um tanto confusa, estabeleceu que as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não geram litispendência para as ações indi-

viduais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O que se percebe é que a intenção do legislador foi criar um regime da coisa julgada extremamente favorável aos titulares dos direitos individuais homogêneos, protegendo-os de todas as possíveis vicissitudes de uma demanda coletiva mal sucedida[17]. A ideia foi de permitir a extensão da coisa julgada aos terceiros (eventuais titulares dos direitos individuais homogêneos) que não participam efetivamente do contraditório somente no caso de a sentença ser favorável, desde que, em caso de ingresso prévio em juízo, tenham desistido em tempo das suas ações individuais, de modo a evitar possível pecha de inconstitucionalidade por violação do contraditório (GRINOVER, 2001). A coisa julgada nesse caso opera *pro et contra*, mas apenas em relação aos membros do grupo que integrarem o processo coletivo, tornando-se partes, sem afetar negativamente, em hipótese alguma, os membros ausentes, e beneficiando aqueles que não tinham ações individuais ou que tenham desistido das ajuizadas.

A intenção foi boa, mas o resultado, péssimo. Após tantos anos de entrada em vigor do CDC, com a inovação quanto à ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, observa-se que ela não conseguiu impedir a propositura de milhares de ações individuais versando sobre os mais diversos temas, como expurgos inflacionários relativos às cadernetas de poupança e ao FGTS, questões previdenciárias, conflitos relacionados à instituição e cobrança de tributos, entre outros (MENDES, 2010, p. 277)[18].

Ao rejeitar os dois modelos de vinculação existentes na

[17] Talvez isso seja uma decorrência das restrições ao controle da adequação da representação, no início do e principalmente ao longo do procedimento da ação coletiva. É uma forma de proteger os interesses dos membros ausentes contra a atuação deficiente do legitimado coletivo.

[18] É certo que uma parte desse fracasso também pode ser atribuída à forma pouco generosa que a jurisprudência recepcionou essas novas ações, sendo muito rigorosa, por exemplo, no exame dos requisitos de admissibilidade, e, principalmente, pelas restrições ao alcance da coisa julgada impostas por alterações legislativas posteriores, reduzindo se alcance ao território do órgão prolator da decisão.

maioria dos países do mundo, que são (a) o de inclusão (*opt-in*), no qual os membros do grupo interessados poderão requerer o seu ingresso no processo coletivo até determinado momento, e (b) o de exclusão (*opt-out*), pelo qual os membros do grupo interessados podem se desligar do processo coletivo em certo prazo, o CDC acabou por condenar ao fracasso as ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, pelo menos naquilo que deveria ser sua maior qualidade, a capacidade de tratar de modo molecular a miríade de ações individuais resultantes dos conflitos de massa (MENDES, 2010, p. 76-77)[19].

Pouco efetiva foi a tentativa do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de corrigir a falha sistêmica acima apontada. Firmando entendimento *contra legem*, o STJ passou a admitir a possibilidade de o juiz determinar a suspensão dos processos individuais de ofício, com a finalidade de potencializar o efeito inibitório da coisa julgada coletiva sobre as demandas individuais (Brasil, 2015). O primeiro problema, relativo à possibilidade jurídica, é a supressão, por ato jurisdicional, de um direito subjetivo, qual seja, a faculdade de escolha quanto a embarcar na ação coletiva. No sistema jurídico brasileiro, ainda fortemente filiado à família do Direito romano-germânico, como bem atesta o art. 5º, *caput*, da CF1988, o juiz não tem autorização nem legitimidade para tornar sem efeito norma jurídica garantidora de direito individual, salvo no controle de constitucionalidade, o que não ocorreu no caso mencionado. O segundo problema, relativo à eficácia da medida, que poderia, em uma perspectiva meramente pragmática, justificá-la, é que não há como impedir o ajuizamento da ação individual, após a conclusão da ação coletiva, se improcedente o pedido.

Outro senão da ação coletiva genérica para a defesa dos direitos individuais homogêneos, que não tem relação direta com a coisa julgada, mas interfere diretamente na sua eficiência, é o fato de ela resolver apenas parte da lide coletiva, o que permite, após a prolação da sentença condenatória genérica, a pulverização em centenas ou milhares de ações individuais para acertamento do valor da

[19] Esse fracasso fica patente nos números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que em seu último relatório informou que as demandas em curso no Poder Judiciário brasileiro alcançaram a soma de 99.707.250 (BRASIL, 2015), sendo muitas delas fruto de lides repetitivas decorrentes da violação em massa de direitos individuais.

indenização e de quem tem direito a receber. O ideal seria resolver a lide coletiva e os desdobramentos individuais em um só processo, empregando os mais diversos métodos para tanto, como, por exemplo, valer-se do auxílio de conciliadores e mediadores; usar casos-piloto, para avaliar por amostragem os danos individuais de membros em situação semelhante; promover a produção da prova de modo global, abrangendo todos aqueles em igual situação, entre outros. Essas e outras possibilidades apontadas por Gidi (2007, p. 207) estão presentes no sistema das *class actions* norte-americanas, e poderiam ser introduzidas no direito brasileiro, a partir de uma alteração na legislação.

Esse também é o grande problema do IRDR, que tal qual o seu modelo, o *Musterverfahren* do Direito alemão (PROCESSOS COLETIVOS, 2015), fragmenta a cognição e não resolve integralmente o conflito, trabalhando apenas as questões comuns de direito (NCPC, art. 976, I). A fragmentação é ainda pior do que aquela da ação coletiva, pois o IRDR, ao contrário da sua matriz alemã, ocupa-se apenas das questões de direito[20]. Se questão de direito for entendida de modo tradicional, a decisão no IRDR tende a ser uma tese jurídica de caráter abstrato e genérico, funcionando mais para fixar uma norma jurídica de igual caráter[21], com a finalidade de uniformizar a jurisprudência, do que uma decisão mais específica capaz de aproximar-se adequadamente dos casos concretos aos quais será aplicada.

No IRDR, os efeitos da decisão estabilizada, independen-

[20] De se notar que a divisão absoluta entre questões de direito e de fato é tecnicamente impossível, visto que todas as questões de direito relativas a uma causa concreta incidem sobre fatos e todas as questões de fato referentes a um caso jurídico têm uma configuração jurídica. Nesse sentido a opinião de Silva (2008).

[21] Vista em uma perspectiva gadameriana, de que o texto e o contexto propõem um horizonte inicial, o qual, fundindo-se ao do intérprete, gera o entendimento sobre o que o texto é, ou seja, firma uma interpretação (GADAMER, 2008). Nesse sentido, a norma não é o texto, até porque esse não tem uma existência em si, mas sempre a leitura que dele se faz. A norma é sempre – não há como ser de outro modo – fruto de interpretações, que por serem múltiplas, variam conforme as inclinações dos diversos sujeitos, exigindo, para fins de funcionalidade do sistema jurídico, uma redução feita com base no convencimento ou na autoridade.

temente se favoráveis ou desfavoráveis aos membros dos grupos atingidos, alcançam (a) as partes do processo que gerou a instauração do procedimento; (b) as partes de todos os outros processos instaurados que versem sobre as questões comuns resolvidas pelo incidente; (c) as pessoas envolvidas em conflitos que versem sobre as questões decididas que ainda não ajuizaram ações (NCPC, art. 985, I e II). Os efeitos da decisão proferida no IRDR são, portanto, *erga omes* e *pro et contra.* E não se restringem às partes atuais e futuras. Vinculam os órgãos judiciais sujeitos à jurisdição do tribunal que profere a decisão no IRDR.

Dantas (2015) afirma que, como a decisão proferida no IRDR não resolve a lide, apenas fixando a tese jurídica que deve prevalecer, não se pode falar em coisa julgada, mas sim em efeito vinculante[22]. Acrescenta que a regra do art. 985 satisfaz a promessa constitucional de igualdade, sem vulnerar o modelo federativo, pois restringe os efeitos da decisão no IRDR aos limites territoriais do órgão jurisdicional que a proferir.

Diversa é a opinião de Nery e Nery (2015), para quem há inconstitucionalidade na imposição de efeito vinculante aos órgãos judiciários de primeiro grau de uma decisão proferida em segundo, fora das exceções previstas na Constituição Federal de 1988 (CF1988). Os autores entendem que, por força do princípio da independência dos juízes e da separação dos poderes, não poderiam os tribunais estabelecer comandos normativos genéricos capazes de obrigar toda a magistratura. As possibilidades desse tipo de vinculação estariam limitadas ao controle direto de constitucionalidade e à súmula vinculante, hipóteses expressamente previstas na CF1988. Equipara as decisões vinculantes de efeitos gerais aos assentos do antigo Direito português, retomados pelo moderno Código Português e declarados inconstitucionais pela Corte Constitucional.

Ocorre que a principal causa para ter sido declarada a inconstitucionalidade dos assentos em sua versão moderna – que é muito semelhante à súmula vinculante brasileira e também se apro-

[22] Acertada a afirmação de Barbosa e Cantoário (2011) de que o incidente não resolve nada, apenas acelera a formação de um precedente vinculante. Não se pode negar o efeito do precedente no julgamento do caso concreto, uma vez que o órgão julgador não pode deixar de observá-lo, se não configurado o *distinguishing*, o que faz que integre as razões de decidir, uma parte da decisão que não é atingida pela coisa julgada.

xima bastante da decisão proferida no IRDR – foi o fato de não poderem ser alterados, característica que os tornava mais perene do que a legislação editada pelo poder competente (FERREIRA NETO, 2015), o que não se verifica no caso brasileiro, no qual, tanto a primeira quanto a segunda possuem mecanismos de revisão. Não é isso, portanto, o suficiente para tornar inconstitucional a decisão proferida no IRDR. Reforça esse entendimento o fato de que a busca de uniformização da jurisprudência atende, pelo menos em tese, a três princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo. A decisão no IRDR, desde que observado o devido processo legal, consistente principalmente em amplo e efetivo contraditório e cognição exauriente, pode ser considerada constitucional e servir de instrumento para o aprimoramento da jurisdição.

Outro ponto bastante importante, que tem contribuído para a redução da efetividade da ação coletiva, é a restrição ao alcance da coisa julgada *erga omnes* aos limites territoriais do órgão julgador, por força de alteração promovida pela Lei n. 9.494/1997 no art. 16 da LACP. Apesar da forte crítica doutrinária a essa restrição, a jurisprudência do STJ a acatou, o que vem causando problemas na solução uniforme para conflitos coletivos. Apesar de o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos expurgar a criticada limitação territorial à coisa julgada constante da atual redação da LACP, ainda se está longe de uma solução para o problema, considerando que esse e outros projetos de Código de Processo Coletivo estão paralisados no Congresso Nacional.

A decisão no IRDR não padece desse mal. Apesar de, a princípio, estar restrita aos limites da competência do tribunal em que processado o incidente, é possível a sua expansão a todo o território nacional, por meio da decisão a vir a ser proferida em RE ou REsp (NCPC, art. 982, § 3º).

Uma das questões que podem comprometer a constitucionalidade do IRDR é a legitimidade para a revisão da tese ter ficado restrita ao Ministério Público e à Defensoria Pública (NCPC, art. 986 c/c art. 977, III), pois isso impediria que os interessados que não tenham ajuizado demanda ao tempo da decisão no IRDR possam buscar sua alteração, ficando na dependência dos referidos órgãos públicos.

Ocorre aí inconstitucionalidade material por violação ao

devido processo legal. Embora seja aceitável a aplicação prospectiva do precedente gerado pelo IRDR, desde que feita por meio de sistemática e analítica comparação entre os casos concretos e o paradigma, não se pode privar os que serão atingidos da possibilidade de propor a revisão do precedente, em razão de novas e relevantes circunstâncias.

A saída para esse grave problema pode ser a apontada por Bueno (2015), qual seja, a de considerar inconstitucional a restrição sob o prisma formal, já que houve alteração substancial na redação do art. 977, na revisão a que foi submetido antes de ser encaminhado à sanção presidencial, fazendo a separação dos legitimados agrupados no inciso III (MP, DP e partes), passando as últimas a serem relacionadas no inciso II. Com isso, as partes teriam também legitimidade para propor a revisão da tese.

O grande mal que pode acometer o IRDR é, tal qual ocorre com o enunciado de súmulas, a tendência de se adotar a decisão como se fosse uma norma legal, abstraindo as circunstâncias fáticas e jurídicas que levaram a sua elaboração. Isso resultaria em aplicação mecânica do precedente, ignorando-se as peculiaridades dos casos concretos sujeitos a julgamento, com consequentemente distanciamento do princípio da igualdade em um sentido material, que exige adaptação aos contornos da realidade, na direção apontada por Aristóteles (1988). Em cada caso a ser resolvido com base na decisão dada no IRDR, o juiz deve fazer uma análise abrangente das razões que geraram o incidente, a partir dos casos concretos, comparando-os com as circunstâncias do seu caso, reconstruindo-as argumentativamente para verificar se são ou não aplicáveis (NUNES e BAHIA, 2016).

5 Considerações finais

A experiência brasileira com as ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, a partir da entrada em vigor do CDC, mostrou que não basta abrir a via do processo coletivo para esse tipo de direito, nem tomar todos os cuidados para prevenir qualquer tipo de prejuízo aos membros do grupo, para que esse tipo de tutela alcance o sucesso que dela se espera, especialmente quanto ao potencial para inibir a multiplicação de demandas individuais, e

com isso garantir maior isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

A par da limitação da legitimidade para propor a ação coletiva, restrita a órgãos públicos e entidades públicas e privadas, o que impede a atuação direta dos membros das coletividades afetadas, o regime da coisa julgada coletiva para esse tipo de direito coletivo deixa esta praticamente sem efeito, pois apenas em remotíssima hipótese impedirá o ajuizamento de ações individuais. Com a multiplicação incontrolável destas ações e a limitação de recursos do Poder Judiciário, o resultado só pode ser uma catástrofe anunciada: a completa falência da Justiça, o que significaria também a quebra do Estado Democrático de Direito.

Somente uma alteração da legislação, com a adaptação dessa tutela coletiva à realidade atual do sistema judiciário brasileiro, poderia a ação coletiva em referência ganhar maior efetividade como instrumento de resolução de conflitos de massa.

O IRDR, mesmo com suas graves deficiências e desde que superados alguns vícios mais graves que incluem algumas inconstitucionalidades e deficiências técnico-jurídicas e práticas, pode preencher o espaço deixado pela ação coletiva, ajudando a consolidar entendimentos quanto às questões centrais envolvendo as ações repetitivas, o que poderá permitir julgamentos mais rápidos e justos. Esse efeito poderá ser potencializado se as ações escolhidas para a instauração do IRDR forem as coletivas, onde provavelmente há um maior desenvolvimento dos argumentos sob uma perspectiva coletiva.

Os principais desafios dos tribunais na efetivação do IRDR são: a) a superação de sua própria incapacidade de gerenciamento do estoque de processos, que será aumentado com a instauração desses incidentes, o que pode tornar lento o seu trâmite e conclusão, repercutindo negativamente nos processos individuais suspensos; b) evitar que o procedimento do IRDR e a decisão proferida se deem sem se levar em conta a participação e os argumentos de todas as partes interessadas, deixando de lado o verdadeiro sentido do contraditório.

Lembrando Barbosa Moreira, o mais importante é tentar extrair do novo instituto o melhor que ele pode oferecer, em vez de concentrar toda a atenção em seus defeitos. Eles não podem ser esquecidos. Devem, sim, tanto quanto possível, ser corrigidos ou su-

perados por meio de uma atuação interpretativa antenada com seus escopos principais e com os vetores que orientam o Estado Democrático de Direito. Um deles é sem dúvida uma prestação jurisdicional rápida, eficiente, segura e sobretudo justa.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Gerd Bornheim e Leonel Vallandro. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

AMAPÁ. **Tucujurômetro (Estatísticas processuais)**. Disponível em: http://www.tjap.jus.br/app/open/proc/view/view.php. Acesso em: 7 mai. 2016.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa (Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011

BONACHELA, Sergio Henrique. **Tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos**. 274 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**. Disponível em: < file:///C:/Users/user/Downloads/491328c-33144833370f375278683f955.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: *www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.*

_____. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: *www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.*

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: *www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.*

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado), e dá outras providências. Disponível em: *www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 20 mar. 2018*.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: *www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm . Acesso em: 20 mar. 2018*.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp 207.660/RS**, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 13/11/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 213.631-0**. T.P, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9/12/ 1999. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28213631.NUME.+OU+213631.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k4nbywf. Acesso em: 25 mai. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Ação civil pública – 20 anos – novos desafios**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Cambi%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 11/11/2013.

