

# RELEITURA

## compilação de textos para discussão

*Núcleo de Estudos e Pesquisas*

Senado Federal – Coordenação de Edições Técnicas | Ano 4 – nº 6 – janeiro/junho de 2013

**REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E A QUESTÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS:**  
o que a reforma federativa alemã nos tem a dizer

**BIODIESEL E PROPOSTA DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO:**  
obstáculos e desafios

**HÁ EXCESSO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL?**  
Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito

**O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES NOS INCENTIVOS PARA A GESTÃO PÚBLICA**

**ASPECTOS DA MP Nº 592, DE 2012, SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E OUTRAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS NA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL**

**SERVIÇOS E BENS FORNECIDOS PELOS ECOSISTEMAS:**  
conservação da natureza como estratégia de desenvolvimento

**NORMAS GERAIS REVISITADAS:**  
a competência legislativa em matéria ambiental

**LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS:**  
uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal

**APLICAÇÕES EM AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:**  
metodologia e estudos de caso



# RELEITURA

compilação de textos para discussão

*Núcleo de Estudos e Pesquisas*

Senado Federal - Coordenação de Edições Técnicas | Ano 4 - nº 6 - janeiro/junho de 2013



## SENADO FEDERAL

CONSULTORIA LEGISLATIVA  
Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS  
Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:  
conlegestudos@senado.gov.br

URL:  
<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/homeestudoslegislativos>

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal. É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Releitura : compilação de textos para discussão / Senado Federal, Centro de Estudos da Consultoria do Senado. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, Ano 1, n. 1 (jan./jun. 2010)- .  
v. : il. ; 25,5 cm.

Semestral.

Editor: denominação alterada a partir do Ano 2, n. 3 para Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal e a partir do Ano 4, n. 6 para Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa.

ISSN 2179-3158

1. Ciência política – periódico. 2. Ciências Sociais – periódico. 3. Direito – periódico. I. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. II. Brasil. Congresso. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 320

# SUMÁRIO

<b>Repartição de competências legislativas e a questão das normas ambientais: o que a reforma federativa alemã nos tem a dizer</b>	
Renato Monteiro de Rezende .....	05
<b>Biodiesel e proposta de um novo marco regulatório: obstáculos e desafios</b>	
Fernando Lagares Távora .....	43
<b>Há excesso de jurisdição no Brasil? Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito</b>	
Edvaldo Fernandes da Silva .....	81
<b>O papel das instituições nos incentivos para a gestão pública</b>	
Fernando B. Meneguim e Maurício S. Bugarin .....	97
<b>Aspectos da MP nº 592, de 2012, sobre a distribuição de royalties e outras participações governamentais na exploração de petróleo e gás natural</b>	
Paulo Roberto Alonso Viegas .....	121
<b>Serviços e bens fornecidos pelos ecossistemas: conservação da natureza como estratégia de desenvolvimento</b>	
Habib Jorge Fraxe Neto .....	143
<b>Normas gerais revisitadas: a competência legislativa em matéria ambiental</b>	
Renato Monteiro de Rezende .....	163
<b>Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas: uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, "e", da Constituição Federal</b>	
João Trindade Cavalcante Filho .....	217
<b>Aplicações em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de caso</b>	
Fernando B. Meneguim e Igor Vilas Boas de Freitas .....	243







## REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E A QUESTÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS: O QUE A REFORMA FEDERATIVA ALEMÃ NOS TEM A DIZER

Renato Monteiro de Rezende<sup>1</sup>

### Resumo

A Reforma Federativa ocorrida na Alemanha em 2006 promoveu importantes mudanças no esquema de repartição de competências legislativas entre União e Estados. Nesse âmbito, merecem destaque a eliminação das competências para legislação de quadro, a criação das competências de divergência e a significativa redução das matérias cuja regulação, pelo legislador federal, se sujeita à cláusula da imprescindibilidade. A reforma constituiu uma tentativa de remover obstáculos à produção normativa no modelo alemão de federalismo cooperativo, caracterizado pelo poder de veto dos Estados à legislação federal, por meio do Conselho Federal, bem como por uma pouco clara definição dos espaços de atuação dos legisladores federal e estadual em sede de competências concorrentes e de quadro. No tocante a matérias ambientais, antes sujeitas ao regime das competências para legislação de quadro, a reforma abriu caminho para a produção de normas exaustivas e nacionalmente uniformes pela União, facilitando a transposição das directivas europeias para o ordenamento jurídico alemão. Embora nessas matérias seja admitida hoje a legislação estadual divergente, há razões para considerar que os Estados farão uso comedido dessa prerrogativa. Assim, pode-se concluir que o saldo da reforma é positivo para a União, no que concerne ao exercício de competências legislativas sobre questões ambientais.

**Palavras-chave:** federalismo alemão – competências legislativas – meio ambiente.

### Abstract

German Federal Reform occurred in 2006 promoted substantial changes in the scheme whereby legislative powers are distribu-

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

ted between the Federation and the federal states. Particularly remarkable were the abolition of the framework competence, the possibility of concurrent state legislation divergent from federal law, in some subjects, and the significant reduction of matters whose regulation by the federal legislature was bound by the necessity requirement. The reform constituted an attempt to remove obstacles to the legislative decision-making process in the German model of cooperative federalism, marked by a veto power over federal legislation, exercised by states through the Federal Council, and by unclear boundaries of the federal and state legislative powers concerning concurrent and framework competences. In environmental matters, previously subject to the framework legislation, the reform paved the way for enactment of comprehensive and nationally uniform laws by the Federation, thereby making easier the transposition of the European Directives into German law. Although divergent state legislation is allowed, there are reasons to assume that states will use this prerogative moderately. Thus, it is possible to conclude that the balance of the reform is positive to the federal level, in regard to the legislative competences on environmental issues.

**Keywords:** German federalism – legislative competences – environment.

## I. INTRODUÇÃO

É quase um lugar comum, na doutrina constitucional brasileira, dizer-

-se que o esquema de repartição de competências legislativas utilizado na Constituição de 1988 reproduz em grande medida o da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã<sup>2</sup>. Da perspectiva de quem observa dois objetos ao longe, a afirmação soa razoável. O mesmo não se pode dizer da perspectiva de quem os compara de perto, atento aos detalhes.

Embora haja diversos pontos de aproximação entre os dois textos constitucionais, o paralelo está longe de ser perfeito, máxime em sede de competências legislativas concorrentes. As regras de condomínio legislativo previstas no art. 24 da Constituição de 1988 não podem ser equiparadas, sem mais, às das competências para legislação de quadro, de que tratava o art. 75 da Lei Fundamental de Bonn, revogado pela Reforma Constitucional de 2006. Isso porque, se o papel da União em ambos os sistemas jurídicos deveria se limitar à edição de normas gerais, apenas no caso alemão era exigido do ente central, como condição para o exercício da competência legislativa, o atendimento da chamada cláusula da necessidade.

Menos razões ainda haveria para equiparar as competências concorrentes do art. 24 da Constituição brasileira às competências concorrentes do art. 74 da Lei Fundamental, uma vez que, na Alemanha, estas nunca foram pensadas em termos de seg-

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 481. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 481. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

mentação de um campo material, para edição de normas gerais pela União e de normas particularizantes pelos Estados. Sobre as matérias sujeitas à competência concorrente na Lei Fundamental, a União sempre pôde legislar de forma exaustiva, desde que atendido o requisito da necessidade. Antes da Reforma Constitucional de 2006, o exercício da competência concorrente pelo ente central interditava a atuação do legislador estadual. Após a Reforma, passou a valer, no tocante a algumas matérias submetidas à competência concorrente, a regra da prevalência da lei posterior, possibilitando que legislação mais recente de um Estado suspenda a vigência da lei federal em seu território, podendo igualmente uma nova lei federal suspender a vigência daquela lei estadual.

À luz das diferenças apontadas, afirmações apressadas sobre uma equivalência dos modelos alemão e brasileiro de repartição de competências legislativas devem ser lidas *cum grano salis*.

No curso dos trabalhos legislativos envolvendo o projeto do novo Código Florestal, convertido na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, foi uma vez mais reafirmada a semelhança entre os esquemas alemão e brasileiro de repartição de competências por parte de quem advogava uma maior participação dos Estados federados na produção legislativa em matéria ambiental. Nessa linha foi o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal ao projeto. De acordo com o art. 24, VI, da

Constituição brasileira, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

É bem verdade que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão, nas cinco primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental, adotou uma clara postura de *self-restraint* na verificação dos limites da competência legislativa federal concorrente e de quadro, sobretudo no tocante à cláusula da necessidade, o que permitiu, na prática, uma maior aproximação entre os modelos germânico e brasileiro. Tal se deu, contudo, exatamente na linha de fortalecer o raio de ação do legislador da União. Nesse contexto, arguir a semelhança entre os dois modelos teria resultado oposto ao pretendido por quem defende maiores restrições à produção legislativa do Congresso Nacional brasileiro no âmbito das competências concorrentes.

Com a Reforma Constitucional de 1994 e a mudança de postura do TCF, a cláusula da necessidade passou efetivamente a ser aplicada como freio à até então inexorável primazia do legislador federal nas competências concorrentes e de quadro. Na mesma reforma, foi inserido dispositivo na Lei Fundamental estabelecendo que, no âmbito das competências de quadro, apenas excepcionalmente a União poderia editar normas que fossem diretamente aplicáveis, sem intervenção do legislador estadual. Todavia, isso só vem demonstrar que,

mesmo em uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e da Alemanha feita com levando-se em conta o período imediatamente anterior à Reforma Constitucional de 2006, o maior âmbito de atuação do legislador subnacional tedesco se devia a preceitos para os quais não existiam correspondentes Carta de 1988. De resto, se antes de 2006 já era questionável a tão decantada semelhança entre as duas ordens constitucionais, a reforma empreendida na Lei Fundamental de Bonn naquele ano distanciou ainda mais os esquemas de repartição de competências das duas federações.

Nos países que admitem o exercício do poder legiferante sobre uma mesma matéria tanto por parte do ente central quanto dos entes subnacionais, os temas afetos ao meio ambiente estão certamente entre aqueles que mais suscitam questionamento quanto à extensão da competência legislativa da União e dos Estados. Os problemas enfrentados pela Alemanha na normatização do assunto são prova disso. Igualmente indicativo do fenômeno é, no Brasil, o não desprezível número de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais se questiona legislação estadual sob o argumento de invasão de competência da União para dispor sobre normas gerais. Diferentemente, porém, do que se deu na Alemanha nos anos que precederam a Reforma de 2006, o Supremo Tribunal Federal nunca se afastou de sua tradicional postura de reconhecer amplo espaço de ação do legislador nacional no âmbito da legislação concorrente.

Em um contexto no qual a jurisprudência da Suprema Corte brasileira é frequentemente criticada, sob o argumento de que promove uma indevida centralização, estiolando os poderes legislativos estaduais, o exame das recentes alterações na Lei Fundamental germânica pode ser útil para compreender as principais dificuldades advindas da fragmentação normativa, especialmente em questões ambientais. Com efeito, entre os problemas do esquema alemão de repartição de competências que a Reforma Constitucional de 2006 pretendeu equacionar figurou o da necessidade de uniformização legislativa em temas afetos ao meio ambiente. A essa análise se dedica o presente trabalho.

## II. MEIO AMBIENTE E COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NA ALEMANHA

### 1. Traços gerais do esquema de repartição de competências

Nos termos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o Estado alemão constitui uma República Federativa, na qual as competências legislativas são partilhadas pela União (*Bund*) e pelos Estados (*Länder*). O texto original da Constituição previa o seguinte esquema de repartição de competências legislativas:

- 1) competência exclusiva da União (arts. 71 e 73): o tratamento de determinadas matérias era reservado



à lei federal, admitindo-se que os Estados legissem sobre elas apenas e na medida em que fossem para isso expressamente autorizados por lei federal;

- 2) competência concorrente (arts. 72 e 74): sobre determinadas matérias, os Estados poderiam legislar quando a União não fizesse uso de sua competência legislativa, somente sendo permitido o exercício desse poder pela União quando verificada a **necessidade** de regulamentação federal, em virtude de: (i) o assunto não poder ser regulado efetivamente pela legislação de cada Estado; (ii) a regulação do assunto pela lei de um Estado poder prejudicar os interesses de outros Estados ou os interesses gerais; ou (iii) assim o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de cada Estado (art. 72, § 2º);
- 3) competência para legislação de quadro (art. 75): nas mesmas condições definidas no âmbito da competência concorrente para o exercício do poder legiferante pelo ente central, a União poderia editar normas gerais sobre determinadas matérias, sem prejuízo da competência dos Estados para legislar sobre o mesmo assunto, observadas tais normas gerais<sup>3</sup>;

<sup>3</sup> A competência para legislação de quadro remonta, na Alemanha, à Constituição de Weimar, de 1919, que, em seu art. 10, autorizava o *Reich* (ente central) a editar legislação principiológica sobre determinadas matérias, a qual não poderia ser contrariada pela legislação dos *Länder*.

- 4) competência exclusiva dos Estados (art. 70): a competência para legislar sobre as matérias não identificadas, pela Lei Fundamental, como passíveis de regulação pela União, seria dos Estados.

As regras relativas à competência exclusiva da União (arts. 71 e 73) são bastante similares às da competência privativa do art. 22 da Constituição brasileira, o qual prevê, em seu parágrafo único, a possibilidade de o ente central, mediante lei complementar, autorizar os Estados a legislar a respeito de tópicos específicos das matérias sobre as quais cabe à União legislar privativamente. Como no Brasil, as autorizações federais para os Estados legislar sobre assuntos reservados à União dificilmente ocorrem na Alemanha<sup>4</sup>.

Também a regra da competência exclusiva dos Estados (art. 70) pode ser equiparada à da competência remanescente prevista no art. 25, § 1º, da Constituição de 1988, segundo o qual *são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pelo texto constitucional*. Dessarte, compete aos Estados dispor legislativamente sobre todas as matérias que, nos termos da Carta brasileira, não sejam objeto de regulação pela União e pelos Municípios.

Diferentemente do que a Lei Fundamental estipulava para a legislação de quadro, a União poderia regular inteira e minuciosamente um assun-

<sup>4</sup> Cf.: KUSTER, Bernd. *Case Study Germany: How did Germany disentangle competences?* Disponível em: <http://www.riformeistituzionali.it/media/72084/kuster.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

to quando estivesse no exercício da competência concorrente. Esta somente se sujeitava à comprovação das condições habilitantes da edição de lei federal, o que se convencionou chamar de **cláusula da necessidade** (*Bedürfnisklausel*). Em sede de legislação de quadro, ao contrário, além da sujeição à cláusula da necessidade, a competência da União era limitada ao estabelecimento de normas gerais, da moldura normativa dentro da qual os Estados editariam suas próprias leis.

No esquema anteriormente traçado, o que mais se poderia assemelhar às competências concorrentes da Constituição de 1988 seriam as competências para legislação de quadro<sup>5</sup>. No âmbito das competências concorrentes previstas no art. 24 da Carta brasileira, o exercício da competência legislativa pela União não se sujeita a condição alguma exceto a de restringir-se à estipulação de normas gerais. O que sejam normas gerais permanece um ponto ainda sujeito a controvérsias, havendo quem as circunscreva a princípios e diretrizes de elevado grau de abstração e quem admita possam elas regular um dado

campo material em maiores detalhes, para assegurar a obediência a valores protegidos constitucionalmente. O que não se disputa é a legitimidade da União para aprovar legislação principiológica ou de diretrizes nacionais, bastando que a norma se revista de tais características para que o legislador nacional possa editá-la.

Na Alemanha, ao contrário, o exercício, pela União, das competências de quadro sempre esteve condicionado à observância do requisito da necessidade (mesmo na enunciação de princípios ou normas com maior grau de abstração), muito embora a prática constitucional se encaminhasse no sentido de uma exegese amplíssima das situações autorizadoras da produção legislativa federal ou mesmo de impossibilidade de controle judicial dessa questão. As semelhanças entre os dois sistemas jurídicos, nesse ponto, resultou muito mais de um viés interpretativo do TCF alemão do que da similitude dos textos das duas constituições.

Outro ponto distintivo refere-se às competências ditas concorrentes na Lei Fundamental de Bonn, cujo regime é bastante diverso das já mencionadas competências concorrentes da Constituição brasileira. No Brasil, as normas do art. 24 da Constituição de 1988 têm sido entendidas como estabelecidas de uma divisão de tarefas entre os legisladores nacional e estaduais dentro de um mesmo campo temático, permitindo, assim, sua atuação concomitante, com a edição de normas gerais pela União e normas particularizantes pelos Estados.

<sup>5</sup> Na verdade, além do esquema básico de repartição de competências anteriormente indicado, a Lei Fundamental previu, em seus arts. 91<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, e 109, § 3<sup>o</sup>, a *Grundsatzgesetzgebung des Bundes* (legislação principiológica da Federação), uma variedade de competência legislativa da União para o estabelecimento de princípios gerais não vinculada à cláusula da necessidade. O âmbito material dessa competência é mais restrito. Abrange as tarefas comuns da União e dos Estados (ampliação e construção de escolas superiores, melhoria das estruturas agrária e econômica geral, e proteção costeira) e o Direito Orçamentário. Assim, a rigor, haja vista a inexistência de condições habilitantes para o exercício dessa competência pela União, a *Grundsatzgesetzgebung des Bundes* pode ser identificada como o que há de mais próximo à competência para edição de normas gerais prevista na Constituição brasileira.

Já na Alemanha, em sede competências concorrentes e presente o requisito da necessidade, a União tinha ampla disposição sobre a matéria a ser regulada, podendo esgotar a normatização de todo o tema, hipótese em que a atuação do legislador estadual se via bloqueada. E a interpretação dominante era de que esse efeito bloqueador (*Sperrwirkung*) da legislação estadual se produzia desde o momento em que a União, ao iniciar o processo legislativo para regulação de uma dada matéria, resolvesse fazer uso de sua competência<sup>6</sup>.

A cláusula de necessidade deveria constituir a garantia de vigência do princípio da subsidiariedade na Federação alemã. As matérias sujeitas à competência concorrente deveriam, como regra, ser objeto de regulação por parte dos Estados. No entanto, em face do aludido viés exegético do TCF, o que se deu na prática foi algo bem diverso. Já nas primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental, o Tribunal adotou uma postura demissiva quanto ao controle das condições sob as quais era franqueado à União legislar, ao entender que questões envolvendo o atendimento, pela

lei federal, da cláusula da necessidade não estavam, em princípio, sujeitas ao seu escrutínio<sup>7</sup>. Em diversas oportunidades, a Corte também reconheceu a existência de competências implícitas ou não escritas da União, em matérias cujo tratamento se revelava essencial para que a regulação de outras expressamente entregues à disciplina federal, dada a conexão existente entre elas.

Ao uso exaustivo, pela União, de suas competências legislativas, somava-se um cenário no qual sucessivas alterações na Lei Fundamental eram aprovadas para aumentar o rol de matérias de competência federal, levando a uma hiperatividade do Poder Legislativo da União, em detrimento

<sup>7</sup> Nesse sentido, a decisão de 1953 no caso *Straffreiheitsgesetz* (BVerfGE 2, 213), na qual a Corte afirmou claramente que a questão a respeito da necessidade de regulação federal de determinada matéria sujeita à competência concorrente está entregue à discricção do legislador federal, não sendo objeto de investigação pelo Tribunal. O mesmo posicionamento foi adotado em vários outros julgados. No caso *Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen* (BVerfGE 4, 115), a Corte acentuou a diferença entre as competências da União para legislação de quadro e concorrente, afirmando que: (i) a segunda permitia normatização exaustiva pelo legislador federal; (ii) diferentemente do que se passava em relação às condições fáticas de atendimento da cláusula da necessidade, não sujeitas a investigação pelo Tribunal, a este era dado examinar se, em relação às matérias do art. 75 da Lei Fundamental, a União teria se limitado a editar previsões-quadro, não exaustivas. Também no caso *Eisenbahnkreuzungsgesetz* (BVerfGE 26, 338) restou assentado que "a decisão sobre se é necessária legislação federal cabe, em princípio, ao legislador federal. Ele toma uma decisão política prévia, em especial para a questão sobre se os requisitos do art. 72, § 2º, nº 3, da Lei Fundamental se verificam, decisão essa que o Tribunal Constitucional Federal deve, em princípio, respeitar. Tendo o legislador federal afirmado a necessidade de regulação por lei federal, está o Tribunal, em seu exame, limitado a verificar se o legislador, em princípio, interpretou corretamente os termos utilizados pelo art. 72, § 2º, da Lei Fundamental e se manteve, desse modo, no âmbito indicado". Assim, na visão do TCF, o juízo sobre a verificação, em concreto, das condições estabelecidas na cláusula da necessidade constituía questão política que não escapava ao controle de constitucionalidade.

<sup>6</sup> Cf. ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 75, set/dez 2005, p. 293-4. Como se verá adiante, com a Reforma Constitucional de 1994, esse efeito bloqueador passou a valer somente após a entrada em vigor de legislação federal. Foi ele mantido pela Reforma Constitucional de 2006, a despeito de a competência concorrente ter sido desmembrada em três diferentes modalidades. Mesmo no caso da então criada competência concorrente de divergência, não se tem a vigência concomitante de legislação federal e estadual sobre a mesma matéria. Eliminou-se a primazia absoluta de uma legislação sobre outra, sem no entanto admitir-se a eficácia simultânea das duas legislações, elegendo-se o critério da *lex posterior* como definidor da lei vigente em cada momento.

dos Estados<sup>8</sup>. Esse processo de concentração de competências no ente central, associado que é às transformações que levaram ao surgimento do Estado Social, precede inclusive a Lei Fundamental, podendo ser observado mesmo nos tempos do Império (1871-1918)<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. The Federal Legislative Competence of "Divergent State Legislation" and the Enactment of a Federal Environmental Code in Germany. In: *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 4, n<sup>o</sup> 3, 2007, p. 183. Essa tendência talvez tenha chegado ao paroxismo na Lei de Revisão Constitucional n<sup>o</sup> 28, de 1971, que introduziu o art. 74<sup>a</sup> na Lei Fundamental, estendendo o âmbito da competência concorrente à disciplina das remunerações e da previdência social dos servidores públicos estaduais, alguns dos temas mais representativos da autonomia dos membros de uma Federação. Com isso, a União, que já podia editar leis de quadro sobre o regime jurídico dos servidores públicos estaduais e municipais (art. 75, § 1<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, da Lei Fundamental), foi autorizada a regular a própria remuneração dos servidores dos Estados. Essa situação foi parcialmente revertida pela Lei de Revisão Constitucional n<sup>o</sup> 52, de 2006.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, observou Hesse que o círculo de competências dos Estados "foi diminuindo constantemente desde a fundação do Império. Já sua história mostra um crescimento das competências do *Reich*, processo que se reforçou na República de Weimar. Hoje, o círculo de competências que por sua natureza poderiam realizar-se melhor no âmbito dos Estados se diluiu. O peso ascendente da técnica, da economia e da comunicação, a crescente interconexão e interdependência da vida social e econômica, assim como o incremento das tarefas de planificação e direção, em síntese, o desenvolvimento do Estado social de Direito requer unidade e igualdade, necessidade que se reforçou após a catástrofe de 1945" (HESSE, Konrad. El Estado federal unitário. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n<sup>o</sup> 6, jul/dez 2006, p. 436). Esse conjunto de transformações, que inclui uma mudança na própria consciência coletiva, traduzida na ideia de um "destino nacional comum" e na "preferência pela igualdade e pelo tom único, com a intenção de garantir processos claros e sem dificuldades", levou Hesse a referir-se à Alemanha de 1962 (ano da publicação original do texto) como um "Estado federal unitário". A prevalência da ideia de um destino nacional comum sobre particularismos de nível estadual transparece ainda hoje, como demonstra pesquisa de opinião realizada em 2007 pela Bertelsmann Stiftung. Foram estas as respostas à pergunta sobre a que âmbito os entrevistados se sentiam, em maior medida, pertencentes: 39% à sua cidade; 32% à Alemanha; 14% à Europa; 11% ao seu *Land*; 4% a outros âmbitos ou a nenhum. Na mesma enquête, 25% dos entrevistados responderam afirmativamente à pergunta sobre se era desnecessária a existência dos *Länder*, tendo em vista que as principais questões encontram resposta no âmbito nacional e da União Europeia. Ademais, 85%

No pós-guerra, uma compensação a esse movimento veio pelo aumento das matérias sujeitas à aprovação do *Bundesrat* (Conselho Federal). Juntamente com o *Bundestag* (Câmara dos Deputados), o *Bundesrat* integra o Poder Legislativo Federal. Entretanto, diferentemente do Senado Federal brasileiro, o *Bundesrat* é composto por representantes dos Estados designados pelos respectivos governos (não eleitos pelo povo, portanto).

A influência, no plano federal, dos interesses do Poder Executivo dos Estados é bastante sensível no modelo de organização do Estado alemão. Parte das leis federais depende de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat* (as chamadas *Zustimmungsgesetze*). O restante pode ser objeto de veto por esse órgão, mas passível de superação, pois é dado ao *Bundestag* derubá-lo, se reunir quórum suficiente para tanto. Assim, projetos que não sejam do interesse da maioria dos Estados podem ser arquivados definitivamente, se: (i) versando sobre matéria que demanda aprovação pela maioria do *Bundesrat*, não lograrem apoio suficiente naquela Casa; ou (ii) versando sobre matéria que não de-

defenderam a manutenção de uma uniformidade tributária no país. E, a despeito de, como consequência da Reforma Constitucional de 2006, a competência em matéria de educação ter restado quase que integralmente nas mãos dos *Länder*, 91% dos entrevistados foram da opinião de que compete à União assegurar padrões educacionais equivalentes em todo o território nacional. (BERTELSMANN STIFUNG. *Bürger und Föderalismus: eine Umfrage zur Rolle der Bundesländer*. Disponível em: [http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms\\_bst\\_dms\\_23798\\_23799\\_2.pdf](http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_23798_23799_2.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012. Ajuda a explicar o fraco sentimento de identidade da população com seu próprio Estado a forma, em muitos casos artificial, de criação e estabelecimento de fronteiras entre os *Länder* após a derrota na Segunda Guerra Mundial.

pende do assentimento da maioria do *Bundesrat*, forem por ele vetados, e o *Bundestag* não reunir quórum suficiente para derrubar o veto<sup>10</sup>.

O processo de aumento da influência do *Bundesrat* na legislação federal, como contrapeso à redução dos espaços de atuação do legislador estadual, era visto como mecanismo de fortalecimento do federalismo. Esse diagnóstico, porém, se revelava em parte equivocado, pois, como assinala Grimm, o poder de veto do *Bundesrat* não produzia como resultado a preservação ou o aumento da autonomia dos Estados e da variedade regional, mas apenas *um aumento da influência dos Estados sobre a política da União*<sup>11</sup>.

Prova da importância do *Bundesrat* no processo legislativo federal é que, até poucos anos atrás, o percentual anual de leis promulgadas dependentes de aprovação da maioria absoluta daquela Casa variava entre 50 e 60% do total de leis federais. Isso se dava em razão sobretudo do grande número de leis federais contendo disposições reguladoras da organização

administrativa dos *Länder* ou de procedimentos administrativos a serem por eles adotados<sup>12</sup>.

As tarefas executivas de implementação das leis federais constituem, nos termos do art. 84, § 1º, da Lei Fundamental, competência dos Estados, a quem incumbe, em princípio, também a edição de decretos regulamentares de tais leis. Entretanto, o mesmo dispositivo admitiu que as leis federais, desde que aprovadas pela maioria absoluta do *Bundesrat*, contivessem disposições sobre organização e procedimentos administrativos<sup>13</sup>. E,

<sup>12</sup> Cf.: GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006, p. 8. **Sob esse ponto de vista, o federalismo germânico se revelava até mais centrípeto que o brasileiro, pois, a despeito da amplitude conferida à competência da União para editar normas gerais, no âmbito das competências concorrentes, a matéria referente à organização administrativa dos entes subnacionais sempre foi vista no Brasil como alheia ao campo de atuação do legislador de normas gerais e como clara expressão da autonomia dos Estados e Municípios.**

<sup>13</sup> Se, no plano teórico, poder-se-ia conceber, para dispensar a chancela do *Bundesrat*, que a lei federal regulasse apenas o Direito material, deixando a cargo dos *Länder*, a regulação procedimental, a realidade se afastou dessa solução, e o legislador federal sempre foi pródigo na disciplina de organização e procedimento. O processo de unitarização nesse âmbito segue as mesmas linhas com que Hesse justifica a predominância da legislação federal. Segundo o jurista, seja porque a atividade administrativa dos *Länder* consiste, em grande medida, na execução de leis federais, seja pela tendência do legislador a restringir o espaço de discricionariedade da Administração, seja em virtude da missão constitucional de assegurar a igualdade de condições de vida a todos os alemães, o legislador federal não se inibiu na regulação de aspectos organizacionais e procedimentais. A indicar que a uniformização, mais do que o resultado de investidas da União sobre os Estados, constituía uma ideia guia do sistema político constitucional, Hesse observa que ela era perseguida mesmo naqueles espaços nos quais os *Länder* gozavam de maior autonomia, mediante mecanismos de coordenação voluntária, como os convênios (HESSE, *op. cit.*, p. 442). Os desdobramentos da reforma constitucional de 2006, adiante comentada, também revelam essa tendência, com o recurso a ações coordenadas horizontalmente pelos Estados (como as conferências de Ministros dos *Länder*), em matérias nas quais a competência legislativa estadual foi ampliada (AUER, Katrin. Still no

<sup>10</sup> Projetos sobre temas que afetam mais diretamente os interesses dos Estados necessitam do assentimento do *Bundesrat*, pela maioria absoluta de seus membros. Em relação a outros temas, podemos ter as seguintes situações: (i) se a maioria da Casa opuser veto ao projeto, este somente se converterá em lei se, pelo voto da maioria dos presentes, o *Bundestag* derrubar o veto; e (ii) se dois terços dos membros do *Bundesrat* se opuserem ao projeto, o veto somente cairá se, presente a maioria absoluta dos membros do *Bundestag*, dois terços dos participantes da votação derrubarem o veto do *Bundesrat* (art. 77, § 4º, da Lei Fundamental). A representação dos Estados no *Bundesrat* não é paritária, variando de 3 a 6 representantes por Estado, conforme o tamanho da população. Ademais, os votos de cada Estado são dados por unanimidade (art. 51 da Lei Fundamental).

<sup>11</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 128.



de acordo com a prática legislativa e com a própria jurisprudência do TCF, essa exigência valia mesmo quando tais disposições tivessem um caráter secundário e marginal no texto como um todo<sup>14</sup>. Mais que isso: eventuais alterações nessas leis, ainda que não se referissem aos dispositivos sobre organização e procedimento, exigiam também a aprovação do *Bundesrat*.

Em seu art. 80, § 2º, a Lei Fundamental admitiu, igualmente, a edição, pelo Poder Executivo Federal, de regulamentos das leis federais executadas pelos *Länder*, desde que aprovados pelo *Bundesrat*. Desse modo, a atividade normativa federal, seja por meio de lei, seja por regulamento, quando envolvesse organização e procedimentos administrativos a serem observados pelos Estados, sujeitava-se à chancela do *Bundesrat*.

O modelo de federalismo que se desenvolveu na Alemanha do pós-guerra caracterizou-se, pois, por uma concentração da atividade legislativa no ente central e da atividade executiva nos Estados. A diminuição da importância dos legislativos estaduais na produção normativa foi contrabalançada pela influência dos executivos estaduais, através do *Bundesrat*, no processo legislativo federal. Em razão desse esquema de divisão de tarefas, cunharam-se os termos “federalismo de cooperação” e “federalismo executivo” para designar o modelo de organização do Estado alemão. Problemas

de funcionamento desse sistema não tardaram muito a ser identificados e o seu recrudescimento tornou inevitável, como se verá mais à frente, uma reforma federativa.

## 2. As competências legislativas em matéria ambiental

No tocante ao meio ambiente, um dever constitucional de proteção, como tarefa expressamente atribuída ao Poder Público, somente foi introduzido na Lei Fundamental em 1994, pela Lei de Revisão Constitucional nº 42, em norma mais tarde alterada pela Lei de Revisão Constitucional nº 50, de 2002. De acordo com a redação vigente do art. 20ª da Lei Fundamental, *o Estado protegerá, levando em conta também a sua responsabilidade para com as gerações futuras, os recursos naturais vitais e os animais, dentro do marco da ordem constitucional, através da legislação e, nos termos da lei e do Direito, mediante os poderes executivo e judiciário*. Sem embargo disso, o meio ambiente, como matéria sujeita à regulação por lei, já figurava na Lei Fundamental desde a sua promulgação.

A Constituição alemã optou por tratar de forma fragmentada as competências legislativas a respeito do meio ambiente. Em lugar de reunir em uma única rubrica a matéria, relacionou diversos subtemas ambientais, submetendo-os às regras de repartição de competência anteriormente descritas. Foram classificados como matéria sujeita à competência con-

exit from de joint decision trap: the German Federal Reform(s). In: *German Politics*. Vol. 17, nº 4, dez 2008, p. 428).

<sup>14</sup> Decisão no caso *Preisgesetz* (BVerfGE 8, 274).

corrente (art. 74 § 1º, nºs 11, 11ª, 17, 20 e 24): minas e energia (incluídas como tópicos do Direito Econômico); a produção e o uso da energia nuclear, bem como a proteção contra os seus riscos; o fomento à produção agrícola e florestal, a garantia da alimentação, a importação e exportação de produtos agrícolas e florestais, a pesca costeira, a de alto mar e a defesa costeira; o Direito dos produtos alimentícios e estimulantes, bem como de artigos de consumo, rações, sementes e plantas agrícolas e florestais, a proteção de árvores e plantas contra enfermidades e pragas, e a proteção de animais; a eliminação do lixo e o combate à poluição, inclusive sonora<sup>15</sup>. Ademais, a Lei Fundamental classificou como matéria passível de legislação de quadro (art. 75 § 1º, nºs 3 e 4): a caça, a proteção da natureza e a preservação da paisagem; a distribuição de terras, a ordenação territorial e o gerenciamento de recursos hídricos.

Diversos assuntos relevantes, mas não expressamente citados no texto constitucional, foram considerados pela União, à medida que surgia necessidade de sua regulação jurídica, como incluídos na competência concorrente para legislar sobre Direito Econômico (art. 74, § 1º, nº 11), entre eles as mudanças climáticas, as energias renováveis e a segurança de produtos químicos<sup>16</sup>. Assim, mesmo

antes da alteração constitucional de 1972, que incluiu o combate à poluição como matéria de competência concorrente, a União já legislava sobre o tema, com invocação de sua competência para regular assuntos econômicos, tendo a lei de controle da poluição atmosférica (*Luftreinhaltegesetz*), de 1959, sido uma das primeiras iniciativas legislativas do governo federal no pós-guerra em matéria de meio ambiente.

A opção pelo tratamento fragmentado do tema deu margem a dúvidas de interpretação e dificuldades quanto à classificação de certas matérias como objeto de competência concorrente ou para legislação de quadro. Esse é, na verdade, um problema comum às federações em geral, sobretudo em assuntos que não comportam definição estanque. O caso do meio ambiente é típico, seja de uma perspectiva interna desse campo temático (dadas as afinidades e fronteiras não muito nítidas entre suas diversas subáreas), seja de uma perspectiva externa (dadas as interrelações existentes entre o meio ambiente e outros âmbitos de legislação, como a saúde e a economia).

Além disso, como acontecia com outras matérias, no uso de sua competência, a União tendeu a editar normas exaustivas, pouco espaço dando para a atuação dos Estados<sup>17</sup>. Isso não

<sup>15</sup> A competência sobre energia nuclear foi introduzida pela Lei de Revisão Constitucional nº 10, de 1959. A proteção aos animais foi acrescentada pela Lei de Revisão Constitucional nº 29, de 1971. A eliminação do lixo e o combate à poluição foram adicionados pela Lei de Revisão Constitucional nº 30, de 1972.

<sup>16</sup> VIDA, María Ángeles Martín. La reforma del federalismo alemán. Cambios em el reparto material de

competencias entre la federación y los Länder. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, p. 170.

<sup>17</sup> A jurisprudência do TCF também era complacente em relação a isso, ao entender possível que o legislador federal aprovasse, a respeito de determinadas partes de uma matéria sujeita à competência de quadro, normas detalhistas e de incidência direta

ocorria necessariamente no plano legal. O mais usual era a lei da União conferir ao Executivo federal poderes para expedir regulamentos (*Verordnungen*) e prescrições administrativas (*Verwaltungsvorschriften*), detalhistas e vinculantes para os Estados, sujeitas à aprovação do *Bundesrat*<sup>18</sup>.

### 3. Fatores desencadeantes da Reforma Constitucional de 2006

O modelo federativo adotado pela Alemanha foi se tornando, com o passar dos anos, marcadamente disfuncional. Ainda na década de 1970, Fritz Scharpf, ao investigar as relações entre os diversos atores políticos na federação alemã, aludiu à armadilha da “interdependência

política” (*Politikverflechtung*), para caracterizar uma situação em que *as estruturas de decisão conjunta tendem a produzir resultados subótimos e inadequados, ao mesmo tempo em que apresentam grandes dificuldades de ser reformadas, devido ao autointeresse institucional dos atores envolvidos*<sup>19</sup>.

Se, por um lado, o problema da delimitação dos espaços de atuação legislativa federal e estadual praticamente não se colocava em um cenário de exercício amplo e incontestado de competências legislativas pela União<sup>20</sup>, por outro, o processo legislativo federal favorecia o surgimento de situações de impasse no *Bundesrat*, sobretudo quando a maioria dos Estados era governada pelos partidos de oposição no plano federal. Nesse caso, as chances de o Poder Executivo Federal ver travados seus planos de governo eram elevadas quando eles envolvessem medidas legislativas dependentes da aprovação da maioria do *Bundesrat*. O poder de veto legislativo absoluto concedido a esse órgão foi inicialmente imaginado como um mecanismo de intervenção dos Estados no processo legislativo da União em matérias que pudessem afetar diretamente os seus interesses. O substancial aumento das matérias objeto das *Zustimmungsgesetze* teve, porém, o efeito adverso de permitir que aquele recurso fosse utilizado

sobre as relações jurídicas, sem a intermediação do legislador estadual. Nesse sentido a decisão no caso *Numerus Clausus II* (BVerfGE 43, 291). No Direito Ambiental, normas com tais características foram adotadas, por exemplo, nas leis federais sobre a caça, o gerenciamento de recursos hídricos e de proteção à natureza (cf.: KRELL, Andreas Joachim. A constitucionalidade da regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107/05) por decreto presidencial. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 5, jan/mar 2007, p. 351). Como afirmou ironicamente Peter Huber, no uso de sua competência, a União produzia molduras tão largas, que se tornava mesmo difícil enxergar a pintura (cf.: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform*. 12. Sitzung - *Stenografischer Bericht*, p. 8. Disponível em: [http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus\\_01\\_Protokoll\\_Allgemeiner\\_Teil.pdf](http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_01_Protokoll_Allgemeiner_Teil.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012).

<sup>18</sup> JARASS, Hans D.; DIMENTO, Joseph. Through comparative Lawyers' Goggles: a primer on German Environmental Law. In: *The Georgetown International Environmental Law Review*. Vol. 6, nº 47, 1993, p. 53. A Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, que alterou o art. 72, § 1º, da Lei Fundamental, conteve isso, ao dispor que, no plano das competências concorrentes, os Estados poderiam legislar se e na medida em que a União ainda não tivesse feito uso, mediante lei, de sua competência legislativa.

<sup>19</sup> AUDEL, Katrin. *Op. cit.*, p. 425.

<sup>20</sup> Ou, quando se colocava, isso ocorria em um cenário de invalidação de leis estaduais que dispusessem de forma diversa da regulação federal, reforçando, pois, a posição de proeminência da União, sintetizada no princípio do art. 31 da Lei Fundamental, segundo o qual *Bundesrecht bricht Landesrecht* (o direito federal invalida o direito estadual).

em larga escala, não apenas para a defesa dos interesses estaduais, mas também como *instrumento de bloqueio da política da União na mão da oposição*<sup>21</sup>, quando as forças políticas majoritárias no *Bundestag* não detivessem a maioria dos governos estaduais.

Ao lado disso, havia, da parte dos *Länder* mais ricos, um pleito pela ampliação de suas competências legislativas. Para eles, o poder de veto do *Bundesrat*, contrapeso à diminuição das competências legislativas estaduais, perdeu muito de seu atrativo após a reunificação alemã, quando os seis Estados da ex-Alemanha Oriental passaram a ser representados no *Bundesrat*, diluindo o poder dos mais ricos<sup>22</sup>. No entanto, a despeito de desagradar os diversos atores do processo, esse modelo era de difícil reforma, pois nenhum deles estava disposto a abrir mão de suas posições, o que obstaculizava qualquer tentativa de mudança.

Com o objetivo de frear o movimento de centralização legislativa, a Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, promoveu algumas alterações nas regras de repartição de competências federativas. No que concerne ao meio

ambiente, a distribuição anterior foi mantida. Ocorreram mudanças, porém, no tratamento dado às competências concorrentes e de legislação de quadro. As condições anteriores para a edição de lei federal sobre as matérias objeto dessas competências foram substituídas pela previsão de que a União teria o direito de legislar nesse âmbito se e na medida em que se fizesse *indispensável uma regulação mediante lei federal, no interesse do Estado como um todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida, ou a preservação da unidade jurídica ou econômica no território nacional* (a nova cláusula da imprescindibilidade<sup>23</sup>, art. 72, § 2º, da Lei Fundamental).

Em lugar da referência à necessidade de preservar *condições uniformes de vida* no território nacional, o texto

<sup>23</sup> A redação anterior do art. 72, § 2º, aludia à necessidade de regulação por lei federal (*Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung*). O texto resultante da Reforma de 1994, de seu turno, referiu-se a condições que tornassem indispensável a regulação por lei federal (... *eine bundesgesetzlicher Regelung erforderlich macht*). Conquanto se possa usar o termo *necessidade* na tradução para o português de *Bedürfnis* e *Erforderlichkeit*, optamos, por identificar a nova regra contida no texto alterado da Lei Fundamental como cláusula da imprescindibilidade. *Erforderlichkeit* denota algo que é obrigatório, indispensável, imperativo, inevitável, imprescindível. Como se verá adiante, à luz da nova cláusula, o TCF passou a se pronunciar sobre a verificação em concreto das condições para o exercício da competência concorrente pela União. Determinante para isso também foi a inclusão, pela Lei de Revisão nº 42, de 1994, do nº 2º no § 1º do art. 93 da Lei Fundamental, tornando expressa a competência do TCF para decidir sobre o atendimento, pela lei federal, das condições estabelecidas no art. 72, § 2º. Em face disso, acompanhando Beatriz Horbach, optamos por usar expressões distintas, aludindo à cláusula da necessidade, para designar a regra do art. 72, § 2º, anterior à Reforma de 1994, e à cláusula da imprescindibilidade, para a redação originada da Reforma. (HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, nº 62, jan. 2008, p. 307).

<sup>21</sup> GRIMM, Dieter. *Op. cit.*, p. 129. Como os votos de cada representação estadual são dados por unanimidade, a situação se tornava ainda mais complexa quando se tratasse de Estados governados por uma coalizão de partidos. Os acordos para formação de maioria parlamentar nos Estados podiam envolver negociações quanto ao posicionamento do *Land* no *Bundesrat*, nas quais o partido menor da coalizão condicionasse o seu apoio à abstenção dos representantes estaduais no *Bundesrat*, na votação de questões que lhe fossem sensíveis. Nessas condições, somente a muito custo poderia ser reunida maioria suficiente para aprovação de uma *Zustimmungsgesetz*.

<sup>22</sup> AUER, Katrin. *Op. cit.*, p. 432.

reformado aludiu ao estabelecimento de *condições equivalentes*, o que, em si, já reduzia os poderes do legislador federal, na medida em que equivalência não se confunde com identidade ou homogeneidade, tampouco seu atingimento pressupõe necessariamente a uniformidade legislativa<sup>24</sup>.

Ainda por força da Reforma, o efeito bloqueador da legislação estadual, produzido pela atuação do legislador federal em sede de competências concorrentes, passou a valer somente após a entrada em vigor da lei federal. E quando a regulação federal não mais se fizesse necessária, o legislador federal poderia autorizar os Estados a produzir sua própria legislação, substitutiva da federal (art. 72, § 3º, da Lei Fundamental).

Quanto à competência para legislação de quadro, a nova redação da Lei Fundamental determinou que *somente em circunstâncias excepcionais a lei federal poderia conter disposições detalhadas ou diretamente aplicáveis* (art. 75, § 2º). Ademais, editada a lei federal, os Estados deveriam adotar, dentro do razoável prazo nela previsto, suas próprias leis desenvolvidoras das normas gerais (art. 75, § 3º).

A mudança no texto da Lei da Fundamental não foi acompanhada imediatamente de uma mudança no plano fático. Como regra, a União continuou a legislar com desenvoltura sobre matérias de competência concorrente e de legislação de quadro, sem que houvesse, da parte dos

Estados, um movimento intenso de contestação judicial das investidas do legislador federal. E, quando este freava sua tendência à regulação exaustiva em temas também sujeitos à disciplina do Direito Comunitário, a inação dos Estados no cumprimento das directivas europeias resultava em ações de descumprimento intentadas pela Comissão Europeia contra a Alemanha<sup>25</sup>.

Nos anos 2000, se as tentativas de alteração do sistema pareciam fadadas ao fracasso, dada a pouca disposição dos atores em fazer concessões, uma mudança substantiva e inesperada da jurisprudência do TCF serviu como mola propulsora da reforma federativa<sup>26</sup>. O Tribunal passou a declarar inconstitucionais leis federais editadas com base nas competências concorrente e de legislação de quadro, mas que, na visão da Corte, não se revelavam necessárias, no sentido do art. 72, § 2º, da Lei Fundamental.

Na decisão que inaugurou esse novo entendimento (*Altenpflegegesetz*, BVerfGE 106, 62), de 2002, o TCF, em-

<sup>25</sup> Exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça Europeu, no caso C-297/95, Comissão v. Alemanha [1996]. Nele se discutiu a ausência de transposição para o ordenamento jurídico tedesco, no prazo determinado, da Directiva sobre o tratamento de águas residuais urbanas (Directiva nº 91/271/CEE). Na defesa, o Governo federal alemão argumentou que a competência para a transposição, em vista do distribuição de competências legislativas do país, era dos *Länder*. A Corte rejeitou essa justificativa, deixando claro que *um Estado-membro [da União Europeia] não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar o não-respeito das obrigações e prazos fixados por uma directiva*.

<sup>26</sup> Os prognósticos da doutrina eram cétricos quanto a uma virada jurisprudencial. Cf.: FROMONT, Michel. République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2002. In: *Revue du Droit Public*, tomo 25, nº 4, jul/ago 2004, p. 1147. Ver também: ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>24</sup> Cf.: ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. *Op. cit.*, p. 295.



bora tenha considerado constitucional a maior parte dos dispositivos da lei federal que regulamentava a profissão de cuidador de idosos, afirmou que o atendimento das condições da cláusula da imprescindibilidade se submetia a seu exame, bem como fixou as bases para a interpretação dos requisitos constantes do art. 72, § 2º, da Lei Fundamental<sup>27</sup>. Assentou que a simples edição de lei federal que promovesse a melhoria das condições de vida de maneira uniforme em todo o território nacional não legitimaria o exercício da competência legislativa concorrente pela União, com base no requisito da necessidade de *estabelecimento de condições equivalentes de vida*. A ameaça a bem jurídico tutelado constitucionalmente e justificadora de intervenção legislativa da União somente se verificaria quando se demonstrasse que as condições de vida nos Estados teriam se desenvolvido substancialmente de forma diferente, debilitando as estruturas sociais, ou se se encaminhassem concretamente nessa direção.

Quanto ao requisito da preservação da unidade jurídica, a Corte, na mesma decisão, ao observar que a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos parciais compõe

a própria arquitetura de um Estado federal, concluiu não constituir justificativa para o exercício da competência legislativa concorrente pela União o simples fato de os Estados regularem de maneira diferenciada uma mesma matéria. Legislação federal uniforme somente atenderia a exigência do art. 72, § 2º, quando a diversidade de legislações acarretasse uma fragmentação jurídica com consequências problemáticas e intoleráveis tanto para a Federação como um todo quanto para os próprios Estados individualmente considerados, que ameaçasse a manutenção de uma comunidade jurídica funcional. Isso ocorreria *quando o tratamento jurídico diferenciado de uma mesma situação de fato pudesse produzir substancial insegurança jurídica e com ela obstáculos inaceitáveis às relações jurídicas de alcance interestadual*.

Já quanto ao requisito da preservação da unidade econômica, a Corte assinalou que o interesse da União no uso da competência legislativa concorrente seria legítimo apenas quando necessária uma regulação nacional de determinado tema para manter o funcionamento do espaço econômico dentro da República Federal, impedindo os impactos econômicos ameaçadores ou desarrazados provocados pela multiplicidade de legislações. Como observou o TCF, a diversidade de legislações estaduais pode *criar barreiras ou obstáculos ao intercâmbio econômico no território nacional e, em particular, distorcer a distribuição dos fatores econômicos (humanos e materiais), além do que as desigualdades de facto entre os Es-*

<sup>27</sup> O TCF entendeu constitucionais os dispositivos referentes à profissão de cuidador de idosos (exercida por pessoas com conhecimentos que envolvem assistência social, mas também médica. Considerou que a matéria era objeto de competência concorrente, enquadrando-se no disposto no art. 74, § 1º, nº 19, da Lei Fundamental, que alude à disciplina da admissão a profissões médicas, paramédicas e afins. Julgou também atendida a cláusula da imprescindibilidade nesse caso. Já quanto aos dispositivos referentes à profissão de auxiliar de cuidador de idosos, o Tribunal concluiu que a matéria não se enquadrava no citado dispositivo da Lei Fundamental, o que interditava o legislador federal de sobre ela dispor.

*tados podem ser, em grande medida, danosas à economia nacional como um todo.*

Outras decisões se seguiram à do caso *Altenpflegegesetz*, confirmando a nova postura do TCF<sup>28</sup>. Na decisão em *Juniorprofessur*, na qual se discutiu também a regra do art. 75, § 2º, proibitiva da regulação, exceto em situações excepcionais, de pormenores pela legislação federal de quadro, a Corte concluiu que:

A legislação de quadro pressupõe a especificação de conteúdos e conformação por parte dos Estados. A estes deve ser assegurado um âmbito próprio e substancial de modelagem política. O caso excepcional previsto no art. 75, § 2º, da Lei Fundamental se configura quando as normas gerais claramente não puderem ser adotadas sem descer a pormenores ou prescrições diretamente aplicáveis.

A nova jurisprudência do TCF não significou apenas um obstáculo à atividade normativa, até então incontida, da União. O estado de coisas que emergiu a partir dela contribuiu para superar resistências à reforma federativa. Isso pode ser avaliado, por exemplo, no tocante ao processo de alteração de leis nacionais editadas no âmbito da competência concorrente, antes de 1994. Uma regra transitória introduzida pela Lei de Revisão Constitucional n.º 42, de 1994 (art. 125<sup>a</sup>, § 2º, da Lei Fundamental), dispusera

que a legislação nacional vigente até então, editada com base no art. 72, § 2º, continuaria em vigor, podendo ser alterada caso nova lei nacional autorizasse os Estados a fazê-lo. Em face do novo entendimento do TCF, fez-se patente o risco de petrificação (*Versteinerung*) dessas leis, já que, de um lado, a União não mais dispunha de ampla liberdade para legislar sobre aqueles temas e, de outro, não estava disposta, em regra, a autorizar os Estados a legislar com exclusividade sobre eles<sup>29</sup>.

Situação semelhante poderia ocorrer inclusive em relação a leis nacionais editadas após 1994. Com efeito, as hipóteses descritas na cláusula da necessidade não são de incidência atemporal. Nada impede que, quando editada, uma lei nacional posterior a 1994 atendesse ao disposto no art. 72, § 2º, e, com o passar dos anos, a necessidade de uma regulação uniforme nacionalmente desaparecesse. O próprio art. 72 da Lei Fundamental, em seu § 4º, reconhecia isso, ao dispor que o legislador federal poderia, nessas situações, autorizar os Estados a legislar em substituição ao diploma normativo nacional. Também

<sup>28</sup> HUBER, Peter M. *Die Föderalismusreform des Jahres 2006*, p. 9. Disponível em: [http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber\\_peter/publikationen/foedera.pdf](http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber_peter/publikationen/foedera.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012. Também: KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 106. No caso *Ladenschlussgesetz*, o TCF decidiu que a União poderia continuar a promover alterações na legislação já editada, mesmo após a nova redação o art. 72, § 2º, desde que se tratasse de mudanças tópicas que preservassem os elementos essenciais da legislação vigente. Mudanças substanciais somente poderiam ter lugar por iniciativa do legislador estadual, após a autorização federal conferida com base no art. 125º, § 2º, da Lei Fundamental.

<sup>29</sup> Cf.: Em 2004, *Kampfhundegesetz* (BVerfGE 110, p. 141), *Ladenschlussgesetz* (BVerfGE 111, p. 10), Em 2005, *Juniorprofessur* (BVerfGE 111, p. 226), *Studiengebühren* (BVerfGE 112, p. 226).

nesse caso, como visto, um cenário de petrificação do Direito nacional era perfeitamente cogitável.