DANTAS, Bruno. Do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 4. ed., rev e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006,

FERREIRA NETO, Osly da Silva. Assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. **EVOCATI Revista.** Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=270. Acesso em 25 nov. 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9ª ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes; Bragança Paulista-SP: Ed. Universitária São Francisco, 2008.

GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 667-699.

_____. **Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p. 453-464.

JAYME, Fernando Gonzaga e FRANCO, Marcelo Vieira. **O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 227, p. 335-39, Jan/2014. DTR\2013\12498.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos ao direito brasileiro)**. Traduzido por Alfredo Buzaid, Benvido Aires e Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: RT, 2007.

MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 4. São Paulo: 2010.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente**. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente. Acesso em: 7 mai. 2016.**

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. **Revista Forense**, v. 238, p. 55-60, abr./mai./jun. 1972. Rio de Janeiro: Forense, 1972

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual civil**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-220.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. São Paulo: Fórum, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª tiragem. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015.

NUNES, Dierle. **O IRDR no Novo CPC: este "estranho" que merece ser compreendido**. Disponível em: <http://justificando.

com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PROCESSOS COLETIVOS. *Brasiliam class actions*. **Act on the inicia-tion of model case proceedings in respect of investors in the capital markets**. Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/brazilian-class-actions/1064-kapitalanleger-musterverfahrensgesetz-kapmug-english-version. Acesso em: 14 dez 2015.

SILVA, Ovídio Batista da. **Verdade e significado**. Disponível em: **http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm. Acesso em: 23/07/2008.**

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão: coisa julgada e constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica ("relativização") da coisa julgada, as sentenças inexistentes**. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 722-784.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

PARA ALÉM DA RELATIVIZAÇÃO

AN ANALYSIS OF THE INSTITUTE OF THE JUDGMENT ON THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS: BEYOND RELATIZATION

Simone Maria Palheta Pires[1]
Adriana Goulart de Sena Orsini[2]

Resumo: Pretende-se no presente ensaio refletir sobre o instituto da coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro com arrimo na teoria da modernidade líquida de Zigmund Bauman e na emergente visão pós-positivista do direito. Nesse sentido, será proposto um olhar além da relativização da coisa julgada, bem como uma possível desconstrução de sentido para reconstrução ou recriação de um novo instituto jurídico, por se entender que as mudanças paradigmáticas do tempo presente alteram as bases do direito moderno. O método de abordagem utilizado no presente trabalho é o indutivo. Optou-se pelo procedimento analítico-interpretativo e a técnica de pesquisa da utilização de documentação indireta via pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Processo Civil. Coisa julgada. Imutabilidade. Modernidade líquida.

[1] Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Amapá, doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisadora e extensionista, e-mail: eliasimone@hotmail.com
[2] Professora Associada da Universidade Federal de Minas Gerais, membro do corpo permanente do PPGD/UFMG, desembargadora Federal do Trabalho – TRT 3a. Região, pesquisadora, articulista, extensionista, e-mail: adrisena@uol.com.br

Abstract: The contemporary irreverence, clearly observed in the juridical world against the res judicata, reveals the necessity of reflections on its attributes, especially of the immutability, so clear in the liquid times we live today. The present text is an analysis of the old foundations that have turned the res judicata in the brazilian Civil Procedure Code a canonized instrument that, in the face of changes in the bases of science and law, has been desacralized through relativization. With the support of Zigmund Bauman it theory of liquid modernity and the emerging post-positivist view of law, the reflection carried out here proposes a look beyond the relativization of the res judicata, as well as a possible deconstruction of meaning for reconstruction or re-creation Of a new legal institute. The method used in this work is the inductive one. It has been opted for the analytic-interpretative procedure and the research technique is the use of indirect documentation through bibliographic research

Keywords: Civil Procedure. Thing judged. Immutability. Net modernity.

Introdução

A nova ordem processual brasileira foi marcada pela edição da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil, trazendo adequações necessárias diante das transformações sistêmicas observadas no direito desde o fenecimento da modernidade.

Em razão da transição epistemológica e paradigmática do tempo presente[3] o processo de mudança reverberou na práxis e no próprio direito, ocorre que a mudança é perceptível em relação a alguns institutos jurídicos que antes eram vistos como absolutos e hodiernamente foram transformados em categorias híbridas, a exemplo da coisa julgada.

A hipótese inicial é que somente por meio de um processo de (des)pensamento da coisa julgada ou da criação de uma nova categoria jurídica, as decisões judiciais poderão ser perenes enquanto não houver uma nova transformação axiológica no mundo da vida. Pois, é bem certo, que o instituto da coisa julgada ainda hoje é revestido de uma áurea de imaculabilidade, assim como a flexibilização de seus atributos

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente: "Um discurso sobre as Ciências" revisitado.* [Org.], 2 ed., São Paulo, Ed.: Cortez, 2011

se revela, para alguns, como uma ação de profanação do sagrado.

Por meio da análise da visão pós-positivista do direito e a teoria de Zigmunt Baumam sobre a modernidade líquida, tentar-se-á demonstrar que o tempo presente é de transição, porém com características de liquefação dos sólidos fundamentos construídos durante a modernidade que se mescla aos postulados ínsitos do pós-positivismo que, por sua vez, defende a leitura moral do direito, entre outras questões.

Se os tempos são líquidos e se o direito se imiscuiu à moral e a justiça, não é mais possível considerar qualquer instituto jurídico absoluto em seus reflexos sociais, surgindo a importância de refletir sobre a coisa julgada, uma vez que ainda é considerada como um instituto processual que torna os efeitos da decisão, que transitou em julgado, perene como forma de valorizar o princípio da segurança jurídica.

Alguns questionamentos surgem diante de um cenário líquido da vida e do direito: Como proteger e manter o princípio da segurança jurídica nos mesmos termos em que foi construído pelo projeto de modernidade, seria realmente tão seguro e estável? Como fazer uma leitura moral e principiológica do direito sem desequilibrar o sistema pautado na estabilidade e segurança? Tais questões serão consideradas com o objetivo de refletir sobre o instituto da coisa julgada.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho é o indutivo e o método de procedimento será o analítico-interpretativo, tendo como fonte a doutrina processual brasileira. A técnica de investigação utilizada é pautada na analise de dados indiretos, via pesquisa bibliográfica.

A princípio será demonstrado como o instituto da coisa julgada era teorizado e aplicado na modernidade e, quais as influências do então paradigma dominante da época. No tópico seguinte será analisada a coisa julgada no direito brasileiro, optou-se, assim, por tratar do Estado Constitucional e o princípio da proporcionalidade a partir do advento da Constituição Federal de 1988 para, em seguida, dispor sobre algumas questões jurisprudenciais importantes no intuito de promover a compreensão do debate jurídico interno sobre a relativização do instituto.

Por fim, o presente ensaio, além de refletir sobre a coisa julgada e sua incompatibilidade com os axiomas que surgiram no presente tempo de transição paradigmática, propõe uma maior flexibilização das decisões judiciais transitadas em julgado.

1. A coisa julgada e a modernidade[4]

A *res iudicata*, assim denominada pelos romanos, já possuía o condão de gerar estabilidade e segurança às relações jurídicas, portanto sua importância se apega a visão de ordem. A *finem controversiarum accipit* importava em definitividade, portanto a quem foi denegado o bem da vida, ante a coisa julgada, não teria mais oportunidade de reivindicá-lo.

No medievo, havia um pluralismo jurídico desorganizado que fluía sob as bases do Feudalismo, o que gerava insegurança no que tange ao direito e as normas aplicadas na resoluções de conflitos. Com o início da era moderna, a centralização de poder, a revolução científica, o iluminismo e o estabelecimento de uma nova racionalidade, denominada por Boaventura de Sousa Santos de metonímica, o direito toma seu lugar ao lado do Estado com a finalidade de manter a ordem por meio da força e da coercibilidade. Nesse sentido, a segurança jurídica deveria ser elevada a metaprincípio para dar estabilidade às relações jurídicas.

Apesar de ter sido a sociedade medieval pluralista no aspecto da formação do direito, como já dito, não foi um grande modelo de justiça em razão da insegurança jurídica produzida. Somente com o movimento das codificações, paralelamente a formação do Estado moderno, que entra em vigor na França o Código de Napoleão, acontecimento que produziu profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo[5]. Surge assim, a base da teoria juspositivista que tenta explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas jurídicas válidas.

Com o movimento das codificações a lei passa ter autoridade máxima, distanciando-se dos postulados metafísicos e filosóficos. A lei, estabelecida em códigos, era concebida de forma completa, plena, capacitada para resolver qualquer querela social, ou seja, era inadmissível lacunas ou omissões na legislação, à época, vigente.

Por terem, o racionalismo[6] e o determinismo, condensado o

4 O presente capítulo é composto por parte da tese de doutorado da autora que se transformou em livro citado nas referências: "PIRES, Simone Maria P. *Análise Sociológica da Justiça Itinerante Fluvial*. Belo Horizonte, Ed.: Vorto, 2017."

5 BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Ed.: Elsevier, 1995.

6 Para Wolkmer, são paradigmas hegemônicos: o racionalismo metafísico-natural (naturalismo) e racionalismo lógico-instrumental (o positivismo

direito em uma fórmula gélida e estática, seu objetivo de acompanhar os fatos sociais e a dinâmica social foi inviabilizado.

A Escola de Exegese na França e a Escola Histórica do Direito na Alemanha preconizaram as ideias juspositivistas, mas somente com a publicação da obra denominada "Teoria Pura do Direito", em 1934, que o filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen, celebrizou a teoria mais influente do século XX, o juspositivismo. Hans Kelsen buscou desenvolver uma teoria científica do direito cujo objeto era a norma jurídica positiva. Kelsen elaborou, sob a influência metodológica do neokantismo, uma concepção sobre a ciência do direito cuja solidez se assimila às ciências naturais e, consequentemente, identifica justiça à lei[7].

O universalismo e o formalismo eram alguns dos fundamentos da teoria kelseniana, excluía-se assim, qualquer análise axiológica ou teleológica. O hermetismo do sistema era o principal componente que geraria segurança jurídica, visão herdada do positivismo puro que defendia a ideia de sistemas lógicos fechados. Boaventura ao criticar a visão juspositivista preconizada por Kelsen, afirma:

> [...] a dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstractas, emanadas pelo Estado que presidem a uma administração burocratizada e profissional, e que são aplicadas a toda a sociedade por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal [...].[8]

Kelsen proclama o direito como uma ciência cujo objeto são as normas jurídicas. Seu objetivo era o de explicar o direito, de fora, com o fim de descrevê-lo para em seguida produzir o seu objeto, nesse sentido induzir a autonomia da "dogmática jurídica". O Estado, e somente ele, é o responsável pela produção do direito que o faz através de um sistema hermeticamente fechado[9]. O direito, assim, precisaria caminhar

---

jurídico). Defende o autor, que tais paradigmas estão entrando em colapso o que torna urgente a transposição e edificação de um novo paradigma no âmbito do direito que substituirá o antigo conceito de racionalidade (WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade.* Rev. Sequência n. 53, p. 113-128, dez. 2006)

[7] PIRES, Simone Maria P. *Análise Sociológica da Justiça Itinerante Fluvial.* Belo Horizonte, Ed.: Vorto, 2017.

[8] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* 3 ed., V. 4, São Paulo. Ed.: Cortez, 2010

[9] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito.* Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 81-82)

pari passu com o pensamento epistemológico da época que tinha como uma de suas características principais o cientificismo forte, em razão do paradigma da modernidade que foi sendo construído desde a virada copernicana.

Ademais, com o término da Segunda Guerra Mundial a teoria positivista foi pesada na balança por juristas do mundo inteiro. Hans Kelsen era um democrata e ele mesmo foi perseguido pelo governo nazista[10] por ser judeu, porém sua "Teoria Pura do Direito" deu embasamento para justificação das atrocidades cometidas pelo governo nazista, uma vez que para o positivismo clássico, a subsunção é imperiosa na prática do magistrado. Portanto, não lhe cabe interpretá-la segundo valores, sequer o da justiça.

As ideias positivistas foram o argumento mais forte apresentado pelos advogados dos réus do Tribunal de Nuremberg. Diante desse quadro, o normativismo de Hans Kelsen foi posto em cheque. O próprio autor defende sua teoria em 1960 quando escreve o prefácio à segunda edição de sua Teoria Pura do Direito, das críticas de ter sido fundamento para práticas nazistas.

> Antepus a esta segunda edição ao prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre a ciência e a política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, que dizer, crêem pode definir o Direito justo e, consequentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, ai a opor-se ao positivismo [...].[11]

A crítica que se fazia ao sistema hipotético-dedutivo, positivis-

[10] PINTORE, Anna. *Democracia sin derecho – en torno al kelsen democrático. In: Revista DOXA: cuadernos de filosofia del derecho*. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 23, 2000.

[11] *Id.,* **Kelsen** (1996, nota de prefácio).

ta e formalista formulado por Kelsen era de supersimplificação da realidade por negligenciar seus componentes reais: sujeitos, instituições, processos e mais genericamente, seu contexto social.[12]

Com a descrença no sistema juspositivista, surge uma interrogação sobre o futuro dos estudos jurídicos, dos novos direitos que acabavam de ser gerados e a célebre pergunta formulada por Boaventura de Sousa Santos ecoa nas mentes: "Que fazer, quando enfrentamos problemas modernos para os quais não há soluções modernas?"[13] Faz-se, portanto, necessário uma profunda reflexão que examine o passado como fundamento para o futuro.

A ideia de que o Estado de Direito gerava segurança e assumia a defesa do cidadão contra os arbítrios da Administração por intermédio da lei prévia, genérica e abstrata, cede lugar ao Estado Constitucional que esvazia a função liberal da lei, uma vez que o princípio da constitucionalidade passa a ter a função de dar unidade a todo o ordenamento jurídico[14]. Com a primazia dada às Constituições, os direitos humanos tornaram-se o principal ponto de pauta dos debates jurídicos.

Diante do contexto do pós-guerra, a insuficiência do modelo lógico-formal até então adotado, cuja inspiração kelseniana conduziria por caminhos hermeticamente fechados, foi sendo abalado por rupturas, afinal "teorias obsoletas não são acientíficas em princípio, simplesmente porque foram descartadas. Contudo, esta escolha torna difícil conceber o desenvolvimento científico como um processo de acréscimo"[15][16].

Diante do quadro apresentado, é de se indagar se o instituto da coisa julgada e seu fundamento principal, o princípio da segurança jurídica, não estão sofrendo influências do novo paradigma que emerge no cenário jurídico. Tal paradigma, que ainda não está em vias de se tornar consolidado, vem sendo construído de acordo com o cenário de ocaso

---

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

[13] *Id,* **Santos** (2011).

[14] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil.* 2 ed., Madri. Ed.: Trotta, 1997.

[15] Apesar da transcrição da ideia de Kuhn instrumentalizada na obra "A estrutura das revoluções científicas", a fim de discutir a apropriação atual das ciências sociais, no presente trabalho será utilizada a noção de paradigma extraídos das pesquisas em sociologia jurídica de Boaventura de Sousa Santos demonstradas em sua vasta bibliografia.

[16] KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeir. São Paulo: Perspectiva, 1982.

da modernidade e do nascimento de um novo tempo histórico que ainda é emergente, mas que já apresenta alguns sinais de sua identidade.

Na presente transição paradigmática, é nítida a relativização da ideia de segurança jurídica tão defendida no passado, uma vez que o reconhecimento de que o mundo, a humanidade e as visões sobre a realidade estão em ebulição e transformações constantes. Aquilo que outrora era sólido, está se tornando líquido para se moldar em novos recipientes[17]. E, diante dessa realidade, a análise da coisa julgada e a condição de possível imutabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, torna-se urgente para que a justiça se estabeleça em sua plenitude nos novos tempos que já se avizinham.

Alguns dos pressupostos do paradigma emergente já são possíveis identificar, como: imprevisibilidade, princípios dialógicos, não reducionismo, instabilidade do mundo, transdisciplinaridade, interconexões, desordem, *devir* etc. São axiomas que divergem daqueles preconizados pela modernidade como: Estabilidade, simplicidade, objetividade, segurança, previsibilidade, entre outros. É perceptível que institutos como o da coisa julgada encontrarão dificuldades no âmbito do paradigma que emerge.

2. A coisa julgada no direito brasileiro

Desde a edição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942), a coisa julgada já era considerada um pilar para segurança jurídica, pois nenhuma lei poderia ferir sua integridade. A CF/88 recepcionou a regra sobre o respeito a coisa julgada em seu art. 5º. XXXVI, reafirmando sua soberania.

O CPC/15 em seu art. 502, define a coisa julgada, ao contrário do CPC/1973, como a "autoridade" que torna indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. A opção do legislador em alterar a expressão "eficácia", utilizada pelo antigo Código de Processo Civil, para "autoridade", está fundada na visão de que a natureza jurídica da coisa julgada não é de um mero efeito da sentença, como defendia Chiovenda, mas de "qualidade" da mesma. Ou seja, a coisa julgada diz respeito ao conteúdo da sentença e não aos seus efeitos, teoria defendida por Liebman.

Ao adotar a teoria de Liebman sobre a coisa julgada, o CPC/15 possibilitou que as decisões interlocutórias pudessem adquirir, tam-

[17] BAUMAM Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Trad.: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, 2001.

bém, autoridade de coisa julgada, o que não era possível no regramento processual anterior que previa, contudo, a possibilidade de ajuizamento de Ação Declaratória Incidental para tornar as decisões imutáveis, quando julgadas por sentença.

É coisa julgada material aquela que se estabelece em face do julgamento do mérito da causa. Trata-se da coisa julgada propriamente dita, uma vez que a chamada coisa julgada formal, aquela que se estabelece por meio de uma sentença terminativa, não se reveste de tal imutabilidade. Excepcionalmente, no entanto, a sentença transitada em julgado, pode ser modificada em casos específicos previstos pelo legislador, por meio de ação rescisória. Ou seja, após o prazo decadencial previsto em lei para o ajuizamento da ação rescisória, a coisa julgada passa a ser soberanamente imutável, não havendo qualquer possibilidade legal para mudança de seus termos.

Os principais atributos do instituto da coisa julgada são, portanto, a imutabilidade, a indiscutibilidade e a irretratabilidade, que deixam claro o poder de seus efeitos futuros. Ressalte-se que a imutabilidade endoprocessual é um atributo da coisa julgada formal, não atingindo situações jurídicas externas ao ambiente processual.

3. A coisa julgada e seus fundamentos políticos, econômicos e sociais

Além dos fundamentos jurídicos expostos acima, a coisa julgada se estabelece com base em fundamentos políticos, que reverberam no ambiente econômico e social. O fundamento político diz respeito a autoridade soberana do Estado que possui o monopólio da jurisdição e, sua vontade se estabelece coercitivamente por meio do exercício do poder.

A base política do instituto da coisa julgada remonta a formação do Estado moderno, pois a elite burguesa buscava a certeza e segurança do direito para sustentar as relações jurídicas individuais que se estabeleciam, fruto do novo modo de produção capitalista. Arnaud[18] nos informa que a legislação da época precisava estar pautada em premissas filosóficas humanistas formada pela moral individualista. Ou seja, para a visão de mundo ocidental, que foi estabelecida, não havia espaço para imprevisibilidades, o sistema social, político, jurídico e eco-

[18] ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991, p.171).

nômico precisava ser determinista com a proposta primordial de "ordem e progresso".

O Estado moderno, o liberalismo e seu dídimo, o capitalismo, geraram a ideia de que sem o princípio da segurança jurídica, como norteador de uma ordem determinística, o direito seria produtor do caos em todos os níveis. Por outro lado, a ciência moderna, produtora da racionalidade metonímica[19], deveria dar o suporte necessário para que o direito mantivesse a ordem a todo custo.

É nesse sentido, que a hipervalorização da ciência moderna foi importante para sustentar o liberalismo na modernidade, por ser necessário comprovar cientificamente que o capitalismo, como modo de produção, era o único instrumento viável para o bem-estar social. Ou seja, coube a ciência a tarefa de diminuir a racionalização emancipatória da vida individual e coletiva da modernidade.

Para permitir o equilíbrio do sistema, era necessário manter a ordem, já que a realidade era que o capitalismo estaria se desenvolvendo num clima de caos social. Por outro lado, coube ao direito a tarefa da manutenção da ordem. Ciência e direito passam a trabalhar para um único "senhor", o capitalismo[20].

Para cumprir com maestria sua missão, o direito precisaria curvar-se à racionalidade cognitivo-instrumental, a mesma que conduzia a ciência. Nessa empreitada, o próprio direito precisaria ser cientificado e, nesse compasso, o direito tornou-se cartesiano, universalista e incorporou-se ao Estado para que a ordem fosse mantida. O direito passou a ser cientifizado e estatizado[21].

Com o advento do liberalismo o direito passou a ser o "direito estatal", a emancipação passou a ser por ele regulada, para que toda prática emancipatória fosse legal, segundo os ditames da ordem jurídica vigente. Não havia liberdade de agir fora dos limites estabelecidos pelos grupos dominantes que sancionavam, ou não, o direito. Nesse sentido, a emancipação foi absorvida pela regulação, perdeu a autonomia importante para resistência[22].

No âmbito social, a coisa julgada, passou a gerar a sensação de justiça, por manter a ideia de que todo processo é justo e toda decisão que provém de um Estado imparcial, que tem a função de "pacificar" a sociedade é, do mesmo modo, justa. O caráter ideológico dessa ilação

---

[19] *Id.,* **Santos,** (2011).
[20] *Id.* **Pires,** (2017).
[21] *Ibi dem*
[22] *Ibidem*, 2011, p. 171.

é cristalino, uma vez que nenhuma decisão judicial é totalmente destituída de um conteúdo ideológico, da influência do *habitus*[23] ou, num sentido mais restrito, das pré-compreensões[24].

Segundo Bourdieu, existem formas opacas e distorcidas de opressão e dominação social na modernidade tardia que usam como principal estratégia a ideia de que a igualdade é uma pauta defendida pelo Estado. Ora, se a imparcialidade, igualdade e justiça passam a ser questionadas, como não questionar a imutabilidade de tais decisões? Para refletir sobre tal questão, importante também refletir em conjunto sobre a revisão *in perpetuum* de decisões judiciais suscitadas como injustas. É o que adiante será analisado.

4. O Estado Constitucional, o princípio da proporcionalidade e a segurança jurídica

Para a compreensão da relação entre princípio da proporcionalidade e a idéia de Estado Constitucional, será feita uma breve digressão histórica sobre a decadência do Estado Legislativo. Para tanto é importante salientar que tais transformações refletiram diretamente na natureza jurídica do direito fundamental de acesso à justiça, gerando a necessidade de mudanças nos grandes pilares do processo: jurisdição, ação e processo, como forma de adequação ao Estado Constitucional.

Na modernidade, o princípio da legalidade deu o tom ao direito e com a decadência do absolutismo, por vigorar na sociedade feudal um pluralismo jurídico desorganizado, a preocupação com a segurança e estabilidade das instituições jurídicas era de alta prioridade. Com o novo contexto político, as idéias absolutistas do *ancien regime* foram cedendo espaço a de primazia da lei, paralelamente, fortalecia-se a noção de completude do direito e o incentivo às codificações. A grande preocupação do Estado Liberal, que dava seus primeiros passos, era o de impor limites as liberdades individuais. O desafio, no entanto, era de se evitar um outro absolutismo: o absolutismo do princípio da legalidade.

A estrita legalidade passou a constituir, em si, o critério de identificação do direito, ou seja, o direito estaria contido, exclusivamente, na norma jurídica produzida por uma autoridade dotada de compe-

[23] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Trad.: Fernando Thomaz. Ed.: Bertrand Brasil, S.A. Rio de Janeiro, 1990.

[24] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. São Paulo. Ed.: Vozes, 2008.

tência legislativa. A separação entre direito e moral ou, do direito e justiça ficou bem definida. A justiça estaria somente na aplicação da norma jurídica válida. Ferrajoli[25] classifica o princípio da legalidade, nesse tempo, como metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Reforça, por conseguinte, a ideia de que a validade de uma norma seria fundada somente na forma de sua produção, portanto, sua validade não estaria ligada a ideia de justiça ou a qualquer outro valor.

Com o princípio da legalidade sendo erigido à metarnoma, o Legislativo se torna protagonista do cenário político e jurídico. O Judiciário, bem como o Executivo, curvaram-se para aplicar a norma e torná-la eficaz, como súditos do que era delineado pelo Parlamento. É evidente que a preocupação com a segurança era legítima, pois o objetivo era tornar a representação popular forte no novo regime. A pluralidade de fontes do direito no *ancien regime* era a maior preocupação da burguesia, por outro lado, não se pode negar que, naquele momento, a ascensão do Estado Legislativo significou um importante marco para novas concepções sobre jurisdição, processo e a ação.

Segundo Cappelletti[26], a transformação operada pelo Estado Legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição. Entretanto, deixou um legado de que o Poder Judiciário era um poder nulo. Essa foi a visão de Montesquieu em *De L'Esprit des Lois*, através do qual o Judiciário passou a ser considerado um poder subalterno, pois sua função seria puramente mecânica, silogística e subsuntiva.

O positivismo jurídico é solidário ao Estado Legislativo, uma vez que ao juiz caberia somente descobrir a vontade do legislador – importante a análise crítica de Dworkin desse ponto de vista[27], de que o juiz deve descobrir a vontade do legislador quando não houver clareza na lei. O autor apresenta o que ele chama de "método de Hércules" – já que ao juiz não é concedido espaço para criação de normas jurídicas e nem de interpretação das mesmas. A atividade do juiz era limitada a

---

[25] FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo: uma discusão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro. Ed.: Lúmen Júris, 2012.

[26] *Id.,* **Cappelletti,** 1988.

[27] Para defender a tese do direito como atividade interpretativa, Dworkin apresenta uma ilustração onde cria uma personagem de um juiz chamado Hércules que através de argúcia e profunda paciência reinterpreta o ordenamento jurídico como um todo a procura de uma única resposta para cada caso complexo que lhe é apresentado. (DWORKIN, 1999). O Hércules de Dworkin difere, em sua atuação, do juiz Hércules de François Ost.

mera observação e descrição da norma, sem liberdade para inovações ou análises valorativas, pois para o positivismo jurídico, o direito é pleno e completo e, não deixa margens para sua criação em outras fontes, a não ser aquela oriunda do Legislativo.

O paradigma do direito da época ajudou a consolidar os movimentos totalitários, no passado, principalmente na Europa ocidental. Nesse cenário, a proteção, por meio do direito, era condição para que um novo movimento totalitário com a conseqüente ascensão de um novo grupo com ideias totalitárias, fosse consolidado politicamente.

Após a queda de governos totalitários e seus sistemas, a lei deveria ceder seu lugar de primazia para as Constituições e os direitos fundamentais, que passaram a ser valorizados como uma forma de impedir futuros desmandos e tragédias vividas no início do século XX. O princípio da legalidade passa a ser analisado não somente por meio de sua dimensão formal, mas substancial, pois a lei deve estar conformada à Constituição. Essa perspectiva, não pode ser reducionista no sentido de imaginar que a obediência do Poder Judiciário deixou de ser, irrestritamente à lei, e, passou a ser à Constituição. A virada na perspectiva do direito foi muito mais profunda, pois envolveu questionamentos em torno do próprio conceito de direito.

Kelsen, em sua "Teoria Pura do Direito", ao tratar da validade da norma, defendeu a existência de uma norma fundamental que dá validade as demais normas. Já o pós-positivista Hart, defende por meio de sua teoria jurídica, a existência não de uma norma fundamental que transcende a realidade empírica, mas sim de uma norma que o autor denomina de "regra de reconhecimento", que é verificável empirica e axiologicamente. Hart ensina que a regra de reconhecimento é uma regra juridicamente última, porém verificável empiricamente, externalizando-se por meio de uma prática social cujos conteúdos normativos vão sendo sedimentados para darem validade às demais normas[28]. Dworkin, apesar de crítico de Hart, adota a teoria do direito como uma prática social interpretativa, pois a prática jurídica, diferentemente de outras ciências sociais, é argumentativa[29]. Dworkin se respalda em uma visão normativa do direito para construir sua teoria de integridade, não no sentido de plenitude do sistema normativo, mas partindo da premis-

[28] BUSTAMANTES, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.* São Paulo. Ed.: Noeses, 2012.

[29] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad.: Jeferson Luiz Camargo. 3 ed., São Paulo. Ed.: Martins Fontes, 1999.

sa que o direito pressupõe uma comunidade de indivíduos que compartilham uma ideia semelhante a cerca da moral e dos fundamentos da convivência em sociedade.

Percebe-se que as mudanças geradas pela perspectiva constitucional do direito foram profundas, exigindo que o jurista assumisse a tarefa árdua de reconstrução de sentido, e não de simples declaração ou descrição do direito.

Essa nova perspectiva constitucional do direito – e, portanto, também do processo civil - foi balizada em uma análise mais acurada da função, eficácia e da principiologia do direito. No Estado Constitucional, os princípios jurídicos são alçados, ao lado das regras, à categoria de normas[30].

A compreensão dos princípios como normas, aptos a serem usados na interpretação do direito, é um importante marco na ruptura com o positivismo clássico do Estado Liberal, mesmo com uma forte reação contrária que entendia que os princípios jurídicos possuíam um significado meramente político, posto que, incoerentes com a segurança jurídica.

O pós-positivismo, visão filosófica que busca ir além da legalidade estrita, e que aproxima a moral do direito, reaproximou também, o direito da filosofia produzindo uma flexibilidade que não era característica do positivismo jurídico clássico; bem como abriu espaço para que no Estado Constitucional, a jurisdição constitucional fosse alargada e com ela, uma nova dogmática de interpretação das Constituições fosse introduzida no âmbito do direito processual[31].

A jurisdição deixa de ser a única forma de resolução de conflitos, cedendo espaço para formas complementares como mediação, conciliação, arbitragem dentre outras. A ação é consolidada como um direito abstrato, onde se exige somente a boa-fé do autor para que tal direito seja exercido, ou seja, é o "direito de ter direito de reivindicar direitos". O processo, diante desse quadro, deve deixar de ser considerado uma relação jurídica para ser um instrumento democrático de participação e um espaço dialógico de construção de um ato de Estado. São mudanças radicais e estruturais num mundo em transição paradigmática.

A valoração princípiológica, revela a importância de alguns

---

[30] ALEXY, Robert. *Teoria do direitos fundamentais.* Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., São Paulo. Ed.: Malheiros, 2006.

[31] Disponível em:: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

princípios constitucionais para a análise de alguns institutos jurídicos processuais, como é o caso do princípio da proporcionalidade, que é aplicado em casos de colisão de outros princípios ou de direitos fundamentais, com o escopo de aplicá-los de forma equânime.

A possibilidade de colisão entre direitos fundamentais não está relacionada à antinomia, pois um não pode ser afastado em detrimento de outro de forma aleatória. A ideia é que há unidade entre as normas constitucionais, ou seja, não há hierarquia entre princípios ou regras constitucionais e, para dar equilíbrio ao sistema, o princípio da proporcionalidade foi alçado a condição de meta-princípio.

A principal crítica a aplicação do principio da proporcionalidade é a criação de uma era de dominação e controle da magistratura, no sentido de criação livre do direito por meio de decisões judiciais. Para Bonavides[32], esse risco é atenuado pela "interpretação conforme a Constituição" por entender que este é o melhor instrumento para resolução de conflitos entre princípios constitucionais, referenciados ou não.

Diante de um conflito entre o princípio da segurança jurídica e outro princípio tão importante quanto, e a própria justiça como valor essencial para dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade poderá ser uma resposta equilibrada. Vale ressaltar que a opção de um princípio em detrimento de outro em uma análise procedimental, não significa tornar sem efeito ou eliminar da ordem constitucional o princípio preterido.

Assim, nos casos de relativização da coisa julgada, não há que se falar em desconsideração completa do princípio da segurança jurídica, mas tão somente de aplicar o princípio mais adequado em cada situação.

5. A coisa julgada inconstitucional no direito brasileiro

O entendimento do STF é no sentido de que a coisa julgada quando fere princípios e normas constitucionais não é intangível, podendo ser relativizada com fundamento no princípio da constitucionalidade.

Nesse sentido Humberto Theodoro e Juliana C. Faria, assim lecionam:

---

[32] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo. Ed.: Malheiros, 2003.

> A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a ideia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme à Constituição Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada* inconstitucional [...].[33]

Em que pese a exigência de conformidade à Constituição, não significa que a coisa julgada deva obedecer ao texto explícito e sim ao seu arcabouço principiológico.