A solução de todos os problemas aludidos deveria passar por uma renegociação mais ampla do esquema de distribuição de competências legislativas na Federação. E, encontrando-se em uma posição mais fragilizada após as decisões da TCF, a União começou a adotar postura mais flexível no processo de negociação que culminou na aprovação da Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006.

Nos anos 2000, portanto, o Governo Federal passou a enfrentar, ao lado do já existente problema de reunir maioria no *Bundesrat* para a aprovação de determinadas leis, a resistência da Corte Constitucional ao exercício, sem restrições, das competências legislativas concorrentes e de quadro. Tornou-se cada vez mais visível a ineficiência do sistema político em dar respostas rápidas à demanda por novas leis. Como os temas ligados ao meio ambiente constituíam objeto de competência concorrente e de legislação de quadro, os reflexos negativos nesse setor foram patentes, máxime em face da necessidade de oferecer respostas legislativas às novas questões ambientais. Ao comentar a situação do federalismo germânico anterior à reforma constitucional de 2006, Müller e Klein<sup>30</sup> afirmam que:

<sup>30</sup> MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 183. Como observou Walter Frenz, o art. 72, § 2º, da Lei Fundamental representava um verdadeiro “freio ao processo de integração europeia”. Palestra in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform*. 15.

A inflexibilidade do processo legislativo na Alemanha tornou-se ainda mais aparente no tocante ao Direito Comunitário, na medida em que ela deu causa a muitos atrasos na implementação das directivas da União Europeia. Isso levou a Comissão Europeia a iniciar vários processos de descumprimento da legislação comunitária contra a Alemanha. Especialmente a implementação das directivas sobre a prevenção e o controle integrado da poluição e sobre o quadro de ação comunitária no domínio da política da água podem servir como exemplos de como as deficiências do sistema federal alemão antes da reforma dificultava uma rápida e efetiva implementação das directivas europeias.

Quanto às matérias objeto de competência legislativa de quadro, como a União não mais podia editar leis exaustivas sobre elas, a implementação das directivas europeias passava a depender de um processo em dois níveis – legislação federal de normas gerais e legislação estadual de normas específicas – sem contar a regulação infralegal. Os planos de aprovar um código ambiental federal, que reunisse em um único texto toda a regulação constante de diversos diplomas legais, foi adiado, ante o receio do governo federal de ver declarada inconstitucional lei federal que disciplinasse minuciosamente o assunto, haja vista que parte dele se submetia

*Sitzung - Stenografischer Bericht* p. 142. Disponível em: [http://starweb.hessen.de/cache/bund/Foederalismus\\_03\\_Protokoll\\_Umwelt.pdf](http://starweb.hessen.de/cache/bund/Foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012.

ao esquema das competências de legislação de quadro.

Em contexto no qual alterações no modelo de distribuição de competências federativas se mostravam imperiosas, a janela de oportunidade criada em 2005 pela formação da chamada *Große Koalition*, um governo composto pelos dois principais partidos políticos alemães (CDU e SPD), possibilitou dar andamento efetivo aos trabalhos de reforma constitucional.

A justificação do projeto de reforma constitucional apresentado em 2006 foi incisiva em apontar que as regras de competência para legislação de quadro se revelavam inefetivas na implementação do Direito Comunitário e, em assuntos ambientais, a repartição de competências entre União e Estados impedia uma produção normativa materialmente abrangente, como um código ambiental. Acentuou, ainda, que figuravam entre os objetivos da reforma: o fortalecimento da União e dos Estados, através da clara ordenação da competência legislativa e da eliminação da competência para legislação de quadro, e a redução dos mecanismos recíprocos de obstrução pela redefinição dos requisitos de aprovação das leis federais pelo *Bundesrat*<sup>31</sup>. Em suma, objetivava-se tornar mais clara a repartição de competências legislativas entre União e Estados e mais ágil e efetivo o processo legislativo federal.

O esquema de repartição de competências então vigente era responsável por uma intensa fragmentação legis-

lativa, horizontal e vertical, em assuntos relacionados ao meio ambiente.

Com efeito, no plano horizontal, era problemática a previsão de regras diferenciadas de competência legislativa em matéria de meio ambiente, em face do grande entrelaçamento entre as diferentes subáreas. Assim, por exemplo, enquanto a proteção aos animais integrava o rol de competências concorrentes, permitindo regulação federal minuciosa (desde que observada a cláusula da necessidade), a proteção à natureza integrava o rol de competências de legislação de quadro, em relação ao qual a União somente podia expedir normas gerais.

Outro exemplo problemático: enquanto a gestão de recursos hídricos se submetia às regras da competência para legislação de quadro, a poluição sonora e a gestão de resíduos sólidos constituíam objeto de competência concorrente, o que se afigura incompreensível, sobretudo quando comparados os efeitos exclusivamente locais da poluição sonora com os efeitos muito mais abrangentes da poluição dos rios. Como apontado por Löhr, essa *fragmentação horizontal do Direito Ambiental impossibilitava uma abordagem competente das interações e interdependências entre as diferentes fontes de poluição e degradação ou dos diferentes subsistemas ambientais, dificultando com isso ou mesmo impedindo a efetiva proteção do meio ambiente*<sup>32</sup>. Esse problema se revelava particularmente grave quando da transposição de atos comunitários

<sup>31</sup> Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8. Disponível em: <http://www.bmbf.de/pubRD/1600813.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

<sup>32</sup> LÖHR, Gerda. *Environmental decision-making in a Federation*. Mannheim: Universität Mannheim, 2006, p. 15.

como a Directiva de Avaliação de Impacto Ambiental, a qual se estruturava segundo uma abordagem integral dos subsistemas ambientais.

No plano vertical, reduzida pela Reforma Constitucional de 1994 a possibilidade de edição, pela União, de normas exaustivas no âmbito das competências para legislação de quadro, viam-se multiplicados os custos de informação dos agentes econômicos e das pessoas em geral no cumprimento de um emaranhado normativo que abrangia, além das normas gerais editadas pela União, dezesseis diferentes legislações estaduais, bem como as respectivas regulamentações administrativas. A insegurança jurídica e, como consecutórios, o desincentivo aos investimentos e a dificuldade no cumprimento da lei eram os resultados esperados desse modelo de repartição de competências, produtor de um complexo ordenamento jurídico ambiental<sup>33</sup>.

Finalmente, em setembro de 2006, foi aprovada a Lei de Revisão Constitucional nº 52, que promoveu a mais ampla de todas as revisões empreendidas na Lei Fundamental de Bonn. A alteração foi vista pelos seus promotores como “a mãe de todas as reformas”, o primeiro passo de um processo que deveria incluir também uma reforma no federalismo fiscal e na atual organização territorial do Estado alemão.

#### 4. A situação atual

A Lei de Revisão Constitucional alterou, entre outros, os arts. 72 a 75 da Lei

Fundamental, promovendo a assim denominada *Föderalismusreform*. A primeira importante inovação da Lei de Revisão foi a revogação do art. 75, pondo fim à competência para legislação de quadro<sup>34</sup>. As matérias previstas no dispositivo foram redistribuídas, algumas passando a constar do art. 73 (competência exclusiva da União), outras do 74 (competência concorrente). Todas as relacionadas ao meio ambiente migraram para o art. 74<sup>35</sup>.

Além disso, por força de alterações promovidas no art. 72, as competências concorrentes passaram a se subdividir em três categorias: as competências de necessidade (*Berufskompetenzen*), as competências de núcleo (*Kernkompetenzen*) e as competências de divergência (*Abweichungskompetenzen*).

#### a) Os três tipos de competência concorrente

A separação entre competências de necessidade e de núcleo se deve, em primeiro lugar, à mudança operada na cláusula da necessidade. Prevista

<sup>34</sup> Para se ter uma ideia do impacto dessa modificação, o mais aproximado, no ordenamento constitucional brasileiro, seria a revogação do art. 24 da Lei Maior, eliminando o esquema de competências concorrentes hoje vigente. Deve-se reconhecer, contudo, que a competência concorrente no Brasil se aplica a um número muito maior de matérias que a extinta competência para legislação de quadro alemã.

<sup>35</sup> Exceção feita à poluição sonora comportamental (*verhaltensbezogener Lärm*), que, por interpretação do arts. 74, § 1º, nº 24, c/c os arts. 30 e 70, § 1º, passou a ser da competência legislativa exclusiva dos Estados. Na justificação do projeto de reforma, é apontado como exemplo desse tipo de poluição o barulho provocado por clubes, ginásios, estádios, jardins de infância, casas de espetáculo e de festas, teatros, hotéis, restaurantes, entre outros. Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8.

<sup>33</sup> LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, p. 16.



como condição para o exercício, pela União, de competência legislativa em todos os temas indicados no art. 74, foi ela substituída pela cláusula da imprescindibilidade, aplicável a apenas alguns assuntos, os relacionados no art. 74, § 1º, nºs 4, 7, 11, 13, 15, 19ª, 20, 22, 25 e 26<sup>36</sup>. Nessas matérias, a União detém competência legislativa *se e na medida em que seja imprescindível uma regulação legislativa federal, no interesse da totalidade do Estado, para o estabelecimento de condições de vida equivalentes no território nacional, ou para a preservação da unidade jurídica ou econômica* (art. 72, § 2º). Por isso a denominação “competências de necessidade”.

Em todos os demais assuntos relacionados no art. 74, a demonstração da necessidade de regulação federal deixou de ser obrigatória para o exercício, pela União, de sua competência legislativa. Em tais matérias, a competência legislativa pode ser de núcleo ou de divergência. Será de núcleo quando se lhe aplicar a regra do art. 72, § 1º, segundo a qual a edição de lei federal obstaculiza o exercício da competência legislativa pelos Estados. Assim, a competência de núcleo é definida pela presença simultânea das seguintes características: (i) dispensa de demonstração, pela União, da necessidade de regulação federal da matéria para fazer uso de sua competência legislativa; e (ii) possibilidade de os Estados edi-

tarem leis sobre temas sujeitos a tal competência apenas quando a União permanecer inerte ou expressamente autorizá-los a fazê-lo. A determinação dos assuntos para os quais valem tais regras é feita por exclusão: sujeitam-se à competência de núcleo os temas do art. 74 não indicados nos §§ 2º (necessidade) e 3º (divergência) do art. 72. Dessarte, todas as matérias constantes do art. 74 não sujeitas às competências de necessidade ou de divergência se submeterão às regras da competência de núcleo.

De seu turno, as competências de divergência, relacionadas no art. 72, § 3º, da Lei Fundamental, sujeitam-se a um critério diferenciado de determinação de prevalência normativa: o da lei mais recente (*lex posterior*). Significa dizer que, havendo lei federal sobre um dado assunto, a edição de lei estadual afastará a sua vigência, naquilo em que dispuser de modo diferente. Analogamente, a lei federal posterior afastará a vigência de lei estadual, nos pontos em que as duas colidirem, devendo a lei federal, em todas as matérias de competência de divergência, obedecer a uma *vacatio legis* de seis meses, salvo se o *Bundesrat* dispuser de forma distinta. Esse período para a lei federal entrar em vigor foi previsto com o objetivo de possibilitar que os Estados estudem o impacto da legislação federal e possam, se julgarem conveniente, editar novas leis que se contraponham à lei federal.

A colisão entre lei federal e lei estadual, no âmbito da competência de divergência, não redundará na revoga-

<sup>36</sup> O texto da Lei Fundamental vigente após a Reforma Constitucional de 2006 pode ser encontrado em: [http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\\_Willkommen/Constituicao\\_Hino\\_Bandeira/Constituicao\\_Seite.html](http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html). Acessado em 6 de agosto de 2012.

ção da mais antiga pela mais recente, mas tão-somente em uma perda de eficácia reversível, algo semelhante ao que ocorre, no ordenamento constitucional brasileiro, com a lei estadual editada anteriormente à lei federal estipuladora de normas gerais. Nos termos do art. 24, § 4º, da Carta Magna de 1988, *a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*. Vindo a ser revogada a lei federal, a legislação estadual cuja eficácia havia sido suspensa volta a produzir efeitos.

Paralelamente à redistribuição de competências, a Lei de Revisão Constitucional reduziu o número de temas cuja disciplina normativa exige a aprovação de projeto de lei pelo *Bundesrat*<sup>37</sup>.

E, para eliminar o risco de petrificação de lei editada pela União antes de 1994, a Reforma de 2006 acrescentou novo parágrafo ao art. 93 da Lei Fundamental, dando ao TCF competência para decidir se a lei nacional continuaria a ser necessária. Assim, caso o legislador federal não autorize, nos termos do art. 72, § 4º, os Estados

a legislar sobre o tema, essa autorição poderá ser suprida pela Corte Constitucional, por provocação do *Bundesrat* ou de qualquer governo ou assembleia estadual.

## b) Competências em matérias ambientais

Quanto às matérias afetas ao meio ambiente, as competências legislativas, antes distribuídas nos arts. 74 e 75 da Lei Fundamental, foram, a partir da reforma constitucional de 2006, reunidas no art. 74, submetendo-se às regras de competência do quadro a seguir.

Além disso, as competências relativas à produção e ao emprego da energia nuclear, à proteção contra os seus riscos e à eliminação de material radioativo, antes concorrentes, passaram a ser exclusivas da União (art. 73, § 1º, nº 14).

Uma alteração relevante se deu no art. 84, que trata da execução das leis federais pelos Estados. A regra válida desde a promulgação da Lei Fundamental é a de que compete aos Estados aplicar, como Direito próprio, as disposições de leis federais, editando, para tanto, seus próprios decretos regulamentares que disciplinem organização e procedimentos administrativos necessários à execução da lei federal, salvo se esta, sujeita à aprovação do *Bundesrat*, dispuser em contrário. A Reforma de 2006 promoveu mudança no § 1º do art. 84, para prever que, quando editada lei federal dispendo contrariamente à regra ge-

<sup>37</sup> O percentual de leis nessa situação, se aplicadas as novas regras na legislatura que precedeu a reforma, cairia de 51% para 24%. Cf.: GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006. Sem embargo, os efeitos reais da reforma nesse ponto foram menos intensos do que sugeriu a simulação retrospectiva. A redução do percentual de leis federais dependentes de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat* efetivamente se verificou nos primeiros anos que sucederam a reforma constitucional, mas esse percentual, superior a 53% no período de 1949 a 2005, diminuiu para 39% no período de setembro de 2006 a fevereiro de 2009. Cf.: ROBBE, Patrícia; ROHLENDER, Kristin; GRAMANN, Kirsten. *Auswirkungen der Föderalismusreform I*. Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2009.

Tema	Competência	Artigos – Lei Fundamental
Mineração e energia	de Necessidade	74, § 1º, nº 11
O fomento à produção agrícola e florestal (com exclusão do Direito de concentração fundiária), a segurança alimentar, a importação e exportação de produtos agropecuários e florestais, a pesca costeira e oceânica, e a proteção das costas.	de Núcleo	74, § 1º, nº 17
A regulação de produtos alimentícios, inclusive os de origem animal, de produtos estimulantes, artigos de primeira necessidade, rações, assim como a proteção ao comércio de produtos agropecuários e florestais, sementes e mudas, bem como a proteção de plantas contra doenças e pragas e a proteção dos animais.	de Necessidade	72, § 2, e 74, § 1º, nº 20
A gestão de resíduos, o controle da poluição atmosférica e sonora (exceto a proteção contra a poluição sonora comportamental).	de Núcleo	74, § 1º, nº 24
A caça (exceto a licença para caçar).	de Divergência	72, § 3º, nº 1, e 74, § 1º, nº 28
Licença para caçar.	de Núcleo	72, § 3º, nº 1, e 74, § 1º, nº 28
A proteção à natureza e a conservação da paisagem (exceto os princípios de proteção à natureza, o direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho).	de Divergência	72, § 3º, nº 2, e 74, § 1º, nº 29
Princípios de proteção à natureza, o Direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho.	de Núcleo	72, § 3º, nº 2, e 74, § 1º, nº 29
A distribuição de terras.	de Divergência	72, § 3º, nº 3, e 74, § 1º, nº 30
A ordenação territorial.	de Divergência	72, § 3º, nº 4, e 74, § 1º, nº 31
A gestão de recursos hídricos (exceto normas sobre substâncias e instalações).	de Divergência	72, § 3º, nº 5, 74, § 1º, nº 32
Normas sobre substâncias e instalações, no âmbito da gestão de recursos hídricos.	de Núcleo	72, § 3º, nº 5, 74, § 1º, nº 32

ral de execução de leis federais pelos Estados como Direito próprio, estes possuirão competência de divergência nos mesmos moldes daquela prevista no art. 72, § 2º.

Na redação anterior do art. 84, era facultado à União editar leis sobre organização e procedimento administrativo que prevaleciam sobre a legislação estadual, mas que dependiam da aprovação do *Bundesrat*. Na sistemática atual, tal aprovação é dispensada,

abrindo-se, no entanto, a possibilidade de divergência pelos Estados. Nesse âmbito, o exercício da competência de divergência pelos Estados será vedado apenas em situações excepcionais, quando houver necessidade de uma regulação uniforme de procedimentos administrativos mediante lei federal sujeita à aprovação pela maioria do *Bundesrat*<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Conforme o art. 84, § 1º: “Em casos excepcionais, quando houver necessidade especial de uma regulamentação nacional uniforme, a União poderá

Segundo a justificação do projeto de reforma, a possibilidade de uma regulação nacionalmente uniforme de procedimentos administrativos teve como escopo simplificar a legislação ambiental, especialmente no que concerne ao planejamento, aprovação e monitoramento de projetos e infraestruturas, assunto que constitui um dos pontos centrais do Direito ambiental econômico<sup>39</sup>. Essa alteração se coaduna com o propósito de editar um código ambiental federal alicerçado, no que diz respeito ao licenciamento ambiental, no princípio “um projeto – uma autoridade pública – um processo – uma licença”, evitando a duplicação de ações e a multiplicação de procedimentos burocráticos<sup>40</sup>.

Outra previsão importante é a do § 6º do art. 104<sup>a</sup>, acrescentado pela Lei de Revisão, que reparte entre a União e os Estados, conforme a distribuição interna de competências federativas, os ônus pelo pagamento de multas aplicadas em razão do descumprimento das obrigações internacionais da Alemanha. No caso das penalidades no âmbito da União Europeia que afetem mais de um Estado, a União responderá por 15% do montante e o restante será assumido pelos Estados,

---

regulamentar o procedimento administrativo, sem possibilidade de divergência pelos Estados. Tais leis dependem da aprovação do *Bundesrat*”.

<sup>39</sup> Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, p. 15.

<sup>40</sup> EPPLER, Annegret. Naturschutz in den politischen Mehrebenensystemen des Alpenraums. In: BUIßJÄGER, Peter; Woelk, Jens. *Selbständigkeit und Integration im Alpenraum*. Innsbruck: Institut für Föderalismus, 2009, p. 102. O atingimento do mencionado objetivo depende, contudo, de que os Estados não aprovem legislação desviante da federal. A unificação de procedimentos administrativos, sem a possibilidade de os Estados disporem em contrário, continua dependente da aprovação do *Bundesrat*.

sendo 35% solidariamente por todos eles e os 50% restantes apenas pelos Estados que tiverem dado causa ao descumprimento. Haja vista a competência de divergência em assuntos ambientais, essa regra pode desencorajar os Estados a fazerem um uso irresponsável de sua competência legislativa.

Por fim, o art. 125b da Lei Fundamental, acrescentado como disposição transitória pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006, determinou que a competência de divergência dos Estados para legislar sobre a proteção à natureza, a conservação da paisagem e a gestão de recursos hídricos somente pudesse ser exercida após a promulgação de nova lei federal sobre tais matérias ou, não sendo editada nova lei federal, a partir de 1º de janeiro de 2010. Havia uma expectativa de que tal prazo seria suficiente para que o Poder Legislativo Federal aprovasse um código ambiental federal, reunindo e sistematizando, em um único documento legal, normas que estavam esparsas em diversas leis.

A tentativa de aprovar o código ambiental federal malogrou em 2008, tendo o parlamento alemão optado, então, por atualizar a legislação esparsa. O projeto de código ambiental sofreu oposição, no parlamento, dos partidos *Christlich Demokratische Union* (CDU) e *Christlich-Soziale Union* (CSU), que vislumbraram o risco de criação de uma lei impeditiva de investimentos no setor agrícola<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> EPPLER, Annegret. *Op. cit.*, p. 102.

Com isso, o governo trabalhou pela atualização da Lei Federal de Proteção à Natureza então existente, a qual foi reformada em 2010 e passou a conter uma regulação mais minuciosa e diretamente aplicável, algo que, no âmbito das competências de legislação de quadro, não era possível.

Ante o fracasso na aprovação de um código ambiental federal, a legislação sobre o assunto permanece fragmentada, sendo composta pelos seguintes diplomas legais, entre outros: a Lei Federal de Proteção contra Emissões (*Bundes-Immisionsschutzgesetz*), a Lei Federal de Proteção à Natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*), a Lei de Gestão de Recursos Hídricos (*Wasserhaushaltsgesetz*), a Lei da Reciclagem e da Gestão de Resíduos (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*), a Lei Federal de Proteção do Solo (*Bundes-Bodenschutzgesetz*), Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz*) a Lei Federal da Caça (*Bundesjagdgesetz*). À exceção das duas últimas, modificadas em 2010 e 2011, todas as demais sofreram alterações no bojo da reforma da Lei da Reciclagem e da Gestão de Resíduos operada em 2012, para atender à Directiva 2008/98/CE, sobre a mesma matéria.

### c) Avaliação da Reforma Constitucional de 2006

O fim das competências para legislação de quadro, bem como, para algumas matérias, da exigência de cumprimento da cláusula da necessidade teve, segundo os mentores da reforma constitucional, o objetivo de fortale-

cer os poderes legiferantes da União e permitir a edição de leis federais abrangentes e diretamente aplicáveis em determinados setores, como o meio ambiente. Alguns autores entendem, no entanto, que as alterações promovidas pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006, foram incompletas, por não eliminarem de todo a cláusula da necessidade, ou mesmo contraproducentes, por criarem a competência de divergência, o que poderá favorecer particularismos por parte dos Estados, com consequências negativas quanto ao cumprimento do Direito Comunitário, bem como quanto à manutenção de graus satisfatórios de defesa do meio ambiente, motivadas por uma competição predatória dos Estados por investimentos econômicos<sup>42</sup>.

O que parece ter constituído uma quase unanimidade foi a avaliação positiva do fim da competência para legislação de quadro, vista como um entrave à produção normativa, propiciador de conflitos e impeditivo de uma alocação clara de responsabilidades aos entes federados, dada a dificuldade em definir o campo de atuação dos legislador federal e estadual<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Cf.: Palestras de Astrid Epiney e Wilfried Erbguth in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. Sitzung, p. 127, 128 e 132. MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 188. LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, pp. 91-3.

<sup>43</sup> Cf., entre outras, as palestras de Ferdinand Kirchhof, Peter Huber e Joachim Wieland, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 12. Sitzung, pp. 8, 9, 357. Também: LÖHR, Gerda. *Op. cit.*, p. 90. A avaliação das competências de quadro feita pela doutrina alemã é particularmente interessante, quando nos deparamos com a maneira simpática como as competências concorrentes costumam ser vistas pela doutrina brasileira. No Brasil, são comuns a crítica à postura pró-centralismo do Supremo Tribunal Federal e a defesa de um efetivo condomínio legislativo nas matérias de competência concorrente, com real



A reforma teve, pois, um caráter ambivalente, e representou uma solução de compromisso, não podendo ser vista unidirecionalmente como apenas fortalecedora das competências legislativas federais. De qualquer modo, foi facilitada a produção de leis federais destinadas a internalizar o Direito Comunitário, sobretudo em assuntos relacionados ao meio ambiente.

A respeito dos efeitos da reforma constitucional sobre o Direito ambiental, acentuou Andreas Krell<sup>44</sup>:

Sem dúvida, as novas competências concorrentes “com direito à divergência” trarão vantagens em termos de flexibilidade e capacidade de inovação da respectiva legislação. Um bom exemplo é o projeto do Código Federal do Meio Ambiente, que não prosperou durante 20 anos, em virtude da acentuada dispersão de competências legislativas nesta importante matéria. A União, agora, poderá promulgar regulamentos plenos e detalhados, com a possibilidade da edição de leis estaduais pontualmente divergentes.

Todavia, não há como negar que existe também certo perigo de fragmentação do Direito em nível nacional, da diluição

da responsabilidade política e o risco de uma concepção sistemática de a lei federal ser frustrada por normatizações parciais dos estados, que podem levar a problemas de interpretação e aplicação das leis.

Ademais, as novas regras abrem a possibilidade de ocorrência do efeito *ping pong*, com a sucessão de leis estaduais e federais sobre um mesmo tema, o que, levado ao extremo, poderia gerar uma instabilidade jurídica no Estado Federal. Ao discorrer sobre a competência de divergência, observa Beatriz Horbach<sup>45</sup>:

A introdução da competência legislativa de divergência é um dos aspectos mais polêmicos e inovadores da Reforma Federativa. A possibilidade de ser promulgada lei estadual que contrarie lei federal, em algumas áreas, tendo prioridade frente a esta, é uma inovação sem precedentes na esfera mundial. Suas consequências, com isso, ainda não são claras, havendo discordâncias, tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista técnico.

São muitos os problemas apontados. O uso ou não da prudência quando da utilização da competência de divergência, os rumos que um federalismo competitivo pode tomar, assim como a possibilidade de um aumento de distância entre os Estados-membros que possuem melhores meios financeiros e os mais pobres, são alguns pontos igualmente

produção legislativa da União e dos Estados nesse âmbito. Já na Alemanha, país onde esse tipo de repartição vertical de competências se desenvolveu originalmente, o modelo foi, ao cabo, abandonado, em razão de um diagnóstico claramente negativo da experiência.

<sup>44</sup> KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação da teoria das leis nacionais no Brasil. *In: Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, nº 44, jul. 2007.

<sup>45</sup> HORBACH, Beatriz Bastide. *Op. cit.*, p. 318.

polêmicos. Também, as consequências na esfera comunitária, ou seja, a dificuldade de órgãos da União Europeia em saber se suas diretrizes foram implementadas com eficácia pelo direito alemão.

Não obstante as críticas dirigidas à competência de divergência, o risco de fragmentação legislativa a ela associado é mitigado por três fatores: (i) as normas constitucionais federais; (ii) a expressa exclusão de certos temas de Direito Ambiental do rol de competências de divergência (licença para caçar, princípios de proteção à natureza, direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho, e, na gestão de recursos hídricos, normas sobre substâncias e instalações); (iii) a atividade legislativa da União Europeia<sup>46</sup>.

Os países que integram a União Europeia devem obediência às normas do Direito Comunitário, e sua legislação deve implementar, no âmbito interno, as directivas europeias, em um processo que se assemelha ao da extinta legislação de quadro. Diversas directivas sobre meio ambiente foram editadas nas últimas décadas, merecendo registro:

- Directiva 85/337/CEE, de 27 de junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente, alterada pela Directiva 97/11/CE, de 3 de março de 1997, e Directiva 2001/42/CE, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos

de determinados planos e programas no ambiente;

- Directiva 92/43/CEE, de 21 de maio de 1992, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens;
- Directiva 2000/60/CE, de 23 de outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, Directiva 2006/11/CE, de 15 de fevereiro de 2006, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade, e Directiva 2007/60/CE, de 23 de outubro de 2007, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações;
- Directiva 2003/35/CE, de 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente;
- Directiva 2008/1/CE, de 15 de janeiro de 2008, relativa à prevenção e controle integrados da poluição, e Directiva 2010/75/UE, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais;
- Directiva 2008/98/CE, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos;
- Directiva 2009/147/CE, de 30 de novembro de 2009, relativa à conservação das aves selvagens.

No que diz respeito, por exemplo, à caça, a competência de divergência dos Estados é limitada tanto pelo fato de que a matéria especificamente relacionada à concessão de licença

<sup>46</sup> MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 189.

para caçar e a referente ao Direito de proteção das espécies se inserem na competência de núcleo, quanto pelo disposto nas Directivas 92/43/CEE e 2009/147/CE.

Já a competência de divergência sobre a proteção à natureza e a conservação da paisagem é limitada pela competência de núcleo da União para estabelecer princípios de proteção à natureza e regular o Direito de preservação de espécies e do ecossistema marinho. É restringida igualmente pelas Directivas 85/337/CEE, 92/43/CEE, 2000/60/CE, 2001/42/CE, e 2009/147/CE. Os Estados disporão de maior espaço de divergência em assuntos ainda não regulados pelo Direito Comunitário, como a erosão do solo e a preservação de elementos da paisagem<sup>47</sup>.

Ainda nesse âmbito, outra crítica que pode ser feita à reforma diz respeito ao fato de, sem embargo de ter sido eliminada a competência para legislação de quadro, a reforma haver mantido a possibilidade de a União editar normas gerais, ao aludir a *princípios de proteção à natureza*. O que diferencia a nova sistemática da anterior é a dispensa de observância, pela União, da cláusula da necessidade, para editar tais normas gerais. No entanto, ao contemplar esse tipo de previsão, o constituinte reformador manteve irresoluto o problema da

separação entre normas gerais e especiais, o que é visto negativamente pela doutrina<sup>48</sup>.

A discussão em torno das normas gerais não é meramente acadêmica, pois tudo aquilo que não for considerado norma principiológica em sede de proteção à natureza se sujeitará à competência de divergência. A justificação do projeto de reforma procurou aclarar esse ponto, ao indicar como temas objeto dessa competência a conservação da diversidade biológica e o funcionamento dos ecossistemas, mas não a gestão paisagística, os requisitos concretos e o conteúdo para a designação de áreas de preservação, as boas práticas agrícolas e de silvicultura e a cooperação com associações de defesa do meio ambiente<sup>49</sup>. Isso, porém, não resolve de todo o problema, pois permanece a dúvida quanto aos limites das prescrições federais em sede de diversidade biológica e funcionamento dos ecossistemas. A se adotar, por analogia, a solução do TCF anterior à reforma de 2006, tais normas não poderiam descer a pormenores, tampouco ser diretamente aplicáveis. Na visão de Frenz, a competência da União para fixar princípios de proteção à natureza, embora deva deixar um espaço de ação para o legislador estadual, abrange a fixação de níveis

<sup>47</sup> Nesse sentido, cf. MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 190-1. Os autores ressaltam que a Directiva 92/43/CEE restringe a liberdade dos Estados de designar áreas de preservação como bem entendam. Ademais, assinalam que a legislação europeia do setor agrícola obriga os membros da União Europeia a assegurar a conservação das áreas de cultivo em boas condições ecológicas.

<sup>48</sup> Cf. WOELK, Jens. La Riforma del Sistema Federale Tedesco: Riuscito il Primo Atto. In: *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, ano IV, nº 15, 2006. Disponível em: [http://federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco+riuscito+il+primo+atto&content\\_author=Jens+Woelk.htm](http://federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco+riuscito+il+primo+atto&content_author=Jens+Woelk.htm). Acessado em 6 de agosto de 2012. Também: MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>49</sup> Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, pp. 7-8.

mínimos de proteção a serem observados pelos Estados<sup>50</sup>.

De qualquer modo, a manutenção de um núcleo temático sobre o qual a União pode dispor sem possibilidade de regulação diversa pelos Estados atenua os riscos de grande fragmentação legislativa no tocante à proteção à natureza. Assim, em que pese o problema da indeterminação dos limites da legislação principiológica, o saldo da reforma nesse ponto pode mesmo ser considerado favorável à União. Sob a ótica de que a criação das competências de divergência foi o preço a ser pago para diminuir o poder de veto do *Bundesrat* e para permitir a legislação federal em assuntos de competência concorrente com a dispensa de submissão à cláusula da necessidade, a subsistência de matérias sujeitas à competência de núcleo no interior de campos temáticos mais abrangentes e sujeitos à competência de divergência, permitirá estabelecer freios a uma indesejada fragmentação normativa.

No tocante à gestão de recursos hídricos, a competência de divergência também se vê restringida pela competência de núcleo da União para regular substâncias e instalações. Por “substâncias e instalações”, deve-se entender, nos termos da justificacão do projeto de reforma, qualquer material, fábrica, equipamento que produza impacto sobre os recursos hídricos, como no caso de descargas

de substâncias em massas d’água<sup>51</sup>. Além disso, as Directivas 2000/60/CE, 2006/11/CE e 2007/60/CE veiculam normas vinculantes para os Estados nesse setor.

Uma última restrição que costuma ser apontada à competência de divergência é o princípio de fidelidade ao pacto federativo ou de um comportamento benigno para com a Federação (*Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens*), consoante o qual:

No exercício de suas competências, a União e os Estados devem mostrar necessária e razoável consideração pelos interesses gerais do Estado Federal e as preocupações dos Estados. Legislação divergente que viole o Direito Comunitário violará igualmente um a norma constitucional não escrita de fidelidade à Federação<sup>52</sup>.

Além dos elementos citados, não deve ser negligenciada a nova regra, constante do § 6º do art. 104ª da Lei Fundamental, de repartição de responsabilidades entre União e Estados, por descumprimento do Direito Comunitário, apta a desincentivar medidas mais ousadas dos Estados no campo da legislação de divergência, uma vez que serão apenados financeiramente em maior extensão aqueles Estados que derem causa a tal descumprimento.

Segundo Kuster<sup>53</sup>, os primeiros anos pós-reforma federativa têm revelado:

<sup>50</sup> Cf. Palestra de Walter Frenz, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, p. 147. Essa exegese confere aos “princípios de proteção à natureza” um sentido semelhante ao dos “pressupostos mínimos de proteção” ao meio ambiente de que cuida o art. 41 da Constituição da Argentina.

<sup>51</sup> Cf.: Bundestag Drucksache 16/813, p. 11.

<sup>52</sup> KUSTER, Bernd. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>53</sup> KUSTER, Bernd. *Op. cit.*, pp. 5-6.

(i) a ação intensa da União na aprovação de leis em quase todas as áreas nas quais sua competência foi ampliada (a quantidade de leis federais sobre meio ambiente que sofreram alterações recentes é prova disso); (ii) a parcimônia dos Estados em fazer uso de sua competência de divergência, havendo poucos casos concretos de legislação estadual contrária à federal, como a lei da Baviera referente às estações de caça.

O autor observa também que, enquanto os chefes de governo estaduais procuram marcar posição, reclamando maior autonomia e força para os Estados, suas assembleias legislativas optam preferencialmente por manter em vigor a legislação federal, não produzindo suas próprias leis. Isso confirma o prognóstico feito em 2007 por Müller e Klein, vislumbrando grandes chances de os Estados adotarem uma postura de comedimento no uso da competência de divergência, em razão de sua tendência histórica de participação passiva no federalismo alemão, no plano legislativo, corroborada por restrições financeiras, que desencorajam Estados economicamente menos fortes a legislarem sobre novas políticas públicas, sendo mais cômodo para eles simplesmente aplicarem a legislação produzida em nível federal<sup>54</sup>.

Não resta dúvida de que a eliminação das competências para legislação de quadro e a dispensa de observância da cláusula da necessidade para o exercício da competência legislativa

pela União na maior parte das matérias relativas ao meio ambiente facilitou a transposição das directivas do Direito Comunitário pela Alemanha, mesmo levando-se em conta o risco de uso impróprio da competência de divergência pelos Estados. Tratando-se de competência de divergência, o risco de descumprimento das directivas se dá por eventual ação do Estado, ao aprovar legislação com elas conflitante. Já no cenário anterior à Reforma, o risco ocorria mesmo (e principalmente) no caso de inação dos *Länder*, já que, nos termos da nova jurisprudência do TCF, o exercício da competência concorrente pela União passou a se submeter a requisitos mais rígidos, e a regulação federal exaustiva em temas sujeitos à competência para legislação de quadro somente poderia ocorrer em caráter excepcional.

O projeto inicial da Reforma afastava as exigências da cláusula de necessidade quanto à poluição atmosférica e sonora, mas não quanto à gestão de resíduos<sup>55</sup>. Sem embargo, dada a transversalidade do tema, havia na doutrina quem defendesse que, mesmo inexistindo no projeto uma clara menção de que a competência concorrente em matéria de gestão de resíduos não se sujeitava à cláusula da necessidade, a solução diversa não se poderia chegar em face dos reflexos recíprocos da poluição do ar, da água e do solo<sup>56</sup>. Ademais, a proposta

<sup>55</sup> Bundestag Drucksache 16/813, p. 2.

<sup>56</sup> Cf.: Palestra de Walter Frenz, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. *Sitzung*, pp. 139-40. Acessado em 6 de agosto de 2012. As diferentes formas de poluição devem, de fato, ser vistas sob uma perspectiva integradora. A poluição do solo pode conduzir à poluição

<sup>54</sup> MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.*, p. 192.



se revelava claramente inconsistente, ao submeter à cláusula da necessidade a gestão de resíduos e dispensar de seu atendimento a legislação sobre poluição sonora. Se o alcance territorial mais reduzido de possíveis danos ambientais resultantes do tratamento inadequado do lixo poderia ser utilizado como justificativa para limitar a intervenção legislativa federal, com maior razão o mesmo raciocínio deveria ser aplicado no caso da poluição sonora. De resto, a abrangência espacial do dano ao meio ambiente, em sede de gestão de resíduos, pode, em alguns casos, ultrapassar as fronteiras estaduais.

No texto enfim aprovado, optou-se por qualificar como competência concorrente de núcleo (e, portanto, não sujeita à cláusula de necessidade), tanto a poluição atmosférica e sonora quanto a gestão de resíduos, assim como a disciplina relativa a agentes contaminantes da água. Sem isso, o problema da transposição das directivas europeias no âmbito do controle da poluição permaneceria em aberto<sup>57</sup>. No tocante à gestão de resíduos, fato digno de nota é que, a despeito de a Reforma de 2006 haver, pela caracterização da matéria como sujeita à competência de núcleo, facilitado a transposição de directivas europeias, uma nova lei federal sobre o assunto, para adaptar o ordenamento jurídico nacional à Directiva

2008/98/CE, somente foi aprovada em fevereiro de 2012, entrando em vigor no mês e julho seguinte. O art. 40 da Directiva fixava prazo até 12 de dezembro de 2010 para a transposição de suas normas para o Direito interno dos países membros da União Europeia. Como se vê, o atraso na adaptação do Direito interno às directivas comunitárias não pode ser tributado exclusivamente ao esquema anterior de repartição de competências legislativas.

O problema relativo à transposição do Direito Comunitário subsiste, ainda, quanto à poluição sonora comportamental, matéria que passou a ser da competência legislativa exclusiva dos Estados. As directivas contra a poluição sonora não contêm diferenciação de tratamento entre ruído comportamental e os de outra espécie, o que pode redundar em dificuldades em sua transposição para o Direito alemão, quando se tratar de poluição sonora comportamental, diante da necessidade de as legislações dos 16 *Länder* se harmonizarem com as normas europeias.

Outra questão não equacionada pela Reforma foi a submissão das matérias referentes ao meio ambiente a diferentes regimes de competência legislativa. Se era seu objetivo tornar mais clara a divisão de competências e a verificação do atendimento dos requisitos para o seu exercício, não contribuiu para esse intento a submissão das subáreas do Direito ambiental a regras de competência distintas, máxime em razão das interrelações entre essas subáreas. Bem por isso,

da água (ex.: contaminação das águas subterrâneas) e do ar (ex.: produção de gases de efeito estufa pela decomposição de lixo orgânico). Também a poluição atmosférica pode levar à contaminação do solo e da água (ex.: chuva ácida).

<sup>57</sup> Cf.: Palestra de Johannes Dietlein, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op.cit.*, p. 122.

a substituição das várias referências no texto constitucional por um título competencial único, abrangendo o Direito ambiental, foi sugerida tanto por juristas que defendiam uma maior centralização da disciplina normativa quanto por aqueles que pugnavam por maior autonomia dos Estados<sup>58</sup>.

A criação de um título único (competência para legislar sobre meio ambiente) eliminaria a necessidade do recurso a outras áreas temáticas, como o Direito Econômico, para regular matérias ambientais. Ademais, facilitaria a aprovação do Código Ambiental, bem como a aprovação de normas ambientais exigidas pelo Direito Comunitário. Por outro lado, a separação das matérias de Direito Ambiental em vários títulos apresenta a vantagem de se identificarem áreas em que os Estados não poderão exercer sua competência de divergência. A alternativa por um título único somente se revelaria factível caso houvesse consenso entre a União e os Estados quanto à esfera federativa que teria prevalência na edição de normas sobre todas as matérias ambientais, o que não se verificou concretamente.

Por fim, cabe ressaltar que, embora a questão relativa à aderência do Direito Interno às normas do Direito Comunitário tenha sido relevante nas discussões da Reforma Constitucional de 2006, não seria necessário buscar no plano europeu razões para a

uniformização do Direito Ambiental. O tratamento legislativo integrado do meio ambiente se justifica pelas próprias características do objeto de regulação. Consoante observam Müller e Klein a respeito das relações entre federalismo e proteção do meio ambiente<sup>59</sup>:

Uma competência legislativa federal uniforme e que tudo abarque de modo algum conflita com o apoio a um sistema federal, tal como o que defendemos, já que uma abordagem integrativa é absolutamente necessária no campo da proteção ambiental. O meio ambiente não consiste de diferentes elementos independentes uns dos outros, mas de um sistema uniforme com complexas interrelações e interdependências. Não uma variedade de diferentes regulações estaduais e federais, mas apenas regulações uniformes federais são capazes de efetivamente proteger o meio ambiente e implementar uma abordagem integrativa, como predeterminada pelo Direito Europeu e – o que é mais importante – também pela própria natureza do meio ambiente em si mesmo.

Com efeito, não se pode desprezar o fato de que a eficácia da ação estatal, em matéria afeta ao meio ambiente, depende, em grande parte, da uniformidade na aplicação das medidas protetoras. Uma ampla liberdade dos Estados para dispor sobre o assunto pode conduzir à situação de renúncia a tarefas impostas pela Constituição.

<sup>58</sup> Cf.: Palestras de Michael Kloepfer, Astrid Epiney e Hans-Joachim Koch, in: DEUTSCHER BUNDESTAG. *Op. cit.*, 15. *Sitzung*, pp. 125, 154 e 179. Disponível em: [http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus\\_03\\_Protokoll\\_Umwelt.pdf](http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012.

<sup>59</sup> MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. *Op. cit.* p. 185.

Basta pensar nos reflexos de eventual *deficit* de proteção ambiental em um Estado sobre o meio ambiente de outro Estado. A existência de uma multiplicidade de ordenamentos sobre o mesmo campo temático pode, em lugar de proporcionar uma tutela mais efetiva do bem protegido, levar à insegurança jurídica. Apesar de prever a competência de divergência, a Reforma Constitucional de 2006, ao remover obstáculos à disciplina de questões ambientais pelo legislador federal, criou melhores condições para o tratamento uniforme e integrado da matéria.

### III. CONCLUSÃO

Embora a repartição de competências legislativas na Carta Magna de 1988 tenha sofrido influência da Lei Fundamental de Bonn, nunca houve identidade entre os dois modelos. Não obstante isso, o exame da experiência alemã no tocante à distribuição de competências legislativas entre *Bund* e *Länder* apresenta-se útil na compreensão dos efeitos positivos ou negativos de uma opção por conferir maior espaço de atuação do legislador estadual relativamente a determinadas matérias como as relacionadas ao meio ambiente.

Em matérias que admitem regulação pelo ente central e pelos Estados, apesar das semelhanças entre as competências para legislação concorrente brasileira e para a extinta legislação de quadro alemã, a Constituição de 1988 não dispõe de regra que condicione a atuação do legislador da

União a algo equiparável à cláusula da necessidade, exigência feita também no âmbito da competência concorrente da Lei Fundamental anterior à reforma de 2006.

Quanto à repartição de competências na Federação alemã decorrente da Reforma de 2006, nada há na Constituição brasileira minimamente assemelhado à competência de divergência. No que concerne às competências de núcleo e de necessidade, como em ambos os casos a lei federal editada pode regular inteiramente a matéria de que trata, obstaculizando o exercício da competência legislativa pelos Estados sobre o mesmo assunto, também não há como traçar paralelo entre elas e a competência concorrente do art. 24 da Constituição brasileira.

O que mais se aproxima da competência legislativa concorrente brasileira no texto ora vigente da Lei Fundamental é a competência prevista em seu art. 74, § 1º, nº 29, segundo a qual a União pode legislar sobre princípios de proteção à natureza.

Conquanto a Lei Fundamental, na parte em que cuida da distribuição de competências entre os entes federados, tenha servido de inspiração para diversas outras Cartas Constitucionais, fato é que as regras por ela adotadas se revelaram bastante disfuncionais nas últimas décadas. Seu texto, que numa primeira leitura poderia sugerir a abertura de grande espaço para a legislação estadual, foi desde o início interpretado pelo TCF de uma maneira francamente favorá-

vel à ampliação dos poderes do legislador federal. E este de modo algum se inibiu de editar normas abrangentes e exaustivas sobre tudo quanto se incluísse no âmbito das competências concorrente e para legislação de quadro. Enquanto tal esquema vigorou, os entraves à produção legislativa, malgrado não desprezíveis, consistiam basicamente em resistências oferecidas pelos governos estaduais à aprovação de leis das quais discordassem e que dependessem da chancela da maioria absoluta do *Bundesrat*.

Em meio a um processo de progressiva uniformização das legislações dos países membros da União Europeia, veio somar-se às dificuldades de aprovação de leis federais no *Bundesrat* a nova jurisprudência do TCF, produzida com base no texto da Lei Fundamental reformado em 1994. A maior resistência à edição, pelo legislador federal, de normas nacionalmente uniformes sobre matérias submetidas à competência concorrente e de quadro, e, quanto a esta última, à produção de leis federais detalhistas deu origem a uma situação de impasse. A Lei de Revisão Constitucional havia determinado que a legislação federal já existente continuaria em vigor até que a União autorizasse os Estados a dispor em contrário. Impossibilitada a União de produzir legislação substitutiva, não era também de seu interesse permitir a fragmentação normativa.

Como praticamente todas as matérias afetas ao meio ambiente se submetiam, na Lei Fundamental, às regras estabelecidas para as competências

concorrentes e de quadro, a nova jurisprudência do TCF teve um efeito devastador sobre as perspectivas de edição de normas ambientais nacionalmente uniformes. Nesse contexto, os riscos de punição da Alemanha por inércia na transposição das diretivas europeias sobre meio ambiente eram patentes.

A Reforma Constitucional de 2006 foi uma tentativa de solucionar os mencionados problemas. Para tanto, buscou reduzir as matérias dependentes de aprovação pela maioria absoluta do *Bundesrat*, deu nova disciplina às competências concorrentes e eliminou as competências de quadro.

Quanto às matérias de Direito Ambiental, a Reforma Constitucional de 2006, transferiu para o âmbito da competência concorrente os campos materiais antes sujeitos à competência para legislação de quadro. Além disso, eliminou a exigência de atendimento à cláusula da necessidade como condição para o legislador federal regular a grande maioria dos temas ambientais objeto de competência concorrente, mantendo-a apenas no concernente à mineração e energia, à proteção de plantas contra doenças e pragas e à proteção dos animais.

Parte dos temas passíveis de regulação pelo legislador federal com dispensa de atendimento à cláusula da necessidade passou a se submeter às regras da competência de núcleo. Atualmente, a União é livre para regular essas matérias de forma integral e em detalhes, sem que precise

demonstrar a necessidade de uma *regulação legislativa federal, no interesse da totalidade do Estado, para o estabelecimento de condições de vida equivalentes no território nacional, ou para a preservação da unidade jurídica ou econômica*. Tal se aplica, por exemplo, à produção agrícola e florestal, à pesca costeira e oceânica, à proteção das costas, à gestão de resíduos e ao controle da poluição atmosférica.

Noutros assuntos, o constituinte reformador optou por promover uma cisão, submetendo partes essenciais da disciplina às regras da competência de núcleo e o restante à competência de divergência. Assim, enquanto a proteção à natureza passou a se sujeitar às regras da competência de divergência, os princípios de proteção à natureza, o Direito de proteção às espécies e de proteção ao ecossistema marinho constituem hoje matérias sujeitas às regras da competência de núcleo. O mesmo se pode dizer da gestão de recursos hídricos, sobre a qual União e Estados podem legislar indistintamente, prevalecendo a lei mais recente, exceto no caso de normas referentes a substâncias e instalações, sujeitas à competência de núcleo.

Como resultado de tudo isso, tem-se uma ampliação do raio de ação do legislador federal, ainda que à custa da outorga de prerrogativas aos Estados para afastar a aplicação das normas federais em alguns temas. Não obstante a criação da competência de divergência possa ser vista como uma medida favorável à descentralização normativa, o temor da multiplicação de leis estaduais que se apartem da

disciplina federal não foi, até o momento, confirmado, seja por acomodação dos Estados, seja por ausência de condições concretas para exercer proficuamente tal competência.

Ademais, o constituinte reformador teve o cuidado de criar instrumento de desincentivo à edição de leis estaduais incompatíveis com diretrizes do Direito Comunitário. Atribuiu a maior parte do ônus financeiro resultante de penalidades por descumprimento das normas europeias aos Estados que lhe derem causa, o que também inibe uma postura mais ativa dos Estados, mormente em face da numerosa legislação comunitária sobre o meio ambiente.

Evidentemente, não há o menor espaço para se interpretar a Constituição brasileira sob uma perspectiva que autorize algo semelhante, ainda que remotamente, à competência de divergência alemã. Se porventura se promovesse a mudança no texto da Lei Maior de 1988 para permitir isso, fenômeno bem diverso do verificado na Alemanha poderia ocorrer no Brasil, com amplo uso da competência de divergência pelos Estados. O grande número de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de leis estaduais por invasão da competência federal é indicativo da sofreguidão com que o legislador estadual exerce o seu mister.

Na situação cogitada, não se pode descartar a hipótese de que boa parte das leis estaduais editadas tutelassem mais debilmente o meio ambiente



do que a legislação federal, haja vista a maior capacidade de controle, em muitos Estados, da política local por representantes do agronegócio, setor que tradicionalmente tem oferecido maior resistência no Brasil a leis de tutela ambiental.

Se mesmo no plano federal a influência da bancada ruralista se fez notar de forma clara, levando a uma derrota do Governo na votação do projeto do novo Código Florestal na Câmara dos Deputados (os vetos da Presidente da República e a concomitante edição de uma medida provisória sobre o mesmo assunto o comprovam), influência menor desse setor econômico não se deve esperar em boa parte dos legislativos estaduais.

Essa suposição simplesmente se origina da constatação de fatos, não se vinculando necessariamente a um juízo de que as posições dos representantes do setor agrícola sejam contrárias à Constituição, mesmo porque ambos os lados em conflito podem invocar preceitos constitucionais em defesa de suas teses. Uma conclusão sobre a constitucionalidade de legislação que, em maior ou menor grau, promova a defesa do meio ambiente depende do juízo de ponderação que se faça dos princípios constitucionais invocados pelos contendores.

O exame da necessidade de disciplina nacionalmente uniforme de determinadas questões ambientais deve tomar em consideração não apenas os riscos de legislações estaduais menos protetoras do meio ambiente, mas também as dificuldades de tutela do

bem juridicamente protegido em um cenário de excessiva fragmentação normativa.

Para o problema de uma menor atenção do legislador estadual a questões ambientais, não constitui solução eficiente, em um regime no qual haja maior espaço à legislação dos entes subnacionais, a simples declaração de inconstitucionalidade das leis que estipulem padrões de proteção ambiental deficitários inadmissíveis. Nesses casos, é imprescindível que a inércia do legislador estadual possa ser suprida por uma legislação nacional que estipule padrões mínimos de proteção. Se essa conclusão é válida para federações mais descentralizadas, com maior razão se deve reconhecer o papel uniformizador da União em federações nas quais o espaço de atuação do legislador nacional é mais amplo, detendo a Corte Constitucional uma função relevantíssima de assegurar a prevalência da lei nacional sobre legislação estadual menos protetora.

Na verdade, pode-se defender a primazia da lei nacional mesmo quando ofereça menor proteção ao meio ambiente que a lei estadual, se o fizer fundada na ponderação de outros valores constitucionais, uma vez que o eventual afã do legislador estadual em proteger o meio ambiente não o autoriza a menoscabar outros bens constitucionalmente tutelados e objeto de regulação jurídica pelo legislador da União.

O regramento nacionalmente uniforme é importante não apenas para assegurar esses padrões mínimos. Em

si mesma, a uniformidade é um valor, pelas suas consequências em termos de maior segurança jurídica e contenção de conflitos federativos. No âmbito ambiental, a uniformidade legislativa se justifica com maior razão ainda, pois o tratamento integrado e abrangente das múltiplas subáreas do Direito Ambiental é fundamental para assegurar a própria eficácia da legislação sobre o assunto.

A Reforma Constitucional de 2006 pode ser vista como uma tentativa de correção de rumo, no tocante às competências legislativas sobre meio ambiente, após o ensaio no sentido de se exigir maior descentralização normativa, que teve lugar com a alteração da cláusula da necessidade e com nova jurisprudência do TCF sobre ela, mais rigorosa em relação ao exercício das competências concorrentes e para legislação de quadro pela União. A experiência alemã serve como alerta nas reflexões acerca da constante reivindicação por maior espaço de atuação dos legisladores estaduais no Brasil, no âmbito das competências concorrentes, sobretudo em questões ambientais.

## Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010.

AUEL, Katrin. Still no exit from de joint decision trap: the German Federal Reform(s). In: *German Politics*. Vol. 17, nº 4, dez 2008, p. 424-439.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des*

*Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform*. 12. Sitzung – Stenografischer Bericht. Disponível em [http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus\\_01\\_Protokoll\\_Allgemeiner\\_Teil.pdf](http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_01_Protokoll_Allgemeiner_Teil.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Gemeinsame öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform*. 15. Sitzung – Stenografischer Bericht. Disponível em [http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus\\_03\\_Protokoll\\_Umwelt.pdf](http://starweb.hessen.de/cache/bund/foederalismus_03_Protokoll_Umwelt.pdf). Acessado em 6 de agosto de 2012.

EPPLER, Annegret. Naturschutz in den politischen Mehrebenensystemen des Alpenraums. In: BUßJÄGER, Peter; Woelk, Jens. *Selbständigkeit und Integration im Alpenraum*. Innsbruck: Institut für Föderalismus, 2009.

ESPIÉRREZ, Miguel Ángel Cabellos. Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 75, set/dez 2005, pp. 289-324.

FROMONT, Michel. République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2002. In: *Revue du Droit Public*, tomo 25, nº 4, jul/ago 2004, pp. 1119-1151.

FROMONT, Michel. La Réforme du Fédéralisme Allemand de 2006. In: *Revue Française du Droit Constitutionnel*, nº 70, 2007, pp. 227-248.

GEORGII, Harald; BORHANIAN, Sarab. *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*, Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. El Estado federal unitário. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, pp. 425-256.

HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da

reforma constitucional de 2006. In: *Revista de Direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, nº 62, jan. 2008.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUBER, Peter M. *Die Föderalismusreform des Jahres 2006*. Disponível em [http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber\\_peter/publikationen/foedera.pdf](http://www.jura.uni-muenchen.de/personen/huber_peter/publikationen/foedera.pdf), Acessado em 6 de agosto de 2012.

JARASS, Hans D.; DIMENTO, Joseph. Through comparative Lawyers' Goggles: a primer on German Environmental Law. In: *The Georgetown International Environmental Law Review*. Vol. 6, nº 47, 1993, p. 53.

KRELL, Andreas Joachim. A constitucionalidade da regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (no 11.107/05) por decreto presidencial. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 5, jan/mar 2007, pp. 341-395.

KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação da teoria das leis nacionais no Brasil. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, nº 44, jul. 2007.

KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KUSTER, Bernd. *Case Study Germany: How did Germany disentangle competences?* Disponível em: <http://www.riformeistituzionali.it/media/72084/kuster.pdf>. Acessado em 6 de agosto de 2012.

LÖHR, Gerda. *Environmental decision-making in a Federation*. Mannheim: Universität Mannheim, 2006.

MÜLLER, Uwe; KLEIN, Benjamin. The Federal Legislative Competence of "Divergent State Legislation" and the Enactment of a Federal Environmental Code in Germany. In: *Journal for European Environmental & Planning Law*. Vol. 4, nº 3, 2007.

ROBBE, Patrizia; ROHLENDER, Kristin; GRAMANN, Kirsten. *Auswirkungen der Föderalismusreform I*. Berlin: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2009.

SCHNEIDER, Hans-Peter. La Reforma del federalismo en Alemania: fines, negociaciones, resultados. In: *Revista d'Estudis Autonomics i Federals*, nº 8, abr. 2009, pp. 11-36.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIDA, María Ángeles Martín. La reforma del federalismo alemán. Cambios em el reparto material de competencias entre la federación y los Länder. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, jul/dez 2006, pp. 161-194.

WOELK, Jens. La Riforma del Sistema Federale Tedesco: Riuscito il Primo Atto. In: *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, ano IV, nº 15, 2006. Disponível em

[http://federalismi.it/App1MostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco:+riuscito+il+primo+atto&content\\_author=Jens+Woelk.htm](http://federalismi.it/App1MostraDoc.cfm?Artid=5430&content=La+riforma+del+sistema+federale+tedesco:+riuscito+il+primo+atto&content_author=Jens+Woelk.htm). Acessado em 6 de agosto de 2012.

MARCO REGULATÓRIO  
DO BIODIESEL





# BIODIESEL E PROPOSTA DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO: OBSTÁCULOS E DESAFIOS

Fernando Lagares Távora<sup>1</sup>

## Resumo

O presente texto tem por finalidade avaliar a necessidade de um novo marco legal para o setor de biodiesel. A situação produtiva nacional e mundial é o ponto de partida para o estudo da legislação em vigor e dos pontos de estrangulamento para consolidação e desenvolvimento do setor. Para alcance dessa finalidade, os principais objetivos do trabalho são: i) opinar, inicialmente, sobre a necessidade de um novo marco regulatório para o biodiesel; ii) estudar a legislação vigente do setor; iii) distinguir quais medidas seriam necessárias no contexto corrente; iv) avaliar a inserção do país no contexto produtivo nacional e internacional, procurando identificar as peculiaridades do sistema produtivo; v) ponderar sobre questões sociais e ambientais; vi) relatar alguns problemas que permeiam o setor; vii) refletir sobre os desafios para produção do biodiesel nacional; e viii) propor recomendações acerca de uma possível estratégia para um novo marco regulatório para o biodiesel e/ou ações de políticas públicas a serem conduzidas.

**Palavras-chave:** biodiesel; legislação; políticas públicas.

## Abstract

This paper aims to assess the need for a new legal framework for the biodiesel sector. The national and global production is the starting point for the study of national legislation and the bottlenecks for the consolidation and development of the sector. To tackle these issues, the main goals are: i) to evaluate the need for a new regulatory framework for biodiesel; ii) to study the sector legislation in Brazil, iii) to distinguish what policy initiatives would be needed in the current context, iv) to evaluate the insertion of the Brazilian production in the national and international context, seeking to identify the peculiarities

<sup>1</sup> Engenheiro Civil e Mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília, Brasil. Ingenieur (Ir.), MSc in Management, Economics and Consumer Studies pela Wageningen University, Holanda. Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: tavora@senado.gov.br



of the production system; v) to think over social and environmental issues; vi) to report some problems that pervade the industry; vii) to consider the challenges to national production of biodiesel and viii) to suggest an agenda for a new regulatory framework for either biodiesel or public policy actions to be conducted.

**Keywords:** biodiesel; legislation; public policy.

## LISTA DE ABREVIACÕES

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

B4 – diesel com 4% de biodiesel – B5, com 5%, etc.

CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

CRABIO – Subcomissão Permanente dos Biocombustíveis da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal

CO<sub>2</sub> – Dióxido de carbono ou gás carbônico

Conab – Companhia Nacional de Abastecimento

GTBIO – Grupo de Trabalho da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ENERS Energy Concept – *Biofuel Platform*

FAO – *Food and Agriculture Organization*

MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário

ONU – Organização das Nações Unidas

PNPB – Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel

PROÁLCOOL – Programa Nacional do Álcool

Proóleo – Plano de Produção de Óleos Vegetais para Fins Energéticos

SINDICOM – Sindicato Nacional de Empresas Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificadores

UBRABIO – União Brasileira do Biodiesel

US EIA – *US Energy Information Administration*

UNICA – União da Indústria de Cana-de-açúcar

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos dois anos, com a expansão significativa da capacidade ociosa da indústria de produção de biodiesel, têm surgido demandas recorrentes perante os poderes Executivos e Legislativos para criação de um novo marco regulatório para o biodiesel.

Entre as demandas mais comuns, ressaltadas, por exemplo, pelo Centro Brasileiro de Infraestrutura<sup>2</sup> estão: i) incentivos à exportação do biocombustível; ii) estabelecimento de metas compulsórias mais robustas para mistura de biodiesel; iii) redução da

<sup>2</sup> Vide Valor Econômico (2012).

carga tributária; iv) reformulação do sistema de leilões para a comercialização do produto; v) políticas mais inclusivas para a agricultura familiar; vi) fomento à diversificação de matérias-primas para a produção do biodiesel<sup>3</sup>.

Os grandes problemas decorrentes do atendimento de demandas dessa natureza podem ser uma maior intervenção estatal no setor, o que de alguma forma acaba provocando distorções alocativas, já que parte das medidas modifica não só o preço pago pelo biodiesel, mas também o custo repassado para a sociedade.

No outro espectro, a falta de intervenção pode inviabilizar o desenvolvimento de uma indústria da qual o país dispõe de clara vantagem comparativa: não só terras abundantes, mas também inúmeras fontes de matéria-prima e um inestimável pacote tecnológico já desenvolvido.

Atualmente, o cenário produtivo de biodiesel é nebuloso: mais da metade da capacidade produtiva encontra-se ociosa; o país praticamente não exporta nada de biodiesel; a produção existente é altamente concentrada no insumo soja; o critério social ainda é cambaleante porque há necessidade de consolidação da participação da agricultura familiar, principalmente com uso de uma

maior diversidade de matérias-primas; o custo tecnológico ainda é alto, pois o preço do biodiesel é superior ao do diesel; há metas compulsórias de uso do biodiesel, o que gera custos para sociedade; há incentivo tributário para produção do biocombustível – tudo isso, em conjunto, implica implicitamente deslocamento alocativo de recursos –, enfim, há vários temas a serem debatidos na consideração de proposta de um novo marco regulatório.

O presente texto tem por finalidade avaliar a pertinência da demanda por um novo marco para o setor de biodiesel partindo da situação produtiva nacional e mundial, passando pelo estudo da legislação em vigor e chegando à análise de alguns pontos de estrangulamento para o desenvolvimento do setor.

Os principais objetivos do trabalho são: i) opinar, inicialmente, sobre a necessidade de um novo marco regulatório para o biodiesel; ii) estudar a legislação vigente do setor; iii) distinguir quais medidas seriam necessárias no contexto corrente; iv) avaliar a inserção do país no contexto produtivo nacional e internacional, procurando identificar as peculiaridades do sistema produtivo; v) ponderar sobre questões sociais e ambientais; vi) relatar alguns problemas que permeiam o setor; vii) refletir sobre os desafios para a produção de biodiesel nacional; e viii) propor recomendações acerca de uma possível estratégia para um novo marco regulatório para o biodiesel e/ou ações de políticas públicas a serem conduzidas.

<sup>3</sup> A UBRABIO defende avanço no Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) com a ampliação para a mistura B7 e a introdução do Biodiesel Metropolitano (B20) – 20% de biodiesel adicionado ao Diesel 50 –, e também a criação de um Programa de Certificação de Qualidade do Biodiesel. Para maiores detalhes, vide UBRABIO (2012).

Para tanto, inicialmente, no capítulo 2, é recuperada uma breve noção histórica da introdução do biodiesel na matriz energética brasileira. O capítulo 3 procura detalhar a produção e o consumo mundial de biodiesel e apresenta o prognóstico produtivo para os anos vindouros. No capítulo 4, são mostrados dados e características do sistema produtivo brasileiro de biodiesel. O capítulo 5, por seu turno, estuda a legislação atinente ao biodiesel, especialmente aquela relativa à Lei do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) e à tributação do biodiesel. No capítulo 6, são feitas algumas reflexões sobre os problemas e desafios para a produção de biodiesel no Brasil. Por fim, o capítulo 7 apresenta as conclusões e comentários finais do trabalho.

## 2. BREVE HISTÓRICO DO BIODIESEL NO BRASIL

### Primórdios da produção de biodiesel

Inicialmente, cabe destacar que o biodiesel caracteriza-se por ser um combustível obtido por transesterificação: reação de lipídios com álcool em presença de catalisador. Atualmente, o Decreto nº 5.297, de 6 de dezembro de 2004, define, para aplicação no país, biodiesel como combustível para motores a combustão interna com ignição por compressão, renovável e biodegradável, derivado de óleos vegetais ou de gorduras animais, que possa substituir parcial ou totalmente o óleo diesel de origem fóssil.

A produção de um combustível a partir de óleos e gorduras sofreu um longo e lento processo de evolução. No entanto, as tentativas de utilização de óleos e mesmo álcool de cana-de-açúcar, realizadas há mais de um século, podem ser identificados como precursores dos tipos de biodiesel modernos.

Maia & Feitosa (2009) destacam que, em 1900, Rudolf Diesel apresentou, na Exposição Universal de Paris, um motor movido a óleo de amendoim. Esse combustível pode ser considerado uma das primeiras versões de um biocombustível.

Em 1903, já se discutia no Brasil o uso de biocombustíveis para funções energéticas, como se depreende dos seguintes eventos, registrados por Natale Netto (2007): “Exposição Internacional de Produtos e Equipamentos a Álcool” e o “Congresso das Aplicações Industriais do Álcool”.

Rathmann *et al.* (2005) destacam que, em 1937, ocorreu a primeira concessão de patente (P. 22.877) a combustíveis obtidos a partir de óleos vegetais (óleo de palma), a G. Chavanne, em Bruxelas, Bélgica.

Do lado do consumo, há registros de que biocombustíveis desempenharam importantes funções de abastecimento. *Worldwatch Institute* (2007) destaca que, no início do século XX, os biocombustíveis chegaram a ocupar 5% da oferta de combustível na Europa, com suporte principalmente na Alemanha e França e que, entre a primeira e segunda guerras, o etanol suplementou o petróleo na Euro-

pa, nos Estados Unidos da América (EUA) e no Brasil.

Entretanto, com a desmobilização militar e a descoberta de novas reservas, a fartura de petróleo barato eliminou os biocombustíveis do mercado de combustíveis.

### **A crise do petróleo e o início do uso de biocombustíveis no Brasil**

Em 1973, com a primeira crise do petróleo, o preço do barril elevou-se significativamente. No entanto, com a segunda crise, a situação se tornou insustentável. O valor médio do barril de petróleo, em 1973, foi de US\$ 3,88 para US\$ 36,59, no auge dos preços em 1981, um aumento de cerca de 945%! Emergiram falhas de planejamento estratégico: o país era dependente de importação de petróleo e não tinha plano alternativo para possível escassez.

Apresentavam-se claras dificuldades para produzir petróleo internamente (os campos de petróleo não estavam confirmados, a tecnologia não era apropriada, o preço de extração ainda era maior do que o preço de importação). Assim, além de medidas macroeconômicas clássicas, novas fontes de energia deveriam ser encontradas para suavizar os estragos da elevação de custo na economia nacional.

Em 1975, foi criado o Programa Nacional do Álcool (PROÁLCOOL), cuja principal ambição seria substituir os

veículos movidos à gasolina por outros movidos a álcool. As primeiras experiências de engenharia no Brasil, lidando com esse biocombustível, já vinham sendo realizadas desde o início do século e, já em 1925, o primeiro carro já tinha viajado do Rio de Janeiro a São Paulo, cerca de 430 km, movido a álcool (Unica, 2008).

Em 1980, o primeiro ônibus movido a biodiesel percorreu 300 km com bons resultados. Segundo Parente (2007), o motor teve desempenho melhor do que o motor que utilizava somente diesel.

Mas, a trajetória do biodiesel no Brasil começou muito antes, com iniciativas do Instituto Nacional de Tecnologia na década de 1920. No entanto, somente no final da década de 1970, em meio à crise energética internacional, foi criado o Plano de Produção de Óleos Vegetais para Fins Energéticos (Proóleo).

De acordo com Parente (2003), a primeira patente mundial de biodiesel e de querosene vegetal de aviação (PI8007957) foi registrada por ele no Brasil. Esta patente foi requerida em 1980 e, atualmente, já se encontra em domínio público.

Em 1980, o Proóleo passou a ser denominado Programa Nacional de Óleos Vegetais para Fins Energéticos, cujo objetivo era promover a substituição de até 30% de óleo diesel com óleos vegetais produzidos a partir de soja, amendoim, colza e girassol. Entretanto, o sucesso do Proálcool – que acabou sendo um competidor do Proóleo – a estabilização dos preços

do petróleo, já na década de 1980, e, mormente, o alto custo de esmagamento das oleaginosas e de produção do biocombustível impediram a expansão e consolidação do Proóleo<sup>4</sup>.

Cunha (2006) registra que, em 1986, os preços do petróleo despencaram, chegando a menos de US\$ 15 por barril em 1987. Paralelamente, o País passava por um momento econômico delicado: uma série de malsucedidos planos econômicos; dificuldade de pagamento da dívida externa, declaração de moratória, descontrole das finanças públicas, desajuste monetário, inflação galopante. Não havia espaço para continuidade dos programas de fomento a biocombustíveis.

## O ressurgimento do etanol e o lançamento do PNPB

Somente em 2003, com a chegada dos carros flex-fuel<sup>5</sup> ao mercado, o álcool voltou a ter papel de proeminência como combustível. Os consumidores brasileiros mostram racionalidade econômica e consistência ambiental aderindo maciçamente à nova opção, o que levou a cerca de 92% dos carros vendidos em 2008 no País serem biocombustíveis. A falta de confiança tecnológica do carro movido a etanol, os riscos de elevação de preços do combustível ou sua falta foram deixados para trás. O etanol teve um forte ressurgimento no país a partir de então.

<sup>4</sup> Outros programas foram tentados em seguida, como o PRODIESEL e o Programa de Óleos Vegetais, na década de 1980, e o Projeto DENDIESEL, na década de 1990.

<sup>5</sup> Veículos que podem ser movidos a álcool ou à gasolina a qualquer taxa de mistura.

Já o biodiesel, como representante de combustíveis produzidos a partir de gorduras, ganhou destaque e voltou a ter importância na matriz energética brasileira, com o lançamento do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) em dezembro de 2004. Em 2005, foi aprovada a Lei nº 11.097, 13 de janeiro de 2005. A partir de então, o Estado passou a ter metas de uso de biodiesel na matriz energética nacional (vide Gráfico 2.1).

De 2005 a 2007, a adição de dois por cento de biodiesel ao diesel fóssil era facultativa, evoluindo para ser obrigatória, no mesmo percentual (2%), de 2008 a 2012. O percentual subiria para cinco por cento a partir de 2013. Em 2008, foi lançada a mistura de diesel com 2% de biodiesel, o chamado B2.

Em julho de 2009, o País adotou o B4 (diesel com 4% de biodiesel) e, em janeiro de 2010, entrou no mercado o B5 (diesel com 5% de biodiesel). Com essas medidas, o Governo Federal adiantou a meta do ano de 2013 em três anos<sup>6</sup>.

## 3. PRODUÇÃO MUNDIAL DE BIODIESEL

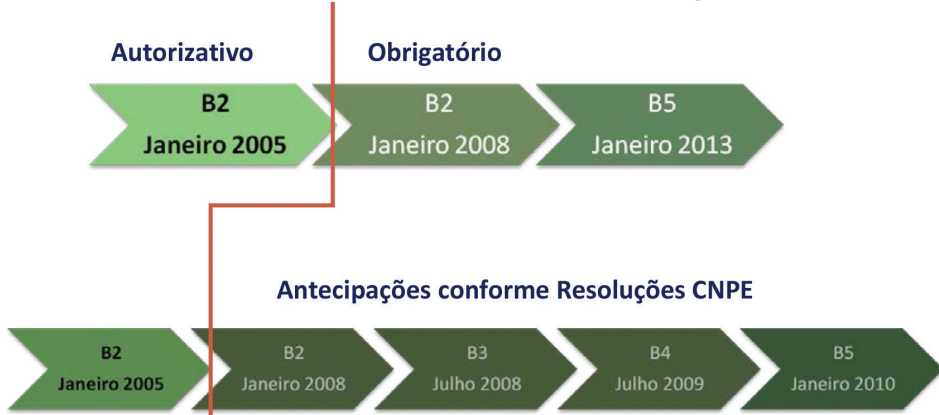
### Distribuição da produção de biodiesel no mundo

O biodiesel é produzido em mais de trinta países no mundo, sendo que 21 deles já utilizam o combustível e 11

<sup>6</sup> Para uma visão complementar desse tópico, ver Holanda (2004), MDIC (2006), Natale Neto (2007), CRABIO (2007), Távora (2011).



Gráfico 2. 1 – Evolução do uso do biodiesel na matriz energética brasileira



Fonte: ANP (2011-B)

Nota: B2 refere-se à mistura de 2% de biodiesel ao diesel, e B5 à mistura de 5%.

países estão implantando seus programas<sup>7</sup>. Os atores mais importantes, em certa medida, coincidem com os produtores de álcool. Mas é sempre necessário destacar que, ao contrário do álcool, o biodiesel não pode prescindir de combustíveis fósseis. O Gráfico 3.1 dá uma ideia da distribuição produtiva mundial, com dados de 2009.

A produção mundial, em 2010, foi de 19,5 bilhões de litros (US EIA, 2011), um acréscimo de 8,9% em comparação com o ano anterior (ver Tabela 3.1). A Europa e as Américas Central e do Sul respondem por quase 80% da produção mundial, com 13 bilhões de litros de biodiesel, sendo que os

principais produtores são, respectivamente, Alemanha (14,6%), Brasil (12,3%) e França (11%), com cerca de 38% da produção global, o que equivale a 7,4 bilhões de litros.

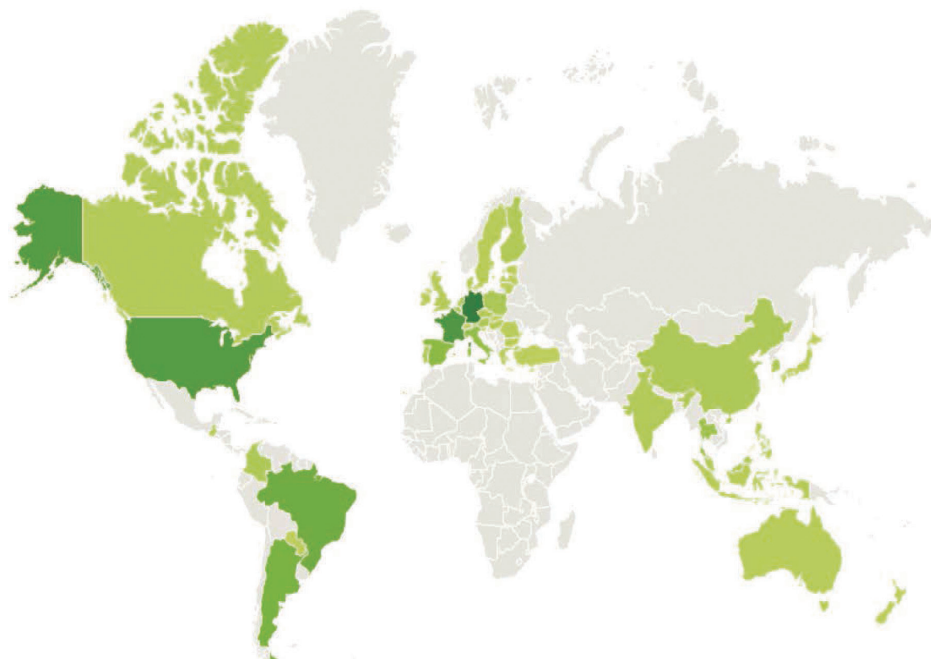
### Prognóstico da produção de biodiesel no mundo

A estimativa para 2020 é de uma produção de 41,9 bilhões de litros (FAO, 2011), sendo que a União Europeia (EU 27), EUA, Brasil e Índia produzirão juntos cerca de 75% da produção mundial de biodiesel (vide Gráfico 3.2).

Outro fato curioso nessa projeção é que Brasil, Argentina e Índia produzirão uma média de 3,2 bilhões de litros, abaixo dos EUA. Nessa hipótese, a Europa iria liderar a produção global e esses quatro países juntos ainda iriam produzir menos do que aquele bloco econômico.

<sup>7</sup> De acordo com Valor Econômico (2008), os países que usavam mistura à gasolina, em 2007, são os seguintes: Groelândia, Canadá, EUA, Colômbia, Brasil, Argentina, Suécia, Reino Unido, Dinamarca, Polônia, Alemanha, República Tcheca, Eslováquia, Hungria, Áustria, Itália, França, Espanha, Tailândia, Coreia do Sul e Filipinas. Ainda com base na mesma fonte, há registro de experimentos em curso nos países seguintes: México, Chile, África do Sul, China, Índia, Malásia, Japão, Indonésia, Filipinas, Austrália e Nova Zelândia.

Gráfico 3. 1 – Distribuição da produção de biodiesel no mundo, 2009



Fonte: ENERS (2010), Biofuels Plataform 2010. Quanto mais escuro, maior a produção do país. Adaptação pelo autor.

Sem uma fundamentação mais elaborada, no entanto, cabe destacar que, se o biodiesel tornar-se uma *commodity* internacional, o Brasil, por suas condições naturais, tecnológicas, de conhecimento e sinérgicas, pode facilmente se tornar um produtor mais expressivo. A nosso ver, a estimativa citada não considera tais características e também desconsidera que a China poderia ter peso importante na produção e também a ociosidade do parque industrial do Brasil (sobreinstalação de 137%, vide Tabela 4.6), que poderia expandir rapidamente a produção do país.

### Consumo de biodiesel no mundo

É importante considerar, também, o lado do consumo. Em 2010, foram consumidos cerca 20,3 bilhões de litros (US EIA, 2011), um acréscimo de aproximadamente 15% em comparação com o ano anterior (ver Tabela 3.2).

A Europa e as Américas Central e do Sul respondem por quase 85% do consumo mundial, com 17 bilhões de litros de biodiesel, sendo que os principais consumidores são Alemanha, Brasil e França, com cerca de 38% do

Tabela 3. 1 – Produção mundial de biodiesel, países selecionados, 2005 a 2010

Em milhões de litros

Região/País	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Participação
<b>América do Norte</b>	<b>355,3</b>	<b>994,4</b>	<b>1.952,8</b>	<b>2.664,3</b>	<b>2.044,5</b>	<b>1.316,1</b>	<b>6,8%</b>
EUA	343,7	948,0	1.854,2	2.559,8	1.911,0	1.171,0	6,0%
<b>América Central/ Sul</b>	<b>31,5</b>	<b>130,5</b>	<b>884,8</b>	<b>2.241,6</b>	<b>3.361,7</b>	<b>4.952,3</b>	<b>25,4%</b>
Brasil	0,7	69,0	404,3	1.163,9	1.608,0	2.397,2	12,3%
<b>Europa</b>	<b>3.949,5</b>	<b>6.570,1</b>	<b>7.979,0</b>	<b>8.996,8</b>	<b>10.016,4</b>	<b>10.625,7</b>	<b>54,5%</b>
França	487,4	673,1	1.085,1	1.996,2	2.385,0	2.147,1	11,0%
Alemanha	2.263,1	4.085,3	4.543,7	3.580,4	2.971,1	2.843,4	14,6%
Itália	446,8	673,1	533,9	760,2	760,2	841,4	4,3%
Reino Unido	52,2	290,1	464,2	319,2	232,1	232,1	1,2%
<b>Eurásia</b>	<b>17,4</b>	<b>18,6</b>	<b>41,8</b>	<b>145,1</b>	<b>220,5</b>	<b>189,2</b>	<b>1,0%</b>
Lituânia	5,8	11,6	29,0	75,4	110,3	98,6	0,5%
<b>Ásia &amp; Oceânia</b>	<b>127,7</b>	<b>528,1</b>	<b>916,9</b>	<b>1.672,4</b>	<b>2.235,5</b>	<b>2.381,0</b>	<b>12,2%</b>
China	46,4	232,1	348,2	464,2	464,2	348,2	1,8%
Coreia do Sul	11,6	52,2	98,6	185,7	290,1	377,2	1,9%
Malásia	0,0	63,8	145,1	261,1	330,8	116,1	0,6%
Tailândia	23,2	23,2	69,6	446,8	609,3	638,3	3,3%
<b>Mundo</b>	<b>4.481,4</b>	<b>8.241,6</b>	<b>11.775,3</b>	<b>15.722,8</b>	<b>17.883,8</b>	<b>19.479,9</b>	<b>100%</b>

Fonte: US EIA (2011), com dados originais extraídos de *U.S. Energy Information Administration, International Energy Statistics, Biofuels Production*. Elaboração pelo autor.

consumo global, com 7,7 bilhões de litros.

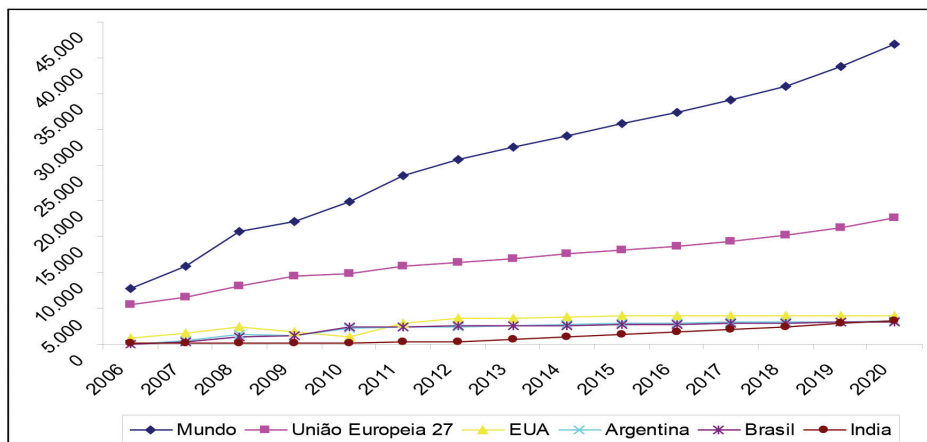
Em outras palavras, os grandes consumidores são exatamente aqueles países que têm programas bem estruturados de produção de biodiesel.

Outro aspecto interessante a ser destacado é que, entre 2005 e 2010, a produção global cresceu cerca de 335% e o consumo aproximadamente 470%. No entanto, sem a formação de um mercado exportador consistente. Os principais países consumidores (EUA, Brasil, França, Alemanha, Itália e Reino Unido) tiveram grande

expansão percentual, mas com um volume total de exportações ainda considerado pequeno comparado com o tamanho de seus respectivos consumos de combustíveis. O Gráfico 3.3 apresenta a evolução do consumo nos principais países consumidores<sup>8</sup>.

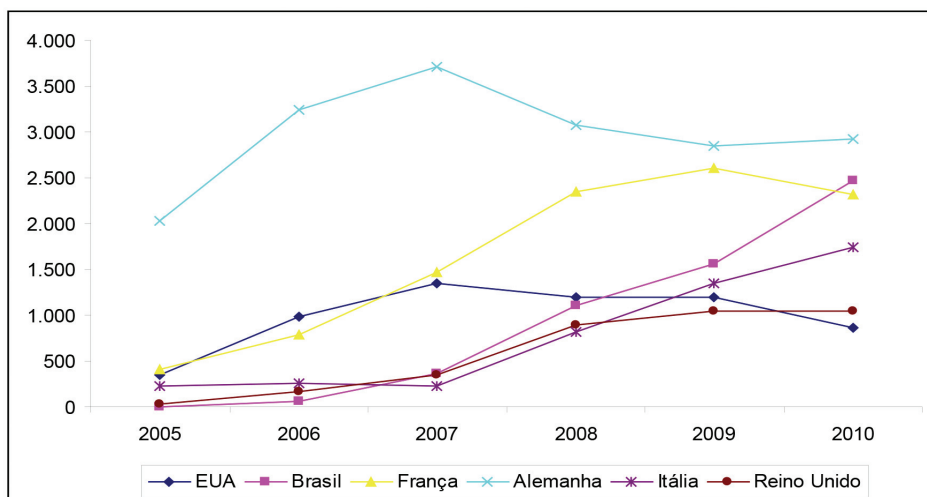
<sup>8</sup> É importante destacar que os dados das três fontes (US EIA, FAO e ENERS – *Biofuel Plataforma*) utilizadas não são conformes, coincidentes para vários anos. Por exemplo, para o ano de 2009, foram apresentados, por essas fontes, os seguintes montantes de produção de biodiesel: 17,88, 17,18, 17,93 bilhões de litros, respectivamente. Sempre há possibilidades de haver diferenças de abrangência e periodicidade, além dos clássicos problemas de transformação de unidade. Mas, por outro lado, as discrepâncias existentes são relativamente grandes, o que nos leva a crer que ainda exista espaço para aprimoramento das estatísticas sobre o tema. Para o caso dos dados da EIA, que foram fornecidos em milhares de barris

Gráfico 3. 2 – Produção mundial de biodiesel, países selecionados, 2005 a 2020  
*Em milhões de litros*



Fonte: FAO (2011). Elaboração pelo autor.

Gráfico 3. 3 – Consumo mundial de biodiesel, países selecionados, 2005 a 2010  
*Em milhões de litros*



Fonte: US EIA (2011), com dados originais extraídos de U.S. Energy Information Administration, International Energy Statistics, Biofuels Production. Elaboração pelo autor.

Tabela 3. 2 – Consumo mundial de biodiesel, países selecionados, 2005 a 2010

Em milhões de litros

Região/País	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Participação
<b>América do Norte</b>	<b>355,4</b>	<b>1.032,8</b>	<b>1.454,4</b>	<b>1.296,6</b>	<b>1.309,1</b>	<b>999,4</b>	<b>4,9%</b>
EUA	343,8	986,4	1.355,7	1.192,1	1.198,2	866,0	4,3%
<b>América Central/ Sul</b>	<b>22,7</b>	<b>84,2</b>	<b>427,1</b>	<b>1.251,7</b>	<b>2.042,0</b>	<b>3.595,5</b>	<b>17,7%</b>
Brasil	3,5	63,8	370,2	1.108,4	1.564,9	2.462,2	12,1%
<b>Europa</b>	<b>3.063,3</b>	<b>5.330,3</b>	<b>7.739,5</b>	<b>10.248,5</b>	<b>12.466,7</b>	<b>13.495,6</b>	<b>66,5%</b>
França	413,2	783,4	1.468,1	2.356,0	2.611,3	2.321,2	11,4%
Alemanha	2.031,0	3.249,6	3.713,9	3.075,5	2.843,4	2.930,5	14,4%
Itália	226,3	255,3	232,1	812,4	1.352,1	1.740,9	8,6%
Reino Unido	34,8	168,3	348,2	887,8	1.044,5	1.044,5	5,1%
<b>Eurásia</b>	<b>11,6</b>	<b>20,5</b>	<b>56,3</b>	<b>76,0</b>	<b>80,1</b>	<b>110,3</b>	<b>0,5%</b>
Lituânia	5,8	17,4	53,4	58,6	46,4	46,4	0,2%
<b>Ásia &amp; Oceânia</b>	<b>106,8</b>	<b>372,5</b>	<b>453,8</b>	<b>1.214,0</b>	<b>1.732,2</b>	<b>2.087,3</b>	<b>10,3%</b>
China	46,4	232,1	116,1	290,1	348,2	348,2	1,7%
Coreia do Sul	11,6	52,2	98,6	185,7	290,1	377,2	1,9%
Malásia	0,0	11,6	40,6	52,2	5,8	5,8	0,0%
Tailândia	5,8	5,8	63,8	446,8	609,3	638,3	3,1%
<b>Mundo</b>	<b>3.559,8</b>	<b>6.840,3</b>	<b>10.136,9</b>	<b>14.092,9</b>	<b>17.636,9</b>	<b>20.296,8</b>	<b>100%</b>

Fonte: US EIA (2011), com dados originais extraídos de *U.S. Energy Information Administration, International Energy Statistics, Biofuels Production*. Elaboração pelo autor.

Ainda está por ser construída uma base mundial de comércio para o biodiesel. Tal medida depende em larga escala da decisão dos governos de abraçarem essa política como forma de melhorar, por exemplo, o meio ambiente por meio de redução da emissão de gases provocadores do efeito estufa. Por derradeiro, nota-se que a produção destina-se praticamente para o consumo e que não existem estoques nem estratégias eficientes de logística e distribuição construídas.

de produção por dia, foram utilizados os fatores de transformação recomendado pela própria fonte (1 barril = 0,00629 litros) e considerado o número de 365 dias por ano.

## 4. PRODUÇÃO BRASILEIRA DE BIODIESEL

### Capacidade instalada de produção de biodiesel no Brasil

De acordo com ANP (2011), existem 65 unidades produtoras autorizadas para operação, sendo que 5 delas somente para operação e 60 para operação e comercialização. Dessa forma, a capacidade total já instalada é de 18,28 milhões de litros por dia – 6,58 bilhões de litros/ano (vide Tabela 4.1).

**Tabela 4. 1 – Capacidade instalada de produção de biodiesel, Brasil, 2011**

*Em milhões de litros/dia*

Plantas autorizadas	Quantidade	Capacidade
Somente para operação	5	1,13
Para operação e comercialização	60	17,15
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>18,28</b>

Fonte: ANP (2011). Elaboração pelo autor.

**Tabela 4. 2 – Expansão da capacidade de produção de biodiesel, Brasil, 2011**

*Em milhões de litros/dia*

Plantas autorizadas	Quantidade	Capacidade
Para construção – novas	10	4,04
Para ampliação – já existentes	8	0,84
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>4,88</b>

Fonte: ANP (2011). Elaboração pelo autor.

Ainda há autorização para construção de 10 novas unidades produtoras de biodiesel no país e 8 unidades encontram-se em processo de ampliação. Portanto, a capacidade a ser ampliada é de 4,88 milhões de litros por dia – 1,76 bilhões de litros/ano (vide Tabela 4.2).

Portanto, o Brasil encerra o ano de 2011 com uma expectativa de chegar a uma capacidade produtiva da ordem de 23,16 milhões de litros por dia (8,34 bilhões por ano).

A distribuição das usinas pelo país (plantas com autorização de comercialização da ANP e Registro Especial na Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda – RFB/MF) mostra uma concentração produtiva de 65% nas Regiões Centro-Oeste e Sul, sendo que a Região Norte apresenta ape-

nas 3% da capacidade produtiva (vide Gráfico 4.1 e Tabela 4.3)<sup>9</sup>.

## Produção brasileira de biodiesel no PNPB

Atualmente, o biodiesel tem sido produzido em 15 estados<sup>10</sup> e por cerca de 50 produtores, com tendência de expansão. A produção foi crescente de 2005 a 2011 (Ver Tabela 4.4).

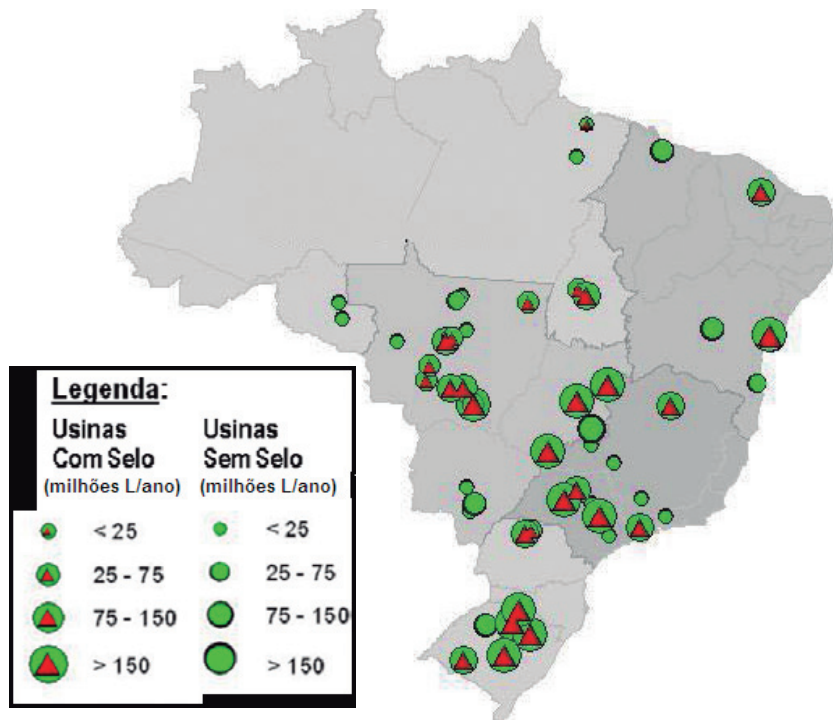
Em 2008, com a entrada do B2, a produção de biodiesel alcançou o volume de 1,2 bilhões de litros, um acréscimo de 189% em comparação com o ano anterior. Em 2010, com a entrada

<sup>9</sup> Observe que esses dados diferem um pouco dos da ANP (2011) devido à data de referência.

<sup>10</sup> Em 2011, os estados são: Bahia, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, São Paulo, Tocantins, Rio Grande do Sul, Rondônia, Maranhão, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro.



Gráfico 4. 1 – Distribuição espacial das plantas produtoras de biodiesel, 2011



Fonte: MME (2011-B)

Tabela 4. 3 – Distribuição das plantas produtoras de biodiesel por regiões, 2011  
*Em milhões de litros/ano*

Região	Usinas	Capacidade	Participação
Norte	5	205	3%
Nordeste	6	741	12%
Centro-oeste	25	2.395	40%
Sudeste	13	1.144	19%
Sul	8	1.534	25%
<b>Total</b>	<b>57</b>	<b>6.019</b>	<b>100%</b>

Fonte: MME (2011-B). Adaptação pelo autor. Posição 30/11/2011.

Tabela 4. 4 – Produção de biodiesel no Brasil, 2005 – 2011

Em M<sup>3</sup>

Meses	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Janeiro	-	1.075	17.109	76.784	90.352	147.435	186.327
Fevereiro	-	1.043	16.933	77.085	80.224	178.049	176.783
Março	8	1.725	22.637	63.680	131.991	214.150	233.465
Abril	13	1.786	18.773	64.350	105.458	184.897	200.381
Mai	26	2.578	26.005	75.999	103.663	202.729	220.484
Junho	23	6.490	27.158	102.767	141.139	204.940	231.573
Julho	7	3.331	26.718	107.786	154.557	207.434	249.897
Agosto	57	5.102	43.959	109.534	167.086	231.160	247.934
Setembro	2	6.735	46.013	132.258	160.538	219.988	233.971
Outubro	34	8.581	53.609	126.817	156.811	199.895	237.885
Novembro	281	16.025	56.401	118.014	166.192	207.868	237.189
Dezembro	285	14.531	49.016	112.053	150.437	187.856	214.911
<b>Total</b>	<b>736</b>	<b>69.002</b>	<b>404.329</b>	<b>1.167.128</b>	<b>1.608.448</b>	<b>2.386.399</b>	<b>2.670.801</b>

Fonte: ANP (2011). Complementação dos dados da tabela em 2012.

Tabela 4. 5 – Participação média das matérias-primas nos leilões de 2011

Produto	Participação
Óleo de soja	80% – 95%
Gordura Bovina	8% – 21%
Óleo de algodão	0% – 8%
Outros materiais graxos	0% – 7%

Fonte: ANP (2011).

do B5, a produção foi cerca de 2,4 bilhões de litros.

Atualmente a produção de biodiesel a partir de soja responde por pelo menos de 80% da produção (ver Tabela 4.5). Entende-se que ainda há um longo caminho a se percorrer para maior diversificação das matérias-primas<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Uma boa razão para esse fato seria o custo de produção de biodiesel a partir de outras matérias primas,

## Preço do biodiesel no PNPB

O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB) é recente (criado somente em 2005). Portanto, o biodiesel brasileiro ainda se encontra em estágio de desenvolvimento, o que conduz à conclusão de que os custos de produção ainda passarão por pro-

vide Barros *et al.* (2006) para comparação de simulações de custos de produção.

cesso de ajustes graduais nos anos vindouros, possivelmente para baixo.

Atualmente, os preços do biodiesel produzido no País ainda encontram-se acima dos patamares tidos como ideais. Tomando-se os vinte e quatro primeiros leilões da ANP, os preços médios ficaram entre R\$ 1,74 e R\$ 2,69 por litro de biodiesel, enquanto o do diesel oscilou em torno de R\$ 1,39 por litro (ver Gráfico 4.2).

Campos e Carmélio (2009) argumentam que o biodiesel deverá ter níveis crescentes de produção nos próximos anos, com boas perspectivas de exportação, que o combustível amplia a oferta de alimentos, sobretudo dos produtos cárneos e lácteos, que o seu preço ainda é superior ao do diesel, mas que avanços tecnológicos e no

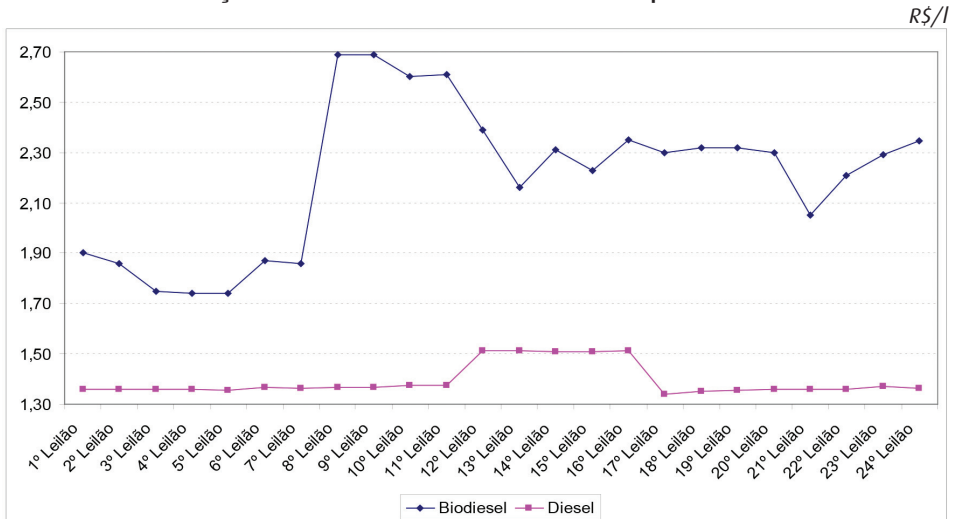
campo agrícola podem melhorar sua competitividade.

### Capacidade instalada *versus* capacidade de consumo

Dados do MME (2011) indicam que, em 2010, a capacidade total instalada alcançou 5,8 bilhões de litros de biodiesel ao passo que a demanda pelo combustível foi da ordem de 2,5 bilhões de litros, o que indica uma sobreinstalação de 137% (vide Tabela 4.6).

Em Goiás, Mato Grosso e Rio Grande do Sul o potencial de produção foi superior a demanda interna em 900%, 945% e 792%, respectivamente. Há estados com demanda superior à

Gráfico 4.2 - Preço médio de biodiesel e de diesel nos 24 primeiros leilões da ANP



Fonte: ANP (2011). Sem ponderação por volume e tomando-se o semanal. Elaboração pelo autor.

Tabela 4. 6 – Capacidade instalada *versus* demanda por biodiesel, Brasil, 2010

*Em M<sup>3</sup>/ano*

Estado	Número	Capacidade total	Demanda por B5 – 2010	Capacidade/demanda	Capacidade da maior planta	Capacidade da menor planta	Proporção entre usinas
GO	6	1.083.960	108.342	900%	235.080	16.200	15
MT	16	1.045.824	100.082	945%	343.800	1.800	191
MS	3	122.760	53.499	129%	108.000	3.960	27
RS	6	1.363.439	152.894	792%	378.000	129.600	3
PR	3	181.080	211.313	-14%	127.080	10.800	12
MG	5	135.400	322.311	-58%	108.616	864	126
SP	7	905.321	571.898	58%	296.640	10.800	27
RJ	1	60.012	134.068	-55%	60.012	-	-
BA	4	502.711	136.465	268%	217.231	35.280	6
MA	1	129.600	49.603	161%	129.600	-	-
CE	1	108.616	42.411	156%	108.616	-	-
TO	2	158.760	33.256	377%	129.600	29.160	4
PA	2	23.400	81.769	-71%	126.000	10.800	12
RO	2	10.440	38.095	-73%	7.200	3.240	2
<b>Total</b>	<b>59</b>	<b>5.831.323</b>	<b>2.461.952</b>	<b>137%</b>	-	-	-

Fonte: MME (2011).

capacidade de produção, como Pará, Rondônia e Minas Gerais.

Além disso, outra questão que pode se traduzir em problema diz respeito à grande disparidade no tamanho das usinas. Há casos, como no Mato Grosso e em Minas Gerais, em que a maior usina tem 191 e 126 vezes, respectivamente, a capacidade de produção da menor.

Portanto, o cenário de produção do biodiesel apresenta grande excesso de capacidade de oferta no Brasil como um todo, mas também em al-

guns estados, em particular. Além disso, verifica-se grande disparidade no tamanho das plantas, o que redundará em problemas de custos e de logística diferenciados. A escala de produção faz com que ocorra custo de produção diferenciado, devido à otimização do uso de recursos imobilizados e financeiros. Enquanto um produtor maior pode arcar, mesmo com dificuldade, com determinada despesa, um pequeno pode ter seu negócio muito prejudicado e, no limite, inviabilizado. Nesse sentido, negociar e transportar 800 m<sup>3</sup> de biodiesel por ano pode apresentar limitações

maiores do que, por exemplo, negociar 100.000 m<sup>3</sup> de biodiesel por ano, em que o sistema operacional pode se beneficiar de ganhos de escala.

## 5. PRÓS E CONTRAS DO USO DO BIODIESEL NO BRASIL

Inicialmente, cabe ponderar que a introdução de um novo marco regulatório deve passar pela análise dos prós e contras da utilização de biodiesel na matriz energética do país. De fato, nesta oportunidade, não se está discutindo a introdução desse biocombustível na matriz brasileira, o que ocorreu com a edição da Lei nº 11.097, de 2005, mas das condições que levam à necessidade de aprimoramento ou “refundação” de um marco regulatório.

Holanda (2004) entendeu que as motivações para produção de biodiesel no Brasil seriam os benefícios sociais e ambientais. A geração de emprego e renda a partir da produção do biodiesel e a redução de emissões de gases provocadores do efeito estufa seriam fortes elementos para o Brasil optar pela produção de biodiesel.

A seguir, na Tabela 5.1, são reproduzidas as diretrizes para o lançamento do PNPB, conforme Rodrigues (2006), como pontos positivos para uso do biodiesel, e feitos alguns comentários.

A seguir, é apresentada a Tabela 5.2, que traz uma compilação de críticas ao PNPB, em seu período inicial, apresentadas por Campos e Cornélio

(2009)<sup>12</sup>, e suplementada por outros argumentos contrários ao uso do biodiesel.

À luz desses prós e contras, entende-se que a instituição, manutenção ou modificação de uma política de biodiesel (uso obrigatório, isenção tributária, subsídio ao produtor, etc.) só se justifica se o uso do biocombustível gerar ganhos de bem-estar à sociedade.

Por outro lado, se não for um bom negócio produzir e usar biodiesel (tanto em termos econômicos quanto em termos de suas externalidades ambientais e sociais), não se deveria insistir nessa estratégia, e a criação de incentivos poderia ser resultado apenas de *lobby* de setores interessados em viabilizar suas produções ineficientes ou mesmo sua expansão.

## 6. LEGISLAÇÃO BÁSICA PARA O BIODIESEL NO BRASIL

### Lei do PNPB

A criação do PNPB teve objetivos múltiplos: diversificar as culturas vegetais para produção de energia<sup>13</sup>; criar emprego e renda no meio rural; fomentar uma agricultura sustentável; melhorar o balanço energético, com fim de redução de emissão de CO<sub>2</sub>; melhorar o meio-ambiente; aproveitar os solos degradados, diversificar a

<sup>12</sup> Os autores contestam muitas dessas questões com argumentos mais técnicos.

<sup>13</sup> Basta lembrar que alguns acreditavam que a mamonca seria o carro-chefe do programa em 2004.

Tabela 5.1 – Prós do uso do biodiesel no Brasil

Prós	Comentários
a) introdução do biodiesel na matriz energética nacional de forma sustentável, permitindo a diversificação das fontes de energia, o crescimento da participação das fontes renováveis e a segurança energética;	A Tabela 4.5 mostra que o PNPB ainda é muito concentrado na cultura da soja. Além disso, tem ocorrido sobreinstalação e uma maior participação do biodiesel depende de se encontrar novas utilidades ou ampliação do limite de mistura.
b) geração de emprego e renda, especialmente no campo, para a agricultura familiar, na produção de matérias-primas oleaginosas; redução de disparidades regionais, permitindo o desenvolvimento das regiões mais carentes do País: Norte, Nordeste e Semi-árido (sic);	Com base em estudos do MAPA, Holanda (2004) entende que seria possível criar 180 mil empregos para cada 1% de substituição do diesel pelo biodiesel produzido a partir da agricultura familiar. O número de empregos ainda não seria compatível com a expectativa original; A geração de renda para a agricultura familiar encontra barreiras. Seria essa produção familiar eficiente? Não haveria ganhos de escala suficientes para justificar a concentração da produção das oleaginosas em grandes propriedades? Não seria essa característica a responsável por ser a soja a grande fonte de matéria-prima para o biodiesel? Se isso for verdade, é ineficiente querer abastecer as usinas de biodiesel com pequena produção familiar. Ficaria muito caro. Seria melhor, alternativamente, a utilização de outros programas sociais para atendimento a esse público.
c) diminuição das emissões de poluentes e dos gastos relacionados ao combate aos chamados males da poluição, especialmente nos grandes centros urbanos;	A lógica é que o biodiesel apresenta ciclo fechado: o CO <sub>2</sub> é absorvido no crescimento da planta e liberado no uso do biodiesel. Esse não é um ponto pacífico e gera debates sobre sua efetividade. Holanda (2004), no entanto, destaca, com base em estudo do Departamento de energia e de Agricultura americano, que o biodiesel reduz as emissões líquidas em 78%.
d) economia de divisas, com redução de importações de diesel;	A ANP estimou em US\$ 1,4 bilhão a economia com uso do B5 <sup>1</sup> . Dados da ANP indicam que o país importou, em 2011, cerca de 8,74 milhões de m <sup>3</sup> de diesel.
e) concessão de incentivos fiscais e implementação de políticas públicas direcionadas a regiões e produtores carentes, propiciando financiamento e assistência técnica e conferindo sustentabilidade econômica, social e ambiental à produção do biodiesel;	A tributação diferenciada para produção de biodiesel é discutida na seção seguinte. Há custos econômicos para a sociedade optar por concessão de subsídios.
f) regulamentação flexível, permitindo uso de distintas matérias-primas oleaginosas e rotas tecnológicas (transesterificação etílica ou metílica, craqueamento, etc)	Como já afirmado, não tem ocorrido diversificação sustentável de matérias-primas. Outras rotas tecnológicas ou mesmo outros combustíveis ainda não estão disponíveis em escala comercial.