O não reconhecimento da relativização da coisa julgada inconstitucional, estaria colocando as decisões jurisdicionais acima de qualquer ato, seja do Legislativo ou do Executivo, que necessariamente passam pelo crivo constitucional. Portanto, a ausência da relativização da coisa julgada inconstitucional violaria os princípios republicano e democrático.

5.1 Situações da relativização da coisa julgada inconstitucional

A coisa julgada inconstitucional pode ser formada quando a sentença que transitou em julgado é motivada com fundamento em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Pode ocorrer, no entanto, a declaração de inconstitucionalidade de lei, na sentença que transitou em julgado, que foi reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos, a *res judicata* é inconstitucional, podendo ser rescindida. Ressalte-se que a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei pode ter sido declarada antes ou depois do trânsito em julgado da decisão, apesar do art. 525 do NCPC, fazer referência específica aos momentos em que a sentença pode ser atacada via ação rescisória.

O trânsito em julgado de uma decisão pode ocorrer, tanto por ter se esgotado os recursos possíveis, como pela preclusão do direito de recorrer ou pela homologação de acordo. Em caso de preclusão, a sentença que transita em julgado pode ferir frontalmente a Constituição

---

[33] JUNIOR, Humberto T.; FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.), 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

sem que tal argumento seja levado à análise do STF em grau de recurso extraordinário, nesse caso qual o remédio cabível para sanar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada?

O CPC/15 em seu art. 525, parágrafo primeiro, inciso III, prevê a possibilidade de impugnação do cumprimento da sentença alegando inexequibilidade do título ou da obrigação. Já o § 12 do mesmo artigo, informa que é inexigível a obrigação de título executivo fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Andou bem a legislação processual civil, uma vez que até mesmo a CLT, desde 1943, em seu art. 884, § 5º, já previa tal possibilidade em sede de embargos à execução ou na sua impugnação. O CPC/15 decidiu adequar-se à EC 45/04 que estabeleceu o requisito da repercussão geral para apreciação de recurso extraordinário. Portanto, seja decisão em controle concentrado ou difuso, seja anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão, a coisa julgada inconstitucional poderá ser revista, seja pela via de impugnação do cumprimento da sentença, seja pela via de ação rescisória (art. 525, § 15).

5.2 Quando a coisa julgada violar manifestamente a norma jurídica

O CPC/15 em seu artigo 966, prevê as possibilidades em que a decisão de mérito que transita em julgado, poderá ser rescindida. Entre todos os requisitos para a propositura da ação rescisória, um deles abre um leque de possibilidades interpretativas, é a prevista no inciso V do referido artigo:

> "Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindida quando:
> [...]
> V – violar manifestamente norma jurídica".

Algumas reflexões são necessárias para a compreensão do sentido da expressão "violar" e da frase: "manifestamente norma jurídica". Aparentemente são expressões plenamente inteligíveis, porém quando se analisa a doutrina e a práxis é perceptível que a hermenêutica não é tão simples.

Para Rizzi[34], violação ocorre quando o juiz: a) dá validade a uma lei inválida; b) nega validade a uma lei, reconhecidamente, válida; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) reconhece a vigência de uma lei que ainda não vige ou deixou de vigorar; e) interpreta erroneamente o sentido da lei. Apesar de usar o termo "lei"- adiante será tratado sobre o sentido de "norma" – Rizzi, tenta demonstrar que a violação é o não reconhecimento de uma norma em vigor ou o reconhecimento de uma norma que não está mais em vigor, nesse mesmo sentido, também, é o entendimento do STJ[35] e STF.

A frase "manifestamente norma jurídica", substituiu a expressão constante do art. 485, inciso V do CPC/73, "disposição literal de lei", que era alvo de críticas por não abranger a ideia de norma e de princípios constitucionais, demonstrando nítida herança do juspositivismo.

A norma é a interpretação que se dá ao dispositivo legal, é o sentido da lei e não o que realmente está textualmente dito, pois texto e norma não se confundem. A segunda é a interpretação do primeiro.

> Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemáticas de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas no seu resultado.[36]

Tanto Dworkin como Alexy, como tantos outros pensadores, defendem a tese da importância dos princípios para construção de um direito justo. Para Dworkin, o juiz ao se debruçar sobre um *hard case* deve aceitar o ideal interpretativo de integridade tentando encontrar em algum conjunto de princípios a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de suas comunidades.

---

[34] RIZZI, Luiz Sérgio de S. *Da ação rescisória*. Revista de Processo, v. 26.

[35] "5. Configura 'violação a literal disposição de lei' (CPC, art. 485, V), dando ensejo á propositura da ação rescisória, não apenas a sua aplicação de forma equivocada, como, também, a negativa de sua aplicação a hipótese em que deveria incidir" Recurso especial provido" (STJ, Primeira Turma, recurso especial nº 638.377/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 03.03.2005).

[36] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

6. Para uma maior flexibilização das decisões: análise da coisa soberanamente julgada

Alguns autores como Nelson Nery Júnior[37] e Sérgio Porto[38], entendem que somente ao legislador compete a relativização da coisa julgada, exemplo disso são as hipóteses previstas para o ajuizamento de ação rescisória. Outros, flexibilizam o entendimento para alargar o rol de possibilidades além das hipóteses previstas na legislação processual. A questão levantada no presente estudo pretende demonstrar possibilidades de relativização da coisa julgada para além do rol "taxativo" previsto para ajuizamento da ação rescisória, ou mesmo em casos da perda de prazo para o ajuizamento da referida ação.

Seria possível a sociedade pós-moderna fundada na liquefação de ideias, conceitos, instituições e da própria verdade, conviver com situações ditas imutáveis, sólidas e irremediáveis? É possível que o instituto da coisa julgada, com a sua propagada solidez, sobreviva a modernidade líquida? O princípio da segurança jurídica será capaz de manter a estrutura jurídica processual que até então era inegociável? Com a análise da possibilidade de uma ideia de soberania da coisa julgada após o escoamento do prazo decadencial do ajuizamento da ação rescisória é que se iniciará a reflexão sobre as questões acima apontadas.

Alguns processualistas de peso como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Freitas Câmara e Tereza Arruda Alvim Wambier, são defensores da relativização da coisa soberanamente julgada, por entenderem que a coisa julgada deve conviver harmoniosamente com valores constitucionais de primeira grandeza.

Decisões que ferem a moralidade administrativa, o meio ambiente equilibrado, a justiça em todos os níveis, a justa indenização e tantas outros valores importantes e necessários para a existência harmônica em sociedade, não poderão ser absolutizados por uma decisão judicial.

Por conta da herança deixada pelo positivismo, fortalecido pelo cartesianismo na idade moderna, é difícil para alguns defensores da não relativização da coisa julgada, deixar de entender o princípio da segurança jurídica como um tipo de metaprincípio ou mesmo imaginar

---

[37] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* São Paulo, Ed.: Revista dos Tribunais, 2004.

[38] PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil.* São Paulo. Ed.: Aide, 2003.

um mundo líquido e imprevisível como hoje se vive. A visão de tempo linear determinado e previsível, impede um horizonte sem a segurança pregada como hipernecessária para a harmonia da vida.

Visões de mundo, que influenciam o ambiente processual, seja normativo seja procedimental, não ocorrem sem antes desconstruírem uma série de certezas e concepções que mantinham firmes a visão de mundo anterior. A realidade não é pré-estabelecida, ela existe a medida que é construída por cosmovisões com seu ou seus paradigmas. Segundo Santos[39], é impossível saber qual paradigma epistemológico que será estabelecido para esse novo tempo histórico, uma vez que defende, que o mundo passa por um período de transição paradigmática, o certo é que o mundo da vida não é mais o mesmo e nem será em breve tempo.

A coisa julgada ou soberanamente julgada serve para fortalecer os pilares do liberalismo e do capitalismo como seu siamês, somente com a construção de um visão pós-liberal de mundo é que será possível entender que o princípio da segurança jurídica não é o único que nos traz "segurança", pois segurança também pode se estabelecer por meio da imprevisibilidade, basta entender que o futuro pode ser diferente daquele idealizado durante a modernidade.

As desigualdades reforçam as injustiças, portanto manter injustiças imutáveis é manter as desigualdades e exclusões geradas historicamente. Nelson Nery Junior, defende que mesmo a coisa julgada injusta e/ou inconstitucional não deverá ser relativizada, portanto manter a falsa estabilidade construída na modernidade seria o ideal para manutenção das grandes injustiças no mundo evidentes, principalmente, na periferia social ou no "Sul" epistemológico[40].

É perceptível a mudança do Poder Judiciário brasileiro, que mudou e avançou (em passos lentos) no que tange a sua antiga atuação conservadora. Entretanto, ainda é comum ver decisões que criminalizam ações de movimentos sociais principalmente os que lutam pela terra e teto, bem como é nítida a timidez no reconhecimento de direitos das comunidades tradicionais[41].

---

[39] *Ibidem*

[40] SANTOS, Boaventura de S. MENEZES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul.* São Paulo, Ed. Cortez, 2010.

[41] LERRER, Débora; TROTTA, Mariana; CALDEIRA, Aline; VIEIRA, Fernanda; TAVARES, Ana Cláudia. *A questão agrária no judiciário brasileiro: estudo comparativo entre o reconhecimento de territórios quilombolas e as desapropriações de terra para fins de reforma agrária nas varas agrárias federais*. Belo Horizonte: FAFICH, 2012.

A renitência do Poder Judiciário brasileiro em adotar uma postura menos pautada na política liberal, deve-se pela ausência, talvez, de conhecimento sobre a importância da jurisdição como política social. De outra feita, o monopólio do Estado na criação e adjudicação do direito, que impede o reconhecimento de um pluralismo jurídico, conteve práticas e ideias emancipatórias do direito, principalmente em sociedades periféricas, fato que produziu inexistências ou silenciamento de vozes sociais.

Partir de uma visão pós-liberal da justiça e do direito para compreender o fenômeno da relativização da coisa julgada é o que se defende, pois o acesso à justiça pela via dos direitos somente seria concretizado a partir da participação dos indivíduos na conformação do próprio direito.

Em uma modernidade líquida, onde valores, instituições, conceitos são como líquidos que se moldam aos recipientes criados diuturnamente pela sociedade pós-moderna, é inconcebível validar institutos que sejam imutáveis e absolutos, uma vez que a liquidez é marcada pelas contradições no tempo e espaço. Bauman, ao citar Jonathan Rutherford, demonstra a existência de categorias "zumbis" ou "instituições zumbis" que estão vivas e mortas. Ou seja, podem permanecer sólidas com a probabilidade de a qualquer momento serem colocadas no cadinho para derreterem. Assim é a coisa julgada, um instituto que nasceu para ser imutável, porém com a passagem do tempo, tem sentido a força e o poder da liquidez que torna o absoluto em relativo, descaracterizando sua essência. É o exemplo de uma categoria "zumbi".

> [...] como zumbis esses conceitos são mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível: ou - se não for – como fazer para que eles tenham um enterro decente e eficaz [...].[42]

O direito sempre destinou uma importância fundamental ao tempo e esqueceu-se do espaço. O tempo foi, e ainda é, o fantasma que assombra os profissionais do direito e aqueles que são usuários do sistema. Os prazos processuais, as possibilidades de preclusão, do trânsito em julgado enfim, operam como limitadores da liberdade de agir. Ocorre que por ironia, o tempo é o principal causador de injustiças relacionadas, por exemplo, ao pleno acesso à Justiça, sendo a morosidade seu

[42] *Id.,* **BAUMAN,** 2001, p.13

óbice inexorável.

O espaço, em todos os níveis, nunca foi a maior preocupação do direito, nem no sentido da jurisdição, nem no sentido da legislação. Por outro lado, o tempo sempre foi um instrumento de poder, e o espaço um limitador para o movimento, para ação e emancipação. A rotinização do ritmo, as ações repetitivas, a formalidade excessiva, os procedimentos mecânicos do processo são mecanismos eficazes para manipulação e dominação.

O Panóptico, descrito por Foucault[43], demonstra claramente os instrumentos de controle e observação. Os presos no Panóptico eram obrigados a manter uma rotina no tempo e no espaço, a sensação de observação diuturna fortalecia o sistema de poder. O Panóptico lembra a estrutura do Poder Judiciário, com seus labirintos, espaços definidos, austeridade em excesso, manutenção de uma ordem preestabelecida. Lembra também, uma legislação processual engessada, formalista, individualista, que prima pela segurança em detrimento da Justiça como valor último. Tanto para o Poder Judiciário como para o direito, o tempo e o espaço são utilizados como uma forma de controle social. Ocorre que o sistema Panóptico é uma estrutura cara, sua manutenção requer investimentos altos que, para um tempo de litigiosidade excessiva, tornou-se insustentável.

> Havia os edifícios a erigir e manter em bom estado, os vigias profissionais a contratar e remunerar, a sobrevivência e capacidade de trabalho internos a ser preservadas e cultivadas. Finalmente, administrar significa, ainda que a contragosto, responsabilizar-se pelo bem estar geral do lugar mesmo que em nome de um interesse pessoal e consciente [...].[44]

Nesse sentido, o espaço foi flexibilizado para dar lugar a desjudicialização de alguns conflitos (é nítida a dificuldade do Poder Judiciário em abrir mão de seu monopólio da jurisdição, o que é demonstrado pelo escasso investimento na mediação comunitária). O princípio da instrumentalidade das formas foi dando o contorno para a ideia de desburocratização de processo; o tempo já não é o capataz e sim um tutor, mas ainda vilão; o tempo e espaço jurídico passaram a dar o tom para a denominada democratização do direito. "Em termos práticos, o poder

[43] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* Trad.: Raquel de Ramalhaete. Petrópolis. Vozes, 1987.

[44] *Id.,* **BAUMAN,** 2001, p. 42

se tornou *extraterritorial".*[45]

Talvez a justiça e o direito sejam pós-Panópticos[46], ou seja, o excessivo rigor do tempo e do espaço, cedeu lugar à extratemporalidade e extraterritorialiadade, mas não abriu mão do exercício do poder. O controle permanece por outras vias ou em outro espaço, muito bem definido e autônomo, o STF. Sim, no mundo pós-Panóptico as mudanças constantes, em todos os níveis, são inevitáveis e imprevisíveis, o que deixa o centro de poder incomensuravelmente perplexo.

Conclusão

A relutância na flexibilização no controle do tempo e das ações, denota o horror da perda do poder. Há muito o Estado vem sendo impactado pelo movimento revolucionário e acelerado do tempo e do espaço sem conseguir visualizar com nitidez o futuro que deseja, ou que tenta programar, o que gera uma visão distópica face a possível renúncia ou perda do controle do tempo.

A racionalidade ocidental tem dificuldade em entender um futuro não arquitetado, não formulado ou disforme, pois o horizonte de expectativa deve sempre estar atrelado as experiências no presente, que na modernidade foi comprimido pela indolência de uma racionalidade ocidental. É, portanto, óbvio que a legitimação do poder social está, entre outras coisas, relacionada a ideia de tempo e temporalidade. É necessário impor limites entre a noção de tempo cronológico e tempo histórico, porém é certo que os mesmos se interconectam para melhorar a compreensão da realidade.

O tempo cronológico segue em frente, sem jamais estagnar ou voltar atrás. Para o tempo histórico não existe lógica em sua manifestação, os tempos podem percorrer passado, presente e futuro sem barreiras. O tempo histórico pode ser distinguido do tempo natural sem deixar de se influenciarem e se interconectarem.

Se o direito, a ciência e as sociedades sofrem a influência do tempo cronológico e histórico, torna-se complexo manter o instituto da coisa julgada imune ao influxo do tempo.

Um dos fundamentos para relativização da coisa julgada injusta, inconstitucional ou nula, mesmo após o trânsito em julgado da decisão é que o tempo não para e o mundo muda com ele. Nenhum instituto

[45] *Id.,* **BAUMAN, 2001, p.18**
[46] *Ibidem*

jurídico pode permanecer inerte diante de uma realidade incontestável e mutável.

A cultura, as identidades, as visões de mundo, a moralidade, sofrem mutações porque são intercambiantes, são voláteis, são líquidas. Daí a necessidade do (des)pensamento do direito – desconstruir para reconstruir – sem receio de inviabilizar o sistema jurídico.

A coisa julgada não deve ser somente relativizada, deve ser (des)pensada para a construção de uma nova ideia sobre ela ou, da construção de um novo instituto que preserve, porém não eternize, as decisões judiciais, para que as mesmas estejam sempre adequadas a realidade social, as necessidades básicas do indivíduo, ao desenvolvimento da cidadania e da participação.