Fonte: Rodrigues (2006), com complementação. Elaboração pelo autor.

<sup>1</sup> Ver [http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/anp-calcula-menos-us-14-bilhao-em-importacao-de-diesel-com-b5\\_74290.html](http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/anp-calcula-menos-us-14-bilhao-em-importacao-de-diesel-com-b5_74290.html). Acesso em 14/5/2012.



Tabela 5.2 – Contrás do uso do biodiesel no Brasil

Contrás	Comentários
a) A ambição social do biodiesel teria sucumbido por práticas tradicionais e pela oferta vinda do Centro-Sul.	Em 2010, mais de 100 mil famílias participaram do PNPB, em 1.091 municípios, e a aquisição de oleaginosas foi da ordem de R\$ 1 bilhão de reais em 2010. O Selo Combustível Social e a questão da agricultura familiar são discutidos nas seções seguintes.
b) O biodiesel é uma ameaça à segurança alimentar.	A Conab (2008) afirma que novas fronteiras corresponderam a apenas 2% da expansão da cana na safra 2007/2008. Sendo que as atividades que foram mais deslocadas são: pastagem (66,4%), soja (17%) e laranja (5%). Para outras fontes de biocombustível, esse patamar seria ainda mais desprezível.
c) O biodiesel seria inviável economicamente, pois não pode competir com o diesel, e não apresentaria sinais de poder ser competitivo.	A ideia não é comparar a competitividade de ambos os combustíveis, mas sim desenvolver condições para que haja evolução tecnológica do biodiesel. Além disso, aproveitar a vantagem de uso de biodiesel para reduzir os impactos ambientais da existência de um diesel altamente poluidor.
d) a escolha das matérias-primas está equivocada e centrada na soja.	Problema recorrente e, ao que tudo indica, a crítica é correta. Mas se não fosse a soja, a pergunta que se põe é: seria possível cumprir a Lei nº 11.097, de 2005, e disponibilizar o B5 ao país?
e) a mamona seria inviável tecnicamente.	Os produtos regionais não se mostraram adequados até o presente momento, seja tecnologicamente, seja economicamente para produção de biodiesel. Mais pesquisas e desenvolvimentos são necessários.
f) possível superação por novos combustíveis, que tenham custo menor e rendimento maior.	É possível que o uso de um diesel menos poluente tenha impacto ambiental positivo maior do que a mistura de biodiesel a um diesel de pior qualidade (mais poluente). Além disso, o surgimento de um novo combustível pode inviabilizar o biodiesel, mas isso é verdade até mesmo para o petróleo. No entanto, o desenvolvimento de tecnologia pode, a longo prazo, viabilizar o biodiesel como ocorreu com álcool (ver Goldemberg <i>et al.</i> , 2004). A seção 7 discute também esse aspecto.

Fonte: Campos e Cornélio (2009), com complementação. Elaboração pelo autor.

\* Estima-se, por exemplo, que o dendê, a soja e o girassol produzam 4.752, 554-922 e 767 l/ha, respectivamente (Wikipédia, vide <http://pt.wikipedia.org/wiki/Biodiesel>. Acesso em 27/6/2012). No entanto, o custo do biodiesel a partir de soja é muito inferior. Para uma análise de dados, ver, por exemplo, Barros et al. (2006).

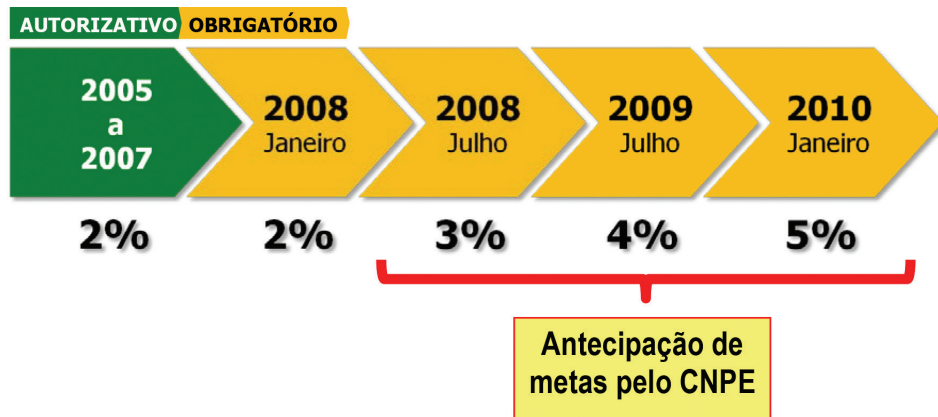
produção com apoio a regiões menos desenvolvidas.

A forma escolhida para o fomento foi estipular prazos para que a mistura de biodiesel ao diesel se tornasse compulsória, o que contribuiria também para a redução da importação de diesel e para a melhoria da qualida-

de do ar, já que se utilizava um diesel muito poluente à época.

A partir de 2005, o Brasil começou a desenvolver uma produção consistente de biodiesel para atendimento aos limites a serem adicionados ao diesel em conformidade com a Lei nº 11.097, de 2005 (vide Tabela 4.4).

Gráfico 6. 1 – Evolução de uso do biodiesel no Brasil



Fonte: MME (2011).

Como mencionado no capítulo 2, as metas foram sistematicamente adiantadas por meio de Resoluções CNPE (vide Gráfico 6.1).

Além disso, novas funções relativas aos biocombustíveis foram atribuídas ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e à ANP, que passou a ser denominada “Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis”, bem como foi autorizado ao Poder Executivo dar tratamento fiscal diferenciado ao biodiesel.

### Tributação do Biodiesel

Em maio de 2005 foi editada a Lei nº 11.116, que *dispõe sobre o Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as*

*receitas decorrentes da venda desse produto; altera as Leis nºs 10.451, de 10 de maio de 2002, e 11.097, de 13 de janeiro de 2005; e dá outras providências.* A Lei autoriza o Poder Executivo a fixar coeficiente para redução das alíquotas específicas<sup>14</sup>.

Ainda de acordo com essa Lei, a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidirão, uma única vez, sobre a receita bruta auferida, pelo produtor ou importador, com a venda de biodiesel, às alíquotas de 6,15% e 28,32%, respectivamente, havendo possibilidade de opção, pelo contribuinte, de regime especial de apuração e pagamento das contribuições, no qual os valores são fixados, respectivamente, em R\$ 120,14 e R\$ 553,19 por metro cúbico.

Atualmente, o Decreto nº 5.297, de 6 de dezembro de 2004, alterado pelo

<sup>14</sup> Para uma análise mais ampla sobre tributação de óleos vegetais, recomenda-se a leitura do texto original de Faria *et al.* (2010).

Decreto nº 7.768, de 27 de junho de 2012, fixa os coeficientes de redução das alíquotas em 0,7802. Assim, estão elas estabelecidas em R\$ 26,41 (por metro cúbico) para a Contribuição para o PIS/Pasep, e R\$ 121,59 (por metro cúbico), para a Cofins.

No Decreto, em atendimento à Lei nº 11.116, de 2005, estão estabelecidas, também, as alíquotas diferenciadas (menores) das contribuições, fixadas em função (i) da matéria-prima utilizada na produção do biodiesel, segundo a espécie; (ii) do produtor-vendedor; (iii) da região de produção da matéria-prima; (iv) da combinação dos fatores anteriores.

Desse modo, para o biodiesel fabricado a partir de mamona ou fruto, caroço ou amêndoa de dendê produzidos nas Regiões Norte e Nordeste e no Semi-Árido, as alíquotas são reduzidas pelo coeficiente de 0,8129.

No caso do biodiesel fabricado a partir de matérias-primas adquiridas de agricultor familiar enquadrado no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), o redutor é de 0,9135. Finalmente, se há a conjugação dos dois requisitos dispostos acima, o redutor equivale a 1 (um), o que a zera as alíquotas das contribuições, conforme tabela abaixo:

Tabela 6. 1 – Coeficientes e valores de PIS/Pasep e Cofins para o biodiesel

Matéria-prima	Região	Tipo de agricultura	Coeficiente de Redução	PIS/Pasep + Cofins por metro cúbico
Qualquer	Qualquer	Qualquer	0,7802	R\$ 148,00
Mamona ou Palma	Norte, Nordeste ou Semi-árido	Qualquer	0,8129	R\$ 125,99
Qualquer	Qualquer	Familiar/Pronaf	0,9135	R\$ 58,24
Mamona ou Palma	Norte, Nordeste ou Semi-árido	Familiar/Pronaf	1,0000	R\$ 0,00

Fonte: Faria *et al.* (2010). Atualizada pelo autor.

Em relação ao ICMS, Faria *et al.* (2010) mencionam a vigência do Convênio ICMS nº 113, de 2006<sup>15</sup>, que reduz a base de cálculo desse tributo, de forma que a carga tributária nas operações com biodiesel (B-100) re-

sultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma seja equivalente a 12% (doze por cento). Portanto, atualmente, existe uma política diferenciada para o biodiesel no país, que considera matéria-prima adquirida, tipo de agricultura e região da aquisição.

<sup>15</sup> Prorrogado pelo Convênio ICMS nº 27, de 1º de abril de 2011, até 31 de dezembro de 2012.

## Selo Combustível Social

O Selo Combustível Social constitui-se em documento de identificação do produtor de biodiesel que cumpre os critérios de sustentabilidade e inclusão social de agricultores familiares.

O documento foi criado pelo Decreto nº 5.297, de 2004, e é concedido àqueles produtores que atendam as condições da Instrução Normativa (IN) nº 01, de 2009, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, basicamente:

- Adquirir, anualmente, um percentual mínimo de matéria-prima dos agricultores familiares para produção de biodiesel (30% nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste e 15% nas regiões Norte e Centro-Oeste);
- assegurar capacitação e assistência técnica a esses agricultores familiares contratados; e
- celebrar previamente contratos de compra e venda de matérias-primas com os agricultores familiares ou com suas cooperativas (com anuência de entidade representativa da agricultura familiar do município e/ou do estado).

O portador do Selo Combustível Social pode ter acesso às alíquotas de PIS/Pasep e Cofins com coeficientes de redução diferenciados para o biodiesel, que varia de acordo com a matéria-prima adquirida e região da aquisição, conforme descrito na seção anterior, além de dar direito à participação em leilões específicos para seus detentores. Assim, o Selo

Combustível Social procura inserir os produtores familiares, gerando uma importante sinergia, com possibilidade de geração de emprego e renda no campo, e, por outro lado, gerando benefícios para aqueles que cumprem as boas práticas da iniciativa.

## 7. ALGUNS DESAFIOS PARA O BIODIESEL BRASILEIRO

### Ampliar o Comércio Exterior

Uma primeira barreira que o biodiesel ainda necessita quebrar é a construção de um comércio exterior pujante. Há necessidade de se criar condições para que haja muitos compradores e produtores nesse mercado. Além disso, é fundamental que sejam eliminadas barreiras de acesso aos países para que as exportações possam se dar com efetividade.

Admitindo-se que o mundo apresenta um consumo da ordem de 800 bilhões de litros de diesel por ano, o volume de 19,5 bilhões de litros de biodiesel é considerado pequeno, pois representa cerca de 2,5% do total. Assim, caso o mundo adotasse o mesmo patamar brasileiro de uso (5%), seria possível dobrar a produção. E ainda, caso houvesse adição de biodiesel a combustíveis destilados (para uso em geração de energia, ferrovias, hidrovias, etc.), o mercado poderia crescer com muito mais intensidade, porque o consumo atual de combustíveis destilados já é da ordem de 5 trilhões de litros (US EIA, 2011).

Outra alternativa seria ampliar o percentual de mistura. Mas há ponderações que alertam para problemas de adaptação tecnológica. Além disso, há preocupações econômicas. Durante os trabalhos do Grupo de Trabalho da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal – GTBIO, o SINDICOM argumentou que, sendo o biodiesel mais caro que o diesel, o aumento da mistura geraria um impacto no preço do combustível final (biodiesel/diesel) para o consumidor, o que representa aumento nos custos do transporte em geral, seja de cargas ou de passageiros.

### Resolver questões produtivas internas

Como se depreende da seção 4, há um excesso de capacidade de produção de biodiesel no país (argumentou-se que, nas projeções da FAO para 2020, esse fenômeno pode não ter sido captado, o que torna a projeção brasileira subestimada). A Tabela 4.6 mostra que o Brasil consome cerca de 2,4 bilhões de litros de biodiesel por ano e já havia uma capacidade de produção anual de 5,8 bilhões de litros. Considerando os dados da Tabela 4.1, o potencial de produção salta para 6,6 bilhões de litros de biodiesel ano<sup>16</sup>.

A situação atual no mercado de produção de biodiesel confirma a tese de que a oferta e demanda não se equilibram automaticamente. E, além disso, que a oferta, de fato, não cria

demanda por biodiesel e que a superprodução não pode ser alocada eficientemente no mercado. Em outras palavras, o cenário que se apresenta pode gerar demandas cada vez maiores de subsídio do Estado. Caso esses subsídios venham a ser pagos, haverá estímulo a se manter a produção excedente, o que não é necessariamente desejável do ponto de vista da alocação eficiente dos recursos da economia e, em particular, das verbas públicas.

Outra questão importante seria a padronização em relação à temperatura, umidade e outras especificações técnicas que devem ser atendidas por toda a cadeia produtiva de biodiesel. Como descrito em Valor Econômico (2012), já se registra problemas de degradação de qualidade do diesel no Brasil por proliferação de bactérias. Em 2010, o SINDICOM já acusava o aumento do índice de não-conformidade do diesel, o que sugeriria problemas ligados à mistura do biodiesel<sup>17</sup>.

### Lidar com choques tecnológicos

Outro fator relevante, para o médio e longo prazos, é a necessidade de redução do custo de produção. Atualmente, o biodiesel tem sido arrematado em leilões públicos em valores acima do diesel (vide Gráfico 4.2). Uma conta grosseira poderia indicar que tendo sido comercializados cerca de 8 bilhões de litros de biodiesel a um custo médio superior ao diesel

<sup>16</sup> Atualização desses dados disponíveis no sítio da ANP, para a data de 23/12/2011, eleva esse limite para 6,70 bilhões de litros por ano.

<sup>17</sup> Para detalhes, ver GTBIO (2010).

em R\$ 0,50 chegar-se-ia a um valor extra de cerca de R\$ 4 bilhões de reais.

O exemplo a ser perseguido é o do etanol. Goldemberg *et al.* (2004) concluem que o custo unitário de produção do etanol brasileiro decresceu com o aumento da experiência, o que indicaria que o etanol apresentou competitividade de longo prazo. Algo similar pode acontecer com o biodiesel, que apresenta custo elevado no presente, mas que pode reduzir-se na medida em que políticas públicas, tecnologia e matérias-primas adequadas possam ser desenvolvidas.

O SINDICOM argumentou a necessidade de cautela na modificação das regras, uma vez que pode haver necessidade de adequação de todas as bases e terminais das distribuidoras, que hoje estão projetadas para B5. Ou seja, exigir ampliação mandatária de biodiesel pode demandar vultuosos investimentos e tempo apropriado para adaptação.

A competição com outros tipos de combustíveis, que podem vir a se viabilizar, com preços competitivos e tecnologia apropriada – como diesel de cana ou diesel oriundo do processo BtL<sup>18</sup> – não pode ser olvidado, o que poderia comprometer a produção de biodiesel com a rota tecnológica corrente.

<sup>18</sup> BtL, do inglês ou *Biomass to Liquids*, constitui qualquer processo que produza um combustível líquido a partir de biomassa. Os processos mais comuns são o de Fischer-Tropsch e de pirólise rápida. Já os produtos mais frequentes são diesel, nafta, parafina, *jet fuel* e outros óleos lubrificantes.

Portanto, duas questões que devem ser equacionadas são a redução do preço do biodiesel, bem como a criação de condições para que o surgimento de outras alternativas não inviabilizem a atual opção energética do biodiesel.

## Abrandar contestações ambientais

Duas questões ambientais recorrentes em relação à produção de biodiesel dizem respeito à geração de grande quantidade de glicerina, que não teria correspondente mercado, e o desbalanceamento de emissões de gases provocadores do efeito estufa, sobretudo CO<sub>2</sub>.

Em geral, ácido reage com base tendo como produtos sal e água. No entanto, quando há reação de um ácido graxo com uma base, os produtos são sal e álcool. No caso do processo de transesterificação, a depender da matéria-prima, há geração de grande quantidade de glicerol. Estimativas indicam que cerca de 10% a 50% da produção mundial do produto advenha da indústria do biodiesel. Para 2010, estimativas indicam que a produção de glicerina pode chegar a 2,5 milhões de tonelada.

O balanço desfavorável de CO<sub>2</sub> é também citado como sendo um dos aspectos negativos da produção do biodiesel, quando se considera desde a produção até o consumo final e não somente o efeito substituição do biodiesel pelo diesel. Dessa forma, esse



tipo de contestação ainda espera por um estudo técnico definitivo.

Holanda (2004) entende que o biodiesel é altamente positivo, uma vez que, segundo estudo do Departamento de Energia e de Agricultura americano, o biodiesel reduz as emissões líquidas em 78%. Por outro lado, UNEP (2011) argui que não importa onde matérias-primas para biocombustíveis sejam plantadas, elas irão inevitavelmente competir com plantações para alimentos no quesito terra, água e nutrientes em algum momento. Tratando especificamente do etanol, Unica (2009) alega que o etanol brasileiro emite 89% menos CO<sub>2</sub> do que a gasolina e que esse biocombustível evitou emissão, entre julho de 2005 e julho de 2009, de 60% dos créditos de carbono gerados pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo da Organização das Nações Unidas (ONU).

### Convencer de seu papel social

Argumenta-se que o programa de biodiesel brasileiro gera milhares de empregos no país. A Secretaria de Agricultura Familiar do Ministério do Desenvolvimento Agrário informa que, em 2010, 100.371 famílias participaram do PNPB, o que representa um aumento de 515% em relação a 2005.

Além disso, a mesma fonte indica que há 65 pólos de produção de oleaginosas no país, em 1.091 municípios, com 150 mil agricultores familiares,

sendo que 462 pólos encontram-se na região Nordeste (vide Gráfico 7.1).

A aquisição de oleaginosas foi da ordem de R\$ 1 bilhão de reais em 2010, contra cerca R\$ 68,6 milhões em 2005, o que denota um extraordinário aumento de dispêndio de 1.444% no período.

No entanto, quando se observa que mais de 80% do biodiesel está sendo produzido a partir de soja (vide Tabela 4.5), surge a dúvida se outras oleaginosas, produzidas com base familiar, poderiam obter espaço relevante na produção de biodiesel no Brasil. Isso provoca o questionamento quanto à possibilidade de se utilizar outras matérias-primas, de forma sustentável, para produção desse biocombustível<sup>19</sup>.

Em outras palavras: não estaria o PNPB favorecendo a produção de soja em detrimento de outros produtos, que poderiam estar recebendo apoio para produção com base familiar?

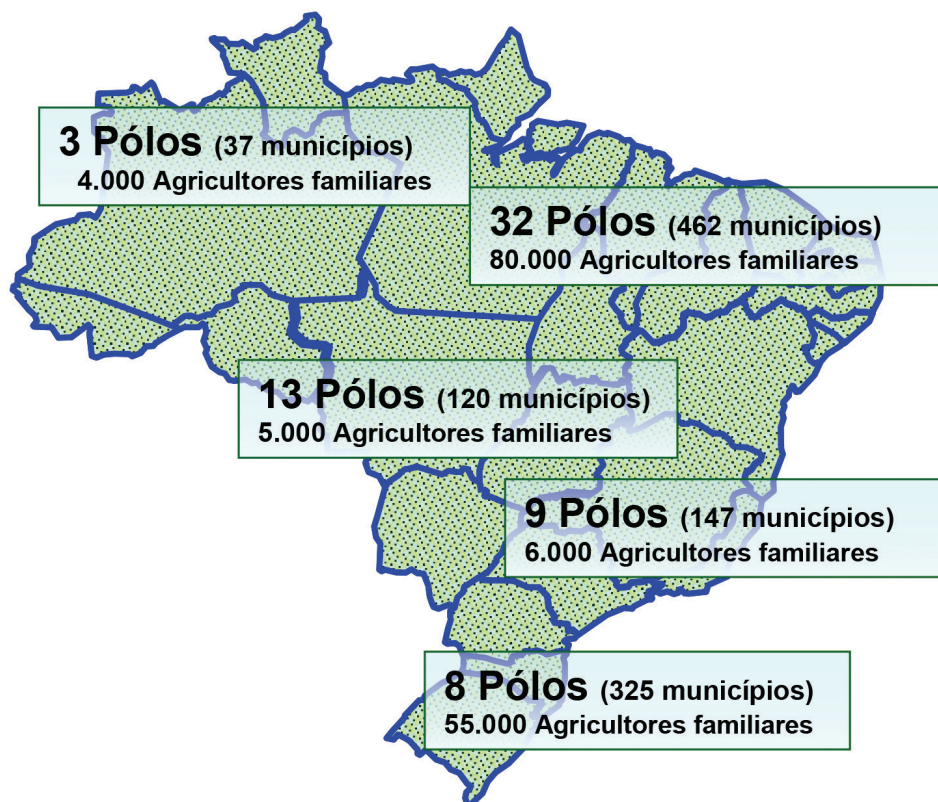
### Aprimorar o leilão de venda de biodiesel

Essa questão apresenta dois lados com argumentos bem definidos e claros.

Há queixas de que o sistema de leilão deveria ser aprimorado para dar maior garantia de competição aos

<sup>19</sup> Ver Barros *et al* (2006) para uma análise de custo de produção de biodiesel no Brasil.

Gráfico 7. 1 – Pólos de produção de oleaginosas no Brasil, 2011



Fonte: SAF (2011).

pequenos produtores. Muitos ficam muito tempo sem condições de comercializar sua produção. De acordo com Bio Óleo (2011), usinas com capacidade de produção de até 200 m<sup>3</sup> por dia representam 11,74% do setor, mas venderam apenas 7,25% do volume de biodiesel. O pior é que das 44 plantas elencadas, 17 ficaram sem comercializar naqueles últimos 6 meses (primeiro semestre de 2011), ou seja, 36% das plantas de biodiesel com capacidade de produção de até 200 m<sup>3</sup>

por dia estavam sem vender por cerca de meio ano!

O MME (2011), por seu turno, alega que o modelo atual apresenta as seguintes características: segurança do abastecimento, com garantia de aquisição em volume pré-contratado e suficiente para atender à obrigatoriedade da mistura; satisfação dos fins sociais da inserção do biodiesel na matriz energética nacional; contribuição para a uniformidade concor-

rencial num setor com uma indústria ainda em consolidação; concorrência justa (só produtores de biodiesel concorrem no leilão).

Nos leilões, são estabelecidos dois lotes com características bem definidas (volume, período, etc), sendo 80% para produtores com Selo Combustível Social e 20% para quaisquer produtores.

A mesma fonte indica, com base no 22º leilão, de 24 de maio de 2011, que produtores com diferentes capacidades tiveram acesso à disputa, tendo sido o diferencial de competição o fato de o produtor dispor de Selo Combustível Social, que obteve um acréscimo de preço médio da ordem de 11% (vide Tabela 7.1)

O MME alega, também, que o modelo atual de leilões apresenta grandes vantagens: constitui-se em mecanismo transparente de comercialização; garante igualdade de acesso entre fornecedores; assegura a participa-

ção da agricultura familiar; reduz a concorrência internacional; facilita o controle na adição de biodiesel; contribui para o controle da administração tributária; e assegura boa remuneração para produtores.

Ademais, o Ministério argumenta que não pode interferir no processo de comercialização restritivamente em face da Decisão nº 393, de 1994, do Tribunal de Contas da União:

(...) é obrigatória à Administração, nas licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, quando o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, a adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispendo de capacidade para execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autôno-

Tabela 7. 1 – Resumo do 22º Leilão da ANP

Item	Lote	Volume (mil l)	Preço Médio (R\$/l)	Comparação de preços (com selo vs. sem selo)
6	Com selo	200	2,2529	110,85%
5	Sem selo	100	2,0324	100,00%
11	Com selo	300	2,2526	114,65%
8	Sem selo	250	1,9647	100,00%
13	Com selo	300	2,2526	113,74%
24	Sem selo	250	1,9804	100,00%
Total Lote 1	Com selo	560.000	2,2526	111,09%
Total Lote 2	Sem selo	140.000	2,0277	100,00%

Fonte: MME (2011). Elaboração pelo autor.

mas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a esta divisibilidade.

Chega-se à conclusão de que o aprimoramento dos leilões merece estudos mais aprofundados de forma a se aperfeiçoar a legislação sem a criação de distorções e sem afronta ao princípio da igualdade de competição<sup>20</sup>.

### **Promover outros aprimoramentos estratégicos na produção de biodiesel**

Convém mencionar algumas outras sugestões de Mello *et al.* (2007) para o desenvolvimento do biodiesel no país, que também carecem de propostas específicas:

- *investimentos pesados em pesquisa e desenvolvimento de variedades agrícolas mais aptas à fabricação do biodiesel;*
- *investimentos em tecnologias de processo que promovam o adensamento energético das espécies oleaginosas, aumentando a produtividade e evitando a pressão por incorporação de novas áreas agrícolas;*
- *incentivos à comercialização dos subprodutos gerados, visando reduzir o custo de produção;*
- *garantia efetiva de mercado para o biodiesel, que inclui o pesado custo de*

<sup>20</sup> O problema aqui discutido não se relaciona a suspeita de fraudes que possam ter lesado o erário, como apresentado pela Folha de S. Paulo, de 6 de maio de 2012, na matéria "PF investiga fraude em venda de biodiesel". O texto jornalístico aponta para a existência de suspeita de acerto de preço em leilões que poderia ter lesado a Petrobras em R\$ 1,3 bilhão.

*deslocamento do produto das regiões remotas para os centros de mistura.*

### **Decidir sobre a conveniência de um novo marco regulatório para o biodiesel**

Em 2009, por meio do Requerimento nº 47, de 2009, de autoria do Presidente da Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), Senador FERNANDO COLLOR, foi constituído Grupo de Trabalho (GT), composto pelos senadores INÁCIO ARRUDA, GILBERTO GOELLNER e DELCÍDIO AMARAL, com o objetivo de debater e elaborar propostas para um Marco Regulatório dos Biocombustíveis<sup>21</sup>.

A seguinte lista de prioridades, não exaustiva, foi elaborada pelo GT: 1) Definição apropriada de biocombustíveis e atualização da legislação correlata; 2) Necessidade de reformulação do papel da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); 3) Cuidado especial com os aspectos social e ambiental; 4) Aproveitamento de novas energias e de novas tecnologias; 5) Necessidade de capítulo tributário tratando da matéria; 6) Tratamento de padrões de qualidade e de emissão; 7) Necessidade de tratamento de biocombustível como energia; 8) Proposta de regulamentação de transporte dutoviário de biocombustíveis; 9) Criação de mecanismo de combate à adulteração e sonegação fiscal; 10) Política tecnológica de investimento.

Com contribuições advindas de setores do governo, de organizações

<sup>21</sup> Esta seção está baseada em GTBIO (2010).

não-governamentais, da iniciativa privada, de sindicatos e de outros membros da sociedade civil, foi elaborado o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 219, de 2010, de autoria da CI, propondo uma política nacional de biocombustíveis<sup>22</sup>.

Ocorre que, até o momento, o PLS encontra-se em tramitação no Senado Federal. No entanto, nesse ínterim, o Poder Executivo já dispôs de temas relacionados à matéria por meio de medida provisória<sup>23</sup>, como no caso do tratamento de garantia de fornecimento de biocombustíveis em todo o território nacional, de modificação e adaptação de conceitos técnicos, de alteração de competências da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e de estocagem de etanol.

Assim, à guisa de opinião, entende-se que, talvez, em vez de uma proposta robusta de novo marco regulatório para o biodiesel<sup>24</sup> a adoção de medidas isoladas e/ou adoção de políticas públicas específicas poderia ser mais viável.

## Discutir a eficácia de mais incentivos fiscais para o setor

Durante a discussão de proposta de novo marco regulatório para os bio-

combustíveis no GT, foi uma pauta recorrente a demanda por uma reformulação tributária.

Entre os temas de maior destaque, estavam: a realização de uma pequena reforma fiscal que criasse estímulos à produção de etanol e outras energias alternativas; unificação da legislação e das alíquotas do ICMS; utilização da CIDE-Combustíveis como tributo regulatório e com caráter ambiental; graduação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) com base na tecnologia empregada para a produção dos biocombustíveis; combate à sonegação fiscal.

Deve ser destacado, no entanto, que apesar das diversas alusões à tributação ocorridas durante os trabalhos do GT, não foram apresentadas propostas concretas de alterações legislativas que possibilitassem uma evolução da discussão do tema, principalmente em relação ao biodiesel.

É importante destacar que o IPI, conforme o Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2012, não incide sobre gasolina, querosene, diesel e álcool etílico para fins carburantes. Além disso, o art. 155, § 3º, da Constituição Federal veda a incidência do IPI nas operações com combustíveis.

Em relação à sonegação na distribuição, principalmente do etanol combustível, nota-se que a demanda não é tanto pela diminuição da carga tributária, mas sim por um aumento da fiscalização e por alterações na forma da incidência dos tributos relevantes, como a Contribuição para

<sup>22</sup> Após a aprovação do Requerimento nº 1.213, de 2011, o despacho de distribuição indicou que a matéria tramitaria pela Representação Brasileira no Parlamento do MERCOSUL, seguindo posteriormente às Comissões de Agricultura e Reforma Agrária; de Assuntos Econômicos; e de Constituição, Justiça e Cidadania.

<sup>23</sup> Vide, por exemplo, Medida Provisória (MPV) nº 532, de 2011, e, também, MPV nº 554, de 2011.

<sup>24</sup> Claro que, se a iniciativa de eventual projeto for do Poder Executivo, essa ponderação deve ser relativizada.

o PIS/Pasep e a Cofins, atualmente partilhada entre produção e distribuição.

A almejada reforma tributária para o setor de biocombustíveis não avançou muito: nem a uniformização do ICMS, nem a cobrança seletiva de certos tributos, nem a padronização de procedimentos fiscais, nem mesmo a criação de condições de eliminação de sonegação foram pertinentes de inclusão na proposta de marco de que trata o PLS nº 219, de 2010, porque dependem de alterações em nível constitucional, ou porque dependem de ações que fogem do nível de regulação objeto daquele Projeto.

Assim, um tratamento tributário diferenciado isolado de um contexto em que se considere uma reforma tributária global apresenta sérias restrições: em primeiro lugar, porque já há diferenciação tributária para o biodiesel; em segundo lugar, porque praticamente todo setor que demanda apoio estatal apresenta essa pauta, o que inviabiliza o uso dessa política em patamar maior do que o já existente; além disso, essa política apresenta custo fiscal elevado, cria problema em relação à estabilidade fiscal e não raramente apresenta enfrentamento com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000); por fim, porque é uma demanda complexa o suficiente para ser misturada com outras questões ligadas à alteração de legislação para o setor. A escolha desse caminho pode dificultar a obtenção de outras conquistas.

## Escolher estratégias legislativas eficientes

Uma primeira proposta que surge com frequência é a possibilidade de criação de fundo pelo parlamento para lidar com uma política setorial. A ideia não é diferente para o caso do biodiesel.

No entanto, a Constituição Federal, ao dispor sobre a competência para a iniciativa de leis, assim como das competências do Presidente da República (alínea *e* do inciso II do parágrafo único do art. 61 combinado com o inciso VI do art. 84), determina que somente o Chefe do Poder Executivo pode propor lei que disponha sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no inciso VI do art. 84, e que o Presidente pode, mediante decreto, dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Parece-nos admissível o entendimento, a partir da leitura e interpretação combinadas desses dois dispositivos, que uma atividade – programa de governo – fato em que a instituição de um fundo, certamente, deve resultar – é matéria a respeito da qual o juízo de valor quanto à iniciativa de sua propositura compete ao Poder Executivo.

Igualmente demandada é a possibilidade de criação de um plano ou programa pelo parlamento para lidar uma tarefa específica para um setor.



Peixoto (2011) enfrentou a questão para projetos que visavam pagamento por serviços ambientais. A seguir, reproduzimos alguns argumentos acerca da impropriedade da iniciativa, apresentados pelo autor, de se utilizar esse expediente para tal fim.

Conforme o inciso IX do art. 21 da Constituição Federal (CF), compete à União *elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social*.

Ainda segundo o art. 48, inciso IV, da CF, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: *IV – planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento*. Entretanto, o art. 165 da CF, trata das leis de iniciativa do Poder Executivo em relação ao processo orçamentário e, em seu § 4º, dispõe que *os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na CF serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional*.

Ademais, a CF corrobora esse sentido limitado da apreciação de planos e programas pelo Congresso Nacional, ao dispor no art. 58, § 2º, VI, que *às suas comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer*. Além disso, tais projetos podem ainda ser questionados por vício de iniciativa por afrontamento ao art. 61 da CF.

Uma terceira ideia comum é no sentido de se apresentar proposta autorizando o Poder Executivo a adotar certa política, o que – de certo modo – pode ser aplicado para o contexto do biodiesel.

Quando projetos autorizativos são aprovados pelo Senado Federal, ocorre o seu arquivamento na Câmara dos Deputados, em face do disposto na Súmula de Jurisprudência nº 1, da Comissão de Constituição, Justiça e Redação daquela Câmara que considera tais projetos inconstitucionais, o que indica que a apresentação de proposições dessa natureza representa uma perda de tempo e de recursos humanos.

Além disso, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, em resposta ao Requerimento nº 3, de 2011, da Comissão de Educação, Cultura e Esporte, que *requereu, nos termos do art. 90, inciso XI, e art. 101, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal, parecer sobre a constitucionalidade das proposições de natureza autorizativa* estabeleceu que proposições autorizativas não seriam constitucionais. Portanto, essa parece não ser também uma estratégia adequada.

## 8. CONCLUSÕES E COMENTÁRIOS FINAIS

O capítulo 2 fez um breve histórico do desenvolvimento do biodiesel e da introdução do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB), em particular.

O capítulo 3, por seu turno, trata da produção mundial de biodiesel, que, em 2010, foi de 19,5 bilhões de litros. Os continentes europeu e americano respondem por quase 80% da produção mundial, com 13 bilhões de litros de biodiesel. A estimativa para 2020 é de uma produção de 41,9 bilhões de litros.

Entre 2005 e 2010, a produção global e o consumo cresceram aceleradamente; no entanto, sem a formação de um mercado exportador consistente, os principais países consumidores tiveram grande expansão percentual, mas com um volume total ainda considerado pequeno comparado com o tamanho de seus respectivos consumos de combustíveis (vide Gráfico 3.3).

O capítulo 4 mostra que o Brasil encerra o ano de 2011 com uma expectativa de chegar a uma capacidade produtiva da ordem de 23,16 milhões de litros por dia (8,34 bilhões por ano).

A distribuição das usinas pelo país mostra uma concentração produtiva de 65% nas regiões Centro-Oeste e Sul, sendo que a região Norte apresenta apenas 3% da capacidade produtiva do país.

O biodiesel comercializado no PNPB tem sido produzido em 15 estados e teve produção crescente de 2005 a 2012, chegando a cerca de 8,3 bilhões de litros em todo período, sendo cerca de 2,5 bilhões somente em 2011 (vide Tabela 4.4).

Atualmente, a produção de biodiesel a partir de soja responde por pelo

menos 80% da produção total e seu preço ainda encontra-se acima dos patamares tidos como ideais, tendo como referência o diesel (vide Gráfico 4.2).

Em 2010, a capacidade total já instalada alcançou 5,8 bilhões de litros de biodiesel ao passo que a demanda pelo combustível foi da ordem de 2,5 bilhões de litros, o que indica uma sobreinstalação de 137% (vide Tabela 4.6).

Além disso, há grande disparidade no tamanho das usinas. Há casos, como no Mato Grosso e em Minas Gerais, em que a maior usina tem 191 e 126 vezes, respectivamente, a capacidade de produção da menor. Esse aspecto acaba redundando em problemas de custos e logísticas e estratégias comerciais diferenciadas.

O capítulo 5 descreveu prós e contras do biodiesel no país, e concluiu que a instituição, manutenção ou modificação de uma política de biodiesel só se justificará se o uso do biocombustível gerar ganhos de bem-estar à sociedade.

O capítulo 6, por seu turno, descreveu o arcabouço legal que introduziu limites compulsórios de uso de biodiesel na matriz energética brasileira, criou novas atribuições a órgãos públicos e estabeleceu parâmetros para utilização de biodiesel na política nacional de combustíveis renováveis. Além disso, o tratamento tributário diferenciado do biodiesel e as condições do Selo Combustível Social foram apresentados.

O capítulo 7 lida com alguns obstáculos e desafios do biodiesel no Brasil. Entre eles, a necessidade de criação de um mercado mundial para o biodiesel, a resolução de questões produtivas internas e de choques tecnológicos, redução de contestações ambientais e a necessidade do convencimento de seu papel social, bem como a demanda de aprimoramentos operacionais, como o do sistema de leilão de venda de biodiesel, para uma maior inclusão de pequenos produtores, e legais, como no caso de se propor um projeto para um novo marco legal ou outras medidas legislativas.

Portanto, em face das constatações do trabalho, entende-se que, como agenda positiva, há necessidade de o Estado em parceria com a iniciativa privada, onde couber, buscar:

- construção de um mercado mundial para o biodiesel, como forma de aproveitamento da sobreinstalação no país;
- criação de política localizada para incentivos à exportação que não fira princípios da Organização Mundial do Comércio;
- aprimoramento tecnológico para redução do preço do biodiesel, nos moldes do que ocorreu com o etanol;
- diversificação da matéria-prima para o biodiesel, hoje baseada principalmente na soja;
- standardização do biodiesel, considerando as várias matérias-primas, ou seja, padrão que possa ser aplicado não apenas à soja;
- aperfeiçoamento do sistema de comercialização, com formalização de contratos de longo prazo;
- melhoria de critérios de sustentabilidade, com uso de sinergia de novas cadeias e utilização de subprodutos;
- superação do debate ambiental, no sentido de demonstração dos impactos positivos quanto ao balanço de emissão de gases e, também, com respeito a outros parâmetros;
- demonstração de maior inserção de aspectos sociais no âmbito da política de biodiesel;
- flexibilidade para lidar com choques tecnológicos, de modo que o surgimento de novos tipos de biocombustíveis não venha a demandar mais recursos ou comprometimento público, e gere, até mesmo, a reavaliação da viabilidade de produção de biodiesel;
- abertura de novas utilizações, como a proposta da UBRABIO de utilização do B20 metropolitano ou ainda em outras frotas comerciais;
- fomento de biodiesel em outras finalidades energéticas (para uso em geração de energia, ferrovias, hidrovias, etc);
- integração das cadeias produtivas, de modo que a economia de escala não represente um problema aos pequenos, já que é um fator de redução de custos;
- maior suporte à organização da agricultura familiar, para que um dos objetivos do PNPB tenha maior êxito;

- continuidade do investimento em pesquisa para desenvolvimento de tecnologia para redução de custos e mesmo para o surgimento de novas máquinas que possam utilizar o biodiesel;
- melhoria do sistema de compra de biodiesel pelo PNPB, mesmo tendo em conta que modelo de leilões não pode ser a solução para sobreoferta e para problemas de economia de escala enfrentados principalmente pelos pequenos produtores;
- estratégia diferenciada para construção de política tributária eficiente e eficaz para o biodiesel;
- sopesamento sobre a apresentação de proposta global para um novo marco regulatório para o biodiesel, considerando as dificuldades de tramitação e os possíveis entraves<sup>25</sup>;
- a criação de uma câmara multidisciplinar e multi-institucional para o biodiesel, integrando representantes de entidades, públicas, privadas e organizações não governamentais, para ajudar na formulação de uma política de curto, médio e longo prazo para o setor.

Por outro lado, entende-se que seria inapropriado:

- proposta de projeto de lei autorizativo, mesmo que seja só para sinalizar temas para o debate, pois isso enfraquece demandas positivas;

- criação de planos e programas pelo Parlamento, além dos problemas jurídicos e constitucionais, a inoperância das medidas seria evidente;
- criação de fundos pelo Parlamento, outra medida de alcance duvidoso e com pouca praticidade;
- desoneração fiscal, fora de um contexto tributário específico. Todos os setores demandam isenções, há muitos interesses e a tramitação de matérias desse tipo não é fácil;
- concessão de subsídios financeiros sem um plano de sustentabilidade para indústria como um todo;
- responsabilização do Estado por investimento de caráter privado em descompasso com a demanda por biodiesel. Autorização para estabelecimento de uma planta não é uma concessão de serviço público e não vincula o Estado de forma alguma;
- comprometimento do setor público por compras não balizadas pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 1993). É temerária qualquer política sem respaldo jurídico-fiscal;
- estabelecimento de metas compulsórias em patamares maiores do que os já constantes de lei, sem acordo com as entidades envolvidas nas consequências.

Destarte, no caso do biodiesel, a ponderação sobre um novo marco regulatório deve considerar não só o efeito *overload*<sup>26</sup> da função legislati-

<sup>25</sup> Vide os problemas enfrentados pelo PLS nº 219, de 2010, que propõe uma política nacional de biocombustíveis.

<sup>26</sup> Para um maior aprofundamento sobre o efeito *overload* (enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa) e o papel do Poder Judiciário, ver Vianna *et al.* (1999).

va, mas também a questão fática da invasão do Poder Executivo em função legislativa por meio, por exemplo, de emissão de medidas provisórias, bem como a necessidade de que uma eventual nova lei seja reflexo de comandos normativos tipicamente disciplinadores. Assim, não só as questões de mérito, como as apresentadas, devem ser relevantes para a discussão de uma nova proposta de legislação, mas também a consideração de medidas legislativas apropriadas para que o Poder Judiciário não tenha que vir a ser acionado para resolução de conflitos, pondo em debate a sempre problemática separação de poderes<sup>27</sup>.

## Bibliografia

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (2011) <http://www.anp.gov.br/>. Acesso em março de 2012.

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (2011-B) PNPB – Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel. Apresentação realizada na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal, em 14 de julho de 2011. <http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/CRA/AudPub.asp>. Acesso em ago./2011.

Barros, G. S. de C., Silva, A. P., Ponchio, L. A., Alves, L. R. A., Osaki M., Cenamo, M. (2006) Custos de produção de biodiesel no Brasil. *Revista de Política Agrícola*, Ano XV – nº 3 – Jul./Ago./Set. 2006.

<sup>27</sup> Zolo (2006) discute a crise da capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos estatais em contexto transnacional, concluindo que a propensão em programar em vez de disciplinar agravaria a tendência da legislação estatal de perder o requisito da generalidade e abstração, ficando ameaçada a certeza do direito e também, no limite, o princípio da legalidade. Esse fenômeno teria levado a um declínio da função legislativa e a um fortalecimento do poder dos juízes.

Bio Óleo (2011). Dificuldades das Usinas Pequenas e Médias – Biodiesel. O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB. Apresentação realizada na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal, em 14 de julho de 2011. <http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/CRA/AudPub.asp>. Acesso em ago./2011.

Campos, A. A., Carmélio, E. C. (2009) Construir a diversidade da matriz energética: o biodiesel no Brasil. *Biocombustíveis – a energia da controvérsia*. Editora Senac, São Paulo.

Companhia Nacional de Abastecimento – Conab (2008). Perfil do setor do Açúcar e do Alcool no Brasil, Brasília, Brasil, Abril 2008: <http://www.conab.gov.br/conabweb/download/safra/perfil.pdf>. Acesso em abril de 2008.

Cunha, R. A. P. (2006) O reposicionamento do etanol e do setor sucroalcooleiro na nova ordem das energias <http://www.sindicucar.com.br/evento3.html>. Acesso em julho de 2006.

ENERS Energy Concept – Biofuel Platform (2010). <http://www.biofuels-platform.ch/en/infos/production.php?id=biodiesel>. Acesso em fev./2012.

Faria, I. D., Peixoto, M., Morais, P., Souza, R. B. L. (2010) A Utilização de Óleo Vegetal Refinado como Combustível – Aspectos Legais, Técnicos, Econômicos, Ambientais e Tributários. *Textos para Discussão 73*, Senado Federal, Brasília.

*Food and Agriculture Organization – FAO* (2011) <http://www.fao.org/>. Acesso em fev./2012.

Goldemberg, J., Coelho, S. T., Nastari, P. M., Lucon, O. (2004). Ethanol learning curve – the Brazilian experience. *Biomass and Bioenergy*, 26 (2004), pp. 301-304.

Grupo de Trabalho da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal – GTBIO (2010) *Relatório final*, Senado Federal, Brasília.

Holanda, A. (2004) *Biodiesel e inclusão social*. Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, Brasília.

Jornal *Valor Econômico* (2012) Produção de biodiesel ainda derrapa, Edição de 13/3/2012.

Maia, A. A., Feitosa, V. N. (2009) Histórico dos biocombustíveis no Brasil. *Revista de direito ambiental*, 53, pp. 7-23.

Mello, F. O. T., Paulillo, L. F., Vian, C. E. F. (2007) O biodiesel no Brasil: panorama, perspectivas e desafios. *Informações Econômicas*, 37 (1).

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC (2006) *O futuro da indústria: biodiesel: coletânea de artigos*, Brasília.

Ministério das Minas e Energia – MME (2011). Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel (PNPB). Apresentação realizada na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal, em 14 de julho de 2011. <http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/CRA/AudPub.asp>. Acesso em ago./2011.

Ministério das Minas e Energia – MME (2011-B). *Boletim Mensal dos Combustíveis Renováveis*, Edição nº 47, Brasília.

Natale Netto, J. (2007) *A saga do álcool: fatos e verdades sobre os 100 anos de história do álcool combustível em nosso país*. Novo Século, Osasco, São Paulo.

Parente, E. J. S. (2003) *Biodiesel: uma aventura tecnológica num país engraçado*. Tecbio, Fortaleza.

Parente, E. J. S. (2007) Entrevista: Expedito Parente. *Biocombustíveis no Brasil – realidades e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores, Brasília.

Peixoto, M.. (2011) Pagamento por Serviços Ambientais – Aspectos teóricos e proposições legislativas. *Textos para Discussão 105*, Senado Federal, Brasília.

Rathmann, R., Benedetti, O., Plá, J. A., Padula, A. D. Biodiesel: uma alternativa estratégica na matriz energética brasileira?

[http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/iiseminar/sistemas/sistemas\\_03.pdf](http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/iiseminar/sistemas/sistemas_03.pdf). Acesso em mar./2012.

Revista *Valor Econômico* (2008) Biocombustíveis – A força do verde, Edição especial.

Secretaria de Agricultura Familiar – SAF (2011) O Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB. Apresentação realizada na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal, em 14 de julho de 2011.

<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/CRA/AudPub.asp>. Acesso em ago./2011.

Subcomissão Permanente dos Biocombustíveis da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado Federal – CRABIO (2007) *Resultado dos Trabalhos do Ano de 2007*, Senado Federal, Brasília.

Távora, F. L. (2011) História e Economia dos Biocombustíveis no Brasil. *Textos para Discussão 89*, Senado Federal, Brasília.

União Brasileira do Biodiesel – UBRABIO (2012) *Boletim Informativo UBRABIO*, Brasília, 7ª edição, abril/maio de 2012.

União da Indústria de Cana-de-açúcar – UNICA (2008) Combustível do Brasil (vídeo) <http://www.unica.com.br/multimedia/>. Acesso em maio/2008.

União da Indústria de Cana-de-açúcar – UNICA (2009) Etanol e Bioeletricidade – A cana-de-açúcar no futuro da matriz energética. <http://www.unica.com.br/downloads/estudosmatrizenergetica>. Acesso em dezembro de 2009.

United Nations Environment Programme – UNEP (2011) *Agriculture – Investing in natural capital*. <http://www.unep.org/greeneconomy/GreenEconomyReport/tabid/29846/Default.aspx>

US Energy Information Administration – US EIA (2011) <http://www.eia.gov/cfapps/ipdbproject/IEDIndex3.cfm?tid=79&pid=79&aid=1>. Acesso em janeiro de 2012.

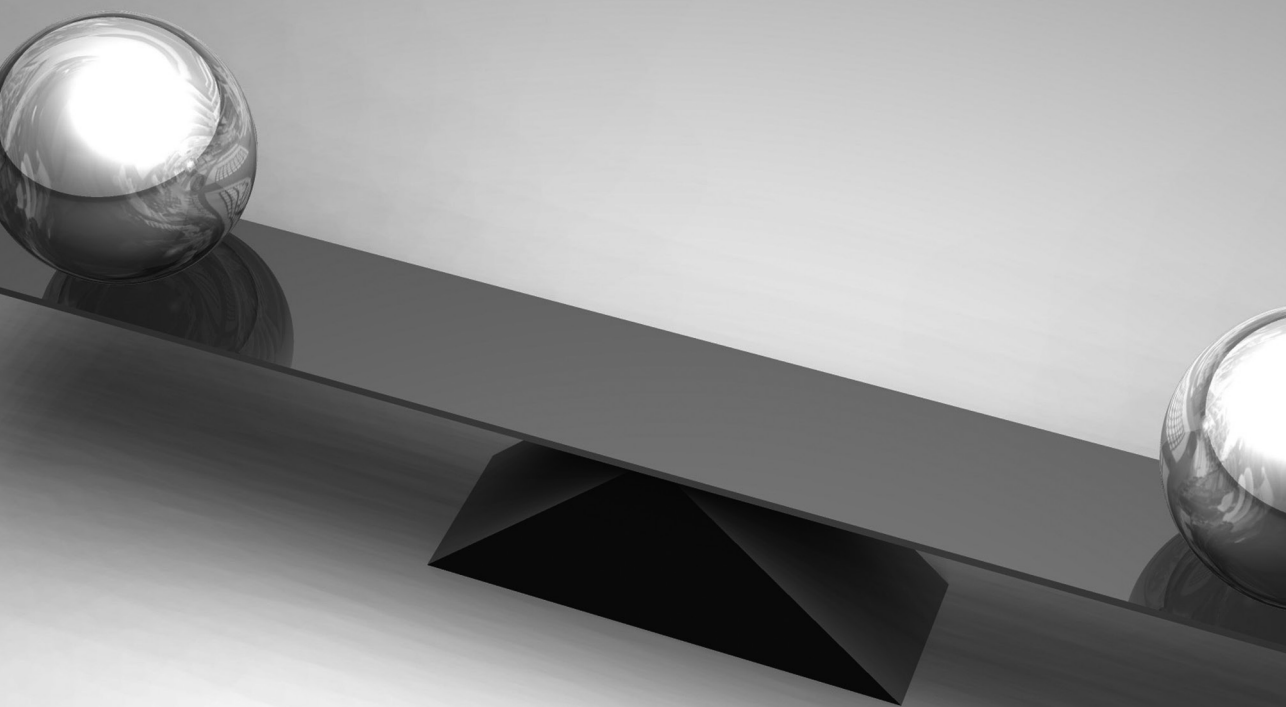
Vianna, L. W., Carvalho, M. A. R. de, Melo, M. P. C., Burgos, M. B. (1999) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Editora Revan, Rio de Janeiro.



Worldwatch Institute (2007) *Biofuels for transport: global potential and implications for energy and agriculture*. Earthscan, London, UK and USA.

Zolo, D. (2006) A crise do Estado de Direito. *In*: Costa, P. e Zolo D. (orgs.) *O Estado de Direito – História, Teoria, Crítica*. São Paulo: editora Martins Fontes.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA



# HÁ EXCESSO DE JURISDIÇÃO NO BRASIL? APONTAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Edvaldo Fernandes da Silva<sup>1</sup>

## Resumo

A ascensão do direito foi um dos mais importantes vetores do desenvolvimento do estado moderno. A invenção do controle de constitucionalidade para efetivação dos direitos projetou o Judiciário e implicou um novo equilíbrio entre os poderes do estado. A redefinição dos espaços de atuação do direito e da política, para não amortecer a democracia, exige engenharia institucional que previna a supremacia judicial. O sistema de jurisdição constitucional brasileiro supre uma lacuna no Poder Legislativo, mas sufoca o desenvolvimento de uma cultura política que solucione esse problema pela via natural. Essa conjuntura impõe urgente reforma judiciária e política que assegurem a efetividade concomitante da jurisdição constitucional e do sistema político.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Judicialização da Política, Controle de Constitucionalidade, Reforma Política, Reforma Judiciária.