Segurança e imutabilidade não são mais congêneres, uma vez que segurança jurídica, pode ser possivelmente interpretada como adequação as mudanças. Quem poderá ter segurança com a imutabilidade em tempos líquidos?

Coisa julgada em tempos líquidos, poderá ser entendida como um instituto relativo, que se molda aos julgados e precedentes. A possibilidade de uma revisão em decisões que já transitaram em julgado, pode estar atrelada a possibilidade de modificações jurídicas consolidadas após o cumprimento da sentença, é a dessacralização do instituto. Assim como no Processo Penal vigora o princípio da retroatividade da lei benéfica ao réu, assim a sentença no Processo Civil deve obediência a normatividade e aos princípios constitucionais futuros que produzam mudanças consideráveis na situação das partes envolvidas.

> "Não podemos mais tolerar o que dura. Não sabemos mais fazer com que o tédio dê frutos. Assim, toda a questão se reduz a isto: pode a mente humana dominar o que a mente humana criou?"
>
> Paul Valèry

Referências

ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991, p.171).

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., São Paulo. Ed.: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global.* Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro. Ed.: Zahar, 2013

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Trad.: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Ed.: Elsevier, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo. Ed.: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Trad.: Fernando Thomaz. Ed.: Bertrand Brasil, S.A. Rio de Janeiro, 1990.

BUSTAMANTES, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.* São Paulo. Ed.: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo Código de Processo Civil.* 3ª. Edição, São Paulo. Ed.: Atlas, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI. Mauro. *A ideologia no processo civil (ìA ideologia no processo civilî*) Trad. Athos Gusmão Carneiro. InAJURIS. Porto Alegre, 23, 16-33, a. VIII, nov., 1990.

DINAMARCO. Candido R. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. 01.* São Paulo. Ed.: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad.: Jeferson Luiz Camargo. 3 ed., São Paulo. Ed.: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual.* 8 ed. Trad. Eliane Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo: uma discusão sobre direito e democracia.* Rio de Janeiro. Ed.: Lúmen Júris, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão.* Trad.: Raquel de Ramalhaete. Petrópolis. Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. São Paulo. Ed.: Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito.* Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história.* 1 ed., Rio de Janeiro. Ed.: Contraponto: PUC-Rio, 2014

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeir. São Paulo: Perspectiva, 1982.

JUNIOR, Humberto T.; FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.), 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

LERRER, Débora; TROTTA, Mariana; CALDEIRA, Aline; VIEIRA, Fernanda; TAVARES, Ana Cláudia. *A questão agrária no judiciário brasileiro: estudo comparativo entre o reconhecimento de territórios quilombolas e as desapropriações de terra para fins de reforma agrária nas varas agrárias federais*. Belo Horizonte: FAFICH, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* São Paulo, Ed.: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTORE, Anna. *Democracia sin derecho – en torno al kelsen democrático. In: Revista DOXA: cuadernos de filosofia del derecho*. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 23, 2000.

PIRES, Simone Maria P. *Análise Sociológica da Justiça Itinerante Fluvial*. Belo Horizonte, Ed.: Vorto, 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil.* São Paulo. Ed.: Aide, 2003.

RIZZI, Luiz Sérgio de S. *Da ação rescisória*. Revista de Processo, v.

26.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente: "Um discurso sobre as Ciências" revisitado.* [Org.], 2 ed., São Paulo, Ed.: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de S. MENEZES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul.* São Paulo, Ed.: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de S. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* 3 ed., V. 4, São Paulo. Ed.: Cortez, 2010

WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade.* Rev. Sequência n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antônio C. *Introdução ao pensamento jurídico critico.* 9 ed., São Paulo. Ed.: Saraiva, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil.* 2 ed., Madri. Ed.: Trotta, 1997.

A CODIFICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO MOVIMENTO PARA A REFORMA DO CÓDIGO PENAL ITALIANO

Sheila Jorge Selim de Sales[1]

Resumo: A partir do final dos anos oitenta, o dolus eventualis tem sido tema de reflexão constante no direito penal em todo o mundo. Não sem razão, o conceito de dolo eventual, além de servir a uma ideologia expansiva do direito penal, pode ser, também, facilmente manipulado para aplicação em fatos culposos. Tal como é previsto na legislação penal brasileira, trata-se de conceito cuja flexibilidade, na praxe, faculta seu manejo em prejuízo do denunciado, sendo pouco compatível com o direito penal de garantia, ideário dos Estados de Direito democráticos. O tema merece relevância sobretudo em face da denominada sociedade risco, caracterizado pela diminuição dos requisitos para a responsabilidade penal, e também pelo seu caráter preventivo e simbólico. Pensando na atualidade da discussão sobre o tema, que sem dúvida trata-se de um conceito em crise, e no interesse que os estímulos e experiências que o direito comparado podem trazer, realiza-se uma breve exposição sobre a codificação do dolo eventual nos diversos projetos para reforma penal italiana, como modelos que podem apresentar interesse para o debate sobre matéria no direito penal brasileiro.

Palavras-chave: dolo eventual; codificação; expansão do direito penal; Itália; projetos de reforma.

[1] Professora Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG. Chefe do Departamento de Direito e Processo Penal da FDUFMG. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma – La Sapienza. Pós-doutorado na Universidade de Roma – La Sapienza.

Abstract: Since the ending of the eighties, the dolus eventualis has been the theme of constant reflexion in the criminal law area all over the world. Besides of being used as an ideology that expands criminal law, the concept of dolus eventualis can be easily manipulated to be used in unwillingly acts. As seen in the Brazilian criminal code, this concept has a flexibility which provides, when handling it, damage to the accused party, not been compatible with the criminal law's warranties pursued by a democratic state. The theme awakens relevance, especially, when put against risk society, described as preventive and symbolic, with a decrement of requirements for a criminal responsibility. Thus the actuality of the theme's subterfuge - without doubt it is a concept afflicted by crisis - and the products brought by experiences and incentives of a comparative law, a brief exposition is to be taken about the codification of dolus eventualis that takes place in various Italian criminal reform projects.

Keywords: dolus eventualis; Codification; criminal law expansion; Italy; reform projects.

Riassunto: Sin da la fine degli anni '80, il dolus eventualis è tema di riflessione ricorrente nella scienza del diritto penale. Il concetto, al di là di servire ad una ideologia espansiva del diritto penale, è agevole ad essere aplicato a fatti colposi. Nel modo in cui è previsto nella legislazione penale brasiliana, trattasi di concetto la cui flessibilità può essere manipolata, oltre ad essere poco compatibile con l'dea di un diritto penale garantista, caratteristico degli Stati democratici. Il tema presenta interesse anche con riguardo al diritto penale del rischio, caratterizzato dalla diminuzione dei requisiti della responsabilità penale e dal suo profilo preventivo e simbolico. La discussione del tema che, senz'altro, è un concetto in crisi, e tenendo in conto gli stimoli e le esperienze che il diritto comparato possono offrire, il saggio ora scritto realizza una breve esposizione sulla codificazione del dolus eventualis nei diversi proggetti per la riforma del diritto penale italiano, con la finalità di arrichire il dibbatito sul tema nel diritto penale brasiliano.

Parole-chiave: dolus eventualis; codificazione; espansione del diritto penale; Italia; proggetti per la riforma del codice penale italiano.

1 Considerações iniciais: do dolo eventual como um conceito em crise

A partir dos anos noventa, o dolo eventual tem sido tema de reflexão constante no direito penal em todo o mundo.[2] Não sem razão, o conceito de dolo eventual, além de servir a uma ideologia expansiva do direito penal,[3] pode ser, também, facilmente manipulado para aplicação em fatos culposos.[4]

No direito penal brasileiro, em vista da vaga formulação legislativa do dolo eventual no art. 18, *in fine*, do código penal, também já foi se afirmou que "em face da equivocidade dos seus termos, a fórmula do código é evidentemente incompatível com um direito penal de garantia, o que está a exigir uma precisa tomada de posição da doutrina para delimitá-lo no seu verdadeiro sentido."[5]

Com efeito, o dolo eventual, como previsto em nossa legislação, trata-se de criação dogmática, cuja flexibilidade, na praxe, faculta seu manejo em prejuízo do denunciado, sendo pouco compatível com o direito penal de garantia, ideário dos Estados de Direito democráticos.

O tema ainda desperta interesse em face do denominado direito penal de risco, voltado para a contemporânea sociedade mundial do risco,[6] no qual há uma "redução dos requisitos de responsa-

---

[2] Apenas para ilustrar, mencionamos aqui alguns volumes monográficos sobre o tema: no direito penal italiano, CANESTRARI, *Stefano*. *Dolo eventuale e colpa cosciente:* ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologia delituose, 1999; e PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis,* 1993. Nos países de língua espanhola, cf. os trabalhos monográficos de PITA, Del Mar Diaz. *El dolo eventual,* 1994; SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*, 2004; e TENCA, Adrian Marcelo. *Dolo eventua l*, 2010.

[3] Assim, no direito penal brasileiro, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal*: o papel do dolo eventual. RBCcrim, v. 64, p. 222-238.

[4] Neste sentido, cf. BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*, p. 24.

[5] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 350.

[6] Segundo BECK, Ulrich.*Un mondo a rischio*. Trad. Laura Castoldi, Torino: Einaudi, 2003, p. 17-18. Na denominada "sociedade mundial do risco", as atividades que habitualmente praticamos "não nascem de uma relação idílica de todos com todos. Nascem de uma situação de perigo gerada pelas

bilidade, que se exprimem na mudança de paradigma da lesividade do bem jurídico à perigosidade para o bem jurídico, como o fulcro da reprovação."[7]

O direito penal de risco é caracterizado não apenas pela hipertrofia, mas também pelo seu caráter preventivo e simbólico. Numa orientação como esta, o dolo eventual desvela-se como construção dogmática hábil, em face de seu potencial expansivo e da facilidade com que pode ser estendido ao âmbito dos delitos culposos.

Pensando na atualidade da discussão sobre o tema e no interesse que os estímulos e experiências que o direito comparado podem nos trazer,[8] realizaremos uma breve exposição sobre a codificação do dolo eventual na reforma penal italiana, como modelos que podem apresentar interesse para o debate sobre matéria. Neste sentido, em relação à contribuição que nos pode trazer o direito penal alemão, já foi acentuado que as definições de dolo eventual contidas nos projetos oficial e alternativo alemão, são "modelos úteis para a discussão da matéria."[9]

Ressaltamos que a tentativa de definir legalmente o significado das palavras ou expressões para limitar a aplicação dos diversos institutos previstos nos códigos nem sempre significa maior precisão ou consenso sobre eles, em sede interpretativa. Por isso, em relação ao árduo e árido conceito de dolo eventual, atualmente em crise no debate doutrinário, resta sempre atual o brocardo: *Omnis definitio in iure pericolosa*.

---

consequências do atuar da nossa civilização, prescindindo do fato que esta globalidade de consequências seja o fruto da rede informática, da circulação de capitais, dos desastres naturais, dos símbolos culturais, das modificações climáticas ou da ameaça terrorista."

[7] PRITTWITZ, Cornellius. Società del rischio e diritto penale. Trad. Valeria Torre. *In:* AA.VV. *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo.* A. c. di Luigi Stortoni e Luigi Forfani. Milano: Giuffrè, 2004, p. 376.

[8] GORLA, Gino. Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo. *Il Foro Italiano*, col. 17, atenta para o fato que "ao jurista contemporâneo atribui-se a tarefa de adquirir o hábito do pensamento jurídico transnacional..." Também sobre a importância da comparação, à qual sempre recorrem também os penalistas brasileiros, cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Dogmática penale e política criminale nuove in prospettiva comparata*, p. 507 *et seq.*

[9] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 61.

2 O dolo eventual na legislação penal italiana

A legislação penal italiana apresenta algumas peculiaridades que a diferenciam da nossa realidade normativa.

O art. 43 do Código Penal italiano, sob a rubrica "elemento psicológico do crime", define textualmente o dolo direto, a preterintenção e a culpa como formas de imputação subjetiva.

Nos termos do art. 43, "o delito é doloso ou segundo a intenção, quando o evento danoso ou perigoso, resultante da ação ou omissão [...] é previsto e querido como conseqüência da própria ação ou omissão."[10] A legislação penal italiana cinge-se pois a definir o denominado dolo direto.

Porém, a definição do dolo contida no art. 43 é considerada parcial e incompleta, porque se restringe a estabelecer o "núcleo do dolo."[11] Por isso, consideram-se também, para delimitar o conceito de dolo, outras disposições legais, *e.g.*, os arts. 5° (da ignorância da lei penal) e 47 (do erro sobre o fato).[12]

A doutrina italiana aponta três espécies de dolo: intencional (ou direto de primeiro grau), quando coincidem o fato querido pelo sujeito e o fato realizado; direto (ou de segundo grau), caracterizado pela certeza na previsão do resultado lesivo; e o dolo eventual,[13]

---

[10] *In verbis:* 43. Elemento psicologico del reato. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre all'intenzione, quando dall'azione o omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

[11] Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale:* parte generale, p. 145.

[12] Sobre o ponto, cf. RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale,* p. 340 *et seq*.; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale, p. 355 *et seq*.; PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 181 *et seq*.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 247 *et seq*.

[13] Cf., RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*, p. 357. Cf. também FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale,

também denominado condicionado ou indireto. É interessante pontuar que, mesmo sendo esta a doutrina dominante, Pagliaro[14] e Prosdocimi[15] fazem distinção entre dolo indireto e eventual, com fulcro no diferente grau de previsão e, por consequência, da aceitação do resultado. Na realidade, compreendem como indireto a espécie de dolo que a doutrina dominante considera como dolo direto de segundo grau.

Note-se que o mencionado art. 43 não define o dolo eventual e, ao descrever a culpa, não distingue entre culpa consciente e inconsciente. Porém, no artigo 61 do Código Penal italiano, dentre as circunstâncias agravantes genéricas previstas no art. 61, o n. 3 estabelece como tal a culpa consciente, nos casos em que o agente tiver atuado nos crimes culposos, "não obstante a previsão do evento."[16]

O conceito de dolo eventual, portanto, é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial naquele país, não sendo objeto de

---

p. 361.

[14] Pagliaro e Ardizzone distinguem entre *dolo intencional ou direto* "quando a vontade tem em mira o resultado típico; [...] *indireto* quando a vontade do agente se comporta como consenso, isto é, não se dirige diretamente em direção ao resultado típico, mas o abraça como conseqüência necessária da conduta [...]; diverso é o *dolo eventual*. Aqui, o sujeito não representa como certo o resultado acessório; ele o compreende apenas possível" (PAGLIARO, Antonio e ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 185-186). Em seguida, Pagliaro passa a tratar da distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

[15] Prosdocimi também trata sobre a distinção: "A nosso ver, a expressão dolo indireto é muito oportuna quando o resultado (o fato) é querido não de per sé, mas apenas porque considerado necessariamente conexo ao resultado perseguido intencionalmente [...]. Notada é, sem dúvida, a afinidade entre dolo indireto e dolo eventual, em especial do ponto de vista da componente volitiva. Em todos os dois casos, o fato entra na esfera da vontade apenas pela sua posição 'colateral' em relação à intenção do agente. Diverso é o tipo de grau da representação, uma vez que a realização do fato no dolo eventual é considerada pelo agente possível ou provável (exatamente 'eventual'); no dolo indireto, segura (ou altamente provável)". (PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis*, p. 136).

[16] *In verbis:* Art. 61. Circostanze aggravanti comuni – aggravano il reato, quando non sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostaze seguenti: [...]; 3) l'avere nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento; [...].

codificação.

Ainda assim, resta sempre clara a preocupação, nos trabalhos monográficos sobre a matéria, em estruturar o conceito de dolo eventual sobre os mesmos elementos constitutivos do dolo direto e, por razões de garantia, de atribuir proeminência ao elemento volitivo também ao dolo eventual.

3 Do dolo eventual: doutrina dominante

O art. 43, como visto antes, diz que o delito doloso realiza-se "segundo a intenção" e, em relação ao delito culposo, estabelece que este é "contra a intenção". A doutrina italiana nunca se eximiu de afirmar que o dolo eventual somente é configurável quando o agente atua sem a intenção de cometer crime: se assim o fizer, haverá dolo intencional.

Para a configuração do dolo eventual, requerem-se os elementos intelectivo e volitivo. O elemento intelectual é constituído pela representação da "concreta possibilidade" de um resultado lesivo;[17] ou requer que o resultado seja representado como "seriamente possível";[18] ou, ainda, que sobrevenha como consequência provável de uma conduta que o agente realiza para obter outros efeitos, como, *e.g.* acontece no caso do jovem que, incomodado por um grupo de rapazes que gritam e fazem barulho pelas ruas, da varanda de sua casa joga contra eles uma garrafa de vidro, mesmo prevendo possíveis ferimentos e termina por ferir, de fato, um deles.[19]

O elemento volitivo é identificado na aceitação do resultado lesivo, assim representado como consequência acessória, eventual, de uma conduta dirigida a outros fins. A doutrina dominante, portanto, sustenta uma concepção eclética que une a teoria da probabilidade à teoria do consentimento à produção de um resultado lesivo para bens jurídicos. Dessa forma, segundo Ramacci, haverá dolo eventual "quando à representação do resultado lesivo como provável

[17] Cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale, p. 362.

[18] Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 254.

[19] O exemplo é de Fiandaca e Musco (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *loc. cit*., p. 362).

se une a aceitação do risco de concretizar aquela probabilidade: se o resultado 'de risco' é *aceito* como consequência prevista e provável, o próprio resultado é *querido.*"[20]

Para Mantovani, no dolo eventual, o resultado é aceito nas hipóteses em que o agente: a) representa, pelo menos, a "possibilidade *positiva* e *concreta*" da realização do resultado; b) mantém-se na convicção ou "apenas na *dúvida*" de que o resultado possa *concretamente* acontecer; c) ainda assim, pratica a conduta, sem se importar com o êxito: "mesmo a custo de dar causa ao resultado e, por isso aceitando o seu risco."[21]

Atente-se para o fato de que o objeto da aceitação é o "resultado" e não o "mero ou simples perigo de sua verificação". Com efeito, ao se afirmar ser objeto do dolo eventual o simples perigo de realização do resultado, "transforma-se os crimes de resultado em crimes de perigo. Na realidade, o que *o agente deve aceitar* é exatamente o resultado."[22]

Ao conceito de dolo eventual atribui-se dupla importância: 1) servir como limite para a imputação subjetiva do fato, quando este é previsto apenas na forma dolosa; e 2) estremar os casos de imputação por dolo da imputação a título de culpa, nos casos em que o fato é previsto nas formas dolosa e culposa.[23]

4 Aspectos da controvérsia doutrinária sobre o dolo eventual

4.1 Considerações gerais

Evidentemente, num país de rica e vasta elaboração doutrinária, onde se pode afirmar que existem mais divergências que consensos, há quem sustente posição diversa e até mesmo faça crí-

[20] Cf. RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale,* p. 365. No mesmo sentido, cf. FIANDACA,
Giovanni; MUSCO, Enzo. *op. cit*., p. 363-364; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *op. cit*., p.
254-255; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 353.
[21] Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*, p. 146-146.
[22] MARINUCCI Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 255.
[23] Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *loc. cit*.

ticas contundentes quanto à adoção dessa espécie de dolo, negando a possibilidade de sua configuração em face da normativa vigente.

Afirma Pagliaro que "em tempos recentes tornou-se dominante em doutrina – e é algumas vezes aceita em modo explícito pela jurisprudência – a idéia de que o dolo eventual seria a 'aceitação do risco de produzir o evento'. Pensa-se, com esta definição, colocar a salvo o princípio de culpabilidade."[24] Sustenta Pagliaro que

> [...] a culpabilidade pela aceitação de um risco não consentido corresponde à culpabilidade própria do crime culposo [...]; aceita um risco não consentido não apenas quem incendeia uma casa prevendo como possível conduta acessória a verificação da morte de um homem (caso comumente considerado como de dolo eventual), mas também quem dirige seu próprio carro em velocidade excessiva em uma rua aglomerada de pessoas, ou o operário que fuma em um local cheio de substâncias inflamáveis (casos reportados ao esquema da culpa consciente). No dolo eventual, portanto, deve existir algo a mais que a pura e simples aceitação do risco.[25]

Ainda segundo Pagliaro, no âmbito da doutrina dominante, diz-se que se o sujeito exclui "com certeza" a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá culpa consciente, bem como que, nos casos de "dúvida", haveria dolo eventual ou culpa consciente.[26] O "aparentemente insolúvel" problema do dolo eventual só pode ser resolvido admitindo-se que tal conceito seja normativo e tenha como *ratio* satisfazer exigências do direito e não simplesmente adequar-se à substância de acepções extrajurídicas.

Seria imprescindível indagar, diz Pagliaro, se "ao lado dos casos de verdadeira e própria *vontade* do resultado, outros existam nos quais o ordenamento penal advirta uma gravidade substancialmente semelhante e, portanto, claramente maior que aquela reconhecida à culpa com previsão."[27]

A nosso ver, não procede em toda sua extensão a crítica de

[24] PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 186.
[25] PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *loc. cit.*
[26] PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 187.
[27] PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONI, Salvatore. *loc. cit.*

Pagliaro, pois a doutrina dominante na Itália não cuida de traçar o elemento volitivo como mera "aceitação do risco", mas, sim, como visto, da aceitação do risco de produzir um resultado lesivo previamente previsto como séria probabilidade, como consequência de uma conduta a ele não dirigida, mas nele consentindo.

4.2. A crítica de Adelmo Manna

Também apresenta interesse para melhor situar o estado da discussão doutrinária sobre a matéria, a cuidadosa crítica de Adelmo Manna, que se refere ao dolo eventual como hipótese controvertida. No dolo eventual, diz Manna, a vontade é substituída pelo consenso e, atualmente, tendo em vista doutrina e jurisprudência dominantes, pelo critério da aceitação do risco de ocorrência do resultado previsto no tipo.

No direito penal italiano, em especial, segundo Manna, o dolo eventual teria sido acolhido primeiro na jurisprudência, permitindo ao juiz, na hipótese em que a lesão corporal voluntária assumisse uma gravidade tal a comportar a aceitação do risco de morte da vítima, imputar ao agente o fato a título de homicídio tentado.[28]

Em crítica a essa espécie de dolo, realiza as seguintes objeções:

a) O art. 43, ao mencionar expressamente o vocábulo "intenção", contrasta, aberta e inevitavelmente, com a aceitação do risco, porque a menção é dirigida apenas ao dolo intencional e ao dolo direto; portanto, o dolo eventual não poderia ser outra coisa senão "uma extensão analógica *in malam partem* do art. 43."[29]

b) A teoria da aceitação do risco oferece critério hábil para a verificação judicial da culpa, talvez a culpa grave, isto é, a culpa consciente, mas não do dolo.[30]

c) O critério da doutrina dominante parte do conceito de risco e, assim como Manna identifica risco com perigo, o conceito comportaria "uma sub-reptícia transformação do dolo de dano em

---

[28] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 325.

[29] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326.

[30] *Ibidem,* p. 325. No mesmo sentido, cf. EUSEBI, Luciano *Appunti sul confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, p. 1.089; e FORTE, Giaccomo. *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, p. 279 *et seq.*

dolo de perigo."[31]

d) Em sede probatória, concretiza-se, ainda, a dificuldade em distinguir culpa consciente e dolo eventual, refletida na jurisprudência em alguns notados julgamentos ocorridos na Itália. A título de exemplo, mencionamos um caso muito comentado: o marido, contagiado pelo vírus da AIDS, manteve, durante dez anos, relações sexuais com a esposa, transmitindo-lhe o vírus que lhe causou a morte. Por este fato, ele foi condenado por crime culposo.[32]

e) A utilização da fórmula de Frank, para fins de demonstrar o consenso no dolo eventual, em sede processual, termina por substituir os dados concretos por dados hipotéticos "o que não parece consentido, exatamente porque o dolo consta de fenômenos psicológicos reais."[33]

f) Manna se mostra crítico em relação a posição de Canestrari sobre o tema: esta seria "uma recente tentativa, finamente argumentada, de salvar o dolo eventual". Para distinguir dolo eventual da culpa consciente, Canestrari toma em consideração o *homus eiusdem condicionis et professionis* : na culpa consciente, diz Manna, recorrer-se-ia ao "homem modelo", como um padrão para análise do caso concreto e, no dolo eventual, seria perigoso particularizar o homem modelo, que "assume o risco", bem como "uma regra cautelar que se possa dizer violada, cuja existência pressuporia que se atue em um contexto ilícito de base."[34] Essa tese, segundo Manna, conduz: 1) à inevitável normativização do conceito de dolo, com matiz do *dolus in re ipsa*; e 2) ao levar em consideração os dados do *homus eiusdem condicionis* e da existência de uma regra cautelar aplicável, toma como base critérios próprios ao conceito de culpa, que é tendencialmente normativa, e não do dolo, cuja natureza é psicológica e, por isso, nada acrescenta "de verdadeiramente significativo sobre a vertente deliberativo-voluntarística."[35]

---

[31] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326.
[32] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 326-327.
[33] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 327.
[34] MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale, p. 327.
[35] MANNA, Adelmo. *Ibidem,* p. 328. Manna afirma ainda que "tal fórmula, portanto, não parece introduzir um critério unívoco de distinção entre dolo eventual e culpa com previsão, sobretudo se se considera que, nem sempre, o confim entre risco consentido ou lícito e situação ilícita de base emerge com a necessária clareza. Ademais, deve considerar-se que também da cul-

g) Finalmente, assevera Manna que a nota residual da característica psicológica ou voluntária no dolo eventual, contida na "resignação" que o agente teria em relação ao resultado lesivo, "representa um fato integralmente interior, cuja prova é dificilmente extraível do comportamento exterior do próprio agente: "Foi observado que, a não ser que seja o próprio imputado a admitir tal fato interior, o juiz penal não poderá extraí-lo dos acontecimentos exteriores, que seriam os mesmos em ambos os casos."[36]

4.3 Por uma terceira forma de imputação subjetiva

Notado segmento doutrinário cogita sobre a tendência a propor, *de lege ferenda*, a união entre dolo eventual e culpa com previsão, criando-se uma "terceira espécie de imputação subjetiva, resultante de um consciente mal-estar que os intérpretes enfrentam para indicar com clareza os critérios para distinguir-se o primeiro da segunda."[37]

Certo é que essa tendência toma como modelo o conceito de desconsideração ou descuido – denominado *recklessness*[38] –, ad-

---

pa consciente uma certa dose de aceitação do risco é implícito na conduta do sujeito" (*loc. cit.*)

[36] MANNA, Adelmo. *loc. cit.* Ainda na vertente crítica do conceito de dolo eventual no direito penal italiano, cf. CURI, Francesca. *Tertim datur, passim* e, em especial, p. 201 *et seq*.; FORTE, Giacommo. *Ai confini tra dolo e colpa*: dolo eventuale o colpa cosciente? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 279 *et seq.*

[37] CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis, *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* p. 907.

[38] Sobre a dificuldade de tradução do vocábulo *recklessness* e seu significado técnico-jurídico no âmbito penal para a línguas espanhola, acentua Rochefort: "É necessário fazer presente os problemas de tradução da palavra *'recklessness'*. Uma primeira precisação é que, ainda quando uma de suas acepções pode aproximar-se da idéia de descuido, aquela que pode ser análoga ao 'dolo eventual' da tradição continental não encontra uma tradução adequada. Por agora, basta ter presente que, quando se fala de *recklessness* (ou inclusive descuido) em termos gerais, seu alcance refere-se tanto o descuido, como àquelas hipóteses em que o agente representa o risco e atúa (seja porque o desestima, ou porque aceita que o dano sobrevenha". (ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el âmbito jurídico del "common law"*. Granada: Colmares, 2002, p. 86, nota

vindo do direito penal anglo-americano, ocupando espaço de amplo debate na doutrina italiana. Esta é a posição de Giacommo Forte, que sustenta ser desprovida de qualquer significado a distinção entre culpa consciente e dolo eventual, porque "estes constituem uma idêntica figura."[39]

Tendo em vista a ausência de definição do dolo eventual na legislação italiana, as oscilações jurisprudenciais e as controvérsias no labor doutrinário, Forte propõe que seja concedido ao dolo eventual o tratamento legislativo de culpa agravada: "o legislador deveria qualificar expressamente a aceitação do risco como hipótese de culpa agravada."[40]

Francesca Curi também postula uma terceira espécie de imputação subjetiva, expondo os modelos inglês, espanhol e francês.[41]

5 A reforma penal italiana

Como se vê, na doutrina italiana, as divergências e o debate sobre o tema é intenso e recaem sobre o problema da denominação do dolo eventual, a própria adoção do conceito e o conteúdo técnico da expressão.

Em face das oscilações jurisprudenciais e da disparidade de posições doutrinárias, os sucessivos projetos de reforma penal, apresentados a partir da década de 1990 – excetuando-se o projeto Pagliaro –, buscaram definir o dolo eventual.

Na Itália, o Código Rocco (1930) continua vigente, com inúmeras reformas parciais e intervenções da Corte Constitucional.[42]

---

189).

[39] FORTE, Giacommo. *Ai confine fra dolo e colpa*: dolo eventuale o colpa cosciente?, p. 276.

[40] FORTE, Giacommo. *loc. cit.*

[41] CURI, Francesca. *Tertium datur*: per una scomposizione tripartita dell'elemento soggetttivo del reato, *passim.*

[42] Sobre as diversas e individuadas leis que introduziram modificações na parte geral e na parte especial do código e da legislação penal a ele complementar, bem como as várias intervenções da Corte Constitucional Italiana, cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 21-23. Fiandaca e Musco acentuam, sem qualquer temor, que "o atual aparato da tutela codicística não reflete adequadamente o sistema de valores susceptíveis de tutela em um Estado democrático como

Ao lado do Código encontra-se extensa legislação complementar – fenômeno ainda em expansão –, que é, há muito, criticada na doutrina peninsular.[43]

Com o declínio do regime fascista, a partir do final da década de 1940, inicia-se na Itália o movimento que postula a necessidade de reforma do Código de 1930.[44] A partir do final da década

---

aquele prefigurado pela Constituição: daqui a exigência de uma reforma que, apesar de projetada em um futuro de confins incertos, cabe em qualquer caso à hodierna ciência penalística projetar" (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale, p. 39-45). Pagliaro sustenta que as intervenções legislativas foram modestas e "quanto à Corte constitucional que começou a funcionar em 1956 para apagar do ordenamento italiano as leis não conformes à ordem constitucional delineado em 1947, esta se limitou, no seu primeiro decênio de atividades, a pronunciar-se apenas em casos esporádicos e marginais a ilegitimidade de normas contidas no código penal" (PAGLIARO, Antonio. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale, p. 50)

[43] Sobre o fenômeno denominado "expansão do direito penal", cf. SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *L'espansione del diritto penale*. Tradução de Vicenzo Militello. Milano: Giuffrè, 2004. No direito penal brasileiro, expondo resumidamente alguns critérios de recodificação elaborados pela doutrina italiana, resumidamente, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. *In*: *Escritos de direito penal*, p. 3-44. Para maior aprofundamento sobre o tema nas doutrinas italiana e brasileira, com ampla pesquisa doutrinária e precisos dados estatísticos sobre a expansão do direito penal brasileiro, com gráficos que demonstram os números do incremento ano a ano até 2008, bem como a minuciosa análise das causas que levaram à expansão e proposta de critérios para a recodificação em nosso direito penal, cf. MARTINS, Fabiano Augusto. *Do crescimento do direito penal*: medições, análises e a interação entre ciência e política no processo de reforma legislativa. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.(Inédito)

[44] Em 1949 e 1950, o Ministero di Grazia e Giustizia chegou a publicar um projeto preliminar de código penal que, em razão das contundentes críticas que lhe foram feitas, não logrou êxito. O mesmo ocorreu com outro projeto apresentado em 1960 (primeiro projeto Gonella). Em 1968, mais uma vez, foi realizada a tentativa de reforma, apresentando-se novo projeto, cuja parte geral chegou a ser aprovada pelo Senado com diversas modificações em janeiro de 1971, mas foi reelaborado pelo Senado posteriormente, em 1973, sendo abandonado nas legislaturas que se seguiram. Sobre o ponto,

de 1980, porém, resta generalizado, na doutrina, o sentimento de premência da reforma. Desde então, o que se vê são sucessivas tentativas com diversos projetos – ora cuidando apenas da reforma da parte geral, ora da parte especial. Nenhuma delas vingou.[45] Ainda assim, é reconhecida a necessidade de nova legislação penal, constituída por um corpo normativo coerente, hábil a agasalhar os valores e os princípios constitucionais que inspiram o Estado Democrático italiano, bem como para harmonizar o evidenciado desequilíbrio entre a parte especial do código penal e a legislação complementar.