Is There an Excessive Judicial Review in Brazil? Notes on Brazilian judicial review in the light of the historic evolution of the democratic state of Law

## Abstract

The rise of the law was one of the most important vectors of the development of the modern state. The invention of judicial review has leveraged the judiciary and led to a new balance between the powers of the state. The redefinition of the performance spaces of law and politics requires institutional engine-

<sup>1</sup> Doutorando em Sociologia (UnB), mestre em Ciência Política (IUPERJ), especialista em Direito Tributário (UCB), bacharel em Direito (UFMG) e em Comunicação Social-Jornalismo (UFMG) e Advogado do Senado Federal.

ring that prevents judicial supremacy damping democracy. The Brazilian system of judicial review counterbalances a gap in Legislature, but stifles the development of a political culture that solves this problem by natural means. This situation requires urgent political and judicial reform to ensure the effectiveness of both judicial review and political system.

**Keywords:** Judicial Review, Judicial Power, Legislative Power, Political Judicialization, Political Reform, Judicial Reform.

## I. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um dos fenômenos que mais interferem com a reconfiguração da democracia contemporânea. O alceamento do Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, à condição de protagonista no estado democrático de direito, que até então era basicamente determinado analiticamente pelas tensões entre o Executivo e o Legislativo, problematizou o conceito de democracia.

Segundo o esquema clássico de Montesquieu, a magistratura teria uma posição discreta no Estado Democrático. Excluída da produção de normas, da gestão administrativa e, em regra, da responsabilização política pela via eleitoral, sua competência se limitaria à subsunção de fatos à lei.

Dada o anterior *status* de coadjuvante do Judiciário, o desenvolvimento da democracia moderna confundia-se, até pouco tempo, com o aperfeiçoamento

dos mecanismos de representação política. A essa concepção correspondia um direito politicamente neutro, a demarcar, com fossos profundos, os limites de expansão do terceiro poder.

Essa realidade transformou-se profundamente com a ascensão do Poder Judiciário à condição de protagonista. Nas democracias maduras, o equilíbrio entre política e direito, com predomínio da primeira sobre o segundo, vem se rompendo progressivamente. Simultaneamente, assiste-se a uma intrigante aproximação entre esses dois polos.

Como refogem a um campo do conhecimento específico e ainda estão em curso, esses fenômenos desafiam difícilíssimas análises interdisciplinares e sincrônicas, capazes de dissecá-los e antecipar seus possíveis desdobramentos.

Esse artigo limita-se a indicar traços gerais do problema, examinar alguns de seus antecedentes e implicações à luz de teorias jurídicas contemporâneas. Em seguida, recupera-se o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional no Brasil, examina-se o último estágio desse processo e propõem-se medidas para aumentar a convergência do instituto com a evolução da democracia.

## II. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DEMOCRÁTICO

A convergência entre direito e democracia como esteios institucionais do

estado é produto da modernidade e surgiu dos escombros do feudalismo.

A Paz de Vestfália, estabelecida em 1648 após um período de intensa beligerência entre as potências europeias, proscreveu o antigo sistema medieval, que atribuía autoridade suprema ao Império e ao Papado.

A soberania passou ser o princípio organizador das relações entre os estados, que passaram a se submeter a um sistema jurídico secularizado e regulado por tratados internacionais.

As potências europeias passaram por um processo de progressiva democratização interna. A racionalização do mundo, para usar a terminologia de Max Weber (1996, p. 489), removeu o fundamento transcendental para o poder do monarca e passou a exigir o governo do povo, com a profusão de ideias liberais e republicanos que decantavam em obras de pensadores como John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Paulatinamente, a vida social passava a ser organizada a partir de legislação de fundo secular e racional. Ainda na Idade Média, São Tomás de Aquino já ressaltava as bases sociológicas da lei e de sua coercitividade:

Una persona privada no puede inducir eficazmente a la virtud: puede únicamente amonestar, pero si su amonestación no es atendida, carece de fuerza coactiva, fuerza que ha de tener, en cambio, la ley para que pueda inducir a la virtud con eficacia, según dice el Filósofo

en X *Ethic*. Esta fuerza coactiva radica en el pueblo o en la persona pública que lo representa, que puede por ello infligir penas (...). Luego sólo el pueblo o su mandatario pueden legislar (1984, p. 707)<sup>2</sup>.

Em o *Leviatã*, de 1651, o fundamento de validade da ordem jurídica migra da investidura divina do rei para o consentimento dos súditos (Hobbes, 1977). O poder do governante, no estado hobbesiano, decorre do pacto em que os indivíduos se despojam da autoridade sobre a própria vida e transferem-na ao *leviatã* em troca da garantia de ordem e segurança.

Introduz-se na teoria política de vanguarda um princípio de responsabilidade, porque o monarca atua por delegação. E essa atuação se faz mediante lei, o que por si só restringe o arbítrio do monarca e promove o nivelamento dos súditos. O privilégio, o casuísmo e a incoerência são incompatíveis com a noção de estatuto.

John Locke (1998), sobretudo, em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de 1689, aprofunda a natureza contratual da relação entre os súditos e o monarca. Além disso, deduz direitos naturais que, por seu caráter transcendental, estavam indisponíveis aos contraentes. Portanto, com

<sup>2</sup> Uma pessoa privada não pode induzir eficazmente à virtude. Pode unicamente admoestar, mas se sua admoestação não é atendida, carece de força coativa, força que há de ter, no entanto, a lei para que possa induzir à virtude com eficácia, segundo disse o Filósofo em X *Ética*. Essa força coativa radica no povo ou na pessoa pública que o representa, que pode por ele infligir ele infligir penas (...). Logo, somente o povo ou seu mandatário pode legislar (tradução nossa).

isso, restringe ainda mais a atuação do governante.

A Revolução Francesa e a Revolução Americana, que eclodiram da metade para o final do Século XVII, foram marcos importantes para o alinhamento entre as instituições políticas e os ideais liberais e republicanos latentes. Conformemente, aceleraram o estabelecimento e a proliferação de um direito democrático de bases racionais.

Ambas as revoluções concretizaram princípios catalogados por Montesquieu (1979), em *Espírito das Leis*, de 1748, entre eles o da separação dos poderes, talvez o principal suporte ideológico da Constituição dos Estados Unidos aprovada em 1787.

Nessa obra seminal, o pensador francês afirma que as leis não são produtos do acaso, da expressão da vontade divina, nem do arbítrio do príncipe, mas emanam da razão e são desdobramentos de relações necessárias que decorrem da natureza das coisas. A teoria do estado incorpora, com maior ou menor medida, o direito secular e racional como baliza institucional da política.

No Século XIX, a Revolução Industrial desencadeia um processo de rápida racionalização da economia. O mercado se expandiu e revolucionou as relações sociais, como bem demonstra Karl Polanyi (2000). Grandes massas de trabalhadores rurais foram transformadas em proletários. As cidades cresceram e impuseram novos desafios aos governantes. A concor-

rência entre as potências se acirrou. Nesse novo contexto, os antigos arranjos imperiais se tornaram flagrantemente obsoletos.

As duas grandes guerras mundiais do Século XX aniquilaram, no mundo ocidental, os derradeiros restolhos da ordem feudal anterior (Hobsbawm, 2005). Foram banidos, já como desdobramento da primeira guerra (1914-1918), entre outros, os anacrônicos impérios austro-húngaro, russo, otomano e alemão. Na segunda, extirparam-se governos autoritários que se estabeleceram na Alemanha, na Itália, no Japão, no Brasil e em outros países na esteira de uma cultura política ainda plasmada no passado imperial.

As potências democráticas foram claramente grandes vencedoras desse sombrio período da história da humanidade, o que se tornou mais evidente quando, em 1991, ruiu o império soviético. Contudo, havia no pós-guerra certa desilusão com a democracia porque as instituições representativas, regidas por eleições, como os parlamentos, não impediram a ascensão das ditaduras que arrastaram o mundo para a conflagração global em 1939, nem as atrocidades que foram perpetradas no conflito.

Surgiu daí um consenso sobre a necessidade de se estabelecer uma ordem jurídica centrada nos direitos humanos, com efetividade assegurada por máquina judicial eficiente e encimada por uma corte constitucional ativa (SCHOR, 2008, pp. 264 e 265).



Como consequência, no pós-guerra o Poder Judiciário começa a se consolidar como guardião da constituição. Mesmo a notável Suprema Corte dos Estados Unidos, que praticamente inventou o controle de constitucionalidade em 1803, só se firma como garante dos direitos e garantias e individuais após 1945 (SCHOR, 2008, p. 262).

### III. CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO RACIONAL E ADVENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ascensão do Poder Judiciário após a Segunda Guerra balizou-se também no desenvolvimento de teorias que promoveram a tecnicização do direito. O positivismo jurídico, do final do Século XIX, já expulsara os resquícios de magia da ciência jurídica e impôs critérios para a afirmação científica do direito, como a definição de seu objeto específico.

Hans Kelsen propôs e delineou, a partir de 1911, uma ciência do direito cujo objeto não seria produto da vontade, mas da razão (Silva, 2011). Como corolário, as decisões judiciais seriam simples deduções normativas resultantes de operações intelectuais. Ademais, a jurisdição constitucional seria uma atividade de cassação, nunca de criação.

O estabelecimento do direito seria, no aspecto conceitual, função da Ciência Jurídica, e no aspecto material, função da política. O controle da política pelo direito seria função de um sistema racionalmente estruturado.

Caberia ao Judiciário velar pela manutenção desse arcabouço aplicando o direito ao caso concreto, com margens mínimas de criatividade normativa. Esse modelo de democracia constitucional pressupunha, assim, o Poder Judiciário não poderia inovar os fundamentos da ordem jurídica.

No debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a titularidade da função de guardião da constituição (SCHMITT; KELSEN, 2009), essa condição refratária à política do Poder Judiciário não estava em questão. Cada um dos pensadores tinha uma visão diferente sobre como lidar com o risco de politização do Judiciário.

No trecho abaixo, Kelsen sintetiza e rebate o argumento de Schmitt contra a jurisdição constitucional, mas concorda com ele sobre os riscos que essa instituição pode representar à democracia:

Con todo, no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los «límites» de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Sólo que dicha pregunta, en este contexto, no debe plantearse acerca del *concepto* de jurisdicción, sino acerca de la mejor ordenación de su función de acuerdo a sus fines, y que ambos os problemas deben mantenerse claramente separados. Si desea restringir el poder de los Tribunales y con ello el carácter *político* de su función – tendencia ésta que aparece especialmente en la monarquía constitucio-

nal, pero que puede observarse en la república democrática –, entonces debe limitar-se lo más posible el espacio de *la libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento* del poder del Parlamento – no previsto por la Constitución – y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, «que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento». Pero éste no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es *asimismo válido para las relaciones entre la ley e los Tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican*. Este es el antiguo dilema platónico: *politeia o nomoi, rey-juez o rey-legislador* (SCHMITT; KELSEN, 2009, pp. 319-322)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Entretanto, não há como negar que a questão articulada por Carl Schmitt sobre os “limites” da jurisdição em geral e do tribunal constitucional, em particular, é totalmente legítima. Só que essa pergunta, nesse contexto, não deve recair sobre o conceito de jurisdição, mas sobre a melhor normatização de suas funções de acordo com sua finalidade, e que ambos os problemas devem ser mantidos estritamente separados. Se se deseja restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função – tendência esta que aparece especialmente na monarquia constitucional, mas que pode ser observado na república democrática –, então deve-se limitar o máximo possível, na lei, a margem de discricionariedade para sua aplicação.

Nem Schmitt nem Kelsen admitia a confusão entre o poder de julgar e poder de legislar, essa cisão profunda que foi introjetada no esquema básico da democracia moderna.

O jurista austríaco julgava que a designação de uma corte como guardião da constituição era compatível com a necessária neutralidade política da ordem jurídica. O arbítrio da magistratura seria coibido pelo formalismo e pela sistematicidade do direito.

O filósofo alemão pensava o contrário. Para ele, as amarras teóricas estabelecidas por Kelsen não seriam suficientes para travar a potencial politização do direito com a atribuição a uma corte a palavra final sobre o teor da constituição. Ambos concordavam, porém, com a premissa de que o Judiciário deveria se restringir à aplicação de normas heterônomas, como alinhavado no esquema clássico de Montesquieu.

Montesquieu enunciara, assim, esse princípio de separação:

Il n’y a point encore de liberté  
si la puissance de juger n’est

Assim, as normas constitucionais a serem aplicadas pelo tribunal constitucional, sobretudo aquelas com que se define o conteúdo das leis futuras, como as determinações dos direitos fundamentais e de outros similares, não devem ser formuladas em termos excessivamente genéricos, não devem empregar terminologia vaga, como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Caso contrário, há o risco de usurpação do poder do Parlamento – não prevista na Constituição – e do ponto de vista político, muito inconveniente, a existência de um poder legislativo paralelo, “que pode ser a expressão de forças políticas completamente diversas daquelas representadas pelo Parlamento. “Mas este não é um problema específico da jurisdição constitucional. É válido também para a relação entre a lei e os tribunais civis, penais e administrativos que as aplicam. É o antigo dilema platónico: *politeia* ou *nomoi*, rei-juiz ou rei-legislador (tradução nossa).

pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur (Montesquieu, 1875-79. p. 426)<sup>4</sup>.

O *rey-legislador* tradicionalmente é representante imediato do povo e o *rey-juiz*, mero órgão de execução do estado. O primeiro age conforme a vontade do povo, ao passo que o segundo apenas aplica o ato que resultou da vontade do povo. Assim, a atuação deste não está fundada na vontade, mas no mero discernimento.

A mediação das relações entre governo e governados por meio da lei foi uma condição fundamental para o desenvolvimento da democracia. A lei, por sua generalidade, aboliu o casuísmo e nivelou os cidadãos. O ativismo judicial, por enfraquecer a lei, pode representar perigoso retrocesso social.

A democracia pressupõe a construção da lei por meio do próprio povo, por meios de representantes eleitos. Kelsen afirma que é impossível anular a discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade da ordem estatal a que se submete, mas lembra que essa discordância é minimizada num

<sup>4</sup> Não haverá liberdade alguma se o poder de julgar não estiver separado do poder de legislar e do poder de executar. Se o poder de julgar estiver junto com o poder de legislar, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário: porque o juiz será legislador. Se ele estiver junto com o poder de executar, o juiz teria a força de um opressor.

estado democrático (KELSEN, 200, pp. 32-33). É essa liberdade política aproximada a única possível no mundo moderno.

O ativismo judicial pode corromper a noção de democracia até então vigente ou transformar essa noção profundamente, estabelecendo um novo tipo de liberdade política, factualmente muito mais estreita que a predominante na modernidade.

John Hart Ely (1980, p. 135), acertadamente, afirma que o dever de representação que está no cerne do sistema político americano requer mais que simplesmente facultar voz e voto às minorias. A jurisdição constitucional, porém, praticamente se universalizou por ter-se confirmado, na prática, como instrumento importante moderação do processo decisório presidido pelo princípio majoritário. A jurisdição constitucional se firmou com importante incremento do jogo democrático.

A maior liberdade de interpretação constitucional aos juízes reduz, porém, o grau de convergência entre a vontade do estado e a vontade do povo. A compreensão da magistratura do que sejam os direitos fundamentais, por exemplo, pode reduzir a um mínimo o espaço de atuação da legislatura.

Miguel Shor (2008, p. 286) aponta que a relação entre democracia e jurisdição constitucional divide os acadêmicos em dois grupos: os otimistas e os pessimistas. Os otimistas ressaltariam a afinidade entre democracia e

a jurisdição constitucional, principalmente em processos de transição democrática como os observados após Segunda Guerra na Alemanha e na África do Sul após o *apartheid*. A jurisdição constitucional favoreceria a confiança na efetividade da constituição em democracias recém-instauradas. Os pessimistas, ao contrário, apontam intervenções da jurisdição constitucional dificultaram a resolução de problemas de ação coletiva sobretudo em democracias maduras.

Ronald Dworkin, que defende a ideia que a Constituição comporta e exige uma leitura moral, que assegure sua constante atualização pelas cortes, seria classificado por Shor entre os otimistas. Dworkin, porém, não abre a constituição para interpretações segundo as convicções pessoais dos juízes. Para ele, a exigência de integridade constitucional exige que juízos morais abstratos deduzidos da constituição estejam em linha de coerência com o desenho estrutural desta (DWORKIN, 2006, p. 15). Portanto, os juízes poderiam inovar a legislação desde que observem esse parâmetro.

J. Harvie Wilkinson III (2012, p. 22), que poderia ser incluído entre os pessimistas, não concorda com essa abertura do texto constitucional. Afirma que, a não ser que haja falhas no processo político, é desejável que o parlamento – e não as cortes – atualizem as normas sociais. Em sua opinião, a magistratura tem menos expertise para acessar o exato conteúdo dos valores sociais e para avaliar circunstâncias novas e reagir a elas. Além disso, a intervenção judicial

poderia obstruir processos que são “naturais, estimulantes e necessários ao desenvolvimento espírito democrático”.

Interessante notar que, escrevendo em 1931, Carl Schmitt não censura a atuação da Suprema Corte americana:

El Tribunal Supremo americano es algo muy distinto de un *Staatsgerichtshof*. Con una clara consciencia de su carácter como instancia processal, limita-se a fallar determinados litigios (*real, actual «case» or «controversy» of «judiciary nature»*). Teniendo en cuenta su *strictly judicial function* se abstiene de adoptar criterio político o legislativo, y siquiera pretende ser Tribunal contencioso-administrativo (SCHMITT; KELSEN, 2009, p. 25)<sup>5</sup>.

O controle de constitucionalidade difuso, com poucas e esparsas intervenções judiciais na retificação da legislação, não configuraria risco à usurpação da função legislativa do estado. Não sabemos, ao certo, se Schmitt teria a mesma opinião sobre a Suprema Corte americana mais at vista do pós-guerra. O fato é que se opôs frontalmente contra a adoção de cortes constitucionais a que se atribuísse a palavra final sobre sensíveis questões constitucionais.

<sup>5</sup> O Tribunal Supremo americano é muito distinto de uma corte constitucional, e sua Justiça diametralmente oposta ao que atualmente chama-se na Alemanha de jurisdição política ou constitucional. Com uma clara consciência de seu caráter como instância processual, limita-se a julgar determinados litígios (verdadeiros casos ou controvérsias de natureza judicial). Tendo em conta sua função estritamente judicial, sequer pretende ser Tribunal contencioso-administrativo (tradução nossa).

Contudo, a posição de Kelsen, favorável à jurisdição constitucional, passou a prevalecer, no período pós-guerra. Vários países europeus instituíram cortes constitucionais a partir de então para funcionarem como intérpretes últimos da Constituição.

Portanto, rephraseando Kelsen, o problema não é a jurisdição constitucional em si, mas a sua conformação institucional. A teoria kelseniana teve como vetor constante a racionalização do direito e criava balizas formais, conceituais e estruturais para confinar o arbítrio dos juízes.

Essa teoria desenvolveu-se em três fases distintas (Paulson, 1998, pp. xxiii-xxvii): a fase do construtivismo crítico (1911-1921), a fase clássica (1921-1960) e a fase cética (1960-1973).

A primeira fase corresponde ao período em que Kelsen constrói seus principais conceitos e preocupa-se, fundamentalmente, com a afirmação da Ciência do Direito como disciplina normativa. Nas palavras de Paulson, o autor procurava “*to establish legal science as a 'normative disciple'*” (Paulson, 1998, p. xxiv).

A diretriz do pensamento de Kelsen, nesse introyto, era destacar os elementos próprios da análise jurídica. Definiu-se que o *discrímen* do objeto da Ciência do Direito caráter normativo peculiar.

A ciência jurídica rudimentar que aparece nessas formulações iniciais de Kelsen tinha acentuado caráter descritivo e estático. A preocupação

era definir o que é o *Direito* e não *como funciona* o Direito.

Na segunda fase, Kelsen formula e consolida a Teoria Pura do Direito. No esforço para sistematizar o Direito e compreender seu funcionamento, incorpora a doutrina da estrutura hierárquica de Adolf Merkl, conhecida como pirâmide normativa.

Essa doutrina apresenta o Direito em processo dinâmico no qual recria a si mesmo de forma ininterrupta. Normas inferiores são determinadas por normas superiores. Sobressai desse sistema dinâmico a premissa básica de que uma norma é sempre criada por outra.

Kelsen vale-se na Teoria Pura do princípio da imputação, de matriz kantiana, estruturar a unidade básica do Direito, a norma, segundo a fórmula se *a*, deve ser *b*, em que *a* é, em termos gerais, é o fato sobre o qual incide a norma e *b* a sanção decorrente. O princípio da imputação, segundo o qual funciona o Direito, é um simulacro do princípio da causalidade, segundo o qual funciona a natureza.

Na última fase, ele não chegou a fechar uma teoria, mas adota princípios que sinalizam uma abertura do direito. No início, Kelsen insistia em depurar o direito de qualquer elemento de vontade. A norma fundamental era, até então, uma completa abstração, que poderia ter sua existência aferida única e exclusivamente por operações intelectuais. Todas as demais normas do sistema eram desdobramentos dessa norma fundamental. Do ponto

de vista do cientista, o direito era um esquema normativo fechado.

Em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, publicada já em seu exílio nos Estados Unidos, o jurista já começava a admitir a criação de normas fora do processo político formal. O direito kelseniano não era mais um monólito racional. Na obra póstuma Teoria Geral das Normas, de 1972, Kelsen atribui à norma fundamental a natureza de vontade fictícia, com o que passa a acentuar a natureza. O próprio Direito, na fase cética, é reconhecido como uma ficção, em vez de construção teórica lógica, absolutamente sistemática e pura.

Kelsen assume, como David Hume assumiria, que o Direito lógico e puro é uma crença, um imperativo, um dever ser, que deveria ser perseguido a todo custo, mas que jamais seria alcançado. A maior suscetibilidade do direito que decorre desse avanço teórico implicava mais riscos. Em compensação, tornava o objeto da Ciência Jurídica mais flexível e reajustável às necessidades de um mundo em rápida transformação.

Vislumbra-se aí que Kelsen, o maior jurista do Século XX, falhou em construir barreiras teóricas para conter o arbítrio dos juízes e tornar a jurisdição constitucional inofensiva à política democrática. A jurisdição constitucional se firmou como instituição indispensável na maioria dos estados contemporâneos, mas permanece, com fator de instabilidade e insegurança, um risco que maior parte das sociedades está disposta a correr.

Na seção seguinte, analiso, brevemente, o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil, sobretudo após a Constituição de 1988.

#### IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil a partir da Constituição de 1891, na modalidade difusa, por influência do sistema norte-americano.

Na Constituição de 1934, introduziu-se no sistema a representação interventiva, por meio do qual o Procurador-Geral da República poderia submeter ao Supremo Tribunal Federal controvérsias acerca de violações do pacto federativo ensejadoras de intervenção.

Na Constituição de 1946, a representação interventiva passou a ser designada de arguição de inconstitucionalidade. A ação era cabível para apurar transgressão de princípios sensíveis, como a forma republicana representativa e a independência e harmonia dos Poderes.

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, instituiu, paralelamente à representação interventiva, a ação de controle abstrato de normas estaduais e federais, também de titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República.

Por fim, veio a Constituição de 1988, que ampliou modalidades de ação direta sobre a constitucionalidade



de normas e legitimou outros atores para iniciá-la<sup>6</sup>.

Ao longo de mais de um século, portanto, o Brasil desenvolveu um sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina a aferição de constitucionalidade em concreto do modelo norte-americano com a aferição em abstrato do modelo europeu.

Esse sistema foi intensificado com uma série de mecanismos como a criação da ação direta de constitucionalidade introduzida pela Emenda nº 3, de 1993, pela admissão de cautelar em ação direta, nos termos da Lei nº 9.868, de 1999, com a regulamentação da arguição de preceito fundamental pela Lei nº 9.882, de 1999, com a instituição de repercussão geral e das súmulas vinculantes a partir da reforma do Judiciário delineada pela Emenda nº 45, de 2004. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reforçou ainda mais esse processo por meio de expedientes ampliativos como as sentenças aditivas e intermediárias no controle concentrado.

O Brasil ostenta hoje, sem sombra de dúvida, um dos mais compreensivos e intensivos sistemas de controle de constitucionalidade na atualidade. A partir da reforma do Judiciário de 2004 e da mudança de composição do Supremo Tribunal Federal, com indicação de ministros com perfil mais liberal, a corte abandonou sua tradicional moderação.

A intensificação da jurisdição constitucional no país é retroalimenta-

<sup>6</sup>Vide arts. 102 e 103 da Constituição.

da pelo sucesso de seus resultados perante a opinião pública. Decisões populares como a imposição da fidelidade partidária<sup>7</sup>, a cassação da lei de imprensa<sup>8</sup> e a proibição do nepotismo na Administração pública<sup>9</sup> reforçaram a importância da jurisdição constitucional para a evolução da democracia brasileira.

A judicialização da política e das relações sociais, conforme o diagnóstico do professor Luiz Werneck Vianna (1999<sup>a</sup> e 1999b), desatou nós normativos que resistiam ao processo político decisório. A regulamentação da união homoafetiva pode ser apontada como um desses nós. O relator do projeto de que originou o Código Civil em vigor desde 2003, o ex-deputado Ricardo Fiúza, afirmou que esta era uma das questões que a nova lei deveria ter resolvido<sup>10</sup>. A sociedade brasileira, para ele, já estava madura para aceitar uma moldura jurídica mais consistente para regular as consequências da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo (Silva, 2005).

O Parlamento, porém, não enfrentou o problema, que acabou sendo solucionado pelo Supremo Tribunal Federal. A corte equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a homoafetiva<sup>11</sup>. Prevaleceu uma interpretação que sobrescreveu a lite-

<sup>7</sup> STF-MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 4.10.2007, DJe. 17.10.2008.

<sup>8</sup> STF-ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 30.4.2009, DJe 6.11.2009.

<sup>9</sup> STF-ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 20.8.2008, DJe 18.12.2009.

<sup>10</sup> A afirmação foi feita durante entrevista com o autor em 2005.

<sup>11</sup> STF-ADI 4277, Rel. Min. Carlos Britto, Julg. 5.5.2011, DJe 3.10.2011.

ralidade do § 3º do art. 226 da Constituição<sup>12</sup> (“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Para o STF, malgrado a clareza desse dispositivo em sentido contrário, a Constituição também reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo em razão do princípio da isonomia. O acórdão levanta dúvidas sobre os limites da interpretação na jurisdição constitucional.

Parte da doutrina assinala que esse tipo de jurisprudência evidencia o fenômeno denominado mutação constitucional, que já foi, inclusive, admitido em alguns acórdãos do STF, no *Habeas Corpus* 96772:

(...) A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades

e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea (...) <sup>13</sup>.

O poder judicial de promover mutação constitucional, a depender de sua definição conceitual, torna ocioso o poder constituinte derivado e acaba por transformar o Judiciário em poder constituinte de fato, e implicaria a fusão entre rei-juiz e rei-legislador.

No célebre julgamento da Ação Penal 470, houve menção à mutação constitucional para justificar jurisprudência drasticamente mais rigorosa em prejuízo dos réus. Pergunta-se: e o princípio da anterioridade penal? Como se pode exigir conduta diversa de quem se conduz conforme a lei interpretada pelos tribunais? A mutação constitucional, em conceitualização elástica, coloca em risco um dos maiores valores do estado democrático de direito, que é a segurança jurídica.

A jurisdição constitucional deve ser exercida com moderação porque não tem a mesma flexibilidade do processo legislativo. As soluções jurisdicionais são, normalmente, menos adequadas do que as soluções construídas por via de discussão e negociação no Parlamento. Uma solução ruim, no entanto, é quase sempre melhor do que solução nenhuma.

<sup>12</sup> “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>13</sup> STF HC- 96772, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 9.6.2009, DJe 21.8.2009.

## V. CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional, como demonstrado na seção anterior, foi ampliada sobremaneira nos últimos anos. Os poderes do Supremo Tribunal Federal de interferir no processo legislativo aumentaram exponencialmente. Contudo, não houve mudanças para incrementar, proporcionalmente, os mecanismos de *accountability* da corte.

A Corte Constitucional da Alemanha, cuja jurisprudência tem influenciado profundamente o STF, tem um processo de controle de constitucionalidade muito mais restrito.

Os integrantes daquele tribunal não são vitalícios como seus homólogos brasileiros. São eleitos para mandatos de 12 anos, possibilidade de recondução. O Parlamento alemão, um aproximado equivalente funcional da Câmara dos Deputados brasileira, elege metade dos integrantes da corte. A outra metade é eleita pelo Conselho Federal, uma espécie de Senado alemão. Dessa forma, o processo de escolha é mais democrático que no Brasil, onde a indicação de todos os ministros é prerrogativa do Presidente da República.

Nos Estados Unidos os juízes da Suprema Corte são vitalícios e indicados pelo chefe do Poder Executivo. Em compensação, não há jurisdição constitucional por meio de ação direta no sistema americano, que apenas interpreta a constituição no controle incidental, e as sabatinas pelo Senado dos indicados são rigorosas, e não

meramente protocolares como no Brasil.

Além do mais, a Suprema Corte americana julga cerca de 100 processos por ano, ao passo que, no Brasil, apenas no primeiro semestre de 2012, foram julgados 42 mil processos pelo STF, o que, por si, só evidencia a baixa funcionalidade de jurisdição constitucional do sistema brasileiro. Esse problema pode interferir com o processo de maturação da democracia no país.

Rui Barbosa teria afirmado, há mais de 100 anos, que “ao brasileiro falta apenas uma lei: aquela que o obrigue a cumprir as leis existentes”. O fato é que nunca se levou muito a sério a legislação no Brasil e, conforme relato acima, a introjeção da lei como regulador efetivo da conduta social é pré-requisito essencial ao funcionamento adequado da democracia.

Receio que o abuso de decretos-lei durante a ditadura militar e de medidas provisórias já na Nova República atrase a necessária dignificação do instituto lei e da socialização da sociedade brasileira para o cumprimento das leis.

Esse mesmo efeito deletério tem o abuso de decisões constitucionais, tomadas mesmo liminar e monocraticamente. O Poder Judiciário precisa acautelar-se para, com intuito de acelerar a democratização, não acabar perturbando e retardando o processo de maturação política da cidadania.

A jurisdição constitucional não é indispensável à democracia. O Reino

Unido, o berço da democracia contemporânea e onde vige a soberania popular, nunca adotou o instituto. Por outro lado, a jurisdição constitucional não assegura a efetividade da democracia. O caso da Venezuela é emblemático. Não se pode esperar que o controle de constitucionalidade solucione todas as mazelas sociais.

Conforme a lição de Kelsen, a compatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional depende de uma engenharia institucional que assegure o controle recíproco entre os três poderes do estado. É preciso pensar inovações institucionais tornem o controle de constitucionalidade uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais, sem que se produza, como externalidade, a supremacia judicial. A judicialização da política é prenúncio do falecimento da democracia.

Um dos problemas a serem corrigidos no modelo de jurisdição constitucional brasileiro é a baixa *accountability* dos ministros do STF, em razão da indicação virtualmente monocrática pelo Presidente da República e da regra de vitaliciedade. Os ministros poderiam ser eleitos pelas duas Casas do Parlamento, e a indicação submetida à sanção do Presidente da República, o que aproximaria a escolha da vontade popular.

Para assegurar a expertise e a idoneidade dos candidatos, a escolha deveria recair sobre juizes, membros do Ministério Público e advogados, todos com, pelo menos 40 anos, mais dez anos de carreira e ilibada reputa-

ção. O escolhido poderia ter um mandato fixo de oito anos, sem direito à recondução.

A corte deveria ter competência exclusiva para o exercício da jurisdição constitucional. As demais atribuições deveriam ser redistribuídas a outros órgãos judiciais.

Quanto ao regime jurídico da jurisdição constitucional em si é preciso restringir a um mínimo a possibilidade de liminar em controle de constitucionalidade. A Casa Legislativa competente deveria ser, previamente, notificada a tomar providências, e as limitares deveriam ter um curto prazo de vigência.

O rol de legitimados precisa ser abreviado. A legitimação das Mesas de casas legislativas, por exemplo, é claramente ociosa. Apenas os partidos que, de fato, participam do jogo político no Congresso deveriam ter prerrogativa de provocar a corte constitucional.

A legitimação de confederação sindical e de entidade de classe de âmbito nacional poderia ser transferida para as centrais sindicais e para as confederações patronais.

Uma reforma do sistema de jurisdição constitucional nesse sentido pode parecer a alguns o cerceamento de uma instituição vital à democracia brasileira. Na verdade, essa racionalização, a meu ver, promoveria um controle de constitucionalidade com mais qualidade e eficiência e abriria margens para o desenvolvimento do

Poder Legislativo, que está sufocado no sistema atual.

Uma reforma nesses moldes só seria viável, contudo, se sincronizada com uma reforma política profunda, que revigore os partidos e que melhore a representatividade dos mandatários.

## Bibliografia

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma de Teología*. Vol. II, Parte I-II, Trad. Ángel Martínez Casado *et alii*. 2ª ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1984.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição Norteamericana*. Trad. Marcelo Brandão Cipola. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Coleção "Os pensadores". Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: O breve século XX, 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad.: Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. *L'Esprit des Loix. Oeuvres complètes*. Edição Edouard Laboulaye. 7 vols. Paris: Garnier Frères, 1875-79.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Trad. Fanny Wrabel, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

Schor, Miguel. 2008. *Mapping Comparative Judicial Review*. Washington University Global Studies Law Review 7:257-287.

Schmitt, Carl; Kelsen, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Manuel Sánchez Sarto e Roberto J. Brie. Estudio preliminar de Giorgio Lombardi. Madrid: Tecnos, 2009.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. União entre homossexuais está longe da aprovação. Agência Câmara, 14.10.2005, disponível em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/76635.html>. Acesso em: 6 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *O Estado transnormativo e a democracia em Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3020, 8 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20163>. Acesso em: 29 ago. 2012.

WEBER, Max. *Sociologie des religions. Textes réunis, traduits et présentés par Jean-Pierre Grossein*. Paris, Gallimard, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999<sup>a</sup>, pp. 47-70.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999<sup>b</sup>, pp. 149-156.

INCENTIVOS PARA  
A GESTÃO PÚBLICA





# O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES NOS INCENTIVOS PARA A GESTÃO PÚBLICA<sup>1</sup>

Fernando B. Meneguim<sup>2</sup>

Maurício S. Bugarin<sup>3</sup>

## Resumo

Quando, em março de 1985, os militares entregaram a faixa presidencial ao primeiro presidente civil em 20 anos, entregaram também um país envolto em caos econômico e social, com inflação galopante e escândalos de corrupção. Quase 30 anos depois, o país ocupa posição de destaque no cenário mundial, com condições macroeconômicas estáveis e instituições de controle atuantes. Naturalmente, a consolidação institucional ocorrida no país nas últimas décadas está associada ao grande esforço de criação de um marco legal capaz de proteger o cidadão e combater a corrupção no setor público. A reforma gerencial, as agências regulatórias, o novo Ministério Público, a Controladoria Geral da União, o Conselho Nacional de Justiça, a Lei da Ficha Limpa, são diferentes facetas dessa evolução institucional. Maior controle, no entanto, está associado a maior rigidez institucional, o que, se por um lado pode coibir o comportamento corrupto do gestor público, por outro lado pode também reduzir seu incentivo em adotar comportamento inovador por temer que a inovação seja considerada ilegal, comprometendo sua carreira. O presente estudo avalia como instituições, normas legais e órgãos de controle do setor público afetam o comportamento dos gestores públicos. O trabalho é baseado no fato de que a norma cria uma estrutura de incentivos, estimulando ou desestimulando determinadas condutas por parte dos gestores. Destarte, depois de brevemente discutir a literatura sobre corrupção, constrói-se um modelo de economia dos incentivos em que os gestores pertencem a duas categorias, os funcionários de carreira e aqueles temporários

<sup>1</sup> Trabalho agraciado com o primeiro lugar no Prêmio Tesouro Nacional-2012, tema Tópicos Especiais de Finanças Públicas.

<sup>2</sup> Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo e Diretor do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Editor do Brasil, Economia e Governo ([www.brasil-economia-governo.org.br](http://www.brasil-economia-governo.org.br)).

<sup>3</sup> PhD em Economia pela Universidade de Illinois. Professor Titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília e Diretor do Centro de Investigação em Economia e Finanças, CIEF/UnB.

em funções comissionadas. Ademais, podem ser de dois tipos, aqueles que atribuem elevada importância ao retorno social de sua gestão e aqueles que estão mais preocupados com o benefício pessoal. Cada gestor, qual quer que seja sua categoria ou seu tipo, se defronta com três possíveis formas de atuação. Pode adotar atitude burocrática, visando reduzir a probabilidade de ser questionado quanto à legalidade de suas ações. Pode ainda adotar atitude inovadora, no sentido de gerar o melhor benefício social possível, embora corra o risco de ser questionado quanto à legalidade de suas ações. Finalmente, pode investir em atividades corruptas, visando obter maior benefício privado. A resolução do modelo sugere que, com rígidas regras de controle, os gestores de carreira têm incentivos a se acomodar em suas funções, não inovando na busca da melhoria do serviço público. Por outro lado, os gestores temporários estão mais dispostos a procurar soluções inovadoras; no entanto, essa maior disposição pode ser usada tanto para melhorar o setor público como para angariar recursos oriundos de corrupção, dependendo do tipo desses gestores. Essas conclusões são confirmadas por meio de modelos econométricos, utilizando tanto o método dos mínimos quadrados empilhados como o método de regressão em painéis. O artigo conclui com sugestões de políticas públicas que possam tornar o serviço público mais eficiente, chamando a atenção para o fato de que, se uma legislação detalhada e rígida é importante na luta contra a corrupção, mecanismos adicionais devem ser incluídos no

quadro institucional de forma a induzir gestores honestos a inovarem em prol do bem-estar social.

**Palavras-chave:** Instituições. Gestão Pública. Mecanismos de incentivos.

## INTRODUÇÃO

As leis e as decisões judiciais, juntamente com os instrumentos que obrigam todos os cidadãos a cumpri-los (polícia, judiciário, agências reguladoras, etc.), fornecem um conjunto de incentivos aos cidadãos e empresas, que têm reflexos sobre a eficiência das transações econômicas.

Há uma série de situações econômicas que não podem ser deixadas ao livre arbítrio do mercado, precisando ser reguladas e que, por isso, ficam sob a influência das leis e das instituições citadas acima. Por exemplo: é preciso criar impostos para financiar atividades que são importantes para a sociedade, mas que não dão lucro e, por isso, não são oferecidas no mercado privado (defesa nacional, saneamento básico, saúde preventiva, preservação de florestas); é preciso oferecer a toda a sociedade alguns bens e serviços que, se deixados ao mercado, seriam acessíveis apenas às populações de maior renda (educação, saúde); é preciso evitar a formação de monopólios e cartéis que prejudiquem a concorrência e tornem os produtos mais caros e de menor qualidade. Tais fenômenos são conhecidos pelo termo genérico “falhas de mercado”, que se refere a situações em que o livre funciona-

mento do mercado leva a resultados socialmente indesejáveis.

No entanto, além das falhas de mercado estudadas sob o ponto de vista econômico, a lei também tem a função de coibir outras falhas, como aquelas inerentes à conduta do ser humano. Ou seja, como as normas pretendem regular a vida em sociedade, elas estabelecem comportamentos permitidos e proibidos. Ao proibir uma conduta, o Estado o faz pela ameaça de uma sanção. Por exemplo, existem leis que procuram inibir irregularidades praticadas por agentes responsáveis pela execução dos gastos públicos federais ou ainda que têm por objetivo dificultar a corrupção no setor público.

O fato é que essas leis e instituições destinadas a corrigir falhas ou coibir comportamentos errados têm diversos graus de qualidade. Tanto podem ser eficazes na redução dos problemas, quanto podem introduzir distorções adicionais na economia e na sociedade, prejudicando a eficiência do sistema.

No ordenamento jurídico atual, existem leis extremamente complexas e rígidas em relação ao trato com a coisa pública, como a Lei nº 8.666, de 1993 (licitações e contratos administrativos) e a Lei nº 8.429, de 1992 (improbidade administrativa). Tais normas visam garantir a lisura na gestão pública; no entanto, elas impõem muitas amarras e restrições para os gestores públicos.

A própria Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, expressamente dis-

põe que a Administração Pública, em sua atuação, está sujeita a observar o princípio da legalidade em suas atividades. Isso significa que os gestores públicos, atuando em nome da Administração Pública, só podem realizar atos devidamente respaldados em prévia determinação legal. Essa realidade é diferente para a iniciativa privada, em que os particulares dispõem de ampla liberdade para sua atuação, com a única restrição de não praticarem atos vedados em lei. Em suma, enquanto o gestor da iniciativa privada pode fazer tudo aquilo que não esteja proibido pela lei, o gestor público só pode realizar o que estiver autorizado em lei.

Além do ordenamento jurídico, há ainda o papel desempenhado pelas instituições, como o Ministério Público e a imprensa, que estão constantemente vigiando a administração pública, seja por dever de ofício, seja pela procura incessante por furos jornalísticos.

Deve-se ressaltar que o funcionamento das instituições, no qual se inclui a legislação, precisa estar corretamente calibrado de forma a contribuir com uma eficiente coordenação do sistema econômico. A definição de Douglass North, renomado autor institucionalista, deixa clara essa importância: “as instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições elaboradas pelos homens que dão forma à interação humana. Em consequência, elas estruturam incentivos no intercâmbio entre os homens, seja ele político, social ou econômico” (Nor-

th, 1990). Portanto, essas instituições, se demasiadamente frouxas podem gerar abusos de toda sorte e se excessivamente rígidas podem gerar comportamento exageradamente cauteloso por parte dos indivíduos.

Por outro lado, a eficiência no uso dos recursos públicos é cada vez mais uma exigência da sociedade. Esta espera que a prestação de serviços governamentais ocorra com qualidade, utilizando racionalmente os recursos dos contribuintes. Nesse sentido, diversos estudos têm surgido a fim de discutir a qualidade das administrações públicas.

O que se pretende nesse artigo é estudar os incentivos gerados pelas instituições no comportamento do gestor público. Será que o excesso de fiscalização não impede soluções inovadoras do gestor correto, o que aumentaria a eficiência na administração pública? As punições advindas do ordenamento jurídico são realmente efetivas e coíbem as práticas irregulares no serviço público? Ou será que, apesar da legislação restritiva, as sanções não chegam a ser aplicadas, o que incentiva o gestor desonesto a perpetuar práticas ilegais visando o benefício privado?

A metodologia para o desenvolvimento da presente pesquisa consiste, inicialmente, em analisar a literatura econômica e jurídica correlata a esse tema. Os trabalhos transitam entre estudos que analisam a corrupção, bem como o papel do ordenamento jurídico e das instituições na eficiência do setor público.

De posse do conhecimento dos estudos pretéritos, desenvolve-se uma modelagem econômica para avaliar os incentivos com os quais os gestores públicos se defrontam na sua atuação profissional. O modelo foca em dois pontos que caracterizam o gestor público. O primeiro diz respeito ao fato de ele ser ou não servidor concursado de carreira. O segundo diz respeito à sua maior ou menor preocupação pessoal com o bem-estar social gerado por sua atuação profissional. Pela análise dessas duas características, buscam-se prever a conduta do gestor e avaliar os incentivos que promovem comportamentos de dedicação ao serviço público ou, em oposição, comportamentos oportunistas envolvendo uso indevido de posição privilegiada no setor público.

O principal resultado obtido do modelo teórico é que regras exageradamente rígidas tendem a fazer com que o gestor de carreira adote uma postura mais cautelosa, evitando inovar e tomar decisões que possam ser futuramente questionadas, que poderiam inclusive implicar na perda do cargo público. Esse resultado mostra tanto um aspecto positivo como um aspecto negativo. O positivo refere-se ao menor envolvimento do gestor de carreira com atividades corruptas. O aspecto negativo refere-se ao menor investimento do gestor em atividades inovadoras que poderiam gerar maior benefício social. O modelo ainda sugere que, nesse caso de regras muito rígidas, serão basicamente os gestores com posições temporárias, não servidores de carreira, que mais se arriscarão na execução de suas ati-

vidades profissionais, tanto inovando em prol do bem-estar social, para aqueles que atribuem elevado valor a essa atividade, como em atividades ilícitas visando o benefício pessoal, para os demais.

A principal hipótese testável do modelo é que quanto maior for o percentual de cargos ocupados por servidores sem vínculo, maior será o questionamento judicial de sua atuação profissional. Essa hipótese é então testada econometricamente usando, por um lado, dados relativos aos percentuais de cargos em direção e assessoramento superior (DAS) ocupados por servidores de carreira no Poder Executivo Federal entre 2002 e 2011 e, por outro lado, as tomadas de contas especiais (TCE) abertas e enviadas para o Tribunal de Contas da União (TCU) nesse período. Os estudos econométricos, envolvendo tanto o método dos mínimos quadrados empilhados como o método de regressão em painéis, confirmam o resultado oriundo do modelo teórico, sugerindo que o número de TCEs relativo ao orçamento do órgão aumenta com o percentual de funcionários temporários ocupando cargos de DAS.

O presente trabalho, além desta introdução, encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira seção, faz-se uma revisão da literatura relacionada ao objeto do estudo.

A seção dois expõe o desenvolvimento da modelagem econômica, focando nos incentivos dos gestores públicos ante as instituições vigentes.

Na seção três, apresentam-se dados quantitativos que retratam a realidade da administração pública federal, juntamente com testes econométricos que reforçam o modelo teórico. Por fim, a seção quatro traz as conclusões e considerações finais do trabalho.

## 1. REVISÃO DA LITERATURA

O presente trabalho se preocupa com dois aspectos fundamentais, mas por vezes antagônicos, da gestão pública. Por um lado, procura-se criar instituições capazes de coibir atos ilícitos associados à corrupção. Por outro lado procura-se estimular a qualidade e a eficiência do gasto público.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, várias pesquisas caminham no sentido de tentar entender e mensurar os prejuízos sociais resultantes da corrupção.

Del Monte e Papagni (2001) classificam os motivos para a prática da corrupção em três grandes categorias: econômicas, políticas e culturais. As econômicas estão associadas principalmente à obtenção de vantagens financeiras ilegais por parte dos agentes envolvidos. As causas políticas decorrem do exercício do poder dos governantes e parlamentares que tentam influenciar a alocação dos recursos públicos na região de sua base eleitoral com a finalidade de angariar votos para si ou seu partido. Já nas causas culturais, a corrupção está ligada a crenças, ideologias, religião ou comportamento social que contri-

buem para a existência de uma tolerância com a corrupção.

Paolo Mauro analisa econometricamente como o crescimento econômico é afetado pela corrupção. Os principais resultados são os seguintes: há uma redução dos incentivos ao investimento, a sociedade sente-se menos disposta a contribuir com fundos de auxílio (doações), há perdas na arrecadação tributária, as licitações públicas geram vencedores que fornecem bens de qualidade inferior e a despesa pública fica enviesada para grandes obras em detrimento de gastos sociais, como em saúde e educação (Mauro, 1995).

Tanzi (1998) também defende que a eficiência do setor público fica prejudicada pela corrupção, uma vez que, por meio de fraudes em licitações, a empresa vencedora pode não ser a melhor, reduzindo o retorno do gasto e a produtividade do investimento público. Além disso, a efetividade do gasto do governo também é reduzida, pois parcelas do orçamento governamental são desviadas para o enriquecimento individual. No caso brasileiro, em estudo comparativo entre o setor público e privado, Cândido Jr. (2001) conclui que a produtividade do gasto público é 60% da produtividade do gasto efetuado pelo setor privado.

Ainda em termos de Brasil, cabe citar o *ranking* elaborado pela Transparência Internacional<sup>4</sup>, organização não-governamental. Cada país recebe uma nota de zero a dez. A pon-

tuação mais próxima de zero indica que uma nação é vista como muito corrupta, enquanto as que se aproximam de dez são classificadas como menos corruptas. Para distribuir as notas, a Transparência Internacional realiza pesquisas com especialistas e executivos dos países avaliados. Após estabelecer as notas, a ONG elabora o *ranking* comparativo. Em 2011, o Brasil obteve nota 3,8, um décimo superior à verificada no relatório divulgado em 2010. Em 2006, essa nota foi de 3,3. Assim, percebe-se uma melhora no indicador, embora notas abaixo de cinco sejam consideradas pela Transparência Internacional como indício de sérios níveis de corrupção.

Claro que a corrupção, como a maior parte dos crimes, é praticada se os benefícios forem superiores aos custos. A análise econômica do crime desenvolvida por Becker (1968) introduziu na literatura da criminalidade um princípio fundamental da visão econômica do mundo, qual seja a certeza de que os agentes reagem a incentivos. Em seu trabalho, Becker (1968) evidencia que a razão principal para se cometer um crime econômico (furto, roubo, extorsão, usurpação, estelionato, receptação, etc.) é o fato de os riscos serem menores que os benefícios provenientes da atividade ilícita.

No que diz respeito ao outro tema importante para este estudo, a qualidade e eficiência do gasto público, a regulamentação asfixiante no setor público é preocupante. De fato, é o excesso de regulamentação que, em alguns casos, gera situações ineficientes para a administração pública

<sup>4</sup> <http://www.transparency.org/>



e obriga o gestor público a tomar tantos cuidados, que é desestimulado na hora de procurar soluções criativas. Fernandes (1999) explica que, apesar de se propalar que a Lei de Licitações obriga a administração pública a comprar produtos de baixa qualidade, face ter estabelecido a regra geral da aquisição pelo menor preço, isso é um equívoco. No entanto, o próprio autor comenta que a maneira como os Tribunais de Contas fiscalizam as licitações e contratos acarretam falhas na interpretação das decisões e temor, pelos gestores públicos, da gravidade das penas impostas.

Mendes (2011), ao estudar a terceirização no serviço público e as regras a que a administração está submetida, comenta que “o modelo atual de licitação, que privilegia o menor preço, dá margem à participação de grupos mal intencionados, que montam empresas sem estrutura, para ganhar a licitação oferecendo preços baixos (até abaixo do custo), receber pagamentos antecipados e prestar um serviço de baixa qualidade e com alta probabilidade de interrupção durante a vigência do contrato, por falta de recursos para sustentar a atividade”.

Essas constatações permitem voltar ao dito na introdução em que se afirma que as leis e decisões judiciais têm o poder de moldar o comportamento dos agentes. Isso é o que na literatura é conhecido como norma enquanto estrutura de incentivos. Sobre o tema, tem-se o comentário de Andrés Roemer ao afirmar que a Análise Econômica do Direito introduziu uma teoria mais abstrata segundo a

qual as normas jurídicas são visualizadas como incentivos para a ação e as respostas dependem e variam em função dos tipos de incentivos envolvidos. (Roemer, 2001).

Castro (2011) complementa o entendimento anterior acrescentando que: “considerar a norma como estrutura de incentivos tem como propósito atentar para o fato que o homem, sendo racional e maximizador de suas preferências, mesmo diante de normas, tende a agir ou não agir conforme a ponderação sobre os benefícios e prejuízos que podem advir se adotado determinado comportamento. Logo, o Direito, através de normas ou decisões, pode estimular ou desestimular condutas em sociedade conforme forem os benefícios e prejuízos estabelecidos para determinados atos”. Em particular, normas excessivamente rígidas tem o potencial de desestimular comportamentos mais ativos do gestor em prol da coisa pública, preferindo este um resultado inferior do ponto de vista social àquele que será questionado pelos órgãos de controle.

Quanto ao preenchimento dos postos na administração pública, Mendes (2011) desenvolveu trabalho que analisa a política de admissão e gerência de pessoal no governo federal, objetivando elevar o estímulo à produtividade, evitar a admissão excessiva de pessoal, melhorar a qualidade do pessoal selecionado para o serviço público, facilitar a alocação mais eficiente da mão de obra disponível, reduzir o custo da folha de pagamento e dar prioridade ao interesse público na ação cotidiana dos diversos órgãos.

Um dos pontos destacados no texto é sobre os servidores comissionados.

Segundo Mendes (2011), é evidente que deve existir a possibilidade de livre nomeação para funções gerenciais mais elevadas, pois são essas pessoas que darão a orientação política da administração. Porém, à medida que se desce na escala de importância dos cargos e funções, a livre nomeação viabiliza vícios como o empreguismo e o aparelhamento partidário da máquina pública. Portanto, além da questão controle da corrupção versus maximização do retorno social da ação do gestor, surge também a questão de como servidores temporários reagem aos incentivos institucionais comparativamente aos servidores de carreira.

A modelagem econômica que é desenvolvida na seção seguinte trabalha justamente com a diferenciação entre os incentivos dos servidores efetivos e servidores comissionados, este últimos entendidos como aqueles que ocupam uma função de confiança, sem estar provido em um cargo público.