Como exposto, o dolo eventual não foi objeto de definição legal no código penal italiano de 1930. Entretanto, trata-se de conceito acolhido pela doutrina e objeto de vasta construção jurisprudencial.

Em especial nos últimos decênios, o conceito tem sido muito aplicado e, como visto, é objeto de vasta elaboração doutrinária.

Sobre o ponto, adverte Vassalli que:

> (..) numa época, o dolo eventual era uma figura quase marginal, fortemente condicionada pelas dificuldades probatórias sobre uma íntima atitude do pensamento ou da vontade do agente e, portanto, de limitada aplicação. Ao invés, pouco a pouco, este foi estendido pela jurisprudência de modo absolutamente impróprio. Hoje, o problema do legislador italiano é aquele de colocar um limite a esta extensão, e, portanto, encontrar uma formulação

---

para maior aprofundamento, cf. VASSALLI, Giuliano. Presentazione. *In*: PISANI, Mario (A. c. di). *Per un nuovo codice penale,* p. 1-6. Cf., ainda, o profundo escrito, do mesmo notado penalista, que fez parte da primeira Comissão criada pelo Governo (1945) e de quase todas as Comissões para redigir um novo código penal, antes de se tornar Ministro da Justiça na década de 1980, VASSALLI, Giuliano. Riforma del codice penale: se come e quando. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 10-13, e ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 24.

[45] Sobre a necessidade de uma reforma do código penal italiano e o insucesso das diversas tentativas realizadas até 2005, cf. RAMACCI, Fabrizio. Riforme e codice. *Diritto Penale e Processo*, Milano: IPSOA, 2004, p.269-270. Cf., também, RAMACCI, Fabrizio. I perché del codice che non c'é. *Diritto penale e processo*, p. 929-930. Cf., ainda, ROMANO, Bartolomeo. La riforma del codice penale nel progetto della comissione Pisapia. *In*: *Índice penale,* p. 474-475.

> vinculante que coloque decisivamente o assento sobre o requisito da vontade: vontade de produzir o evento delituoso, ainda que seja na forma da consciente aceitação de sua eventual verificação.[46]

As dificuldades relativas à aplicação do dolo eventual, além daquelas probatórias, dizem respeito, também, ao seu cotejo com outras disposições do Código Penal italiano como, *e. g.*, a tentativa. Por isso, a tendência no direito penal italiano é normatizar o dolo eventual, para conter a utilização do conceito de maneira equivocada.

6 O Esquema Pagliaro

Em 1988, foi designada por Giuliano Vassalli, então Ministro da Justiça na Itália, uma Comissão para elaborar um *Schema di disegno di legge-delega* para a elaboração de um novo código penal.[47]

A comissão apresentou seu trabalho em 1991, em documento que se tornou conhecido em todo o mundo como *Schema Pagliaro*, e, na Itália, também denominado projeto *Vassalli-Pagliaro*.

Neste projeto, o dolo eventual foi expressamente tratado, mas não definido.

O art. 12, sob a rubrica "elemento subjetivo do crime", prevê a formulação de uma definição do dolo que compreenda também aquela de dolo eventual, exigindo-se, "em todos os casos, a necessidade de que o sujeito seja consciente do significado do fato."[48]

---

[46] VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale*: se come e quando, p. 32.

[47] A Comissão – constituída apenas por docentes e designada pelo Decreto *di nomina* do Ministro de Grazia e Giustizia, Giuliano Vassalli, publicado em 8 de fevereiro de 1988, teve como presidente Antonio Pagliaro e como componentes Franco Bricola, Angelo Rafaele Latagliata, Ferrando Mantovani, Mario Romano, Túlio Padovani e Antonio Fiorella. Para a metodologia utilizada e para as diretrizes gerais seguidas no trabalho, cf. PAGLIARO, Antonio. Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale. *In*:*La Giustizia Penale*, p. 170-192.

[48] *Per un nuovo codice penale*: schema di disegno di legge delega al governo, p. 29. Jescheck e Weigend referem-se ao art. 12 do Projeto Pagliaro como supressor da responsabilidade objetiva (cf. *JESCHECK*, Hans-Heinrich; *WEIGEND*, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 312, nota

O art. 19 (n. 1 e n. 3) exclui expressamente a possibilidade de tentativa na hipótese de dolo eventual.[49] O art. 21, *l*, estabelece a necessidade de definir como circunstância agravante comum a culpa consciente ou culpa com previsão.[50]

Na *Relazione* apresentada pela Comissão, afirma-se textualmente que a exigência de que o agente atue "com a intenção ou a certeza de dar causa ao resultado", inserida no art. 19, n. 1, tem por finalidade excluir a relevância "do mero dolo eventual"[51] na tentativa.

Não faltaram críticas à orientação adotada no projeto. Sustenta-se que, da forma como redigido o art. 12, o reclamo de abarcar na esfera do dolo, *tout court*, o dolo eventual – considerado figura incerta e imprecisa – sem que tenha sido realizada expressa tomada de posição em termos de definição legal, trata-se de lacuna expressiva, pois fere o princípio da reserva de lei em relação a um tema nevrálgico na teoria do crime.[52]

Afirma-se, ainda, que apesar de todo o labor doutrinário sobre o tema, é impossível ignorar que o dolo eventual e a culpa consciente, mesmo regidos por disciplina normativa diversa em relação ao conteúdo, "sejam entre si incomparavelmente mais próximas, como não são próximos entre si o dolo eventual e o dolo direto."[53]

---

1).

[49] Ao prever a tentativa no art. 19, o n. 3 aponta textualmente a necessidade de "estabelecer que os requisitos do delito tentado refiram-se também aos delitos de atentado e aos delitos nos quais a conduta típica seja descrita como dirigida a produção de um resultado lesivo", excluindo, de tal modo, a possibilidade de tentativa em relação ao dolo eventual.

[50] O art. 21, 1, reconhecendo a oportunidade da revisão das circunstâncias agravantes, prevê como tal, na alínea *l*, "ter agido, nos crimes culposos, não obstante a previsibilidade do resultado".

[51] *Per un nuovo codice penale*: schema di disegno di legge delega al governo, p. 16.

[52] Sustenta Pagliaro que a comissão não julgou conveniente definir o dolo eventual em virtude das dificuldades enfrentadas em doutrina sobre o tema, afirmando ainda que *neanche il codice Rocco, con la sua predilezione per le definizioni, ne le leggi di riforma per lo StGB hanno osato di affrontarla* (PAGLIARO, Antonio. *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, col. 181).

[53] ANGIONI, Francesco. *Norme definitorie e progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, p. 193. Prossegue Angioni, em sua crítica: "A insegurança e a problematicidade dos limites entre dolo eventual e culpa com

Por isso, sugere-se que a matéria seja objeto de maior reflexão, quer elaborando-se uma definição com fórmula a mais restritiva possível do dolo eventual, quer inserindo-se uma terceira forma de imputação subjetiva, como figura intermediária entre o dolo direto e a culpa inconsciente ou sem previsão, "assim como prevê o realista direito anglo-americano com a figura da *recklessness*."[54]

No mesmo sentido, adverte Marinucci que, dada a diversidade de configurações definitórias que pode assumir o dolo eventual, até mesmo alguns membros da comissão sustentam diferentes posições sobre o tema em suas publicações. Também por esse motivo, "o silêncio do projeto sobre a estrutura do dolo eventual é rumorosamente inquietante". Ainda segundo Marinucci, "definir com precisão o dolo eventual teria sido, à evidência, o cumprimento de um dever político-criminal de primária grandeza, não delegável pelo legislador."[55]

7 O Projeto Riz

Em 1995, o senador Roland Riz apresentou ao Senado da

---

previsão, reafirma-se depois, fatalmente, sobre o plano da verificação processual (e cabe aqui, a propósito, o oportuno reclamo de Franco Brícola: "O *definiendum* deve ser não apenas determinado, mas determinável no campo processual"'. Para anotações críticas ao problema do *dolus eventualis*, cf. MARINUCCI, Giorgio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* p. 415. Além da bibliografia mencionada sobre o *Schema Pagliaro,* cf. MANNA, Adelmo. Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Itália. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* p. 525-542. Com postura extremamente crítica em relação ao projeto Pagliaro, utilizando a expressão "reformas de fachada", cf. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legitimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* em especial p. 59.

[54] ANGIONI, Francesco. *Norme definitorie e progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, p. 194.

[55] MARINUCCI, Giorgio. Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 429-430. O autor faz uma homenagem póstuma a Franco Brícola, membro da Comissão Pagliaro, ao reconhecer sua "lúcida honestidade inteclectual ao afirmar, sobre o projeto Pagliaro, de cuja redação participou, que "ao nos encontrarmos de frente às singulares definições, criamos definições que, sem dúvida, *não* individuam um critério de disciplina" (p. 429).

República um projeto para a reforma da parte geral, de iniciativa parlamentar, que não chegou a ser debatido. Segundo Vassalli, quando o trabalho das Comissões ministeriais pareceu mostrar incerteza ou desinteresse, o Parlamento italiano tomou a iniciativa.[56]

O projeto de 1995, sob a rubrica "elemento psicológico do crime", dispôs sobre o dolo e a culpa no art. 38, 1-5. A definição de dolo eventual foi prescrita no n. 2: "Responde também a título de dolo quem prevê o evento como consequência inevitável conexa e concretamente possível da própria ação ou omissão". A culpa consciente, por sua vez, foi mantida como agravante no art. 61, alínea *i*.

Na *Relazione* do projeto, resta esclarecido que o dolo eventual foi um dos temas mais debatidos pela comissão, sendo, até mesmo, proposta a discussão sobre "a conveniência de descrevê-lo no código, para ter a noção mais bem definida, ou deixar ao intérprete doutrinador ou judicial o encargo de fixar os limites da responsabilidade pela aceitação do risco [...]. A comissão chegou à conclusão de que era conveniente estabelecer extremos e limites do dolo eventual."[57]

8 O Projeto Grosso

Também no Projeto Grosso,[58] de 1999, o documento da Co-

[56] VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale*: se, come e quando, p. 15. Informa o penalista que o projeto foi apresentado com a assinatura de quarenta e seis senadores, de todos os partidos políticos.

[57] DISEGNO di legge n. 2038. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 943.

[58] No dia 15/07/1999, foi apresentada a primeira *Relazione* da Comissão Grosso, instituída pelo D.M. 1º/10/1998, constituída por Carlo Federico Grosso (presidente), Francesco Palazzo, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Sergio Seminara, Filipo Sgubbi, Giovanni Canzio, Giovanni Silvestri, Giuliano Turroni, Vladmiro Zagrebelsky, dentre outros. Sobre o ponto, cf. RELAZIONE della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 600-650. Para uma visão crítica dessa primeira *Relazione* da Comissão Grosso, cf. PAGLIARO, Antonio. Il documento della Comissione Grosso sulla riforma de diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1.184-1.200. Para ampla exposição e crítica sobre a codificação do dolo eventual nos Projetos

missão de Reforma trata a codificação do dolo eventual como um ponto delicado, dada a variedade de opiniões existentes na doutrina e as oscilações jurisprudenciais detectadas na praxe.

O item 2.1 da *Relazione* de 1999, ao tratar do dolo, compreendia que o ponto mais controvertido, tanto do ponto de vista teórico, como prático, residia no problema da formulação definitória do dolo eventual. Naquele momento, a necessidade de ancoragem normativa não mais se discutia: o que importava era circunscrever o dolo eventual, confiná-lo em limites precisos.

Para tanto, prossegue a *Relazione*: o critério da "aceitação do risco tem caráter meramente retórico."[59] Na praxe, tal critério demonstra que, sob os aspectos de sua definição e de sua verificação em sede probatória, há perigo de alargamento do conceito de dolo e, por isso, importa determinar as condições mínimas que devem sustentar a censura pela realização voluntária do fato, nas hipóteses em que a representação do agente, sobre o resultado lesivo, não ocorra em termos de certeza. Com base nessas considerações, afirma a *Relazione* de 1999 que centrando-se na

> [...] experiência, o legislador poderia utilmente estabelecer: a) que é necessário, em qualquer caso, para a imputação por dolo, uma representação da realização do fato típico em termos de 'alta probabilidade' e não de genérica possibilidade; b) que o objeto da representação em termos de probabilidade e não de certeza, deve ser o fato realizado em concreto, e não uma genérica representação de alguma coisa ilícita.[60]

Em 12/9/2000, foi apresentado o "Projeto preliminar de reforma do código penal – parte geral", cuja *Relazione* esclarece que, coerente com o documento de 15/7/1999, acolheu sugestões de alguns membros da Comissão ao definir o dolo eventual no art. 30, *b, in fine*.[61] Os objetivos da definição seriam demarcar a necessidade

---

Nordio, Riz e Grosso, cf. CURI, Francesca, *Tertium datur*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 40-46.

[59] RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998, p. 605.

[60] *Ibidem*, p. 606.

[61] RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice

de que a representação seja qualificada em termos de probabilidade, bem como para precisar que o dolo eventual é diverso do dolo direto, no qual se exige a certeza do resultado e não a mera aceitação do risco.[62] Assim, afirma-se na *Relazione* que a Comissão optou por defini-lo, justificando que

> [...] para efeitos da realização da hipótese marginal de dolo, é necessária uma representação da realização do fato em termos de probabilidade. A indicação da probabilidade como *alta* tende a qualificar o dolo em termos restritivos, opondo-se às tendências, não estranhas na jurisprudência, a dilatar o conceito de dolo eventual sobre a base de uma genérica previsão do evento como possível.[63]

Canestrari realizou severa crítica à orientação inicial do Projeto Grosso, cuja definição do dolo eventual, inicialmente posta pelo art. 30, *b*, *in fine,* dizia expressamente que deveria responder por dolo (eventual) o agente que "age representando o fato como [...] altamente provável, *accetandone il rischio.*"

Afirma Canestrari que a inclusão da fórmula relativa à "alta probabilidade" no texto cede passo a um "critério quantitativo de difícil determinação, que não compensa nem a ausente definição do requisito estrutural do 'perigo', nem a caracterização volitiva *assai scolorita* pela fórmula da 'aceitação do risco."[64]

---

penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998, p. 601-602. O originário art. 30 dispunha: "Responde a título de dolo quem, com uma conduta voluntária ativa ou omissiva, realiza um fato constitutivo de crime:
a) se age com a intenção de realizar o fato;
b) se age representando a realização do fato como certa ou como altamente provável, *accettandone il rischio*".

[62] I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* p. 602.

[63] RELAZIONE della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998, p. 602.

[64] CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 944. Após a crítica, sugere-se uma definição legislativa que, segundo Canestrari, seria hábil para afirmar a autonomia conceitual do dolo eventual, delineando sua

Ainda em crítica ao projeto, Canestrari também sugere expressa referência à "irrelevância do mero dolo eventual no delito tentado."[65]

Com base nas sugestões e críticas recebidas,[66] a comissão

distinção da culpa consciente, a saber: "Há dolo eventual quando o agente representa concretamente a realização do fato típico como consequência provável da própria conduta, e aceita sua verificação. O risco de realização do fato típico deve ser não consentido, e de natureza tal que a sua assunção não pode nem mesmo ser tomada em consideração por uma pessoa conscienciosa do círculo de relações ao qual pertence o agente, colocada na situação em que se encontrava o sujeito em concreto e em posse dos seus conhecimentos e capacidades."

[65] CANESTRARI, Stefano. *La definizione legale del dolo*: il problema del *dolus eventualis*, p. 945.

[66] Julgamos conveniente, para fins de melhor compreensão do texto, transcrever os itens 2, 3, 5 e 6 constantes da publicação de nova *Relazione*, bem como do articulado "projeto preliminar de reforma do código penal – parte geral" em 2001 (I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 574), a saber:

[...] 2. Il 15 luglio 1999 la Commissione ha consegnato al Ministro Diliberto il testo di un documento nel quale erano tracciate le linee di una possibile riforma della parte generale del codice penale ed impostati i problemi del suo coordinamento com la parte speciale e la legislazione penale speciale (documento pubblicato sul questa rivista, 1999, p. 600s.).