## 2. MODELAGEM ECONÔMICA: INCENTIVOS À DEDICAÇÃO E À CORRUPÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

### 2.1. As primitivas do modelo econômico

Visando analisar teoricamente os incentivos com os quais se defrontam

o gestor público em sua atuação profissional, seja ele funcionário de carreira ou não, este estudo inicia postulando a existência de duas categorias de profissionais que ocupam cargos de direção e assessoramento superior – DAS<sup>5</sup>, os *funcionários efetivos de carreira* (categoria *C*) e aqueles *em cargos comissionados e temporários* (categoria *T*). A principal distinção entre esses dois tipos refere-se ao valor presente do fluxo futuro de salário que receberão: enquanto o funcionário de carreira recebe o salário, em valores presentes, de  $w_C$  ao longo de sua vida profissional, o comissionado oriundo do setor privado recebe um salário menor  $w_T < w_C$  em valores presentes. A hipótese de que  $w_T < w_C$  é justificada pelo fato de que *C* possui estabilidade no emprego, portanto, não será demitido a menos que se envolva em atividade ilegal, enquanto *T* ocupa cargo eminentemente temporário, sendo demitido em curto período de tempo, como, por exemplo, ao término da gestão do ministro que o contratou.

O gestor, qualquer que seja sua origem, pública ou privada, deriva utilidade do consumo que pode adquirir com seu salário. No entanto, além dessa componente da utilidade, o gestor público também se preocupa com o retorno social relacionado à sua atuação. Quanto mais se dedicar, quanto maior iniciativa tiver, maior será o benefício social que produzirá enquanto ocupar o cargo de DAS. A contribuição para o bem-estar social é uma das principais motivações,

<sup>5</sup> A seção 3.1 comenta mais sobre os cargos de DAS.

além da questão salarial, naturalmente, para um cidadão perseguir a carreira pública.

No entanto, independentemente de sua origem pública ou privada, diferentes indivíduos atribuem diferentes pesos ao valor de sua contribuição à sociedade, vis-à-vis o retorno pessoal privado que recebe por ocupar o cargo de DAS. Para simplificar a análise, supomos a existência de dois tipos de gestores, aqueles que atribuem elevado valor à sua contribuição social (tipo  $\alpha_A$ ) e aqueles que atribuem baixo valor à sua contribuição social (tipo  $\alpha_B$ ), ambos relativamente ao valor que atribuem ao retorno pessoal privado em suas utilidades.

Supondo separabilidade e linearidade nas duas componentes acima explicitadas, podemos escrever a utilidade do gestor na forma abaixo, em que  $W$  é o valor presente da renda total auferida de sua atividade profissional,  $b_s$  é o benefício social gerado por essa atividade e  $\alpha = \alpha_A, \alpha_B$  é o tipo do gestor, com  $\alpha_A > 1 > \alpha_B$ .

$$U(W, b_s; \alpha) = W + \alpha b_s \quad (1)$$

Note que a renda  $W$  dependerá de vários fatores, como, por exemplo, a categoria do gestor ( $C$  ou  $T$ ). Além da categoria do gestor afetar sua renda, esta também é afetada pelas decisões que ele tomar no exercício de sua função. Neste modelo existem essencialmente três possíveis decisões distintas, explicitadas a seguir:

- Decisão  $n$ : Nada a fazer que possa lhe trazer qualquer tipo de risco.

Trata-se do gestor que cumpre sua função seguindo cuidadosamente todas as regulamentações existentes, independentemente do resultado social final. Esse gestor jamais tomará qualquer decisão arriscada que possa vir a ser questionada, mesmo que isso comprometa negativamente o benefício social de sua gestão. Esse gestor aceitará, por exemplo, fornecer produtos de baixa qualidade à sociedade desde que a empresa provedora contratada tenha sido selecionada via licitação devidamente organizada. Normalizamos em  $b_s = 0$  o benefício social provido por esse gestor.

- Decisão  $b$ : Tomar decisões que podem vir a ser questionadas, desde que isso aumente a eficácia das políticas públicas sob sua responsabilidade. Nesse caso o gestor focará sua atuação no retorno social que poderá ser gerado, usando para isso instrumentos que podem vir a ser questionados futuramente. Esse gestor cancelará licitações caso desconfie de conluio entre os participantes e não hesitará em contratar uma empresa fora do processo licitatório, por exemplo, se a relação benefício-custo o indicar. Trata-se de uma gestão, em certo aspecto temerária, em que o gestor ousa se desprender das amarras da legislação excessivamente limitante com o objetivo de obter um retorno social maior. Denotamos por  $b_s > 0$  o benefício social provido por esse gestor.
- Decisão  $p$ : Tomar decisões que lhe tragam benefício privado direto via uso indevido da máquina pública,

ainda que passíveis de questionamentos e punição futura. Trata-se de situações envolvendo diferentes tipos de corrupção e desvios que, ainda que ilegais, resultam na renda  $b_p > 0$  para o gestor. Nesse caso não há benefício social de sua ação, por simplicidade<sup>6</sup>.

Supomos, por hipótese, que  $b_p > b_s$ , ou seja, o benefício privado da corrupção é maior que o retorno social da atividade temerária em prol da sociedade.

Como as decisões  $b$  e  $p$  envolvem desrespeito à regulamentação em vigor, ainda que com objetivos opostos, ambas trazem consigo o risco de um futuro questionamento com punição. A punição ocasiona a perda do cargo público, o que, no presente modelo, ocorre com a probabilidade  $\pi \in (0,1)$ . Caso o gestor seja punido, os benefícios, tanto o social como o privado, não são afetados. Note que a mesma probabilidade de punição é atribuída à situação em que o gestor corrupto age em benefício próprio e à situação em que o gestor honesto extrapola suas atribuições em benefício da sociedade. Essa característica visa modelar o principal problema de incentivos estudado neste trabalho: numa sociedade em que existe histórico de corrupção, as regras para evitar corrupção tendem a se tornar exageradamente rígidas e terminam afetando a autonomia do gestor público em tomar decisões que melhor

beneficiem a sociedade, sendo ambas as decisões, as corruptas e aquelas socialmente benéficas, consideradas ilegais.

## 2.2. As decisões ótimas dos gestores

Tendo apresentado as primitivas do modelo, as utilidades e possíveis decisões dos gestores, pode-se agora analisar mais cuidadosamente as utilidades associadas às decisões tomadas pelos gestores segundo seus tipos e categorias. Considere o gestor de categoria genérica  $G=C, T$  e de tipo  $\alpha = \alpha A, \alpha B$ .

Caso escolha a decisão  $n$ , sua utilidade será:

$$U(n; (G, \alpha)) = w_G (2)$$

Caso escolha a decisão  $b$ , sua utilidade será:

$$U(b; (G, \alpha)) = w_G (1 - \pi) + \alpha b_s (3)$$

Caso escolha a decisão  $p$ , sua utilidade será:

$$U(p; (G, \alpha)) = w_G (1 - \pi) + b_p (4)$$

A seguir, analisam-se as decisões que os gestores tomarão, a depender de seus tipos e categorias.

Para tanto, observe inicialmente que, como  $\alpha A > 1 > \alpha B$ , um gestor que atribui baixo valor ao bem-estar social (do tipo  $\alpha B$ ) preferirá a decisão  $p$  à decisão  $b$ , de forma que esse gestor nunca investirá no social.

<sup>6</sup> Alternativamente, poderíamos supor um “malefício” social  $b'_s < 0$  nessa situação. No entanto, o resultado da análise seria semelhante ao custo de mais uma variável no modelo. Portanto, essa variável foi suposta nula.

Já o gestor que atribui elevado valor ao bem-estar social (do tipo *A*) comparará  $\alpha_A b_S$  com  $b_P$  e chegará à seguinte conclusão:

- Caso  $\alpha_A b_S > b_P$ , então preferirá se arriscar em prol da sociedade a se arriscar em atividades corruptas visando benefício pessoal;
- Caso  $\alpha_A b_S < b_P$ , então ocorrerá o resultado oposto, ou seja, ainda que seja mais preocupado com o bem-estar social, o gestor do tipo *A* percebe que os benefícios associados à corrupção são tão elevados, que preferirá se arriscar em atividades corruptas visando benefício pessoal a se arriscar em prol da sociedade. Espera-se que esse seja o caso em sociedades nas quais os benefícios da corrupção sejam muito elevados. Por considerar que o Brasil é um país cujas instituições já evoluíram suficientemente, supomos que este último caso não ocorre, ou seja, um gestor genuinamente motivado pelo retorno social de seu trabalho não encontra na corrupção atrativo suficiente.

Resta agora comparar as atividades *b* e *p* com a inação *n*.

Iniciemos pelo gestor da categoria  $G=C, T$  do tipo  $\alpha_B$ . Pelo visto acima, sua escolha será feita sobre as alternativas *n* e *p*. Comparando as utilidades nas duas situações tem-se:

$$U(p; (G, \alpha_B)) > U(n; (G, \alpha_B)) \Leftrightarrow w_G(1-\pi) + b_P > w_G \Leftrightarrow b_P > w_G \pi \quad (5)$$

A equação (5) é bem clara quanto aos incentivos com os quais se defronta o

gestor. Se o benefício adicional da corrupção for maior que a perda esperada dessa atividade, o gestor a escolherá.

Observe que como  $b_P > b_S$  e  $w_T < w_C$  é justamente o gestor oriundo da atividade privada e com menor valoração do bem-estar social que tem maior probabilidade de se tornar um gestor corrupto. Naturalmente, se o gestor de carreira optar por se dedicar a atividades envolvendo corrupção, assim também o fará o gestor oriundo da atividade privada. Observe o papel das instituições de controle: quanto maior for a probabilidade de ser punido, *p*, menor será o incentivo ao gestor se corromper. Esse resultado explica a ênfase dada pelo governo brasileiro aos órgãos de controle como a CGU e a Polícia Federal nos últimos anos.

Portanto, os gestores de ambas as categorias que valoram o benefício privado, ou se tornam ambos corruptos, ou apenas o gestor oriundo da atividade privada se torna corrupto enquanto o gestor de carreira escolhe a inação, ou ainda ambos se tornam burocratas inativos.

A partir deste ponto, analisa-se o gestor da categoria  $G=C, T$ , mas agora do tipo  $\alpha_A$ . Pelo visto acima, sua escolha será feita sobre as alternativas *n* e *b*. Comparando as utilidades nas duas situações temos:

$$U(n; (G, \alpha_A)) > U(b; (G, \alpha_A)) \Leftrightarrow w_G > w_G(1-\pi) + \alpha_A b_S \Leftrightarrow w_G \pi > \alpha_A b_S \quad (6)$$

A equação (6) também é clara quanto aos incentivos com os quais se defronta o gestor. Se o benefício adicio-

nal da ousadia em prol do bem-estar social for menor que a perda esperada dessa atividade, o gestor nada fará.

Observe que como  $w_T < w_C$ , espera-se que o gestor de carreira tenha maior incentivo à inação que o gestor oriundo do setor privado, uma vez que este último tem menos a perder caso seja punido. Vale aqui também notar o papel das instituições punitivas do estado. Quanto maior for a probabilidade de ser punido, menor o incentivo que o gestor terá em se arriscar para gerar melhor resultado social. Note o *trade-off* associado ao controle mais rígido: maior controle implica menos corrupção mas também menos ousadia por parte daqueles que realmente se preocupam com o retorno social de suas ações.

Portanto, os gestores de ambas as categorias que valoram o bem-estar social podem se tornar burocratas inativos ou então se tem a opção de apenas aqueles oriundos da atividade privada se arriscarem em prol da sociedade.

A proposição a seguir resume a análise desenvolvida anteriormente, descrevendo o comportamento dos gestores segundo suas categorias e seus tipos, dada a configuração dos parâmetros do modelo que correspondem a um nível de elevado controle  $\pi$ , mas não suficiente para coibir completamente a corrupção.

*Proposição. Suponha que os parâmetros de preferências dos gestores ocupando cargos em DAS ( $\alpha_A, \alpha_B$ ) e das instituições ( $w_C, w_P, b_S, b_P$  e  $\pi$ ) satisfazem as*

*Condições de Regularidade e as Condições de Incentivos Intermediários abaixo.*

*(CR) Condições de Regularidade:*

*(i)  $\alpha_A > 1 > \alpha_B$*

*(ii)  $\alpha_A b_S > b_P > b_S$*

*(CII) Condições de incentivos intermediários:*

*(iii)  $w_C \pi > \alpha_A b_S > w_T \pi$*

*(iv)  $w_C \pi > b_P > w_T \pi$*

*Então os gestores de carreira optarão por não tomar quaisquer decisões que acarretem riscos, não se envolvendo em atividades corruptas, mas tampouco tomando decisões ousadas que maximizem o retorno social das políticas por eles geridas. Além disso, os gestores oriundos do setor privado se arriscarão mais, tanto ao tomar medidas visando um melhor resultado social, para aqueles que valorizam o bem-estar social, quanto ao envolver-se em atividades corruptas visando o benefício pessoal, para os demais.*

Note o papel fundamental das instituições de controle no resultado acima, modeladas pelo parâmetro  $\pi$ : quanto mais rígidas e eficazes essas instituições (ou seja, quanto maior o valor de  $\pi$ ), menor será o incentivo para gestor público enveredar pelos caminhos da corrupção, mas também menor será o incentivo ao gestor público inovar em prol de uma gestão mais eficiente.

Uma consequência da análise acima é que gestores que ocupam tempora-



riamente cargos de DAS tendem a correr mais riscos, o que sugere que deve haver, na média, mais evidências de comportamento indevido nos ministérios nos quais há maior percentual de ocupantes de cargos de DAS não oriundos de carreira pública. Trata-se de uma clara consequência testável do modelo. Na próxima seção apresentamos uma estratégia empírica para testar estatisticamente essa hipótese.

### 3. EVIDÊNCIAS QUANTITATIVAS

#### 3.1. DAS e TCE

Na área federal, os postos de decisão da estrutura administrativa são preenchidos com os cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS). Esses cargos podem ser ocupados por qualquer servidor ou pessoa externa ao serviço público. No entanto, o Decreto nº 5.497, de 2005, estabelece o seguinte:

**Art. 1º** Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I – setenta e cinco por cento dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; e

II – cinquenta por cento dos cargos em comissão DAS, nível 4.

Os cargos DAS níveis 1, 2 e 3 são os que possuem menor poder de decisão. O nível 4 é referente à função de

coordenador-geral, o nível 5 corresponde a diretores de departamento e o nível 6, a secretários de ministério. Notem que para preenchimento dos níveis 5 e 6, os mais altos, a norma não faz restrição quanto ao preenchimento, se por servidor de carreira ou por pessoa de fora do serviço público.

A Tabela I retrata, para cada órgão superior da estrutura do Poder Executivo Federal, durante o período de 2002 a 2011, o percentual dos cargos em comissão de direção e assessoramento superior que é preenchido por servidores efetivos, ou seja, que pertencem a alguma carreira no serviço público. No geral, o percentual médio fica em torno de 65%, no entanto há importante variação, tanto no tempo quanto entre ministérios, sendo que o percentual mínimo fica aquém de 20% e o máximo supera os 95%.

Mas o mais interessante de se observar são as diferenças entre os ministérios. O Gráfico I ilustra a evolução de três dos ministérios que mais utilizam servidores de carreira para o preenchimento dos cargos de chefia e dois ministérios em situação oposta.

Note que os Ministérios da Fazenda, da Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio tratam de assuntos considerados mais complexos, que não gerenciam grandes obras e cuja finalidade primordial não envolve grandes transferências de recursos para a iniciativa privada para execução de serviços. Talvez esse seja um dos motivos por estarem técnicos de carreira nos postos de chefia e assessoramento, sugerindo ter havi-

Tabela I  
Ocupação dos cargos em comissão por servidores de carreira

Ministérios	Percentual dos DAS ocupados por efetivos									
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	65,1	67,6	58,4	68,3	68,8	66,8	65,8	64,1	71,7	71,5
Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação	78,5	77,8	77,1	80,2	81,2	81,2	80,0	80,1	81,0	81,9
Ministério da Cultura	55,4	49,1	45,3	45,4	49,7	49,5	50,4	48,6	47,9	48,2
Ministério da Defesa	44,6	41,2	42,0	42,1	43,9	43,7	42,7	43,1	42,1	39,7
Ministério da Educação	56,5	51,5	52,3	56,2	62,7	67,0	65,7	62,7	65,9	67,4
Ministério da Fazenda	82,2	81,7	82,3	84,2	84,8	87,6	87,3	87,8	88,1	88,5
Ministério da Integração Nacional	47,7	47,5	50,8	55,6	63,0	62,8	59,8	56,6	54,4	57,9
Ministério da Justiça	53,8	51,9	51,6	53,3	54,6	54,5	52,4	51,6	49,6	51,3
Ministério da Pesca e Aquicultura	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	19,6	22,1
Ministério da Previdência Social	91,7	91,3	91,2	94,2	93,5	90,2	90,5	90,9	88,9	88,6
Ministério da Saúde	74,7	68,1	68,6	69,4	70,7	69,6	68,4	66,4	67,9	72,1
Ministério das Cidades	0,0	31,6	29,7	40,9	45,9	46,9	45,0	45,7	48,1	48,1
Ministério das Comunicações	28,3	28,8	32,4	29,8	32,3	33,6	35,5	40,5	50,8	54,2
Ministério das Relações Exteriores	94,8	95,3	94,8	93,6	93,2	93,2	92,8	92,2	91,6	91,9
Ministério de Minas e Energia	50,9	39,8	40,9	42,4	46,8	47,2	46,6	47,3	44,7	47,2
Ministério Desenvolvimento Agrário	65,7	54,2	54,3	54,3	59,7	61,5	60,2	60,3	61,7	63,8
Ministério do Desenv. Social e Combate à Fome	0,0	29,7	38,5	43,4	43,8	44,4	44,2	48,4	43,7	45,8
Ministério do Desenvol., Indústria e Comércio Exterior	62,5	66,4	69,2	67,9	69,1	70,8	72,0	72,1	73,3	71,8
Ministério do Esporte	43,8	35,0	31,5	31,2	35,6	27,7	23,9	23,6	23,7	23,2
Ministério do Meio Ambiente	56,6	52,2	56,4	62,2	66,0	70,1	75,1	77,2	81,0	81,7
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	68,4	67,3	65,2	64,6	66,3	67,1	66,8	66,8	67,3	67,3
Ministério do Trabalho e Emprego	61,5	55,8	55,0	58,5	62,5	60,8	63,2	63,8	65,2	68,1
Ministério do Turismo	33,3	18,2	21,0	23,2	22,9	24,2	24,7	24,3	26,9	30,1
Ministério dos Transportes	49,2	43,6	49,9	53,8	55,1	51,7	49,8	51,0	55,3	63,8
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>66,2</b>	<b>61,6</b>	<b>61,6</b>	<b>64,0</b>	<b>65,2</b>	<b>65,5</b>	<b>65,0</b>	<b>64,8</b>	<b>65,0</b>	<b>66,5</b>

Fonte: Secretaria de Gestão Pública/Ministério do Planejamento

do menor aparelhamento partidário dessas estruturas.

Por outro lado, os Ministérios do Turismo e do Esporte são os que menos contam com a participação de servidores de carreira nos postos de direção e assessoramento superior. Como se nota nas notícias divulgadas pela mídia, tanto o Ministério do Turismo<sup>7</sup>, quanto o de Esporte<sup>8</sup>, apa-

<sup>7</sup> Matéria publicada no Estadão, de 12/8/2011, divulgava que: "A Operação Voucher, deflagrada pela Polícia Federal investiga supostas irregularidades em convênios do Ministério do Turismo e organizações não-governamentais. No dia da ação, 36 pessoas foram presas, entre elas integrantes da cúpula do ministério e diretores do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Sustentável (Ibрас), que teria recebido R\$ 4,4 milhões para capacitação profissional no Amapá. O programa, porém, nunca teria sido executado."

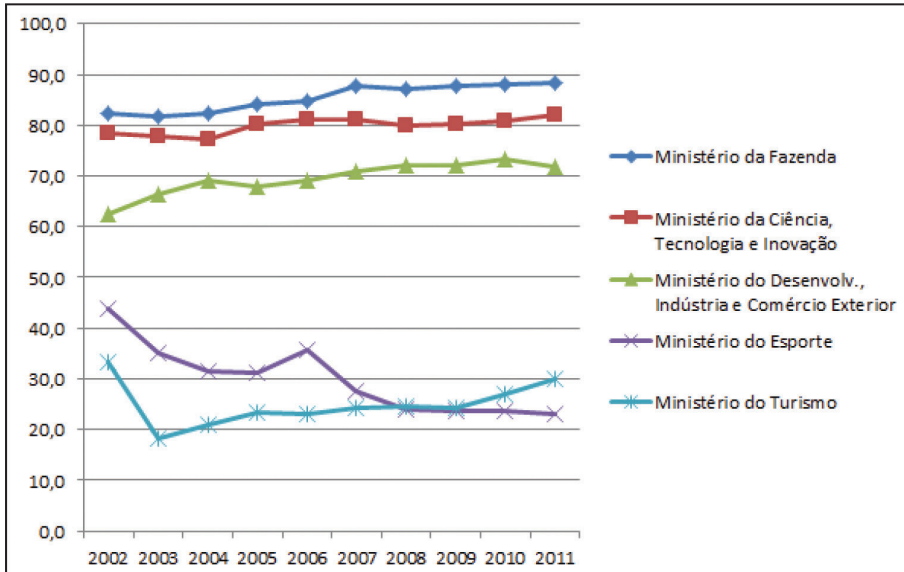
<sup>8</sup> Matéria publicada na *Folha de São Paulo*, de 5/11/2011, divulgava que: "Com a saída de Orlando,

recem fortemente envolvidos em escândalos de má aplicação de recursos públicos.

Essas evidências sugerem um comportamento mais oportunista de pessoas que não possuem vínculo permanente com o serviço público. Uma maneira de tentar comprovar empiricamente essa sugestão é analisar se existe alguma relação entre a prática de delitos na administração pública e a existência de mais ou menos servidores comissionados na estrutura de poder dos ministérios.

a crise envolvendo a suspeita de desvio de recursos da pasta agora se concentra na capital federal. Agnelo (2003 a 2006) e Orlando (2006 a 2011) dividiram a titularidade do Esporte nos últimos anos, dentro da cota que é do PC do B."

Gráfico I  
Evolução do preenchimento dos cargos em comissão por servidor de carreira



A variável que será utilizada para quantificar os problemas detectados é o número de tomadas de contas especiais (TCE) abertas e enviadas para o Tribunal de Contas da União (TCU). Segundo o art. 63 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008, “Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento”.

É importante esclarecer que, antes da abertura da Tomada de Contas Especial, conforme o constante do art. 3º da Instrução Normativa nº 56/2007 do TCU, a autoridade competente do órgão ou entidade deve esgotar todas as medidas administrativas internas objetivando a obtenção do ressarci-

mento pretendido. Portanto, a instauração de uma TCE é uma medida extrema em que há forte indício de desvio de recurso público.

Conforme informações da Controladoria-Geral da União (CGU), foi elaborada a Tabela II, que consolida o número de processos analisados pela CGU com contas consideradas irregulares e, portanto, encaminhados ao (TCU) para julgamento.

A ideia é testar econometricamente a intuição gerada pelo Gráfico I com uma regressão em que se estude o grau de associação linear entre o número de TCEs e o percentual de cargos em comissão que são preenchidos com servidores de carreira. No entanto, é natural supor que, quanto maior for o orçamento de um ministério, mais

Tabela II  
Quantidade de Tomadas de Contas Especiais instauradas

Ministérios	Número de TCEs enviadas para o TCU										
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	
Ministério Agricultura, Pecuária e Abastecimento	60	29	23	19	10	18	18	22	22	12	
Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação	27	26	75	34	17	23	68	50	117	8	
Ministério da Cultura	42	38	30	29	46	47	66	48	11	35	
Ministério da Defesa											
Ministério da Educação	124	758	367	762	315	315	177	132	182	55	
Ministério da Fazenda	48	83	102	41	46	40	11	20	49	2	
Ministério da Integração Nacional	55	42	75	110	74	99	79	59	77	101	
Ministério da Justiça	7	6	14	12	27	70	6	4	5	8	
Ministério da Pesca e Aquicultura										1	
Ministério da Previdência Social	46	50			2		5			8	
Ministério da Saúde	300	261	346	228	213	469	350	530	312	304	
Ministério das Cidades			1	12	3	6	5	11	23	8	
Ministério das Comunicações	70	15	37	19	21	18	15	24	43	20	
Ministério das Relações Exteriores											
Ministério de Minas e Energia	2			1				2			
Ministério Desenvolvimento Agrário	9	4	11	5	9	19	10	46	33	19	
Ministério do Desenvolv. Social e Combate à Fome			80	19	47	103	142	76	24	14	
Ministério do Desenvolv., Indústria e Comércio Exterior	25	6	11	4	9	7	6	2	2	1	
Ministério do Esporte	49	22	15	16	2	4	8	20	25	32	
Ministério do Meio Ambiente	37	50	93	53	55	70	26	28	40	20	
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	9	13	239	260	213	118	30	22	43	34	
Ministério do Trabalho e Emprego	2	4	3	4	37	26	19	162	52	27	
Ministério do Turismo					7	6	18	15	25	18	
Ministério dos Transportes	20	16	12	12	4	1	3	3	4	4	

Fonte: Controladoria-Geral da União

oportunidades de uso indevido desse orçamento surjam e, conseqüentemente, maior será o número de TCEs. Visando controlar esse viés de tamanho, utilizamos em nossos estudos econométricos a variável independente TCEA que é o número de TCEs dividido pelo orçamento autorizado do ministério (em bilhões de reais) no ano respectivo. A seguir explicamos as variáveis utilizadas nos estudos econométricos, bem como o sinal esperado de seus respectivos coeficientes.

### 3.2. Variável independente e variáveis dependentes

A variável dependente da fórmula funcional que será regredida é:

- $TCEA_{ij}$ : Número de TCEs abertas e enviadas para o Tribunal de Contas da União (TCU) no ano  $i$  referente às contas do ministério  $j$ , dividido pelo orçamento autorizado do ministério  $j$  no ano  $i$ , em bilhões de reais. Os dados referentes às TCEs foram obtidos da Controladoria Geral da União (CGU) enquanto os dados referentes ao orçamento autorizado foram obtidos da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

A variável endógena anterior é influenciada pelas seguintes variáveis independentes:

- $DAS_{ij}$ : Percentual dos cargos de DAS ocupados por funcionários de carreira no ministério  $i$  no ano  $j$ . Os dados referentes a essa variável foram

obtidos da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento. De acordo com as discussões anteriores, espera-se que o coeficiente desta variável tenha sinal negativo.

- **FUND<sub>j</sub>**: Data de fundação do ministério *j*. Existem três categorias de ministérios no período abarcado pelo estudo econométrico, de 2002 a 2010, segundo a fundação do ministério. Os mais antigos foram fundados anteriormente a 2002; essa é a primeira categoria. A segunda categoria consiste dos ministérios fundados em 2003. Finalmente, a terceira categoria consiste dos ministérios fundados em 2010. A variável FUND assumiu valor 1 para os ministérios mais antigos na categoria 1, 2 para os ministérios fundados em 2003 e 3 para aqueles fundados em 2010. Não está claro qual sinal deverá ter o coeficiente desta variável. Por um lado, por estarem sujeitos ao controle dos órgãos públicos de fiscalização há mais tempo, espera-se que os ministérios mais antigos tenham mais TCEs. Por outro lado, exatamente por serem mais antigos tendem a ter maiores orçamentos, o que pode reduzir o valor da variável TCEA.
- **CONTROLE<sub>j</sub>**: Existe, na literatura de federalismo fiscal, uma distinção entre ministérios que têm por finalidade básica a aplicação de recursos públicos, comumente chamados de “gastadores” e aqueles que têm como finalidade básica a arrecadação e o controle dos gastos, chamados comumente de “controladores”. Esses últimos são,

no caso do Brasil, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministério da Fazenda. A variável CONTROLE é uma *dummy* que assume valor 1 para esses ministérios e zero para os demais. Considerando a maior preocupação dos ministérios de controle com o gasto público, espera-se que o coeficiente desta variável tenha sinal negativo.

- **Ano**: Esta variável é exatamente o ano em que a observação foi feita e tem por objetivo verificar se existe uma tendência temporal de redução do mal uso de recursos públicos ao longo do tempo. Não está claro, *ex-ante*, que sinal deve ter o coeficiente desta variável. Por um lado, caso tenha havido aumento generalizado da corrupção no país ao longo das últimas décadas, espera-se um sinal positivo. Por outro lado, considerando a consolidação das instituições públicas brasileiras em geral, e aquelas de controle em particular, espera-se que esta variável tenha coeficiente negativo.

A Tabela III a seguir sumariza os sinais esperados dos coeficientes das variáveis independentes, enquanto a Tabela IV apresenta as estatísticas básicas das variáveis consideradas.

### 3.3. Método dos Mínimos Quadrados Empilhados

O primeiro estudo econométrico consiste em empilhar os dados e efetuar a regressão da variável dependente, uma constante e todas as variáveis independentes segundo o método

**Tabela III**  
Sinais esperados dos coeficientes das variáveis independentes

Variável independente	Sinal esperado
DAS	-
FUND	?
CONTROLE	-
ANO	?

**Tabela IV**  
Estatísticas Básicas das Variáveis dos Estudos Econométricos

Variável	Observações	Média	Desvio padrão	Mínimo	Máximo
TCEA	229	14.55	27.91	0	158.95
DAS	229	58.14	18.93	18.2	95.3
FUND	229	1.14	0.39	1	3
CONTROLE	229	0.09	0.28	0	1

POLS<sup>9</sup>. O teste de Breusch e Pagan gera uma estatística  $\chi^2(1)=125,77$ , o que evidencia heterocedasticidade linear. Portanto, são usados estimadores robustos para essa regressão. Os resultados obtidos encontram-se na Tabela V. Em todos os estudos apresentados neste trabalho, o símbolo “\*” é usado para expressar significância estatística ao nível de 10%, “\*\*” ao nível de 5% e “\*\*\*” ao nível de 1%.

A regressão POLS confirma que quanto maior o percentual de funcionários de carreira ocupando cargos de DAS em um ministério, menor será o número de TCEA (TCE por orçamento autorizado) encaminhado ao TCU. O resultado é estatisticamente significativo ao nível de 1%.

O sinal negativo e significativo a 1% da variável FUND sugere que ministérios criados mais recentemente são sujeitos a menor volume de TCEs por unidade de orçamento. Esse resultado é extremamente positivo, especialmente considerando que ministérios mais novos têm, tipicamente, orçamento menor, e pode significar que ministérios mais recentes foram criados sob regras mais rígidas de controle administrativos, produzindo melhor uso dos recursos públicos.

O sinal do coeficiente da variável CONTROLE era inesperado, mas, como não possui significância estatística, apenas sugere que, no Brasil, os ministérios de controle não estão mais imunes que os demais quanto ao mal uso de recursos públicos.

<sup>9</sup> Pooled Ordinary Least Squares.



**Tabela V**  
**Método: Mínimos Quadrados Empilhados Estimadores robustos**

Variável dependente TCEA	Coefficiente	Erro padrão robusto	Estatística <i>t</i>	Valor p
DAS***	-0,46	0,08	-4,93	0,000
FUND***	-18,68	3,43	-5,44	0,000
CONTROLE	10,64	8,69	1,22	0,222
ANO***	-2,18	0,64	-3,40	0,001
C***	4443,40	1293,52	3,44	0,001
Observações incluídas	229			
R <sup>2</sup> ajustado	0,1454			
Estatística F	7,86			
Prob > F	0,0000			

\*\*\* Estatisticamente significativa ao nível de 1%

Finalmente, o sinal negativo e significativo da variável ANO sugere que as instituições no país estão se consolidando, controlando melhor o uso de recursos públicos ao longo dos anos, outro resultado positivo.

A próxima seção analisa comparativamente o método POLS com o método de painéis, apresentando um segundo teste da hipótese da relação entre as variáveis TCEA e DAS.

### 3.4. Análise de painéis

Os dados coletados possuem uma estrutura natural típica de painéis, pois se constituem em observações referentes a 24 ministérios ao longo de uma década<sup>10</sup>. Portanto, é natural se perguntar se o método de painéis não seria mais apropriado para se analisar o problema em questão. Tal método,

naturalmente nos faz perder a variável explicativa ANO, mas, por outro lado, reflete mais profundamente a estrutura dinâmica dos dados.

Para se avaliar a estrutura de painel é mais adequado aplicarmos o teste do multiplicador de Lagrange de Breusch-Pagan. O teste compara o POLS com a regressão em painéis de efeitos aleatórios. A estatística resultante,  $\chi^2(1)=117,75$  rejeita a hipótese nula de que as variâncias nos grupos são zero, favorecendo o modelo de efeitos aleatórios em grupos. Portanto, um painel com efeitos aleatórios mostra-se superior ao método POLS.

Resta verificar se é preferível um painel com efeitos fixos a um painel com efeitos aleatórios. O teste de Hausman produz a estatística  $\chi^2(1)=0,06$ , com  $\text{Prob}>\chi^2=0,8045$ . Portanto, a hipótese nula de efeitos aleatórios não é rejeitada. Destarte, conclui-se que a regressão em painéis com efeitos aleatórios é a mais apropriada

<sup>10</sup> Ainda que se trate de um painel desbalanceado, devido à criação de ministérios ao longo do período.

para o presente estudo. A Tabela VI apresenta os resultados da regressão.

Pode-se concluir, pela Tabela VI, que os principais resultados encontrados no modelo POLS se mantêm robustos no modelo de painel. Em particular, a variável DAS permanece significativa, ainda que, agora, a 2% e não mais a 1%, e negativa, reforçando o achado segundo o qual quanto mais funcionários de carreira ocuparem os cargos de DAS, menor será o número de ocorrências de TCEs.

Similarmente ao estudo POLS, também se confirma aqui que ministérios mais novos tendem a ser menos questionados em sua aplicação de recursos públicos, com a mesma significância de 1% (a variável FUND), sugerindo novamente que há uma melhora institucional qualitativa no desenho dos novos ministérios e no seu controle.

Assim como no estudo anterior, não parece haver distinção entre os ministérios de controle e os gastadores quanto às suspeitas de uso indevido de recursos públicos.

Finalmente, é importante ressaltar que os valores dos coeficientes das variáveis significativas DAS e FUND são bastante próximos nos dois modelos econométricos usados, sugerindo que o resultado é, de fato, robusto. Em particular, um aumento de 1% no percentual de cargos de DAS ocupados por gestores de carreira implica numa redução de quase meio TCEA (TCE por unidade de orçamento autorizado).

#### 4. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo discutiu como as instituições, normas legais e órgãos de controle do setor público, podem mo-

Tabela VI  
Método: Painéis com Efeitos Aleatórios

Variável dependente TCEA	Coefficiente	Erro padrão	Estatística <i>t</i>	Valor <i>p</i>
DAS**	-0,44	0,19	-2,30	0,021
FUND**	-19,29	9,27	-2,08	0,037
CONTROLE	11,20	13,60	0,82	0,410
C***	61,27	18,92	3,24	0,001
Observações incluídas	229			
Número de grupos	24			
R <sup>2</sup> within	0,0081			
R <sup>2</sup> between	0,2055			
R <sup>2</sup> overall	0,0953			
Wald chi2(3)	6,88			
Prob > chi2	0,0758			

\*\*\* Estatisticamente significativa ao nível de 1%

\*\* Estatisticamente significativa ao nível de 5%

delar o comportamento dos gestores públicos, com importantes consequências para a eficiência do sistema.

No modelo teórico construído, o gestor pode decidir se fica acomodado, se é mais ousado em suas ações de forma a melhorar a aplicação das políticas públicas ou se está preocupado apenas em aumentar seu retorno privado. Mostrou-se que os gestores que são servidores públicos estáveis têm incentivos a se enquadrar na categoria dos que se acomodam, não se corrompem, mas pouco fazem para tentar inovar. Em contrapartida, os gestores públicos que não são de carreira estariam mais dispostos a ousar, no entanto, essa ousadia extra pode ser canalizada tanto para benefício próprio (corrupção), quanto para a melhoria do serviço público (gestor imbuído de um maior espírito social).

Essas conclusões foram testadas por meio de modelos econométricos, envolvendo tanto o método dos mínimos quadrados empilhados como o método de regressão em painéis, nos quais se confirmou o resultado de que quanto maior o percentual de servidores de carreira ocupando os cargos de DAS em determinado ministério, menor é o número de tomadas de contas especiais instauradas, ou seja, menor é o número de irregularidades encontradas.

Um aspecto importante do modelo estudado, e que reflete a realidade, é que desvios da regra legal tendem a ser tratados com a mesma severidade, caso descobertos, sendo eles motivados por corrupção, portanto nocivo à coisa

pública, ou por desejo de melhorar o resultado social das políticas públicas.

Esses resultados sugerem algumas reflexões sobre a direção que devem tomar as políticas públicas. A primeira delas é que se deve pensar em maneiras para motivar o servidor de carreira, incentivando-o a tomar ações que propiciem melhoras na administração pública. Fernandes (1999) enfatiza a necessidade de treinamento, ao argumentar que “não se pode conceber que sejam encarregados de dar cumprimento a uma legislação complexa servidores sem prévio conhecimento do assunto, normalmente já sobrecarregados de tarefas múltiplas”. Nesse sentido, seria extremamente salutar uma maior interação entre órgãos de controle, como Controladoria-Geral, Tribunal de Contas, Ministério Público e o restante da administração pública.

Outra ideia para motivar os servidores públicos de carreira é a regulamentação da possibilidade de ascensão funcional, de atividades de nível médio para outras de nível superior, por meio de concursos internos. Os concursos públicos, em seus modelos atuais, exigem um esforço elevado de preparação, e dão pouca importância à experiência profissional acumulada (Mendes, 2011). Além disso, o que se nota é que as pessoas não param de fazer concursos, sempre procurando por remunerações mais altas. Isso gera uma competição ruim entre os órgãos públicos por pessoal qualificado.

No que diz respeito à rigidez da legislação, a principal contribuição do

modelo teórico de incentivos aqui estudado é que, se por um lado, o Brasil encontra-se no caminho certo ao reforçar o controle do gasto público, por outro lado, mais abertura e flexibilização à atuação do gestor, permitindo que este comprove o resultado socialmente superior de certas condutas não previstas originalmente na norma legal, podem trazer grandes benefícios à sociedade. Inicialmente, tal flexibilização estimularia gestores honestos a inovarem sem medo de serem futuramente punidos pela inovação. Como consequência, mais gestões honestas inovando em prol do bem estar social significam melhores resultados com o mesmo orçamento, gerando, portanto, aplicação mais eficiente dos recursos públicos.

Por fim, tem-se o problema do atual modo de preenchimento dos cargos de DAS. Em vez de se adotar critérios políticos, o ideal é que essas funções sejam preenchidas com base em mérito. Poderia se pensar em um comitê de seleção que anunciaria a disponibilidade da vaga e os requisitos para preenchê-la (entrevistas, currículo, cartas de apresentação de antigos superiores hierárquicos, etc.) (Mendes, 2011). Isso possibilitaria a descoberta de talentos na administração pública, incentivando o aprimoramento constante e a maior profissionalização dos quadros.

A principal contribuição deste estudo é explicitar os incentivos que definem o comportamento dos gestores públicos. Espera-se que tais considerações sejam contempladas nas discussões de políticas públicas que tenham por objetivo tornar o serviço público mais

profissional e eficiente, fazendo com que o Estado melhore seu atendimento à sociedade.

## Referências bibliográficas

BECKER, G. S. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, 76 (2): 169-217, 1968.

CÂNDIDO JR., J. O. Os gastos públicos no Brasil são produtivos? *Planejamento e Políticas Públicas*, 23: 233-260, 2001.

CASTRO, R. V. *Análise Econômica do Direito e Fiança Locatícia*. 2011. 126 p. Dissertação (Mestrado). Direito – PUC/MG, Belo Horizonte, 2011.

DEL MONTE, A.; PAPAGNI, E. Public Expenditure, Corruption and Economic Growth: the Case of Italy. *European Journal of Political Economy*, 17: 1-16, 2001.

FERNANDES, J. U. J. A Qualidade na Lei de Licitações – o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, 12 (2): 71-83, 1999.

MAURO, P. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 110 (3): 681-712, 1995.

MENDES, M. Política de Pessoal do Governo Federal: diretrizes para maior produtividade, qualidade, economicidade e igualdade. In: Meneguim, F. B. *Agenda Legislativa para o Desenvolvimento Nacional*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, terceira edição, 2001.


TANZI, V. Corruption around the world: causes, consequences, scopes and cures. *IMF Staff Papers*, 45 (4): 559-594, 1998.



DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES  
DE PETRÓLEO E GÁS







# ASPECTOS DA MP Nº 592, DE 2012, SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E OUTRAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS NA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Paulo Roberto Alonso Viegas<sup>1</sup>

## Resumo

O trabalho analisa os principais impactos da Medida Provisória (MP) nº 592, de 3 de dezembro de 2012, que modifica as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. A MP determina novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial decorrentes da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de concessão, e para disciplinar a destinação dos recursos do Fundo Social.

**Palavras-chave:** Medida Provisória; Royalties; Participação Especial; Distribuição; Petróleo; Gás Natural; Concessão; Partilha; Cessão de Direitos; Pré-sal.

## INTRODUÇÃO

O trabalho traça uma breve análise das disposições trazidas pela Medida Provisória nº 592, de 3 de dezembro de 2012, encaminhada ao Poder Legislativo Federal logo após a Presidenta da República ter sancionado, em 30 de novembro de 2012, a Lei nº 12.734, de 2012, com vetos parciais. Essa lei trata de matéria semelhante à da Medida Provisória, que foi proposta para completar as disposições daquela, em atendimento a pretensões do Governo sobre a regulação do assunto.

A matéria tem grande relevância no contexto atual, pois, primeiramente, ela se encontra pendente de apreciação pelas Casas do Congresso Nacional, no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período (descontados os dias relativos a eventual período de recesso parlamentar; no caso da MP ora discutida,

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado na área de Minas e Energia. Engenheiro de Produção. Bacharel em Direito. Mestre em Economia.

ocorrerá período de recesso no correr do seu prazo de apreciação).

Sua relevância também decorre do assunto por ela tratado, ou seja, da distribuição de rendas do governo oriundas da exploração de petróleo e gás natural, cujo marco legal vem sofrendo expressivas alterações desde que o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional quatro projetos de lei, em agosto de 2009, tratando do tema.

O centro das respectivas discussões repousa na necessidade de negociação de diversos agentes políticos interessados no assunto, o que requer entendimento dos impactos da MP sobre a alocação de recursos pelo Governo, seja com relação aos diferentes entes da Administração, às distintas regiões geopolíticas do país, às funções e programas de governo que podem ser atendidos pelos recursos tratados na MP, ou mesmo para avaliar o discurso político que vem acompanhando as discussões do tema.

Esse, portanto, é o escopo do trabalho aqui apresentado.

## 1. AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES DE ACORDO COM A LEI Nº 9.478, DE 1997, E COM A LEI Nº 12.351, DE 2010

A partir de 2010, a exploração de petróleo e gás natural no Brasil passou a ser regulada formalmente por dois diferentes sistemas (ou regimes) jurídicos.

Os contratos sob o regramento trazido pela Lei nº 9.478, de 1997, são firmados sob o regime de concessão. Por sua vez, a Lei nº 12.351, de 2010, criou o regime regulatório denominado de partilha de produção, de forma alternativa ao regime de concessão até então vigente. Esses regimes garantem ao Estado Brasileiro uma participação pela exploração de um recurso (ou bem) de sua propriedade, conforme estabelece o art. 20 da Constituição Federal.

No regime de concessão, é devida pelo concessionário, além dos royalties, a participação especial<sup>2</sup>, que arrecada aproximadamente o mesmo montante do que os royalties (ambas geraram cerca de R\$ 12 bilhões, cada, em 2011). Nesse regime, os royalties são devidos sobre todos os campos e correspondem a uma alíquota de até 10% sobre o valor bruto produzido, e assemelha-se a um imposto sobre o faturamento. Já a participação especial é devida somente em campos com alta produtividade e incide sobre uma espécie de lucro gerado pelo campo, assemelhando-se a um imposto sobre a renda.

Nos contratos a serem firmados em licitações para exploração de petróleo e gás natural a partir de 2013, com base na Lei nº 12.351, de 2010, adotar-se-á o regime de partilha de produção. De acordo com essa lei, o regime de contrato será aplicado a licitações de blocos situados na província do pré-sal, ou em áreas declaradas estra-

<sup>2</sup> Há, ainda, a cobrança do bônus de assinatura e da cobrança por retenção de área, mas essas receitas são pequenas, correspondendo a menos de 10% do montante arrecadado com *royalties* e participação especial, relativamente a um bloco licitado.

tégicas pela Presidência da República. Nesse caso, a empresa que explora o óleo recolhe aos cofres do Estado royalties com alíquota de até 15% sobre o valor bruto da produção, e uma parcela do chamado óleo excedente (na literatura, chamada também de óleo de lucro ou de profit oil).

Há, ainda, uma área da província do pré-sal que foi objeto de cessão onerosa da União à Petrobras, em condições

regulatórias distintas às dos dois sistemas supramencionados. A respectiva exploração não gera participação governamental sob a forma de participação especial ou de parcela do óleo excedente, propiciando à Petrobras um ganho expressivo, caso a exploração nessa área tenha alta produtividade (segundo previsões de analistas de mercado de petróleo, a área é promissora). Em resumo, a situação pode ser apresentada da seguinte forma:

Quadro 1  
Participações Governamentais devidas

	Regime de Concessão	Regime de Partilha	Cessão Onerosa
Exploração em terra	Royalties Participação Especial Bônus de Assinatura	-	-
Exploração em mar - PÓS-SAL	Royalties Participação Especial Bônus de Assinatura	-	-
Exploração em mar - PRÉ-SAL	<b>Blocos licitados até 2012</b> Royalties Participação Especial Bônus de Assinatura	<b>Blocos licitados a partir de 2013</b> Royalties Óleo de lucro Bônus de Assinatura	Royalties Valor da cessão
Exploração em áreas declaradas estratégicas	-	Royalties Óleo de lucro Bônus de Assinatura	-

Não foi citada a cobrança por retenção de área, prevista para os regimes de concessão e de partilha, considerando seu menor impacto do que as demais cobranças sobre o agente que explora o recurso natural.

No regime de partilha de produção, a parcela de óleo excedente pertencente à União, assemelha-se economicamente à participação especial cobrada no regime de concessão. Difere, contudo, porque a petroleira, ao invés de pagar o valor devido em reais para a União (como ocorre com os royalties e com a participação especial), ela paga em óleo. Outra diferença é

que as alíquotas da participação especial são pré-definidas, nos termos do Decreto nº 2.705, de 1998. Já para o óleo excedente, a participação do governo para cada caso é definida em leilão e firmada em contrato.

Em relação aos royalties, cabe destacar que a alíquota vigente para os contratos de concessão é de 10% do

valor produzido no campo (com base na Lei nº 9.478, de 1997). A legislação atual estabeleceu ainda a alíquota para o regime de partilha em 15% (conforme a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, que altera a redação da Lei nº 12.351, de 2010).

## 2. BREVE HISTÓRICO DA RECENTE MUDANÇA NO MARCO LEGAL DA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL

Toda essa discussão sobre o marco regulatório do petróleo teve início em 2009, com o encaminhamento de quatro projetos de lei (PL) pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Essas peças tratavam da criação do regime de Partilha de Produção e de outros temas correlatos, mas silenciavam quanto à redistribuição de royalties. Na Câmara dos Deputados, um dos PL foi aprovado com emenda apresentada pelo Deputado Ibsen Pinheiro (o que ficou conhecido como Emenda Ibsen), que propunha uma nova distribuição de royalties, não mais concentrando recursos nas áreas produtoras.

O argumento defendido pelo Deputado Ibsen Pinheiro era o de que a exploração de óleo em mar difere da exploração em terra, pois, no primeiro caso, a exploração não era originada em solo de um determinado ente da federação – e sim em solo da União – diferentemente da exploração em terra, feita em solo de determinado ente federado. Assim, pela exploração em

terra, dever-se-ia compensar o ente federado pela atividade desenvolvida em seu território, enquanto que na exploração de óleo em mar, os Estados até então chamados de “produtores”, não fariam jus a tal compensação, passando a serem denominados de Estados “confrontantes”<sup>3</sup>.

Com razão ou não, é certo que agentes políticos de quase todos os Estados e Municípios do país vislumbraram a possibilidade de auferir receitas adicionais expressivas aos seus orçamentos, em prejuízo dos Estados “produtores”, notadamente Rio de Janeiro e Espírito Santo, além dos seus respectivos Municípios.

No Senado Federal, as matérias originalmente propostas pelo Poder Executivo foram consolidadas em três projetos de lei, e não em quatro, tal como fora encaminhado ao Legislativo. Isso porque a parte que tratava da criação do regime de partilha de produção foi incorporada ao PLC nº 7, de 2010, ficando somente a questão da redistribuição dos royalties no PLC nº 16, de 2010.

Os três projetos de lei foram, então, encaminhados para votação e aprovados, deixando, em tramitação, o PLC nº 16, de 2010 (PL nº 5.938, de 2009, na origem), o qual continha as disposições da Emenda Ibsen. Assim, deixava-se adiada a discussão sobre royalties. Porém, o Senado Federal, ao aprovar um dos projetos de lei (PLC nº 7, de 2010), o fez com a inclusão de texto proposto por emenda do Sena-

<sup>3</sup> Essa denominação era até pouco tempo atrás aplicada tão somente aos Municípios, e não aos Estados.

dor Pedro Simon (Emenda Simon), que retomava a discussão da redistribuição dos royalties. A aprovação desse projeto de lei gerou a Lei nº 12.351, de 2010. O Presidente da República a sancionou, mas vetou as disposições trazidas pela Emenda Simon. Esse veto ainda depende de deliberação do Congresso Nacional.

Diversos projetos de lei foram apresentados no Senado Federal para regular a distribuição dos royalties. Entre esses, a Casa Legislativa aprovou o PLS nº 448, de 2011, do Senador Wellington Dias, sob a forma de substitutivo elaborado pelo Senador Vital do Rêgo<sup>4</sup>. O PLC nº 16, de 2010, foi rejeitado, pois estava apensado àquele PLS. O PLS nº 448, de 2011, foi então remetido à Câmara dos Deputados, onde tramitou sob a identificação de PL nº 2.565, de 2011, e deu origem, ao ser aprovado, à Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012.

Essa lei sofreu vetos parciais pela Presidência da República, que lhe excluiu quase todos os mecanismos de redistribuição dos recursos de royalties e outras participações governamentais devidas na exploração de petróleo. Em seguida, no dia 3 de dezembro de 2012, a Presidência da República publicou a Medida Provisória nº 592, de 2012, em que promovia alterações na Lei nº 12.351, de 2010, e na Lei nº 9.478, de 1997.

<sup>4</sup> Além disso, o Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional, em 2010, outro projeto de lei (PL), retomando a discussão. Esse PL tramitou na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.051, de 2010), apenso ao proveniente do Senado Federal (PLS nº 448, de 2011) e a outros.

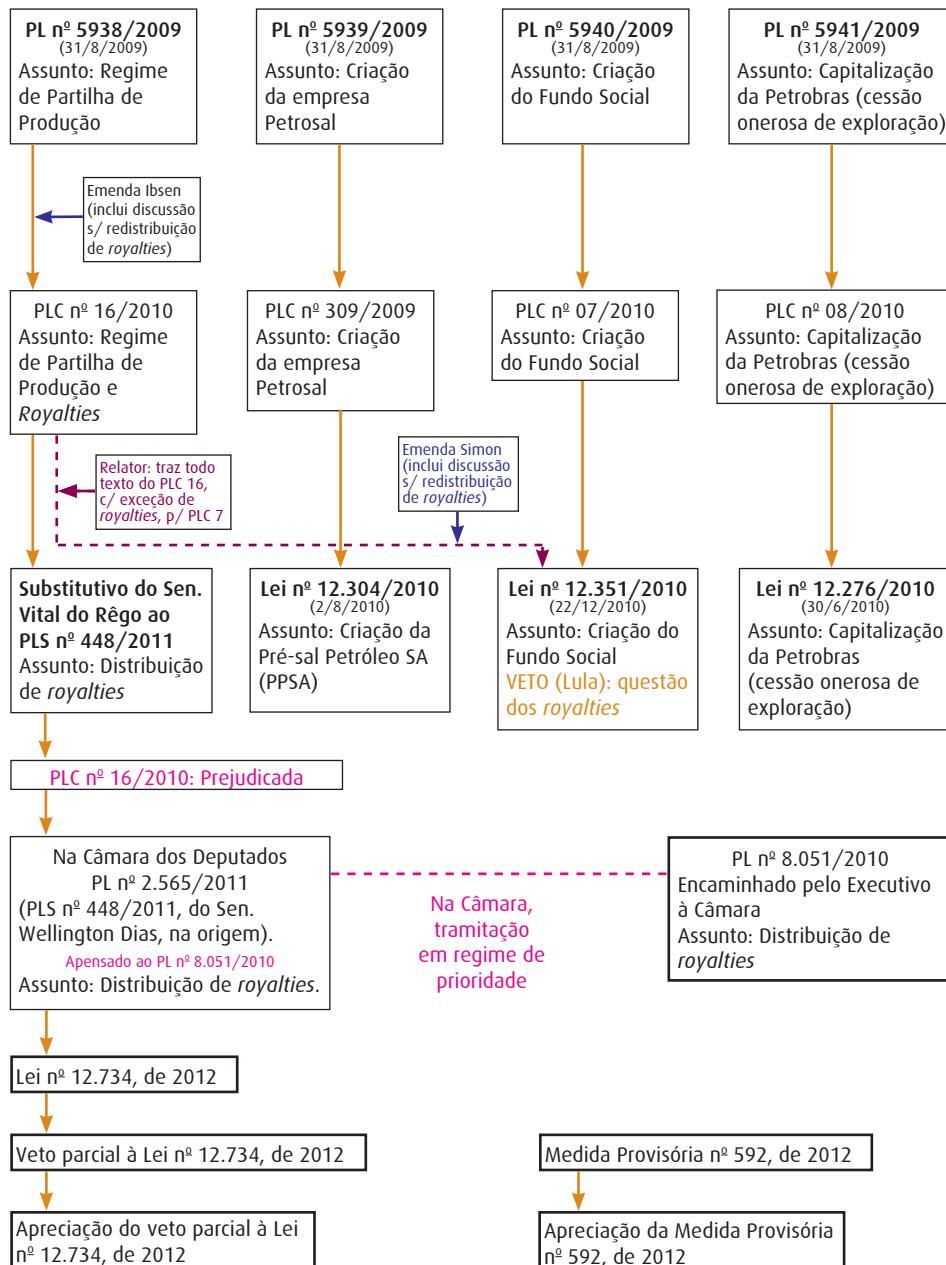
Atualmente, tanto os vetos da Lei nº 12.734, de 2012, como a Medida Provisória nº 592, de 2012, estão sendo apreciadas pelo Congresso Nacional. Um resumo dessa situação pode ser constatado no Quadro-resumo (ou Quadro 2) seguinte.

### 3. ASPECTOS DA MPV Nº 592, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2012

A MPV nº 592, de 2012, compreende apenas quatro artigos. O art. 1º da medida provisória, que trata da exploração no regime de partilha a ser adotado na exploração das novas licitações do pré-sal e nas áreas declaradas estratégicas pela Presidência da República, promove alteração no art. 42-B, II, “f”, e inclui o § 3º no art. 47, ambos da Lei nº 12.351, de 2010. Ressalta-se que essa lei criou o regime de partilha e o Fundo Social. O art. 2º da MPV promove alterações nas disposições da Lei nº 9.478, de 1997, que trata do regime regulatório da concessão, incluindo nela os arts. 48-A, 49-A, 50-A, 50-B e 81-A, além do § 5º do art. 50 dessa lei. Esses dispositivos também incluem os Anexos I, II e III na Lei nº 9.478, de 1997. O art. 3º da MPV revoga o § 3º do art. 49, e o § 4º do art. 50, ambos da Lei nº 9.478, de 1997, além de revogar o § 2º do art. 49 da Lei nº 12.351, de 2010. Finalmente, o art. 4º da MPV trata do início do prazo de sua vigência.

O primeiro dispositivo alterado encontra-se no art. 42-B, II, “f”, da Lei nº 12.351, de 2010, que trata da produção realizada na plataforma continental, no mar territorial ou na Zona

Quadro-resumo: Esquema da tramitação das matérias sobre a mudança  
do marco regulatório do petróleo, promovidas desde 2009





Econômica Exclusiva. Pelo dispositivo, os recursos da arrecadação de royalties destinados à União, que atualmente são repartidos entre o Fundo Social e órgãos do Poder Executivo federal, passam a ser carreados exclusivamente para o Fundo Social. Essa parcela corresponde a 22% do valor arrecadado com royalties no regime de partilha a ser aplicado em licitações futuras para exploração de petróleo e gás na província do pré-sal e em áreas declaradas estratégicas pela Presidência da República.

Um segundo dispositivo trazido na MPV corresponde à inclusão do § 3º no art. 47 da Lei nº 12.351, de 2010. Ele dispõe sobre os recursos resultantes do retorno sobre o capital do Fundo Social, que devem ser, por lei, aplicados nos programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento. O dispositivo apenas inova ao fixar um percentual de 50% desses recursos a serem aplicados obrigatoriamente em programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação, na forma do regulamento (ainda não expedido), *in verbis*:

**Art. 1º** A Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 42-B. ....  
.....  
II – .....

f) vinte e dois por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social.  
.....” (NR)

“Art. 47. ....  
.....

§ 3º Do total do resultado a que se refere o *caput* do art. 51 auferido pelo FS, cinquenta por cento deve ser aplicado obrigatoriamente em programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação, na forma do regulamento.” (NR)

O art. 2º da MPV 592, de 2012, altera a Lei nº 9.478, de 1997, que trata do regime de concessão, para reger as licitações feitas pelo regime de concessão a partir de 3 de dezembro de 2012, data de publicação da MPV nº 592 de 2012, ora analisada. A MPV propõe a inclusão nessa lei dos seguintes dispositivos:

- art. 48-A, que trata da distribuição do recursos referentes à parcela mínima de 5% cobrada de royalties sobre a receita bruta de exploração de petróleo, propondo uma regra de transição (no Anexo I da MPV 592, de 2012) que reduza as prerrogativas dos chamados Estados Produtores (ou confrontantes) na distribuição desses recursos;
- art. 49-A, que trata da parcela que exceder o mínimo de 5% cobrado de royalties sobre a receita bruta de exploração de petróleo (de 5% até 10%, sendo esse último o percentual máximo cobrado no regime de concessão), propondo uma regra de transição (no Anexo II da MPV 592, de 2012) que reduza as prerrogativas dos chamados Estados Produtores (ou confrontantes) na distribuição desses recursos;

- § 5º do art. 50, que trata dos recursos de participação especial, propondo uma regra de transição (no Anexo III da MPV 592, de 2012) que reduza as prerrogativas dos chamados Estados Produtores (ou confrontantes) na distribuição desses recursos;
- art. 50-A, que destina ao Fundo Social os recursos da União decorrentes da cobrança de royalties e de participação especial prevista no art. 48 (royalties de até 5%, no regime de concessão para contratos firmados até 3/12/2012), no art. 49 (royalties de 5% até 10%, no regime de concessão para contratos firmados até 3/12/2012), no § 2º do art. 50 (50% da produto da arrecadação da participação especial, no regime de concessão para contratos firmados até 3/12/2012), e no art. 5º da Lei nº 12.276, de 2010 (royalties de até 10% sobre o produto da lavra na cessão onerosa feita à Petrobras);
- art. 50-B, que destina exclusivamente à educação (em acréscimo ao mínimo constitucionalmente obrigatório) as receitas relativas aos arts. 48-A, 49-A e 50, § 5º (que correspondem a royalties e participação especial, no regime de concessão, no tocante a contratos firmados a partir de 3/12/2012);
- art. 81-A, estabelecendo que as regras de distribuição de recursos dispostas nos arts. 48, 49 e no § 2º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 1997, passam a compreender tão somente os contratos firmados no regime de concessão até a data de 2 de dezembro de 2012.

Os dispositivos da MPV 592, de 2012, também acrescem à Lei nº 9.478, de 1997, os Anexos I, II e III, que trazem as regras de transição da distribuição de recursos de royalties (referentes à parcela mínima de 5%, à parcela de 5% até 10%, e à parcela decorrente da cobrança de participação especial, respectivamente).

A transcrição de todo esse dispositivo encontra-se a seguir:

**Art. 2º** A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 48-A. A parcela do valor do *royalty* previsto nos contratos de concessão firmados a partir de 3 de dezembro de 2012 que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, terá a seguinte distribuição:

I – quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres, segundo os critérios estipulados pelo art. 48 desta Lei; e

II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, na forma do Anexo I a esta Lei.” (NR)

“Art. 49-A. A parcela do valor do *royalty* previsto nos contratos de concessão firmados a partir de 3 de dezembro de 2012 que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição:

I – quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas

fluviais e lacustres, segundo a forma estipulada pelo inciso I do caput do art. 49; e

II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, na forma do Anexo II a esta Lei.” (NR)

“Art. 50. ....  
.....

§ 5º Os recursos da participação especial relativos à produção ocorrida nos contratos de concessão firmados a partir de 3 de dezembro de 2012 serão distribuídos na forma do Anexo III a esta Lei.” (NR)

“Art. 50-A. Serão integralmente destinados ao Fundo Social de que trata o art. 47 da Lei nº 12.351, de 2010, os valores dos *royalties* e da participação especial destinados à União de que tratam os arts. 48, 49 e o § 2º do art. 50 desta Lei e o art. 5º da Lei nº 12.276, de 2010, quando oriundos da produção realizada no horizonte geológico denominado pré-sal, em campos localizados na área definida no inciso IV do *caput* do art. 2º da Lei nº 12.351, de 2010.” (NR)

“Art. 50-B. As receitas de que tratam os arts. 48-A, 49-A e o § 5º do art. 50 serão destinadas, exclusivamente, para a educação, em acréscimo ao mínimo constitucionalmente obrigatório, na forma do regulamento.” (NR)

“Art. 81-A. As regras de distribuição estabelecidas nos arts. 48, 49, e no § 2º do art. 50 desta Lei aplicam-se apenas aos con-

tratos de concessão celebrados até 2 de dezembro de 2012, observado o disposto no art. 50-A.” (NR)

*Parágrafo único.* Ficam acrescentados os Anexos I, II e III à Lei nº 9.478, de 1997, na forma dos Anexos I, II e III a esta Medida Provisória.

O art. 3º da MPV 592, de 2012, por sua vez, traz a revogação dos seguintes dispositivos legais:

- § 3º do art. 49 da Lei nº 9.478, de 1997, que tratava da destinação dos recursos oriundos da cobrança de royalties nas áreas localizadas no pré-sal sob o regime de concessão;
- § 4º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 1997, que tratava da destinação dos recursos oriundos da cobrança de participação especial nas áreas localizadas no pré-sal sob o regime de concessão;
- § 2º do art. 49 da Lei nº 12.351, de 2010, que tratava de regra de transição, não mais necessária em funções de novas regras trazidas pela própria MPV nº 592, de 2012.

Esse dispositivo encontra-se transcrito a seguir:

**Art. 3º** Ficam revogados:

I – o § 3º do art. 49 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997;

II – o § 4º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e

III – o § 2º do art. 49 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

#### 4. CONSOLIDAÇÃO DAS MUDANÇAS NA DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES TRAZIDA PELA MPV Nº 592, DE 2012

A distribuição de participações governamentais modificada pela MPV, e considerando o veto presidencial na Lei nº 12.734, de 2012, gerou um novo quadro de distribuição de recursos.

Os dispositivos trazidos pela MPV completam outros que regulam o mesmo tema, trazidos pelas Leis nº 7.990, de 1989, nº 8.001, de 1990, nº 9.478, de 1997, nº 12.276, de 2010, nº 12.351, de 2010, e nº 12.734, de 2012. Os principais aspectos desses dispositivos quanto à distribuição de receitas são sintetizados no Anexo 2 desta análise.

#### 5. AS PROJEÇÕES PARA A DISTRIBUIÇÃO FUTURA DE ROYALTIES

As projeções da distribuição futura de royalties têm relação, entre outros fatores, com a série histórica de produção de petróleo e gás, com o ritmo das licitações para exploração, com o tamanho e produtividade dos campos, com a tecnologia de exploração utilizada, com a qualidade do óleo extraído, com o câmbio e com o preço do barril de petróleo.

Inicialmente, tomemos a série histórica de produção de petróleo e gás natural disponibilizada no sítio da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural

e Biocombustíveis (ANP), conforme dispõe o Anexo 1. De acordo com os números, o Brasil passou de uma produção anual de 466 milhões (MM) de barris equivalentes de petróleo no ano 2000, para 795,5 milhões de barris equivalentes de petróleo em 2011, ou seja, um crescimento de 70,6% no período de onze anos. Pelas estimativas da ANP para os próximos anos, a produção de petróleo e gás natural no Brasil estará situada nos números a seguir apresentados no Quadro 3.

Verifica-se que a produção de petróleo prevista pela ANP, de 2013 a 2022, tem aumento de 95%, enquanto que a correspondente produção de gás natural estimada pela agência denota variação de 87%.

Tanto no caso do petróleo, como no do gás natural, as estimativas da ANP sugerem que a exploração em terra e nas áreas denominadas de pós-sal (exploração em mar fora da província do pré-sal) perderá em volume de produção e em relevância no total previsto. Ao contrário, os volumes de produção na área do pré-sal (relativos a contratos decorrentes das rodadas de licitação até 2009, portanto ainda regidos pelo regime de concessão) atingem sua máxima produção nos anos de 2017 e 2018. No caso da exploração nas áreas regidas pela cessão onerosa feita à Petrobras, a produção cresce a atinge seu pico em 2002. Os números sugerem, assim, que a eventual redução de produção em virtude da interrupção das rodadas de licitação de blocos exploratórios entre 2008 e 2012 será compensada pela produção das áreas produtoras relati-

Quadro 3

Estimativas de produção de petróleo (em MM de barris)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>MAR</b>	<b>686,07</b>	<b>826,35</b>	<b>920,81</b>	<b>1.117,38</b>	<b>1.169,81</b>	<b>1.245,02</b>	<b>1.310,47</b>	<b>1.405,51</b>	<b>1.441,52</b>	<b>1.435,30</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	-	-	-	45,11	27,30	129,95	217,81	346,85	460,73	517,32
Pós-sal	35,53	36,22	57,66	60,01	52,05	47,46	41,67	36,22	31,31	26,91
Pré-sal	650,54	790,14	863,15	1.012,27	1.090,46	1.067,60	1.050,99	1.022,44	949,47	891,07
<b>TERRA</b>	<b>63,61</b>	<b>62,66</b>	<b>57,78</b>	<b>51,07</b>	<b>46,30</b>	<b>41,99</b>	<b>38,67</b>	<b>35,54</b>	<b>31,99</b>	<b>28,57</b>
<b>TOTAL</b>	<b>749,68</b>	<b>889,01</b>	<b>978,59</b>	<b>1.168,45</b>	<b>1.216,11</b>	<b>1.287,01</b>	<b>1.349,14</b>	<b>1.441,05</b>	<b>1.473,51</b>	<b>1.463,87</b>
<b>Evolução percentual</b>	-	18,6%	10,1%	19,4%	4,1%	5,8%	4,8%	6,8%	2,3%	-0,7%

Fonte: ANP, em 06/12/2012.

Estimativas de produção de gás natural (em MM m3)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>MAR</b>	<b>21.921,54</b>	<b>25.202,24</b>	<b>29.653,25</b>	<b>36.894,73</b>	<b>37.320,09</b>	<b>39.564,61</b>	<b>41.595,60</b>	<b>44.153,61</b>	<b>45.708,62</b>	<b>45.296,55</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	-	-	-	1.619,04	979,53	4.802,27	8.503,63	12.887,58	16.606,14	18.615,11
Pós-sal	7.095,29	7.091,63	8.017,28	7.666,99	7.021,02	5.744,91	4.972,02	4.544,28	4.442,48	3.860,43
Pré-sal	14.826,25	18.110,61	21.635,98	27.608,71	29.319,54	29.017,44	28.119,95	26.721,75	24.660,01	22.821,01
<b>TERRA</b>	<b>4.286,35</b>	<b>4.947,01</b>	<b>4.814,06</b>	<b>4.997,86</b>	<b>4.398,71</b>	<b>4.025,02</b>	<b>3.902,16</b>	<b>3.810,44</b>	<b>3.703,53</b>	<b>3.698,84</b>
<b>TOTAL</b>	<b>26.207,89</b>	<b>30.149,25</b>	<b>34.467,32</b>	<b>41.892,60</b>	<b>41.718,80</b>	<b>43.589,63</b>	<b>45.497,76</b>	<b>47.964,04</b>	<b>49.412,15</b>	<b>48.995,39</b>
<b>Evolução percentual</b>	-	15,0%	14,3%	21,5%	-0,4%	4,5%	4,4%	5,4%	3,0%	-0,8%

Fonte: ANP, em 06/12/2012.

vas à da cessão onerosa feita em prol da Petrobras, pelo menos até 2022. Tal situação pode ser verificada nos gráficos a seguir (Gráficos 1).

Com essas estimativas de produção, supondo a cotação de dólar em R\$ 2,00, o preço do barril equivalente de petróleo (tipo “Brent”) estabilizado em US\$ 100 e o padrão de inferior de qualidade do petróleo brasileiro, que gera deságio de 30% no preço do barril de petróleo, podem ser obtidas as projeções para as participações governamentais apresentadas no Quadro 4 e no Quadro 5 relativas a petróleo e gás natural respectivamente.

Com base nessas informações, foi possível ter a estimativa de receitas geradas com participações governamentais entre 2013 e 2022, estimadas com base nas projeções de produção de petróleo e gás natural da ANP (Quadro 6).

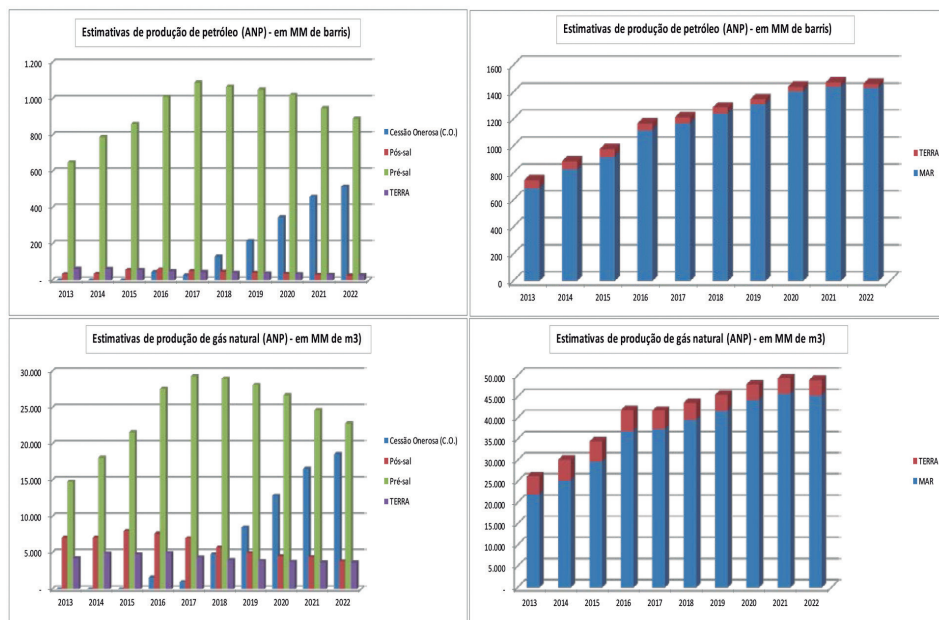
## 6. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 592, DE 2012, SOB A ÓPTICA DO PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto a previsão de edição, pelo Poder Executivo, de medida provisória, dispositivo regulado no art. 62 da Constituição, *in verbis*:

**Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

*Parágrafo único.* As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem

Gráficos 1



convertidas em Lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

De acordo com o texto constitucional, a medida provisória é espécie normativa, apta então a criar direito e obrigações, mesmo não sendo considerada uma lei. Ela ganha força de lei, entretanto, ao ser publicada, e pode ser convertida em lei pela apreciação e deliberação do Poder Legislativo.

O rito de tramitação de uma medida provisória pode ser encontrado nas Resoluções nº 1 e nº 2, de 1989, editada pelo Congresso Nacional. De acordo com essas resoluções, após a medida provisória ser editada pelo Presidente da República e ser sub-

metida ao Poder Legislativo, ela será apreciada por uma Comissão Mista (composta por sete Deputados Federais e sete Senadores), que apresentarão um parecer pela aprovação ou não da medida provisória.

Se a medida provisória for rejeitada, ela será arquivada, devendo o Presidente do Congresso Nacional (que é o Presidente do Senado Federal), baixar um ato atestando a não existência daquela. A Comissão Mista, então, tem a incumbência de disciplinar as relações jurídicas decorrentes do tempo de vigência da medida provisória, mediante decreto legislativo, com início de tramitação na Câmara dos Deputados.

Cabe destacar que a doutrina converge na opinião de que não há a possi-



Quadro 4  
1. Estimativas de produção de petróleo

(em MM de barris)

Produção	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>Exploração em MAR</b>	<b>686</b>	<b>826</b>	<b>921</b>	<b>1.117</b>	<b>1.170</b>	<b>1.245</b>	<b>1.310</b>	<b>1.406</b>	<b>1.442</b>	<b>1.435</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	-	-	-	45	27	130	218	347	461	517
Pós-sal	36	36	58	60	52	47	42	36	31	27
Pré-sal – Partilha	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Pré-sal – Concessão	651	790	863	1.012	1.090	1.068	1.051	1.022	949	891
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>64</b>	<b>63</b>	<b>58</b>	<b>51</b>	<b>46</b>	<b>42</b>	<b>39</b>	<b>36</b>	<b>32</b>	<b>29</b>
<b>TOTAL</b>	<b>750</b>	<b>889</b>	<b>979</b>	<b>1.168</b>	<b>1.216</b>	<b>1.287</b>	<b>1.349</b>	<b>1.441</b>	<b>1.474</b>	<b>1.464</b>
<b>Preço do barril do petróleo Brent</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>	<b>100,00</b>
<b>Câmbio (RS / US\$)</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>
<b>Deságio pela qualidade do petróleo</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
Exploração em MAR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Cessão Onerosa (C.O.)	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Pós-sal	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%
Pré-sal – Partilha	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%
Pré-sal – Concessão	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%
Exploração em TERRA	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%
<b>Estimativas de valor da produção de petróleo (em R\$ MM)</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
<b>Exploração em MAR</b>	<b>112.729</b>	<b>135.739</b>	<b>151.359</b>	<b>183.430</b>	<b>192.052</b>	<b>203.948</b>	<b>214.296</b>	<b>229.334</b>	<b>234.754</b>	<b>233.481</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	-	-	-	7.218	4.368	20.793	34.850	55.496	73.717	82.772
Pós-sal	6.040	6.157	9.803	10.201	8.848	8.069	7.083	6.158	5.323	4.574
Pré-sal – Partilha	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Pré-sal – Concessão	106.688	129.582	141.556	166.012	178.836	175.087	172.363	167.681	155.714	146.135
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>10.814</b>	<b>10.652</b>	<b>9.823</b>	<b>8.681</b>	<b>7.872</b>	<b>7.138</b>	<b>6.574</b>	<b>6.042</b>	<b>5.438</b>	<b>4.857</b>
<b>TOTAL</b>	<b>123.543</b>	<b>146.391</b>	<b>161.182</b>	<b>192.112</b>	<b>199.924</b>	<b>211.086</b>	<b>220.871</b>	<b>235.376</b>	<b>240.192</b>	<b>238.338</b>
<b>Participações Governamentais (RS)</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
<b>Exploração em MAR</b>	<b>29.428</b>	<b>34.720</b>	<b>39.826</b>	<b>48.275</b>	<b>52.735</b>	<b>55.031</b>	<b>57.230</b>	<b>59.463</b>	<b>59.183</b>	<b>56.990</b>
Bônus de Assinatura	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500	3.500
Royalties (5%)	5.636	6.787	7.568	9.172	9.603	10.197	10.715	11.467	11.738	11.674
Royalties (de 5% a 10%)	5.636	6.787	7.568	9.172	9.603	10.197	10.715	11.467	11.738	11.674
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial	14.655	17.646	21.290	26.432	30.029	31.136	32.300	33.029	32.207	30.142
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
A) Cessão Onerosa (C.O.)	-	-	-	722	437	2.079	3.485	5.550	7.372	8.277
Bônus de Assinatura ou valor da Cessão Onerosa (por troca de ativos)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Royalties (5%)	-	-	-	361	218	1.040	1.743	2.775	3.686	4.139
Royalties (de 5% a 10%)	-	-	-	361	218	1.040	1.743	2.775	3.686	4.139
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
B) Pós-sal	1.889	1.916	2.853	3.050	2.801	2.679	2.483	2.286	2.097	1.872
Bônus de Assinatura	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500
Royalties (5%)	302	308	490	510	442	403	354	308	266	229
Royalties (de 5% a 10%)	302	308	490	510	442	403	354	308	266	229
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial (em média, de 1,3 até 2 vezes a arrecadação de royalties)	785	800	1.372	1.530	1.416	1.372	1.275	1.170	1.065	915
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
C) Pré-Sal – Partilha	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000
Bônus de Assinatura	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000
Royalties (5%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Royalties (de 5% a 10%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
D) Pré-Sal – Concessão	24.538	29.804	33.973	41.503	46.497	47.273	48.262	48.627	46.714	43.841
Bônus de Assinatura	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Royalties (5%)	5.334	6.479	7.078	8.301	8.942	8.754	8.618	8.384	7.786	7.307
Royalties (de 5% a 10%)	5.334	6.479	7.078	8.301	8.942	8.754	8.618	8.384	7.786	7.307
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial (em média, de 1,3 até 2 vezes a arrecadação de royalties)	13.869	16.846	19.818	24.902	28.614	29.765	31.025	31.859	31.143	29.227
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>1.473</b>	<b>1.459</b>	<b>1.384</b>	<b>1.281</b>	<b>1.208</b>	<b>1.142</b>	<b>1.092</b>	<b>1.044</b>	<b>989</b>	<b>937</b>
Bônus de Assinatura	500	500	500	500	500	500	500	500	500	500
Royalties (5%)	541	533	491	434	394	357	329	302	272	243
Royalties (complemento para até 5% a 10% - de 0% a 5%)	433	426	393	347	315	286	263	242	218	194
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>TOTAL</b>	<b>30.901</b>	<b>36.179</b>	<b>41.210</b>	<b>49.556</b>	<b>53.943</b>	<b>56.174</b>	<b>58.322</b>	<b>60.506</b>	<b>60.172</b>	<b>57.927</b>
Bônus de Assinatura	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000
Royalties (5%)	6.177	7.320	8.059	9.606	9.996	10.554	11.044	11.769	12.010	11.917
Royalties (de 5% a 10%)	6.069	7.213	7.961	9.519	9.917	10.483	10.978	11.708	11.955	11.868
Royalties (de 10% a 15%)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Participação Especial	14.655	17.646	21.190	26.432	30.029	31.136	32.300	33.029	32.207	30.142
Óleo Excedente	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

# DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS

## Quadro 5 1. Estimativas de produção de gás natural

(em MM m<sup>3</sup>)

Produção	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>Exploração em MAR</b>	<b>686</b>	<b>826</b>	<b>921</b>	<b>1.117</b>	<b>1.170</b>	<b>1.245</b>	<b>1.310</b>	<b>1.406</b>	<b>1.442</b>	<b>1.435</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	–	–	–	45	27	130	218	347	461	517
Pós-sal	36	36	58	60	52	47	42	36	31	27
Pré-sal – Partilha	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Pré-sal – Concessão	651	790	863	1.012	1.090	1.068	1.051	1.022	949	891
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>64</b>	<b>63</b>	<b>58</b>	<b>51</b>	<b>46</b>	<b>42</b>	<b>39</b>	<b>36</b>	<b>32</b>	<b>29</b>
<b>TOTAL</b>	<b>750</b>	<b>889</b>	<b>979</b>	<b>1.168</b>	<b>1.216</b>	<b>1.287</b>	<b>1.349</b>	<b>1.441</b>	<b>1.474</b>	<b>1.464</b>
<b>Preço do barril do petróleo Brent</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>	<b>3,00</b>
<b>Câmbio (R\$ / US\$)</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>	<b>2,00</b>
<b>Deságio pela qualidade do petróleo</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
Exploração em MAR	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Cessão Onerosa (C.O.)	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Pós-sal	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%
Pré-sal – Partilha	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%
Pré-sal – Concessão	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%	18%
Exploração em TERRA	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%	15%
<b>Estimativas de valor da produção de petróleo (em R\$ MM)</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
<b>Exploração em MAR</b>	<b>3.382</b>	<b>4.072</b>	<b>4.541</b>	<b>5.503</b>	<b>5.762</b>	<b>6.118</b>	<b>6.429</b>	<b>6.880</b>	<b>7.043</b>	<b>7.004</b>
Cessão Onerosa (C.O.)	–	–	–	217	131	624	1.046	1.665	2.212	2.483
Pós-sal	181	185	294	306	265	242	212	185	160	137
Pré-sal – Partilha	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Pré-sal – Concessão	3.201	3.887	4.247	4.980	5.365	5.253	5.171	5.030	4.671	4.384
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>324</b>	<b>320</b>	<b>295</b>	<b>260</b>	<b>236</b>	<b>214</b>	<b>197</b>	<b>181</b>	<b>163</b>	<b>146</b>
<b>TOTAL</b>	<b>3.706</b>	<b>4.392</b>	<b>4.835</b>	<b>5.763</b>	<b>5.998</b>	<b>6.333</b>	<b>6.626</b>	<b>7.061</b>	<b>7.206</b>	<b>7.150</b>
<b>Participações Governamentais (R\$)</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>	<b>2022</b>
<b>Exploração em MAR</b>	<b>712</b>	<b>781</b>	<b>845</b>	<b>968</b>	<b>982</b>	<b>1.065</b>	<b>1.136</b>	<b>1.240</b>	<b>1.307</b>	<b>1.326</b>
Bônus de Assinatura	350	350	350	350	350	350	350	350	350	350
Royalties (5%)	169	204	227	275	288	306	321	344	352	350
Royalties (de 5% a 10%)	169	204	227	275	288	306	321	344	352	350
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	24	24	41	68	56	104	143	202	253	276
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
A) Cessão Onerosa (C.O.)	–	–	–	43	26	125	209	333	442	497
Bônus de Assinatura ou valor da Cessão Onerosa (por troca de ativos)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Royalties (5%)	–	–	–	11	7	31	52	83	111	124
Royalties (de 5% a 10%)	–	–	–	11	7	31	52	83	111	124
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	–	–	–	22	13	62	105	166	221	248
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
B) Pós-sal	92	92	121	127	119	115	109	104	98	91
Bônus de Assinatura	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50
Royalties (5%)	9	9	15	15	13	12	11	9	8	7
Royalties (de 5% a 10%)	9	9	15	15	13	12	11	9	8	7
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial (em média, de 1,3 até 2 vezes a arrecadação de royalties)	24	24	41	46	42	41	38	35	32	27
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
C) Pré-Sal – Partilha	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300
Bônus de Assinatura	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300
Royalties (5%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Royalties (de 5% a 10%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
D) Pré-Sal – Concessão	320	389	425	498	537	525	517	503	467	438
Bônus de Assinatura	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Royalties (5%)	160	194	212	249	268	263	259	252	234	219
Royalties (de 5% a 10%)	160	194	212	249	268	263	259	252	234	219
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial (em média, de 1,3 até 2 vezes a arrecadação de royalties)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
<b>Exploração em TERRA</b>	<b>79</b>	<b>79</b>	<b>77</b>	<b>73</b>	<b>71</b>	<b>69</b>	<b>68</b>	<b>66</b>	<b>65</b>	<b>63</b>
Bônus de Assinatura	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50
Royalties (5%)	16	16	15	13	12	11	10	9	8	7
Royalties (complemento para até 5% a 10% - de 0% a 5%)	13	13	12	10	9	9	8	7	7	6
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
<b>TOTAL</b>	<b>791</b>	<b>860</b>	<b>922</b>	<b>1.041</b>	<b>1.053</b>	<b>1.135</b>	<b>1.203</b>	<b>1.306</b>	<b>1.372</b>	<b>1.389</b>
Bônus de Assinatura	400	400	400	400	400	400	400	400	400	400
Royalties (5%)	185	220	242	288	300	317	331	353	360	358
Royalties (de 5% a 10%)	182	216	239	286	298	314	329	351	359	356
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	24	24	41	68	56	104	143	202	253	276
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–

Quadro 6  
Receitas com Participações Governamentais – Sumário

Em R\$ MM

Petróleo	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>Subtotal 1</b>	<b>30.901</b>	<b>36.179</b>	<b>41.210</b>	<b>49.556</b>	<b>53.943</b>	<b>56.174</b>	<b>58.322</b>	<b>60.506</b>	<b>60.172</b>	<b>57.927</b>
Bônus de Assinatura	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000	4.000
Royalties (5%)	6.177	7.320	8.059	9.606	9.996	10.554	11.044	11.769	12.010	11.917
Royalties (de 5% a 10%)	6.069	7.213	7.961	9.519	9.917	10.483	10.978	11.708	11.955	11.868
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	14.655	17.646	21.190	26.432	30.029	31.136	32.300	33.029	32.207	30.142
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Gás Natural	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>Subtotal 2</b>	<b>791</b>	<b>860</b>	<b>922</b>	<b>1.041</b>	<b>1.053</b>	<b>1.135</b>	<b>1.203</b>	<b>1.306</b>	<b>1.372</b>	<b>1.389</b>
Bônus de Assinatura	400	400	400	400	400	400	400	400	400	400
Royalties (5%)	185	220	242	288	300	317	331	353	360	358
Royalties (de 5% a 10%)	182	216	239	286	298	314	329	351	359	356
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	24	24	41	68	56	104	143	202	253	276
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Petróleo e Gás	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
<b>TOTAL</b>	<b>31.692</b>	<b>37.039</b>	<b>42.132</b>	<b>50.598</b>	<b>54.996</b>	<b>57.308</b>	<b>59.525</b>	<b>61.812</b>	<b>61.544</b>	<b>59.316</b>
Bônus de Assinatura	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400	4.400
Royalties (5%)	6.362	7.539	8.301	9.894	10.296	10.871	11.375	12.122	12.370	12.274
Royalties (de 5% a 10%)	6.251	7.429	8.200	9.804	10.215	10.797	11.307	12.060	12.314	12.224
Royalties (de 10% a 15%)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Participação Especial	14.678	17.670	21.231	26.499	30.085	31.240	32.443	33.231	32.460	30.418
Óleo Excedente	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–

bilidade de se reeditar medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, ou seja, não há possibilidade de o Presidente da República editar nova medida provisória, cujo texto reproduza, na sua parte fundamental, os aspectos essenciais da MPV que foi objeto de rejeição parlamentar. No caso de rejeição tácita da medida provisória, que ocorre quando a rejeição decorre de sua não apreciação pelo Congresso Nacional, no prazo estipulado (60 dias, podendo ser prorrogados por mais 60 dias), a medida provisória perde sua eficácia retroativamente. Porém, nesse caso, não há impedimento de haver reedição sucessiva da medida provisória, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

Já no caso de admissão, a Comissão no prazo de 15 dias, dará uma parecer sobre os aspectos constitucionais e sobre o mérito. Neste parecer, como lembra Alexandre Morais (1998), “poderá sugerir a aprovação total ou parcial ou até a aprovação com emendas, ou ainda, a rejeição expressa da medida provisória (...)”

As emendas poderão ser supressivas ou aditivas. Sendo que é, totalmente, proibidas as emendas que versem sobre matéria estranha à tratada pelo texto da medida provisória. Após a aprovação com modificações, a medida provisória estará transformada em projeto de lei de conversão e deverá ser remetida ao Presidente da República, para que este sancione ou veto. Se sancionado, o próprio presi-

dente é responsável pela sua promulgação e publicação. Mas, se houver aprovação do texto integral, a Medida Provisória será convertida em lei e será promulgada pelo Presidente do Senado.

No caso da MPV nº 592, de 3 de dezembro de 2012, ela aguarda apreciação das duas Casas do Congresso Nacional, e a tramitação tem o seguinte cronograma, de acordo com a Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso:

- Publicação no DOU: 3-12-2012 (Ed. Extra)
- Designação da Comissão: em até 48 horas após publicação (SF)
- Instalação Prevista da Comissão: 24 horas após designação
- Emendas: até 9-12-2012
- Prazo na Comissão:<sup>5</sup>
- Remessa do processo à CD:
- Prazo na CD: até 9-2-2013 (até o 28º dia)
- Recebimento previsto no SF: 9-2-2013
- Prazo no SF: de 10-2-2013 a 23-2-2013 (42º dia)
- Se modificado, devolução à CD: 23-2-2013

<sup>5</sup> Declaração incidental de inconstitucionalidade do caput do art. 5º da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 2002, com eficácia *ex nunc* – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029 – DOU de 16/3/2012. Lida a comunicação do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional na sessão do SF de 15 de março de 2012, e feita a comunicação à Câmara dos Deputados por meio do Ofício nº 102, de 2012-CN.

- Prazo p/ apreciação de modificações do SF, por CD: 24/2/13 a 26/2/13
- Regime de urgência, obstruindo a pauta a partir de: 27-2-2013 (46º dia)
- Prazo final no Congresso: 13-3-2013 (60 dias)

## 7.OS RECURSOS PARA A EDUCAÇÃO PREVISTOS NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 592, DE 2012

A MPV nº 592, de 2012, prevê vinculação de recursos para a educação nos seus arts. 1º e 2º. Faz isso ao alterar o § 3º do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 2010, que trata do regime de partilha, e quando trata do art. 50-B, relativamente à Lei nº 9.478, de 1997, que trata do regime de concessão.

O primeiro dispositivo mencionado vincula os recursos decorrentes da rentabilidade do Fundo Social, na medida de cinquenta por cento (50%) a programas e projetos direcionados ao desenvolvimento da educação.

O segundo dispositivo vincula todas as receitas oriundas da cobrança de royalties e de participação especial referentes a contratos de concessão firmados a partir de 3/12/2012 para a educação, em acréscimo ao mínimo constitucionalmente obrigatório, na forma do regulamento.

De acordo com as informações disponíveis, não temos ainda como confirmar com precisão o volume de

recursos que será destinado para a educação em decorrência dos dispositivos contidos na MP em tela.

Todavia, considerando que o Governo anunciou que pretende buscar uma meta de investimento em educação

de 10% do PIB, pode-se afirmar que o cumprimento da meta não pode ser conseguido, por si só, com os recursos previstos na MP para a educação, não obstante eles possam representar parcela de recursos importante para se cumprir tal compromisso.

## ANEXO 1 – SÉRIE HISTÓRICA DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS – ANP

### A) Produção de Petróleo

BRASIL

PETRÓLEO TOTAL (bep)

UN. DA FEDERAÇÃO	(Tudo)
LOCALIZAÇÃO	(Tudo)

Dados	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Janeiro	37.013.221	42.190.537	46.202.472	48.245.114	46.765.442	48.065.810	54.180.336	55.717.569	56.990.738	60.621.655	64.074.934	68.104.102	71.578.717
Fevereiro	33.608.455	38.767.950	41.536.000	44.744.396	43.588.265	43.261.693	49.050.314	50.962.640	53.188.354	55.301.750	58.450.133	59.770.395	66.195.329
Março	38.123.531	40.326.007	46.671.701	48.527.678	47.496.021	49.365.715	54.419.323	56.770.662	56.154.134	62.356.911	65.360.053	66.812.856	66.982.461
Abril	36.024.044	39.297.538	45.559.036	47.206.098	45.000.917	52.055.854	53.950.736	54.005.952	55.820.290	60.768.488	64.507.031	63.721.721	62.778.582
Maió	37.158.812	38.438.698	47.496.832	47.740.112	45.588.347	54.201.966	56.097.065	55.383.454	58.256.102	62.743.544	66.593.530	66.478.487	65.712.966
Junho	37.492.695	40.080.910	46.591.602	42.615.788	46.010.772	52.743.811	50.833.053	55.393.281	56.826.651	59.550.855	63.706.397	66.364.400	63.128.418
Julho	38.056.452	41.734.244	46.578.455	47.849.922	48.565.231	53.926.071	55.361.436	56.922.644	58.558.470	61.570.285	65.967.243	66.647.401	64.926.154
Agosto	38.221.820	41.149.281	48.196.895	49.452.124	48.202.693	52.173.155	54.647.384	56.428.079	59.074.910	62.905.996	66.688.128	65.850.477	64.311.244
Setembro	40.299.347	40.404.341	46.064.692	47.281.248	47.301.410	51.767.032	53.817.255	53.614.668	57.673.524	61.886.567	62.037.413	65.190.897	59.739.818
Outubro	42.124.129	37.699.092	47.368.624	48.117.801	48.158.112	53.609.552	56.540.126	54.143.377	58.810.805	63.875.344	64.106.260	67.541.464	64.541.115
Novembro	42.364.506	41.450.001	43.405.824	45.986.944	45.103.366	51.993.477	54.857.419	53.146.774	56.124.488	61.886.315	64.874.724	67.962.646	
Dezembro	45.487.362	45.523.905	43.012.447	47.515.302	47.949.911	54.056.830	57.353.618	57.964.181	59.119.979	64.147.402	69.958.746	71.047.974	
<b>Total do ano</b>	<b>465.974.374</b>	<b>487.063.005</b>	<b>546.684.180</b>	<b>565.282.527</b>	<b>559.730.488</b>	<b>617.220.965</b>	<b>650.908.064</b>	<b>660.453.279</b>	<b>686.598.446</b>	<b>736.915.109</b>	<b>776.324.172</b>	<b>795.492.861</b>	<b>646.894.804</b>

Fonte: ANP - Boletim Mensal de Produção, conforme o Decreto n.º 2.705/98.

Notas: Petróleo: óleo e condensado. Não inclui LGN (GLP e C5+).

(bep) = barril equivalente de petróleo.

(n/d) = não disponível.

Dados atualizados em 03 de dezembro de 2012.



## ANEXO 1 – SÉRIE HISTÓRICA DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS – ANP B) Produção de Gás Natural

Produção nacional de LGN por Unidade da Federação - 2000-2012 (bep)

BRASIL  
LGN (bep)

UN. DA FEDERAÇÃO (Todos)

Dados	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Janeiro	713.279	838.103	968.697	1.167.884	1.306.056	1.526.758	1.936.874	1.896.854	1.966.677	1.838.520	1.762.923	1.997.490	1.875.305
Fevereiro	641.588	718.857	811.678	1.080.162	1.264.745	1.450.803	1.698.166	1.747.357	1.774.022	1.652.663	1.574.568	1.771.177	1.727.579
Março	805.662	873.850	975.087	1.232.662	1.357.061	1.607.933	1.648.404	1.865.486	1.884.038	1.774.525	1.655.610	1.831.890	1.788.460
Abril	809.315	821.769	877.068	1.186.341	1.298.352	1.344.490	1.908.790	1.774.725	1.856.445	1.731.759	1.826.614	1.903.411	1.866.284
Mai	877.609	839.564	1.057.441	1.198.800	1.341.241	1.547.414	1.762.909	1.719.707	1.904.227	1.854.435	1.824.157	1.997.665	1.950.187
Junho	790.316	874.136	987.510	1.197.509	1.328.330	1.762.305	1.826.360	1.778.059	1.847.563	1.378.095	1.613.829	1.935.711	2.002.863
Julho	769.030	896.772	888.938	1.245.702	1.219.773	1.924.830	2.017.280	1.750.834	1.922.065	1.607.929	1.882.646	1.860.728	2.032.210
Agosto	781.293	859.393	1.064.020	1.302.941	1.188.361	1.986.587	2.002.657	1.931.265	1.941.505	1.687.921	1.921.096	1.928.567	1.985.903
Setembro	722.745	899.185	976.396	1.246.328	1.352.941	1.887.129	1.928.467	1.893.402	1.895.648	1.646.781	1.695.992	1.886.750	1.762.513
Outubro	893.742	935.397	995.251	1.265.706	1.429.986	1.756.835	1.887.254	1.862.156	1.878.024	1.757.313	1.761.888	1.898.508	1.938.997
Novembro	730.762	917.772	1.002.897	1.215.094	1.339.712	1.813.136	1.863.908	1.867.001	1.793.755	1.701.138	1.933.033	1.760.887	
Dezembro	816.723	945.868	1.061.794	1.261.129	1.529.645	1.956.318	1.922.997	1.931.202	1.807.610	1.772.645	2.007.651	1.922.268	
<b>Total do ano</b>	<b>8.318.263</b>	<b>10.423.687</b>	<b>11.667.777</b>	<b>14.600.259</b>	<b>16.956.203</b>	<b>20.564.837</b>	<b>22.404.067</b>	<b>21.957.046</b>	<b>22.471.749</b>	<b>20.403.724</b>	<b>21.460.066</b>	<b>22.695.052</b>	<b>18.870.281</b>

Fonte: ANP - Boletim Mensal de Produção, conforme o Decreto n.º 2.705/98.  
 Notas: Inclui o LGN que será separado nas UPNGs (Unidades de Processamento de Gás Natural).  
 LGN: líquido de gás natural (GPN e C). Não inclui condensado.

(bep) = barril equivalente de petróleo.

(n/d) = não disponível.

Dados atualizados em 03 de dezembro de 2012.

<sup>1</sup>Variação percentual do somatório dos valores desde o mês de janeiro até um determinado mês do ano de 2012, em relação ao somatório do mesmo período do ano de 2011.





SERVIÇOS E BENS  
NOS ECOSISTEMAS



# SERVIÇOS E BENS FORNECIDOS PELOS ECOSISTEMAS: CONSERVAÇÃO DA NATUREZA COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO<sup>1</sup>

Habib Jorge Fraxe Neto<sup>2</sup>

## Resumo

A conservação da natureza é um dos pilares do desenvolvimento econômico e a valoração de bens e serviços fornecidos pelos ecossistemas aponta impactos positivos de ações conservacionistas. Como valorar pode implicar precificar, essas estimativas devem ser analisadas de forma crítica e a implementação de políticas públicas requer adequada regulação, em especial se esses bens forem incorporados à dinâmica dos mercados financeiros. O marco legal brasileiro aponta para o uso racional desses recursos, em vez da manutenção de uma natureza intocada. Considerando-se as características da agropecuária e seu avanço sobre áreas de vegetação natural, o aumento da eficiência agrícola e a institucionalização de políticas fundiárias robustas, associadas a medidas de comando e controle, contribuiriam significativamente para a manutenção do patrimônio genético abrigado pelas matas ainda existentes. Quanto às áreas protegidas, ainda que seja o líder mundial em biodiversidade, o Brasil precisa superar a precariedade das unidades de conservação criadas e promover a proteção de regiões prioritárias. No campo do desenvolvimento biotecnológico, há enorme potencial de geração de divisas, em especial por meio da produção de propriedade intelectual. Para tanto, é preciso fomento consistente à inovação nesse setor e atualização do marco regulatório doméstico sobre acesso e repartição de benefícios pela utilização de recursos genéticos.

**Palavras-chave:** Conservação da natureza. Biodiversidade. Acesso e repartição de benefícios. Patrimônio genético.

<sup>1</sup> Agradecemos pelas contribuições de Júlio César Roma, Técnico de Planejamento e Pesquisa em Sustentabilidade Ambiental do Ipea e de Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Consultor Legislativo do Senado Federal.

<sup>2</sup> Bacharel e Mestre em Ciências Biológicas pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Meio Ambiente do Núcleo Social.

## 1. INTRODUÇÃO

A história da espécie humana, desde os estágios de caçadores-coletores até o processo de urbanização que atraiu para as cidades as populações rurais, está irremediavelmente vinculada aos recursos naturais e aos serviços prestados pelo meio ambiente. As economias sustentam-se ou não a depender do adequado manejo desses bens e serviços, a exemplo da ciclagem de nutrientes, da estabilidade dos solos, da regulação no regime das águas e da utilização de recursos genéticos.

No Brasil, a polarização entre desenvolvimento econômico e proteção da natureza por vezes radicaliza o debate sobre políticas públicas. Estampadas em jornais, imagens aéreas das máquinas que colhem soja para exportação ilustram manchetes que associam a atividade à devastação das florestas, equiparando agricultores a destruidores da natureza. Por outro lado, o movimento mundial em defesa de modelos de desenvolvimento que considerem os limites naturais do Planeta é julgado, eventualmente por parcela considerável da sociedade, como influência externa em prejuízo aos interesses nacionais.

Essas visões radicais com frequência desconsideram dados objetivos sobre a racionalidade inerente ao valor da natureza, dados esses que atestam ser a diversidade biológica um fundamento para o desenvolvimento e a melhoria da qualidade de vida intergeracional, conforme art. 225 da Constituição da República. No âmbito internacional, o estudo intitulado A

*Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade* (na sigla em inglês, TEEB<sup>3</sup>) aponta a importância de se incorporar variáveis ecológicas às políticas públicas, dada a dependência direta de bilhões de pessoas aos recursos naturais, base da segurança alimentar e de todas as atividades econômicas.

O presente texto apresenta a conservação da natureza como estratégia de desenvolvimento. Para tanto, divide-se em cinco seções. A primeira seção apresenta os fundamentos da economia dos ecossistemas e da biodiversidade. A segunda descreve como o marco legal brasileiro privilegia um conceito de conservação como uso racional da natureza, em vez de natureza intocada. Na terceira seção, apresentam-se oportunidades e desafios associados à liderança brasileira em riqueza biológica. A quarta seção resume as principais políticas de conservação dos recursos naturais, com enfoque para os benefícios vinculados aos serviços ambientais prestados. Finalmente, a última seção apresenta conclusões articuladas.

## 2. A ECONOMIA DOS ECOSISTEMAS E DA BIODIVERSIDADE

Desde 2007, a partir de iniciativa dos países componentes do G8, além de Brasil, China, Índia, México e África

<sup>3</sup> *The Economics of Ecosystems and Biodiversity*, versão em português do relatório preliminar disponível em [http://www.teebtest.org/wp-content/uploads/Study%20and%20Reports/Additional%20Reports/Interim%20report/TEEB%20Interim%20Report\\_Portuguese.pdf](http://www.teebtest.org/wp-content/uploads/Study%20and%20Reports/Additional%20Reports/Interim%20report/TEEB%20Interim%20Report_Portuguese.pdf) (acesso em 6/11/12).



do Sul, tem-se desenvolvido o estudo denominado *A Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade (TEEB)*, como parte da Iniciativa de Potsdam<sup>4</sup> para proteção da biodiversidade. O estudo analisa valores econômicos dos bens e serviços ecossistêmicos, com o objetivo de incorporá-los ao processo decisório em políticas públicas. Tais serviços são definidos como externalidades<sup>5</sup> ambientais positivas proporcionadas pela natureza. Diante da crescente escala de degradação dos ecossistemas, o TEEB propõe mudanças fundamentais na forma como a sociedade valoriza esses bens (por exemplo, água) e serviços (por exemplo, recarga natural de aquíferos), que em geral são públicos, sem mercados nem preços estabelecidos. Logo, sua regulação é de extrema complexidade, mesmo quando próximos à exaustão. As principais dificuldades associam-se à insuficiência de incentivos para que indivíduos ou grupos protejam o meio ambiente. Além disso, os serviços ambientais são comumente prestados de forma gratuita, a exemplo da ciclagem de nutrientes e da consequente fertilização dos solos. Assim, a perda ou degradação desses serviços com frequência não é assimilada pelo sistema vigente de incentivos econômicos.

<sup>4</sup> A iniciativa resultou da reunião entre ministros do meio ambiente de países do G8, ocorrida em Potsdam, na Alemanha, em março de 2007. Foram estabelecidas metas, destacando-se avaliações sobre o impacto econômico da perda da diversidade biológica e sobre padrões de produção e consumo. Essas avaliações fundamentam o TEEB.

<sup>5</sup> Externalidade, em economia, é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomam parte da ação. Ocorre sempre que um agente causa uma perda (ou um ganho) de bem-estar em outrem, sem que haja compensação dessa perda (ou ganho).

Um dos casos mais críticos é o esgotamento de estoques de pescado marinho, decorrente da exploração excessiva, na ausência ou insuficiência de políticas de regulação. Apenas 0,5% do alto mar encontram-se em áreas marinhas protegidas, enquanto estimativas apontam que conservar 20 a 30% dos oceanos criaria milhões de empregos e possibilitaria receitas anuais de US\$ 70 a 80 bilhões. Centenas de estudos concluem que, a partir da proteção às matrizes (peixes adultos) proporcionada pelas zonas de exclusão pesqueira, observa-se um aumento significativo das populações, mesmo em áreas lindeiras a essas zonas. O fato é que a contínua diminuição dos estoques de pescado poderia ser revertida a partir de políticas públicas adequadas para manejo. Devido à precariedade dessas medidas, na maior parte do mundo houve uma redução de até 90% na massa total de peixes comercialmente exploráveis, desde que se iniciou a pesca industrial.

No Brasil, 2012 foi um dos piores anos para os pescadores artesanais de lagosta, o que atesta problemas no manejo do esforço de pesca e o agravamento da captura predatória. Tais problemas foram recentemente reforçados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 1.404/2012<sup>6</sup>, ao relatar que cerca de *80% dos principais recursos pesqueiros nacionais encontram-se plenamente explorados, sobrepescados, esgotados ou em processo de recupera-*

<sup>6</sup> Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2011-05-25;1404> (acesso em 6/11/12)

ção. O prejuízo social de políticas deficientes de regulação será relevante, já que no Brasil a atividade gera aproximadamente 850 mil empregos, com 75% desses trabalhadores na pesca artesanal. O Acórdão avaliou a gestão de recursos pesqueiros e indicou problemas institucionais e incertezas nas informações que subsidiam a formulação de políticas de gestão pesqueira.

Ao considerar a fragilidade institucional e a precariedade de dados confiáveis como determinantes para o fracasso das políticas públicas conservacionistas, o TEEB objetiva disponibilizar tais informações aos tomadores de decisão a nível global, regional e local. Assim, as avaliações monetárias apresentadas, ainda que não consigam contabilizar a totalidade do valor dos serviços ecossistêmicos, buscam incorporar as externalidades positivas e negativas associadas às atividades humanas.