3. Il Ministro Diliberto ha subito dopo incaricato la Comissione di procedere ad una consultazione con le Università e gli organismi della Magistratura e della avvocatura sul contenuto del documento 15 luglio 1999, con lettera 22 settembre 1999 ha dato l'incarico alla Comissione di procedere altresí alla stesura dell'articolato della parte generale del codice penale.

[...] 5.Il Ministro Fassino com lettera 16 settembre 2000 há pubblicato 'articolato e la Relazione 12 settembre 2000 sotto la veste di 'Progetto preliminare di riforma del codice penale. Parte generale'. ed ha disposto che il progetto preliminare fosse a sua volta sottoposto a pubblico dibattito com le Università e gli organismi della Magistratura e della Avvocatura, in vista della elaborazione di um progetto definitivo, incaricando ulteriormente la commissione di procedere ai necessari coordinamenti della nuova parte generale del codice con il diritto penitenziario ed alcuni istituti processuali, ed alla stessura della parte speciale.

6. La Commissione ha quindi proceduto alla consultazione richiesta del Ministro ed ha apportato talune modificazioni al testo originario dell'articolato 12 settembre 2000, tenendo conto delle osservazioni emerse nel cor-

modificou a definição do dolo eventual, inserindo-a na alínea *c* do art. 27.[67]

A propósito, esclarecem-se, no n. 4 da *Relazione*, as modificações ao projeto na reunião de 24 de maio de 2001 que, acolhendo

> [...] as observações críticas enunciadas em relação à formulação do dolo eventual, centradas sobre a utilização do conceito de "aceitação do risco" ao lado da indicação do nível de representação do fato em termos de "alta probabilidade", definiu-se o dolo eventual como o dolo de quem, com uma conduta voluntária ativa ou omissiva, realiza um fato constitutivo de crime *se age aceitando a realização do fato, representado como provável*.[68]

9 O Projeto Nordio

O articulado da Comissione Nordio,[69] designada em 2001 para a reforma do código penal italiano, define o dolo no 19 e, *in fine*, codifica o dolo eventual, equiparando-o ao dolo direto: "O crime é doloso quando o agente pratica a conduta com a intenção de realizar o evento danoso ou perigoso constitutivo do crime, ou com

---

so del dibattito. Il nuovo testo dell'articolato della parte generale del codice penale [...] è stato approvato dalla Commissione nella seduta del 26 maggio 2001, e sucessivamente consegnato al Ministro Fassino per la pubblicazione."

[67] I LAVORI della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D.M. 1º. Ottobre 1998, p. 602. Seguindo esta linha de idéias, o dolo é definido da forma seguinte:
Art. 27. (Dolo) – 1. Risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza um fatto costitutivo di reato:
a)se agisge con la intenzione di realizzzare il fatto,
b) se agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come certa,
c) se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile.

[68] I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita com D. M. 1º. Ottobre, p. 655.

[69] Referida Comissão foi instituída com o Decreto-Lei de 23/11/2001 e dela participaram professores, magistrados e advogados. Dentre os membros da Comissão, destacamos Carlo Nordio (presidente) e os Professores Fabrizio Ramacci, Alberto Calvi Antonio Fiorella, Ivo Caraccioli e Mario Trapani.

a representação que após sua conduta, a realização do evento ofensivo é certa ou altamente provável".

A definição do dolo eventual é similar àquela encontrada na primeira redação do Projeto Grosso e, por isso, suscita as mesmas críticas e perplexidades.

Pagliaro, em incisiva crítica à fórmula do Projeto Nordio, compreende que nela se encerra a definição da culpa consciente.[70]

Para ilustrar sua posição, Pagliaro menciona o exemplo da enfermeira que deixa de subministrar ao paciente os remédios prescritos, representando como altamente provável que de tal fato poderá sobrevir uma lesão corporal. Afirma o autor que, aplicando a definição contida no art. 19 do Projeto Nordio, esse seria um caso de dolo eventual, enquanto, a seu ver, trata-se de um caso grave de culpa consciente, sendo esta seguramente a interpretação que a jurisprudência faria de tal hipótese. Sustenta Pagliaro que é "melhor retornar à pesquisa de uma diversa definição do dolo eventual. E se não for possível formular uma que seja capaz de unir a precisão do conteúdo à concisão do texto normativo, renunciar à definição para confiar, como agora, na sensibilidade dos juízes e nas teorias da ciência do direito."[71]

10 O Projeto Pisapia

A Comissão Pisapia para a reforma do código penal,[72] em seu articulado, propõe a previsão do dolo eventual no art. 13, n. 1, *c*, enunciada da forma seguinte:

> Artigo 13. Dolo, culpa, culpa grave
> 1. Prever que:
> [...];
> c) o crime seja doloso também quando o agente queira o fato,

[70] PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. *In*: *Cassazione penale*, p. 14.

[71] PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. *In*: *Cassazione penale*, p. 14.

[72] Informa Romano que referida Comissão foi instituída por um *decreto istitutivo (del 27 Luglio 2006) e quello integrativo (del 29 novembre 2006)* (ROMANO, Bartolomeo. *La riforma del codice penale nel progetto della comissione Pisapia,* p. 476, nota 9.)

> cuja realização seja representada como altamente provável, apenas por tê-lo aceitado, e isto resulte de elementos unívocos, ressalvando-se em tal caso a aplicação de uma atenuante facultativa.[73]

Na *Relazione* da Comissão Pisapia de 19/11/2007,[74] afirma-se no item XII que, inicialmente, a comissão tinha o propósito de excluir textualmente a viabilidade de imputação subjetiva a título de dolo eventual.

Posteriormente, optou por prevê-lo (art. 13, *c*) descartando a adoção de um terceiro critério de imputação subjetiva, postulado por alguns segmentos da doutrina italiana, como o descuido ou a desconsideração (*Recklessness)*, sedimentado instituto do *Common Law* e a "colocação em perigo" (*mise en danger deliberée*) do código penal francês,[75] soluções hoje postuladas por não poucos autores italianos, como antes exposto.

Todavia, a fim de evitar as notadas oscilações jurisprudenciais sobre a matéria, o texto da definição legal do projeto Pisapia

---

[73] Articolo 13 (Dolo, colpa, colpa grave)
1. Prevedere che:
2. [...]:
c) il reato sia doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di un'attenuante facoltativa.

[74] Para as afirmações contidas na *Relazione* expostas *supra*, cf. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Commissione Pisapia*: per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione. Disponível em: *www.Giustizia.it*. Ministero della Giustizia Dettaglio Publicazioni, Studi, Ricerche. Acessado em 12 de outubro de 2009. Para uma visão geral dos aspectos críticos do projeto Pisapia, embora sem deter-se no problema do dolo eventual, cf. ROMANO, Bartolomeo, *La riforma del codice penale nel progetto della comissione Pisapia*, p. 473s.

[75] Sobre a *mise en danger*, prevista no código penal francês, cf. PIN, Xavier. *Droit penal general*. 3ª. ed, Paris: Dalloz, 2009, p. 157-158; e BOULOC, Bernard. *Droit penal general*. 21. ed., Paris: Dalloz, 2009, p. 247-248. Sobre o tema, no direito penal brasileiro, cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do dolo eventual:* entre velhas e novas incertezas. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG, 2010. (Inédito).

exige que o agente represente a realização do fato na forma de "alta probabilidade." Para impedir que o juiz penal possa extrair intuitivamente a aceitação do resultado apenas em vista do estado intelectivo, inseriu-se na fórmula um ulterior elemento indicativo que, a nosso ver, está contido na parte final da alínea *c*, mediante o uso da expressão "e isto resulte de elementos unívocos."

Em relação ao dolo eventual, afirma Giuliano Pisapia:

> Após uma inicial proposta dirigida a excluir taxativamente tal figura, considerando também (mas não apenas) a não unívoca interpretação da jurisprudência (representação como possível, como provável, como altamente provável), prevaleceu a decisão de defini-lo em nível normativo, para colocar fim, tanto quanto possível, às oscilações jurisprudenciais. Como conclusão de um acirrado debate, nos orientamos em favor de uma formulação já feita pelo projeto Grosso, mesmo se com uma significativa especificação dirigida a ancorar a aceitação do fato baseada sobre 'elementos unívocos.'[76]

Ainda sobre a matéria, a *Relazione* (n. XII) ressalta a importância da previsão de uma atenuante facultativa a ser imposta nas hipóteses de dolo eventual, que permite ao juiz abrandar o radicalismo de uma decisão que poderia ser inquietante e complexa, em especial nos casos-limite.

11. À guisa de conclusão

Na realidade, as controvérsias doutrinárias, as oscilações jurisprudenciais e os sucessivos projetos de reforma na Itália demonstram que o dolo eventual é um conceito em crise como, aliás, ocorre na doutrina e na jurisprudência de outros países.

Ainda assim, não obstante todas as críticas que possam ser realizadas, deve-se reconhecer que o dolo eventual é uma realidade jurídica: se o agente tem a consciência da probabilidade de provocar um eventual resultado lesivo para bens jurídicos e, ainda assim, pra-

[76] PISAPIA, Giuliano. La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Comissione ministeriale per una nuova parte generale *In*: *Diritto penale e processo*, p. 566.

tica a conduta, ele quer realizar o tipo.

Embora o conceito seja legitimado na reforma penal, a crítica da doutrina italiana às disposições sobre a matéria, contidas nos diversos projetos, indicam apenas que as "fórmulas definitórias" não têm logrado estabelecer com precisão o traço psicológico do qual se reveste o dolo e, de consequência, deveria revestir também o dolo eventual.

Um traço, no entanto, resta claro em todos os projetos. Procura-se, com efeito, reduzir a abrangência do conceito de dolo eventual, delimitando-se o seu âmbito de aplicação, mediante a formulação de preceitos que o definem, que dispõem sobre a sua incompatibilidade com a tentativa e, até mesmo, estabelece causa geral de diminuição de pena nos casos em que o fato praticado é regido por dolo eventual.

Neste último caso, reconhece-se que o desvalor de ação relativo ao fato-crime cometido mediante dolo eventual é menor que aquele encontrado no fato cometido mediante dolo direto de primeiro e de segundo grau, seja porque no dolo eventual o agente não quer o resultado, seja porque o resultado não é representado como uma conseqüência certa ou segura.

As diversas formulações legais demonstram, ainda, preocupações relativas às dificuldades probatórias sempre enfrentadas na aplicação do dolo eventual e voltadas para a contenção do conceito que, sem dúvida, pode ser facilmente instrumentalizado em prejuízo do acusado.

Terreno fértil para uma aplicação assim orientada são as novas realidades de risco consentido a bens jurídicos que nos apresentam a vida moderna, *e. g.*, trânsito, o vírus da AIDS e seu contágio, produção industrial e lesões a saúde e a vida do trabalhador e ao meio ambiente, etc.[77]

Estas realidades formam um amplo espectro no qual possíveis lesões a bens jurídicos podem ser imputadas a título de dolo eventual em contextos fáticos nos quais seria possível identificar tão somente a culpa consciente.

O dolo eventual, portanto, trata-se de tema atual, cujo de-

[77] Sobre o dolo eventual e as fenomenologias de risco consentido, cf. CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 143s.

bate se impôs na doutrina e nos diversos projetos de reforma italianos por real preocupação de ordem garantista, em especial tendo em vista os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade

Referências

ANGIONI, Francesco. Norme definitorie e progetto di legge delega per un nuovo codice penale. In: AA.VV. *Il diritto penale Alla svolta della fine milenio.* A. c. di Stefano Canestrari. Torino: Giappichelli, 1998.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 16ª. ed., Milano: Giuffrè, 2003.

BATISTA, Nilo,. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECK, Ulrich.*Un mondo a rischio*. Trad. Laura Castoldi. Torino: Einaudi, 2003.

BOULOC, Bernard. *Droit penal general*. 21. ed., Paris: Dalloz, 2009.

CANESTRARI, Stefano. La definizione legale del dolo: il problema del *dolus eventualis*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale.* Milano: Giuffrè, 2001, p. 906-945.

CANESTRARI, *Stefano*. *Dolo eventuale e colpa cosciente:* ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologia delituose. Milano: Giuffrè, 1999.

CURI, Francesca. *Tertium datur*: per una scomposizione tripartita dell'elemento soggetttivo del reato. Milano: Giuffrè, 2003.

DISEGNO di legge n. 2038. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 927-1002.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 2ª. ed., Milano: Giuffrè, 2006.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 5ª. ed. Bologna: Zanichelli, 2008.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legitimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 19-63.

FORTE, Giacommo. Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 228-290.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

GORLA, Gino. Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo. *Il Foro Italiano*. Roma, 1980, p. 11-25.

I LAVORI della commissione ministeriale per la riforma códice penale istituita con D. M. 1º. Ottobre 1998. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* Milano: Giuffrè, 1999, p. 574-696.

ITÁLIA. Leis, decretos, etc. *Codice penale e leggi complementari.* A. c. di Fabrizio Ramacci. Milano: Giuffrè, 2009.

ITALIA. Leis, decretos, etc. *Per un nuovo codice penale*: schema di disegno di legge delega al governo. A. c. di Mario Pisani. Padova: Cedam, 1993.

JESCHECK, Hans Heinrich. Dogmática penale e política criminale nuove in prospettiva comparata. *L'Indice penale*. Trad. Massimo Donini. Padova: Cedam, 1985, p. 507-533.

JESCHECK, Hans-Heinrich; *WEIGEND*, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª. ed. Granada: Colmares, 2002.

MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. Padova: Cedam, 2007, v. 1.

MANNA, Adelmo. Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Itália. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 525-542.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale:* parte generale. 2ª. ed., Padova: Cedam, 2007.

MARINUCCI, Giorgio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* Milano: Giuffrè, 2001, p. 385-418.

MARTINS, Fabiano Augusto. *Do crescimento do direito penal*: medições, análises e a interação entre ciência e política no processo de reforma legislativa. Tese (Doutorado em Ciências Penais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2008, (Inédito).

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. *Commissione Pisapia*: per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione. Disponível em: <www.Giustizia.it.> Ministero della Giustizia Dettaglio Publicazioni, Studi, Ricerche. Acessado em 12 de outubro de 2009.

PAGLIARO, Antonio; ARDIZZONE, Salvatore. *Sommario del diritto penale italiano*: parte generale. 2ª. ed., Milano: Giuffrè, 1996.

PAGLIARO, Antonio. Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale. *In*: *La Giustizia Penale*, Roma, 1993, p. 170-192.

PAGLIARO, Antonio. Il documento della Comissione Grosso sulla riforma de diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 1.184-1.200.

PAGLIARO, Antonio. Il reato nel progetto della Commissione Nordio. *In*: *Cassazione penale*. *Cassazione penale*. Milano, 2005, p. 4-15.

PIN, Xavier. *Droit pénal general.* 3ª. ed., Paris: Dalloz, 2009.

PISAPIA, Giuliano. La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Comissione ministeriale per una nuova parte generale. *Diritto penale e processo*. Milano: Ipsoa, 2007, p. 565-569.

PITA, Ma. del Mar Diaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

PRITTWITZ, Cornellius. Società del rischio e diritto penale. Trad. Valeria Torre. *In:* AA.VV. *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo.* A. c. di Luigi Stortoni e Luigi Forfani. Milano:

Giuffrè, 2004, p. 371-412.

PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventualis*: Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*; parte generale. 4ª. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

RAMACCI, Fabrizio. Riforme e codice. *Diritto Penale e Processo*. Milano: Ipsoa, 2004, p.269-270.

RAMACCI, Fabrizio. I perché del codice che non c'é. *Diritto penale e processo*. Milano: Ipsoa, 2005, p. 929-930.

ROCHEFORT, Juan Ignácio Piña. *La estructura de la teoría del delito en el âmbito jurídico del "common law"*. Granada: Colmares, 2002.

ROMANO, Bartolomeo. La riforma del codice penale nel progetto della comissione Pisapia. In: *Indice penale*. Padova: Cedam, 2008, p. 473-495.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Parte especial do código e parte especial do direito penal: o problema da legislação complementar. In: *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do dolo eventual:* entre velhas e novas incertezas. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG, 2010. (Inédito).

SANCHEZ, Bernardo Feijóo. *El dolo eventual*. Bogotá: Externado de Colômbia, 2004.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *L'espansione del diritto penale*. Tradução de Vicenzo Militello. Milano: Giuffrè, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 64, p. 222-238.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey,

2002.

TENCA, Adrian Marcelo. *Dolo eventual.* Buenos Aires: Astrea, 2010.

VASSALLI, Giuliano. *Riforma del codice penale*: se come e quando. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 10-38.