O País participa do estudo por meio do projeto *A Economia de Ecossistemas e da Biodiversidade no Brasil* (TEEB Brasil), integrado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com o Ministério do Meio Ambiente (MMA), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Conservação Internacional. Recentemente, o IPEA divulgou estudo sobre produtividade do trabalho, evolução da produção e do emprego no período de 2000 a 2009, com dados indicando que os setores mais destacados – agropecuária e indústria extrativa – dependem do uso intensivo de recursos naturais e,

portanto, dos serviços prestados pelos ecossistemas. O TEEB Brasil reflete os objetivos do projeto internacional, no sentido de incorporar o valor desses bens e serviços nas decisões sobre políticas públicas. Encontra-se na fase de análise da literatura de valoração da biodiversidade produzida no País, com o objetivo de identificar lacunas de conhecimento e de definir estudos originais que precisarão ser realizados<sup>7</sup>.

Algumas ressalvas devem ser feitas sobre a valoração econômica de bens oriundos da natureza, ao menos no caso da comoditização desses produtos. Uma das principais críticas baseia-se em análises sobre os impactos da conversão de ativos naturais em derivativos financeiros. Pois onde há valor, há dinheiro a ser ganho por meio de especulação. A título de exemplo, em 1991, criou-se nos EUA um produto de investimento com base em 24 recursos naturais, incluindo energia e *commodities* agrícolas, denominado *Índice de Commodities do Goldman Sachs* (GSCI, na sigla em inglês). Com a desregulamentação do mercado futuro de *commodities* pelo governo americano, em 1999, os bancos passaram a atuar com uma liberdade de negociação antes restrita aos setores diretamente relacionados à produção agrícola. Entretanto, em vez de adotarem contratos futuros – forma tradicional de negociação de

<sup>7</sup> Roma, Júlio César. *A Economia de Ecossistemas e da Biodiversidade no Brasil*. Revista Desafios do Desenvolvimento, nº 72, 2012, p. 17. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília-DF. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2748:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2748:catid=28&Itemid=23) (Acesso em 8/11/12).

*commodities* agrícolas, e que sustentou a expansão da agricultura ao longo do século XX – vários bancos moldaram os derivativos agrícolas como um mercado de ações.

Em decorrência das crises da década de 2000, esses investimentos cresceram vertiginosamente. O mercado futuro de *commodities* agrícolas, que se situava em um patamar anual de US\$ 13 bilhões em 2003, atingiu US\$ 318 bilhões entre janeiro e julho de 2008. Isso porque, a partir da crise de 2008, os derivativos criados apresentavam-se como um lugar seguro para recursos oriundos, entre outros, de fundos de pensão e de fundos soberanos. O novo influxo gerado fundamentou-se em uma bolha especulativa e determinou parte considerável do aumento dos insumos agrícolas e de quase 80% no preço mundial de alimentos, de 2005 a 2008. Banqueiros e especuladores posicionaram-se, assim, *no topo da cadeia alimentar*. Por outro lado, a alta explica o ingresso, em 2008, de 250 milhões de pessoas em situação de vulnerabilidade alimentar – sujeitos à fome – classificação que então alcançou 1 bilhão de pessoas, segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO)<sup>8</sup>.

A água talvez seja o ativo natural mais crítico, considerando-se a previsão de que, em 2035, 3 bilhões de pessoas estarão sujeitas a *stress* hídrico, caso mantidas as condições

<sup>8</sup> *How Goldman Sachs Created the Food Crisis*, por Frederic Kaufman. Foreign Policy, 27/11/11. Disponível em [http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/04/27/how\\_goldman\\_sachs\\_created\\_the\\_food\\_crisis?page=0,1](http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/04/27/how_goldman_sachs_created_the_food_crisis?page=0,1) (Acesso em 28/11/12).

atuais de disponibilidade e gestão. Encontra-se em curso uma tendência mundial para precificação de seu valor e é fundamental que se evite o rumo acima mencionado para o caso dos alimentos. Nesse sentido, há diversos exemplos de valoração desse bem sem convertê-lo em *commodity*, como nas previsões da Política Nacional de Recursos Hídricos, de cobrança pelo uso outorgado para aplicação em projetos que preservem a bacia hidrográfica de onde foi extraída a água utilizada.

Portanto, a valoração econômica da natureza deve ser avaliada com um olhar crítico, em especial se a atribuição de valor serve à comoditização e à criação de derivativos financeiros, como no exemplo dos alimentos. Ainda mais importante, a precificação desses bens e serviços exige mecanismos de regulação, de modo a torná-la um instrumento de proteção ambiental e de promoção da dignidade humana, em vez de mera forma de lucro aos mercados financeiros, em prejuízo à justiça social, um dos pilares do desenvolvimento sustentável.

Feitas essas ressalvas, destacam-se os seguintes estudos de caso, que associam impactos econômicos dos serviços prestados pela natureza, apresentados no relatório do TEEB direcionado a formuladores de políticas públicas<sup>9</sup>:

- Na Costa Rica, a presença de agentes polinizadores que habitam flo-

<sup>9</sup> Disponível em <http://www.teebtest.org/teeb-study-and-reports/main-reports/local-and-regional-policy-makers/> (acesso em 6/11/12).

restas nativas incrementa em 20% as colheitas de café e melhora a qualidade do produto nas fazendas localizadas a menos de 1 km dessas matas. O valor econômico do serviço prestado fica em torno de US\$ 395 por hectare a cada ano, o que equivale a 7% da receita das fazendas pesquisadas;

- Áreas protegidas fornecem água para abastecimento humano em cidades como Rio de Janeiro, Tóquio e Nova Iorque. De fato, um terço das cem maiores cidades do mundo dependem da água fornecida a partir de florestas localizadas em unidades de conservação, a um custo significativamente menor em comparação com outras formas de abastecimento (como sistemas de tratamento e descontaminação de cursos hídricos que recebem efluentes de atividades humanas). Em Nova Iorque, o custo de preservação dos mananciais hídricos da bacia de *Catskills*, que fornece água para consumo humano da metrópole, é de US\$ 1 a 1,5 bilhão. O abastecimento a partir um sistema de tratamento custaria entre US\$ 6 e 8 bilhões, além de US\$ 300 a 500 milhões anuais para operação do sistema;
- Importantes áreas da economia têm crescido com a criação de áreas protegidas, que já cobrem cerca de 14% da superfície da Terra. O ecoturismo é a área mais dinâmica da indústria de turismo e as despesas de turistas com a atividade crescem 20% ao ano, segundo a Organização Mundial de Turismo. Nos Estados Unidos da América (EUA), ativida-

des de turismo associadas à natureza responderam por aproximadamente 1% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2006, totalizando US\$ 122 bilhões, de acordo com o Serviço de Pesca e Vida Selvagem.

Os impactos econômicos de medidas conservacionistas podem ser ainda maiores, a depender da realidade socioeconômica da região investigada. Para populações rurais de baixa renda, os serviços prestados pela biodiversidade são essenciais, devido à sua dependência direta desses recursos locais como alimento, abrigo, medicamento e energia. Do mesmo modo, o custo associado a prejuízos pela degradação é maior para essas pessoas, que encontram sua sobrevivência em atividades como agricultura de subsistência, criação de animais, pesca e extrativismo informal. A FAO corrobora essa realidade, ao informar que 70% das populações de baixa renda sem condições adequadas de alimentação – pessoas que passam fome – encontram-se em áreas rurais do planeta.

Conquanto avaliações como as apresentadas pelo TEEB ainda integrem campos marginais das ciências econômicas, estudos desse tipo tendem a tornar-se cada vez mais robustos. Afinal, manter e explorar a natureza são fatores intrínsecos ao funcionamento das economias e à sobrevivência de bilhões de pessoas. De fato, no caso brasileiro o conceito de conservação vincula-se ao uso racional e não à manutenção de uma natureza intocada, conforme trataremos na próxima seção.

### 3. CONSERVAR IMPLICA USO RACIONAL

Os princípios ambientais definidos art. 225 da Constituição da República determinam o equilíbrio intergeracional do meio ambiente e o dever imposto ao Poder Público de preservar os processos ecológicos essenciais, proteger a diversidade genética e definir espaços protegidos. Tais princípios já haviam sido previstos pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e que no art. 1º definiu como uma de suas finalidades **assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico**. Os princípios constitucionais foram reforçados por meio da Lei nº 9.985, de 15 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei do SNUC) e trouxe a definição de conservação da natureza no art. 2º, inciso II:

**Art. 2º**.....  
.....

II – conservação da natureza: o **manejo do uso humano da natureza**, compreendendo a preservação, a manutenção, a **utilização sustentável**, a restauração e a recuperação do ambiente natural, para que possa produzir o **maior benefício, em bases sustentáveis**, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e **garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral**. (Grifamos)

O marco constitucional e legal determina, portanto, o uso e o manejo da natureza de forma racional, com vistas ao desenvolvimento econômico e social. Ao mesmo tempo, deve-se manter o equilíbrio do meio ambiente entre as gerações, o que reflete o conceito de desenvolvimento sustentável, que se apóia no tripé justiça social, fortalecimento da economia e preservação dos recursos naturais.

Assim, conservação significa o manejo no uso dos recursos do meio ambiente, de modo a manter estáveis os sistemas naturais. Um exemplo pode ser encontrado no caso das culturas de grãos, que em geral envolvem modernas atividades agrícolas e benefícios econômicos da utilização de métodos adaptados aos trópicos, como o plantio direto<sup>10</sup>. Nos cerrados do Piauí, os custos de reposição de fertilizantes e de controle de erosão para as propriedades que utilizaram esse tipo de plantio, na safra de soja 2007/2008, foram cerca de 6% menores que os custos no plantio convencional. Esse é um serviço prestado pelo manejo racional de um agroecossistema, que resulta em melhoria na estrutura do solo e na produtividade agrícola, com menores despesas de fertilização, decorrentes da dinamização na ciclagem dos nutrientes<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cultivo conservacionista em que se busca manter o solo sempre coberto por plantas em desenvolvimento e por resíduos vegetais, com a finalidade de protegê-lo da erosão, de potencializar a ciclagem de nutrientes e de aumentar sua capacidade de retenção de água.

<sup>11</sup> Dantas, K. P. e Monteiro, M. S. L. (2010). Valoração econômica dos efeitos internos da erosão: Impactos da Produção de Soja no Cerrado Piauiense. Revista de Economia e Sociologia Rural, Vol. 48, nº 4, pp. 619-633. Piracicaba/ SP.

Nas próximas décadas, um dos maiores desafios será atender a demanda por alimentos sem comprometer a integridade dos sistemas naturais. A agropecuária é, portanto, um dos campos mais promissores em termos de intensificação dessas práticas. Entretanto, a modernidade agrícola mencionada no caso do plantio direto da soja convive com um histórico de ineficiência no campo. Nossa história econômica tem sido marcada, ao menos em parte considerável das atividades agrícolas, por práticas rudimentares perpetuadas até os dias atuais. De fato, enquanto nos séculos XVIII e XIX disseminava-se o uso do arado movido a vapor, no Brasil abria-se a terra da forma mais primária, na força do braço e da enxada, como hoje ainda se faz em muitos rincões da agricultura de subsistência. Além disso, a limpeza da terra pela coivara foi prática agrícola copiada dos indígenas pelos colonizadores portugueses, desde o século XVI<sup>12</sup>. Em pleno século XXI, devem-se enfrentar as causas da utilização de técnica tão ineficiente, que acarreta a literal combustão de nossa diversidade biológica.

Reforçam-se esses fatos para argumentar que o debate acerca de políticas de conservação e de seu suposto prejuízo sobre atividades econômicas – mormente agrícolas – deveria considerar em primeiro plano as principais características da ocupação de terras. A expansão da fronteira agrícola tem resultado na instalação de grandes extensões de propriedades dedicadas

à pecuária (pastagens) de baixa produtividade, que ocupam 211 milhões de hectares e representam 25% das terras brasileiras (e 76% da área ocupada pela agropecuária). A adoção de técnicas mais eficientes propiciaria o aumento da produtividade média de 1,14 (produtividade atual) para 1,5 cabeças por hectare. Em torno de 69 milhões de hectares hoje dedicados à pecuária de baixa produtividade poderiam ser incorporados ao estoque de terras agrícolas<sup>13</sup>, em benefício da preservação de matas nativas e do seu respectivo repositório de patrimônio genético.

Toma-se o caso da pecuária extensiva apenas para indicar caminhos da conservação. Vários trabalhos científicos apontam ser a atividade tanto uma causa como uma consequência do desmatamento. Na Amazônia, a pecuária ocupa em torno de 60% da área desmatada e é considerada o principal vetor associado ao desmatamento. Várias pesquisas associaram a alta dos preços da carne e da soja com o aumento nas taxas de desmatamento (ou seja, a existência de uma relação causa-efeito). Contudo, desde 2008 observa-se que, mesmo com a alta no preço das commodities agrícolas, as taxas de desmate têm diminuído, o que seria resultado de ações governamentais coordenadas de controle e fiscalização<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sparovek, G., Barreto, A., Klug, I. e Papp, L. (2010). A Revisão do Código Florestal Brasileiro, Novos Estudos vol. 88, pp. 181-205. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), São Paulo/ SP.

<sup>14</sup> *Avaliação do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PP-CDAm)*, 2010. Elaborado, a pedido do MMA, pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (Cepal), pela Cooperação Alemã para o Desenvolvi-

<sup>12</sup> Prado Júnior, Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.



Além dessas influências, a etapa inicial da ocupação de florestas nativas públicas ou privadas – e da consequente perda ou degradação desses ambientes naturais –, estaria vinculada ao apossamento de terras devolutas e à precariedade de cadastro e efetiva regulação da propriedade da terra. A situação se agrava no caso da Amazônia, onde políticas fundiárias adequadas contribuiriam para atenuar os índices de perda da biodiversidade decorrentes do desmatamento, atividade diretamente associada à especulação imobiliária, devido à valorização do preço da terra desmatada<sup>15</sup>.

Portanto, se pelo conceito legal conservar implica uso racional dos recursos naturais (e não natureza intocada), ao menos no caso da agropecuária esperam-se avanços que assegurem o manejo sustentável dos bens e serviços prestados pelos ecossistemas. Ganha relevo a necessidade de fortalecimento institucional, com destaque para a governança fundiária e a disseminação de tecnologias que propiciem maior produtividade, assim como assistência técnica adaptada à agricultura tropical. Disso pode resultar a manutenção do considerável estoque de ecossistemas ainda existentes: cerca de 85% da Amazônia, 51% do Cerrado e 88% do Pantanal, os biomas mais preservados.

Esse talvez seja o maior patrimônio natural a ser conservado em nome do Princípio da Precaução e em respeito às próximas gerações, que esperamos conseguirão implementar o conceito de uso racional preconizado pelas normas ambientais.

A despeito desses desafios em produtividade e eficiência, o Brasil tem o potencial de consolidar-se como um dos países com maior capacidade biológica do planeta. Considerando que a biologia e as ciências a ela associadas ocupam a vanguarda do avanço econômico e científico – em áreas como biotecnologia<sup>16</sup> para fins medicinais e alimentares, produção de energia e genética humana – o País só terá a lucrar com esse protagonismo.

#### 4. DIVERSIDADE BIOLÓGICA E DESENVOLVIMENTO

O Brasil lidera a lista dos 17 países megadiversos<sup>17</sup>, as nações com maior número de espécies animais e vegetais. De acordo com estimativas da Organização das Nações Unidas, o País detém de 15% a 20% da diversidade biológica da Terra<sup>18</sup>. Além disso, na escala global, possui o maior número de espécies endêmicas, ou seja, de plantas e animais que só ocorrem

mento por meio da Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Disponível em [http://www.eclac.org/ddsah/publicaciones/sinsigla/xml/7/45887/IPEA\\_GIZ\\_Cepal\\_2011\\_Avaliacao\\_PP-CDAm\\_2007-2011\\_web.pdf](http://www.eclac.org/ddsah/publicaciones/sinsigla/xml/7/45887/IPEA_GIZ_Cepal_2011_Avaliacao_PP-CDAm_2007-2011_web.pdf) (acesso em 14/12/2012).

<sup>15</sup> Bastiaan P. Reydon (2011). O desmatamento da floresta amazônica: causas e soluções. In *Política Ambiental vol. 8*, pp. 143-154. Conservação Internacional, Belo Horizonte/MG.

<sup>16</sup> Conjunto de tecnologias que utilizam sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados em produtos e processos para usos específicos (médicos, industriais, agrícolas, alimentares, etc.).

<sup>17</sup> Conforme Mittermeier *et al.* (1997), em ordem de riqueza de espécies, os países megadiversos são: Brasil, Indonésia, Colômbia, México, Austrália, Madagascar, China, Filipinas, Índia, Peru, Papua Nova Guiné, Equador, EUA, Venezuela, Malásia, África do Sul e Congo.

<sup>18</sup> Dados disponíveis em <http://www.cbd.int/countries/?country=br> (Acesso em 22/10/12)

no território nacional, o que serve como um indicador da singularidade desses recursos genéticos. Abriga ainda a maior extensão de florestas tropicais do planeta. A variedade de climas, relevos e vegetações se reflete na riqueza de biomas e, consequentemente, na exuberância de nossa diversidade biológica e do valor associado a esse patrimônio.

A título de exemplo, os recursos genéticos de plantas endêmicas do Cerrado podem ser a resposta para cultivares agrícolas mais adaptados às condições climáticas das savanas<sup>19</sup>. Em 2012, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as lavouras dos cerrados brasileiros devem responder por quase 45% da produção nacional de cereais, leguminosas e oleaginosas. Assim, por meio da biotecnologia, os genes das plantas nativas desse bioma podem determinar o aumento da produtividade e a adaptação de cultivares, considerando cenários de mudanças climáticas.

A importância de recursos genéticos obtidos a partir de componentes da biodiversidade deriva, por exemplo, do potencial de criação de cultivares agrícolas mais produtivos ou de novos fármacos sintetizados a partir de produtos naturais. De fato, das moléculas descobertas desde 1940 em pesquisas de remédios contra o câncer, em torno de 50% originaram-se de produtos da natureza ou deles deriva-

<sup>19</sup> A savana é um tipo de ecossistema típico de regiões tropicais, com marcada estação seca. O Cerrado, considerado o segundo bioma brasileiro em biodiversidade, apresenta vastas porções de savana estépica – com formas campestres abertas – e formações vegetais mais densas, como a floresta ombrófila densa.

dos. Na área de medicamentos contra infecções, há acentuada dependência da estrutura molecular obtida a partir de recursos genéticos<sup>20</sup>. Estima-se que cerca de 30% de todos os fármacos hoje disponíveis derivam de fontes naturais<sup>21</sup>, fatia considerável de um setor com volumes anuais de US\$ 640 bilhões (valor estimado para o mercado mundial de medicamentos), de acordo com dados do Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Quanto ao aspecto institucional, o País destaca-se na proteção à biodiversidade, com *uma das mais fortes capacidades do mundo em ciência da conservação*, capital humano fundamental para contrapor a acelerada degradação de ambientes naturais<sup>22</sup>. Nesse sentido, tem construído tais políticas públicas em bases científicas, já que os próprios cientistas em biologia da conservação atuam como profissionais no Governo e na iniciativa privada. A crescente qualidade e quantidade de artigos científicos publicados por pesquisadores brasileiros em periódicos internacionais sobre conservação atesta esse fortalecimento institucional.

Contudo, ainda que a publicação científica brasileira ocupe espaço cada vez mais relevante, essa base

<sup>20</sup> *Journal of Natural Products*, 2007, Vol. 70, No. 3, pp. 467-477. Publicado pela *American Chemistry Society and American Society of Pharmacognosy*.

<sup>21</sup> Levin, S.; Pacala, S. Ecosystem dynamics. In: *Maler, K.; Vincent, J. (Org.). Handbook of environmental economics*. v. 1, p.62-90. Elsevier Science B.V., 2003.

<sup>22</sup> Lovejoy, T. O Brasil em foco. *Megadiversidade*, v. 1 (1), pp. 5-6, 2005. Disponível em <http://www.conservacao.org/publicacoes/megadiversidade01.php> (acesso em 8/11/12).

de conhecimentos não tem sido convertida em patentes e invenções em campos correlatos. Apenas 1,7% das empresas brasileiras *inovam e diferenciam produtos*, ficando a cargo das universidades a maior parte da pesquisa realizada nas principais áreas biotecnológicas: agricultura, pecuária, saúde humana e animal. Produtos da biotecnologia ocupam a base da cadeia produtiva em vários setores e representam cerca de 2,8% do PIB. Portanto, há enorme potencial de pesquisa e desenvolvimento a partir de recursos genéticos endógenos<sup>23</sup>.

Como o País poderia se diferenciar na utilização de sua riqueza biológica e que arcabouço normativo-institucional proporcionaria adequada segurança jurídica ao fortalecimento econômico de atividades associadas a bens e serviços proporcionados pelos ecossistemas? Esses temas merecem análise à luz das regras estabelecidas pela CDB, cujos princípios alicerçam as políticas brasileiras em biodiversidade. São os temas da próxima seção.

## 5. POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO DA NATUREZA

A CDB foi ratificada por meio do Decreto nº 2.519, de 26 de março de 1998, e vigora com estatura de lei ordinária. Seus três objetivos, previstos no art. 1º, tem sido implementados no País,

<sup>23</sup> Biotecnologia 2008-2025: Relatório Final da Iniciativa Nacional de Inovação. Elaborado pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) e publicado pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), em 2010. Disponível em <http://www.abdi.com.br/Estudo/Estudo%20Prospectivo%20Biotecnologia.pdf> (Acesso em 13/11/12)

gradual e continuamente. Os dois primeiros objetivos – conservação e uso sustentável da biodiversidade – em geral implicam custos para os países provedores dessa riqueza natural. O Brasil, por exemplo, destaca-se na criação de unidades de conservação, medida que exige recursos significativos dos entes da Federação. O terceiro objetivo da Convenção é a repartição dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos, por meio de instrumentos como o acesso a tais recursos e a transferência de tecnologias. Cada um desses objetivos se traduz nas principais políticas públicas conservacionistas, destacando-se o SNUC e o marco regulatório de acesso e repartição de benefícios pela utilização de recursos da biodiversidade e do conhecimento tradicional a ela associado.

### 5.1. Unidades de conservação

A criação e efetiva implementação de unidades de conservação (UCs) federais, estaduais e municipais é uma das mais importantes estratégias para proteção do patrimônio genético, dos serviços ambientais e dos ecossistemas que os abrigam. A Lei do SNUC dispõe sobre esses espaços territoriais protegidos, previstos no art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição da República, e estabelece dois grupos de UCs, a depender do uso de seus recursos naturais. No grupo de proteção integral, admite-se apenas o uso indireto<sup>24</sup>, à exceção dos casos

<sup>24</sup> O SNUC define como uso indireto *aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais*. E como uso sustentável a *exploração*

previstos na própria Lei do SNUC. No grupo das unidades de uso sustentável, pode haver o uso direto – que envolve coleta e uso, comercial ou não – de parte desses recursos.

Uma análise realizada pelo IPEA<sup>25</sup> acerca da implementação de UCs federais e estaduais nos biomas continentais apresenta dados sobre graus de conservação da vegetação nativa e representatividade, em extensão territorial, dos dois grupos previstos no SNUC (Tabela 1). A não inclusão de UCs municipais explica-se pela inexistência de dados consolidados.

O estudo reforça que a *área e o nível de fragmentação da vegetação nativa são também indicativos do estado de conservação dos biomas*, assim como do nível de proteção dos respectivos bens e serviços ambientais. A Amazônia destaca-se com aproximadamente 27% de sua área inserida em UCs estaduais e federais, 60% delas criadas a partir de 2001. Dado o seu histórico de ocupação, o fato de ali viverem 61% da população brasileira e as atividades econômicas desenvolvidas nos Estados que a integram, a Mata Atlântica é o bioma menos preservado. Em contraste, o Pantanal é o bioma com maior extensão relativa de vegetação nativa. À exceção da

*do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.*

<sup>25</sup> Roma, J. C.; Viana, J. P.; Fraxe Neto, H. J.; Saccaro Jr., N. L. O Estado da Biodiversidade – Parte 2: Biomas brasileiros. Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano. Série: Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2010, v. 7, pp. 75-127.

Amazônia, observa-se o baixo grau de implementação das unidades de conservação. Além disso, a maior parte das UCs enquadra-se no grupo de uso sustentável, em que são menores as restrições de uso econômico.

A contribuição econômica das unidades de conservação foi avaliada pelo PNUMA e pelo *World Conservation Monitoring Center* (WCMC)<sup>26</sup>, em parceria com o MMA. Destacam-se as seguintes estimativas:

- As concessões florestais em florestas nacionais e estaduais na Amazônia poderiam gerar de R\$ 1,2 a 2,2 bilhões ao ano;
- A produção de borracha e castanha-do-pará em reservas extrativistas analisadas resulta em torno de R\$ 60 milhões anualmente, valores que seriam *ampliados significativamente caso as unidades de conservação produtoras recebam investimentos para desenvolver sua capacidade produtiva*;
- Em reforço à informação já mencionada neste estudo sobre o potencial do ecoturismo em áreas protegidas, as atividades de visitação em UCs teriam o potencial de gerar até R\$ 1,8 bilhão ao ano;
- As UCs evitaram a emissão de *pelo menos 2,8 bilhões de toneladas de carbono*<sup>27</sup>;

<sup>26</sup> Medeiros, R.; Young, C.; Pavese, H. B. & Araújo, F. F. S. (2011). Contribuição das Unidades de Conservação Brasileiras para a Economia Nacional: Sumário Executivo. Brasília: UNEP-WCMC, 44 p.

<sup>27</sup> O estudo, publicado em 2011, apresenta o valor monetário de R\$ 96 bilhões correspondente à quantidade de carbono não emitido, com base em estimativas conservadoras de R\$ 34,00 por tonelada

Tabela 1 – Extensões dos biomas brasileiros, de sua vegetação nativa remanescente e das unidades de conservação neles inseridos

Bioma	Extensão (em Km <sup>2</sup> ) e percentual do território nacional	Vegetação nativa, em Km <sup>2</sup> (percentagem do bioma)	UCs de proteção integral, em Km <sup>2</sup> (percentagem do bioma)	UCs de uso sustentável, em Km <sup>2</sup> (percentagem do bioma)
Amazônia	4.196.943 (49%)	3.595.212 (85%)*	400.000 (9,5%)	720.000 (17,2%)
Cerrado	2.036.448 (23,8%)	1.049.585 (51,5%)**	59.000 (2,9%)	107.000 (5,3%)
Mata Atlântica	1.110.182 (13,04%)	87.704 a 126.560 (7,9 a 11,4%)***	24.000 (2,2%)	73.000 (6,6%)
Caatinga	844.453 (9,9%)	443.121 (53,6%)**	9.000 (1,1%)	53.000 (6,3%)
Pampa	176.496 (2,06%)	72.893 (41,3%)**	1.600 (0,9%)	3.210 (1,8%)
Pantanal	150.355 (1,76%)	132.915 (88,4%)**	4.400 (2,9%)	-

Fonte: IPEA (2010), com adaptações pelo autor; \* Dados de 2002; \*\* Dados de 2008; \*\*\* Estimativas da SOS Mata Atlântica e Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), em 2009: a estimativa de 7,9% considera apenas fragmentos florestais maiores que 100 ha, enquanto a de 11,4% incorpora todos os fragmentos a partir de 3 ha.

- 9% da água para consumo humano no Brasil é captada diretamente no interior de UCs. É o caso inclusive da capital do País, em que a situação assume ares de segurança nacional, já que toda a água captada no interior do Parque Nacional de Brasília destina-se ao abastecimento do Plano Piloto, onde encon-

tram-se os núcleos civis e militares do poder federal.

Estamos ainda nos primórdios da valorização econômica associada às UCs, cuja importância extravasa os limites continentais. O mapa dos biomas brasileiros, publicado pelo IBGE, fundamentou-se em critérios de classificação da vegetação para estabelecer os limites entre esses ecossistemas e, desse modo, não contemplou a extensa área marinha. O MMA, contudo, incorporou a Zona Costeira e Marinha como o sétimo bioma. A Zona Costeira, considerada patrimônio nacional pela Constituição da República, abriga cerca 22% da população do país e concentra atividades econômicas fundamentais para o desenvolvimento, destacando-se a exploração

de carbono, acrescido de uma *taxa de aluguel* anual arbitrada em 3% ou 6% do valor do estoque total, correspondente ao serviço ambiental de regulação climática promovida pelo desmatamento evitado. Este autor apresenta as seguintes ressalvas quanto ao valor estimado: 1) o valor da tonelada de carbono oscila à mercê dos mercados e, em 27 de novembro de 2012, foi negociado por aproximadamente R\$ 19,00 no Mercado de Câmbio de Energia da Europa (EEX, da sigla *European Energy Exchange*); 2) ao contrário de mecanismos como o MDL (Mecanismo de Desenvolvimento Limpo), o desmatamento evitado ainda não foi incorporado formalmente como instrumento da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e, portanto, a conversão monetária de toneladas de carbono mantidas pelas UCs só se daria em mercados não regulados pela Convenção.

petrolífera, as atividades portuárias, a pesca artesanal e industrial e o turismo, dentre outras. A despeito de sua importância como sustentáculo para tais atividades, as UCs abrangem somente 1,5% da Zona Marinha. Caso se excluam desse número as Áreas de Proteção Ambiental (APAs) – categoria do grupo de UCs de uso sustentável, em que se permite o uso direto de recursos naturais –, apenas 0,3% bioma estão protegidos em unidades de conservação.

Os bens e serviços prestados pelos oceanos e pelos ambientes que os integram (incluindo estuários e praias) representam imensa riqueza e potencial e justificam medidas para sua conservação. Conforme já mencionado acerca de recursos pesqueiros, o setor emprega quase um milhão de pessoas e o estabelecimento de zonas de exclusão tem sido apontado como uma técnica eficaz de recuperação de estoques marinhos. Uma das áreas de vanguarda é a geração de energia a partir de biocombustíveis de algas, ainda em fase de pesquisa e desenvolvimento. Enquanto a produtividade da soja para biodiesel está em torno de 400 a 600 quilos de óleo por hectare, com apenas um ciclo anual, pesquisas conduzidas pela Universidade Federal Fluminense (UFF) apontam o potencial energético de microalgas da Zona Costeira brasileira, que podem produzir 90 mil quilos de óleo por hectare, em vários ciclos ao ano.

O mar é uma fonte inexplorada de substâncias bioativas produzidas por algas, invertebrados sésseis e bactérias, como insumo às indústrias far-

macêutica, alimentícia, cosmética e energética. Entre os diversos campos promissores está o estabelecimento de parques tecnológicos marinhos por meio de fazendas de biotecnologia e de cultivos de moluscos em mar aberto. Um exemplo de utilização desses recursos é o licenciamento da pesquisa para remédios contra o câncer, por meio da extração de substâncias produzidas pela ascídia *Didemnum granulatum* (um tipo de invertebrado marinho), conduzida por laboratórios canadenses<sup>28</sup>.

O Brasil posiciona-se, assim, com grande capacidade – em termos de patrimônio natural ainda existente – para aproveitamento dos ecossistemas como um dos pilares para o desenvolvimento. Ao mesmo tempo, utilizar essa capacidade natural exige fortalecimento do SNUC e do arcabouço necessário à inovação biotecnológica. Ambos são grandes desafios, considerada a realidade atual nos dois campos.

A gestão das UCs é precária, com deficiências associadas à carência de recursos humanos e de infraestrutura. De acordo com dados de 2008 do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), das 299 UCs federais: 82 não possuíam chefe de unidade; 173 funcionavam sem fiscais e mais de 200 não tinham sequer o plano de manejo. Agravam esse quadro problemas de regularização fundiária, sobreposição com terras indígenas e conflitos devidos a ativi-

<sup>28</sup> Mar e Ambientes Costeiros – Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2007.



dades de mineração. Essa precariedade institucional é também observada em relação a outro dos pilares conservacionistas, por meio do acesso e repartição de benefícios pela utilização de recursos da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado.

## 5.2. Utilização de recursos genéticos: acesso e repartição de benefícios

O art. 1º da CDB estabelece como um de seus objetivos

a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Para atender esse objetivo, firmou-se o Protocolo de Nagoia sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa de Benefícios Derivados de sua Utilização<sup>29</sup>. O Protocolo regulamenta a repartição, com os países provedores de componentes da biodiversidade, dos benefícios colhidos pelos usuários desse material genético. Os benefícios derivam da *utilização dos recursos genéticos*, termo definido no art. 2º do Protocolo como:

(...) realização de **atividades de pesquisa e desenvolvimento sobre a composição genética e/ou bioquímica** dos recursos genéticos, inclusive por meio da aplicação da biotecnologia, conforme definido no Artigo 2º da Convenção; (Grifamos)

Essa partilha deve ocorrer de comum acordo entre as partes provedora e usuária. Conforme seu art. 3º, o Protocolo *aplica-se também ao conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos compreendidos no âmbito da Convenção e aos benefícios derivados da utilização desse conhecimento*. O Anexo ao Protocolo lista possibilidades de repartição de benefícios monetários, incluindo: taxas de acesso ou taxa por amostra coletada ou de outro modo adquirida; pagamentos antecipados; pagamentos por etapas; e pagamento de *royalties*. Entre os benefícios não-monetários, destacam-se: compartilhamento dos resultados de pesquisa e desenvolvimento; colaboração, cooperação e contribuição em programas de pesquisa e desenvolvimento científicos; participação no desenvolvimento de produtos; colaboração, cooperação e contribuição à formação e capacitação; e fortalecimento das capacidades para transferência de tecnologia.

São benefícios que, em tese, trariam impacto econômico positivo às partes da CDB e do Protocolo que detenham elevada riqueza biológica. Ao mesmo tempo, fortaleceriam um sistema multilateral com o escopo de promover segurança jurídica às empresas que exploram recursos genéticos e de conferir maior proteção aos

<sup>29</sup> O Protocolo foi assinado pelo governo brasileiro e, em 11 de junho de 2012, submetido à apreciação do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal. Em 27/11/12, a matéria encontrava-se na Comissão Especial da Câmara dos Deputados criada especificamente para sua deliberação.

países provedores diante de acessos ilegais a material genético endógeno, a chamada *biopirataria*.

O termo *acesso* é definido na legislação doméstica sobre acesso e repartição de benefícios (ABS, na sigla em inglês)<sup>30</sup>, a Medida Provisória (MP) nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, em seu art. 7º:

IV – acesso ao patrimônio genético: obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para **fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção**, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza;

V – acesso ao conhecimento tradicional associado: obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, **para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção**, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza; (Grifamos)

Conclui-se que *acesso* vincula-se a atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D). A importância do tema deriva, por exemplo, do potencial de criação de cultivares agrícolas mais produtivos ou de novos fármacos sintetizados a partir do patrimônio genético de plantas e animais. Por exemplo, se determinado laboratório farmacêutico europeu (neste caso,

como usuário) desenvolver – a partir de P&D em biotecnologia – um fármaco derivado de material genético de uma planta brasileira, os benefícios do resultado financeiro dessa pesquisa deveriam ser repartidos com o Brasil (país provedor). Se essa planta é originária de um território indígena, que inicialmente detinha o conhecimento associado ao seu poder curativo, o benefício seria ainda repartido com essa comunidade.

Das atuais 193 Partes da CDB, 92 países assinaram o Protocolo de Nagoia. Até o momento, nove países o ratificaram, incluindo México e Índia, nações listadas entre o 17 países megadiversos. O Protocolo foi submetido à apreciação do Congresso Nacional e é no momento a regra multilateral sobre ABS. Quanto às normas domésticas sobre ABS, é inequívoca a necessidade de revisão do marco regulatório, atualmente sob a égide da MP nº 2.186-16, de 2001.

Editada principalmente em resposta à *biopirataria*, a MP não tem contribuído para o fomento à inovação biotecnológica devido aos elevados custos de transação associados aos dispositivos nela previstos. A norma inibe o acesso e a utilização do material genético brasileiro, tanto por empresas estrangeiras quanto por nacionais, o que tornaria insignificantes os benefícios econômicos que poderiam ser auferidos pela implementação do Protocolo de Nagoia, caso existisse um marco regulatório adequado.

De fato, representantes da indústria têm apontado a importância dessa

<sup>30</sup> *Access and benefit sharing.*

revisão, devido à insegurança jurídica e à incompatibilidade com uma política de desenvolvimento biotecnológico. Cerca de 85% das empresas de biotecnologia são micro e pequenas empresas e, como já mencionado neste trabalho, há enorme potencial para expansão desse setor. Entretanto, o marco regulatório doméstico conspira contra esse potencial, enquadrando as empresas como *potenciais biopiratas* e, desse modo, favorece a manutenção do País como mero fornecedor de matérias-primas (no caso, como provedor de recursos genéticos). Enquanto isso, países desenvolvidos investem fortemente em políticas de P&D, etapas com maiores valor agregado e geração de empregos, o que resulta na contínua produção de propriedade intelectual, o principal patrimônio associado a tais recursos e aos processos tecnológicos necessários à sua utilização<sup>31</sup>.

Para que o Brasil possa beneficiar-se de seu imenso patrimônio genético, por meio da regulamentação das normas multilaterais contidas no Protocolo de Nagoia, será necessário direcionar o marco regulatório doméstico no sentido de fomentar o crescimento de setores biotecnológicos, em especial nas áreas de P&D, com vistas à implementação de políticas públicas para fomentar a produção de patentes de produtos e processos associados à utilização de recursos genéticos. Os dados apresentados neste trabalho sobre potencial econômico

no mercado mundial de medicamentos representam apenas uma parcela dessa realidade.

## 6. CONCLUSÕES

A conservação da natureza, por meio da proteção aos bens e serviços ambientais prestados, é um dos pilares do desenvolvimento econômico. Valorar produtos e processos naturais é uma das ciências em evolução, cujos estudos apontam os impactos positivos de políticas públicas conservacionistas sobre a economia. Como isso pode envolver precificação desses bens e serviços, tais estimativas devem ser analisadas de forma crítica e sua implementação em mercados financeiros acompanhada de adequada regulação.

O marco legal brasileiro aponta para o uso racional desses recursos, em vez da manutenção de uma natureza intocada. Nesse sentido, observa-se a necessidade de adoção de práticas mais eficientes, em especial no caso da agricultura, dada sua extensão sobre o território nacional e seu avanço sobre áreas de vegetação natural. Considerando que o desmatamento responde por parcela significativa da perda e degradação de ambientes naturais, políticas fundiárias robustas, associadas a medidas de comando e controle, contribuiriam para a manutenção do patrimônio genético abrigado pelas matas ainda existentes, em especial no caso da Amazônia.

Líder em biodiversidade mundial, o País tem investido na criação de UCs,

<sup>31</sup> *Um balanço de Nagoia sob a perspectiva brasileira: biossegurança e ABS*, por Sérgio Figueiredo. Publicado pelo International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Disponível em <http://ictsd.org/i/news/pontes/99034/> (Acesso em 27/11/12).

uma das principais estratégias preconizadas pela CDB. Entretanto, precisa superar a precariedade institucional dessas áreas protegidas, inclusive para promover o seu aproveitamento econômico. Em relação ao desenvolvimento biotecnológico, há enorme potencial de geração de divisas, dependente do fortalecimento de polí-

ticas públicas em ciência, tecnologia e inovação, com vistas à produção de propriedade intelectual. Para promover esse desenvolvimento, é preciso atualizar o marco regulatório doméstico sobre acesso e repartição de benefícios pela utilização de recursos genéticos.



COMPETÊNCIA LEGISLATIVA  
E NORMAS AMBIENTAIS





# NORMAS GERAIS REVISITADAS: A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Renato Monteiro de Rezende<sup>1</sup>

## Resumo

No âmbito da repartição vertical de competências legislativas no Brasil, as normas gerais são comumente identificadas com princípios uniformizadores ou diretrizes de elevado grau de abstração, dirigidas ao legislador estadual e condicionantes da atuação deste. A legislação nacional detalhista ou exaustiva sobre matérias objeto de competência legislativa concorrente, como a defesa do meio ambiente, é bastante criticada por quem adota tal concepção. Também o é a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, de viés claramente favorável à centralização normativa. Este estudo discute os limites da competência da União para editar normas gerais, a partir da análise da jurisprudência do STF e dos preceitos constitucionais que regem a distribuição de competências legislativas na Federação. Conclui que a Constituição veda à União legislar sobre peculiaridades estaduais, não sobre detalhes e pormenores de objetos que se apresentem nacionalmente homogêneos. Sob essa perspectiva, normas gerais são aquelas com vigência em todo o território brasileiro, editadas pelo Congresso Nacional, seja por inexistirem peculiaridades estaduais a justificar a diversidade normativa, seja pela necessidade de uma disciplina nacionalmente uniforme de determinados temas, por razões de segurança jurídica ou de manutenção do equilíbrio federativo. Assim entendido o esquema de competências concorrentes, revela-se equivocado tachar de inconstitucionais leis nacionais sobre meio ambiente pelo simples fato de tratarem de detalhes.

**Palavras-chave:** federalismo brasileiro – competências legislativas – normas gerais – meio ambiente.

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

## Abstract

In the context of the vertical distribution of legislative powers in Brazil, the so-called general norms are commonly identified as principles or guidelines with a high level of abstraction and uniformity purposes, addressed to the state legislature to limit its discretion. In this approach, the very detailed or exhaustive federal legislation on matters subject to concurrent legislation, such as environmental protection, is widely criticized, as well as the Supreme Federal Court's position on this issue, clearly favorable to legislative centralization. This paper discusses the limits of federal power to enact framework legislation, by analyzing the jurisprudence of the SFC and the constitutional provisions governing the distribution of legislative competences in the federation. It concludes that the Brazilian Constitution prohibits the federal government from passing laws on state peculiarities, not on details of objects that are nationally homogeneous. From this perspective, general norms are nationwide rules established by Congress, when there is no state peculiarity justifying the normative diversity or when it is necessary an uniform nationwide standard-setting on some subjects, for reasons of legal certainty or maintenance of the federal equilibrium. Understood in this sense the scheme of concurrent powers, it is wrong to consider unconstitutional federal laws on environment simply because they regulate details.

**Keywords:** Brazilian federalism – legislative competences – framework legislation – Environment.

## I. INTRODUÇÃO

No Brasil, a questão dos limites da competência legislativa da União e dos Estados no âmbito da legislação concorrente nunca logrou ser satisfatoriamente equacionada. E talvez nunca venha a sê-lo.

Esse prognóstico, longe de significar um juízo de crítica fácil à capacidade da doutrina e da jurisprudência brasileiras de oferecer soluções ao problema, apenas reconhece as dificuldades de elaboração teórica comuns a todos os países cujo ordenamento constitucional adota um regime de repartição de competências legislativas no qual determinados campos temáticos são entregues à disciplina conjunta dos entes central e subnacionais, cabendo ao primeiro editar legislação de quadro, nos limites da qual se dá a produção normativa estadual.

Quem duvida disso confira, por exemplo, o que ocorre com a *legislación básica* da Constituição espanhola e ocorria com a *Rahmengesetzgebung* (legislação de quadro) da Lei Fundamental alemã. Quanto à primeira, acentuou o Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença nº 102, de 1995, que o exame de eventual excesso do legislador nacional ao fazer uso de sua competência para expedir normas básicas (complementáveis pela legislação das comunidades autônomas), deve ser efetuado *caso a caso, sem possibilidade de se criar aprioristicamente uma teoria que preveja todas as hipóteses futuras ou de antecipar critérios abstratos não contrastados com a realidade típica.*

Relativamente à legislação de quadro alemã, a dificuldade em fixar limites precisos às competências da União e dos Estados contribuiu decisivamente para que o parlamento, na Reforma Constitucional de 2006, tomasse a decisão de revogar o dispositivo constitucional que previa, quanto a determinadas matérias, as competências da União para editar normas gerais e dos Estados para complementá-las.

Costuma-se dizer que as “normas gerais” pertencem à categoria dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Por serem elas reconhecidas como tal, é presumível que a resolução de controvérsias quanto ao uso da competência para editá-las comporte um grau elevado de subjetivismo por parte do juiz constitucional. No entanto, se não parece razoável, em uma federação, deixar a cargo do legislador nacional estabelecer os limites de sua própria competência (pois isso poderia conduzir ao esvaziamento da autonomia dos Estados), inadequado também seria substituir a discricionariedade do legislador nacional pela discricionariedade do juiz constitucional.

Dirimir os conflitos federativos em sede de competências legislativas concorrentes nem sempre constitui tarefa simples, mas a Corte Constitucional não tem como se furtar a dar respostas. Decidir é preciso, imprecisas que sejam as decisões. Assumir as dificuldades desse mister não significa, porém, renunciar aos esforços no sentido de estabelecer critérios objetivos de apreciação dos limites das competências legislativas dos entes

federados, fazendo do casuísmo a regra do processo decisório.

Sem a pretensão de oferecer uma resposta perfeita e acabada para as sempre presentes dúvidas sobre a extensão das competências legislativas concorrentes da União e dos Estados, este trabalho constitui uma tentativa de fornecer balizas mais objetivas para a delimitação dos espaços de atuação do legisladores nacional e estadual. Para tanto, fará a crítica da associação simplista que costuma ser feita entre “normas gerais” e “princípios” ou “diretrizes”. Dado o potencial das questões ambientais para suscitar conflitos federativos, evidenciado em diversas ações constitucionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, e tendo em vista que a matéria é uma daquelas objeto de competência legislativa concorrente, o estudo dedicará especial atenção ao tema.

## II. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS NO BRASIL

### 1. O esquema adotado pela Constituição de 1988

O Brasil constitui uma Federação com tendências marcadamente centrípetas. Surgindo como Estado unitário, somente se organizou federativamente quando da Proclamação da República, alternando, desde então, períodos de maior e menor autonomia dos entes subnacionais. Comparativamente ao regime que

lhe precedeu, a Constituição de 1988 ampliou as competências legislativas dos Estados. A União, contudo, continua detentora de amplos poderes legislativos, exclusivos ou em concorrência com os Estados. Somando-se a isso uma tendência do Supremo Tribunal Federal (STF) de, ao interpretar a Constituição, pouco espaço deixar à autonomia legislativa estadual, há quem classifique o federalismo brasileiro mais como de integração do que de cooperação<sup>2</sup>.

A distribuição de competências legislativas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios é tratada em diversos dispositivos constitucionais. De forma resumida e simplificada, pode-se identificar o seguinte esquema de repartição:

- 1) competências privativas da União (art. 22): sobre determinadas matérias, somente à União é dado legislar, admitindo-se, contudo, que, por lei complementar, o ente central autorize os Estados e o Distrito Federal a legislar sobre tópicos específicos dessas matérias;
- 2) competências concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24): em determinadas matérias, compete à União estabelecer normas gerais, cabendo a Estados e ao Distrito Federal editar legislação suplementar, a qual pode ser de dois tipos – complementar (que, como o próprio nome diz, complementa as normas gerais editadas pela União) e supletiva (que dispõe amplamente sobre a matéria, na ausência de normas gerais editadas pela União);
- 3) competência exclusiva dos Municípios e do Distrito Federal (arts. 30, I, e 32, § 1º): exercitável nos assuntos de interesse predominantemente local;
- 4) competência suplementar dos Municípios (art. 30, II): para complementar a legislação federal e estadual em assuntos que também sejam de interesse local;
- 5) competência remanescente dos Estados e do Distrito Federal (art. 25, 32, § 1º): Estados e Distrito Federal podem legislar sobre todas as matérias que não lhe tenham sido interdidas (ou seja, que não sejam da competência privativa ou exclusiva de outros entes).

Nos termos do art. 24 da Constituição de 1988, são matéria de competência legislativa concorrente: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; orçamento; juntas comerciais; custas dos serviços forenses; produção e consumo; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; educação, cultura, ensino e desporto; criação, funcionamento e processo

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. Aporias acerca do condomínio legislativo no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang [Orgs.]. *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

do juizado de pequenas causas; procedimentos em matéria processual; previdência social, proteção e defesa da saúde; assistência jurídica e defensoria pública; proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; proteção à infância e à juventude; organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

A Constituição brasileira adotou o esquema de repartição conhecido como de competências concorrentes não cumulativas, que se caracteriza pela regulação legislativa concomitante de um mesmo âmbito material pela União e pelos Estados, com uso do critério distintivo de norma geral e norma especial para definir o que incumbe aos legisladores nacional e estadual disciplinar.

Em contraposição a esse modelo, fala-se de competência concorrente cumulativa (ou clássica) quando há *disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la, remanescendo aos Estados o poder de suplementação, em caso de ausência de norma federal, ou de complementação, para preencher lacunas acaso por ela deixadas*<sup>3</sup>.

A Lei Fundamental de Bonn disciplinou as duas espécies de competências legislativas concorrentes. Seu art. 75, hoje revogado, previa a *Rahmengesetzgebung* (legislação de quadro), enumerando matérias sobre as quais

competiria à União editar normas gerais, cabendo aos Estados-membros complementar tais normas, editando legislação específica. Tratava-se, portanto, de competências concorrentes não cumulativas. Por sua vez, o art. 74 da Lei Fundamental arrola as matérias sujeitas à *konkurrierende Gesetzgebung* (legislação concorrente), em relação às quais a União pode legislar exaustivamente, esgotando a regulação do assunto. Aos Estados cabe complementar a legislação federal existente ou exercer competência legislativa plena, na ausência de lei federal. O art. 74 da Constituição alemã enumera, pois, competências concorrentes cumulativas<sup>4</sup>.

Em sede de competências concorrentes, diferentemente das Cartas que lhe precederam, a Constituição de 1988 aludiu apenas às não cumulativas. Ademais, nenhuma outra Constituição brasileira submeteu tantas matérias à regulação concomitante por parte da União, dos Estados e do Distrito Federal. Isso não significa, porém, que, em relação a cada uma das matérias sujeitas ao condomínio legislativo, os espaços de regulação atribuídos aos Estados sejam substanciais, tampouco que tenham aumentado naquelas matérias que já eram objeto de legislação concorrente nos regimes constitucionais anteriores, como se verá adiante.

<sup>3</sup> A rigor, apenas quanto a algumas matérias indicadas no art. 74, o exercício da competência concorrente pela União se dá de forma incondicionada. E isso passou a ocorrer apenas a partir da Reforma Constitucional de 2006. Antes disso, sobre todas as matérias de competência concorrente, a União só podia legislar quando atendidos os requisitos da chamada cláusula da necessidade. A esse respeito, confira-se a nota de rodapé n. 6.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, out/dez 1988, p. 131.

## 2. Competências concorrentes nas Constituições brasileiras

A Constituição de 1988 é normalmente tratada pela doutrina como uma resposta ao centralismo do regime constitucional de 1969. E não há dúvida de que, comparada ao texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a nova Carta ampliou a autonomia dos entes subnacionais. Disso não resultou, contudo, qualquer abalo substancial ao protagonismo legislativo da União. No tocante à repartição de competências normativas, a concentração de poderes na União é uma constante histórica no Brasil, mesmo nos períodos de maior autonomia estadual. Especificamente no âmbito da legislação concorrente, conquanto a Constituição de 1988 tenha ampliado o rol de matérias sujeitas à disciplina legislativa estadual, isso pouco significou na prática.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não era sistemática no tratamento das competências enumeradas. Relacionava em um único artigo as competências materiais, as legislativas exclusivas e as legislativas concorrentes, cumulativas e não cumulativas, da União. O § 3º de seu art. 8º autorizava os Estados a legislar supletivamente sobre determinados temas enumerados no artigo, desde que respeitada a lei federal. Previa ainda que, nesse âmbito, o legislador estadual poderia operar dentro dos vazios legislativos deixados pela lei federal, bem como disciplinar peculiaridades estaduais. Como consequência, todas as matérias enumeradas

no art. 8º e não indicadas em seu § 3º constituíam competência legislativa exclusiva da União.

Sobre os seguintes assuntos objeto de competência concorrente, cabia ao legislador nacional expedir apenas normas gerais (competência concorrente não cumulativa): orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, registros públicos e notariais; Direito Financeiro; seguro e previdência social; defesa e proteção da saúde; regime penitenciário; educação nacional; desportos (art. 8º, XVII, *c e q*).

Em relação às demais matérias que admitiam, nos termos do § 3º do art. 8º, suplementação estadual, a competência do legislador federal não se restringia à edição de normas gerais, podia abranger também normas específicas, de forma a esgotar a regulação jurídica do assunto (competência concorrente cumulativa). Elas abrangiam: a produção e consumo; os registros públicos, juntas comerciais e tabelionatos; o tráfego e o trânsito nas vias terrestres; a organização, os efetivos, a instrução, a justiça e as garantias das polícias militares, bem assim as condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização (art. 8º, XVII, *d, e, n e v*).

Em que pesem as frequentes comparações doutrinárias entre os modelos de repartição de competências da Constituição de 1988 e da Lei Fundamental alemã de 1949, ressaltando sua proximidade, não é exagerado



dizer que, em alguns pontos, o regime constitucional brasileiro de 1969 era até mais parecido com o alemão do que a Constituição de 1988, pois incluía algo mais próximo da competência concorrente da Lei Fundamental (relativamente às matérias das alíneas *d*, *e*, *n* e *v* do inciso XVII do art. 8º, na forma do parágrafo único do mesmo artigo da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969)<sup>5</sup>.

Sobre o tema, é preciso ter presente que a Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006, promoveu profundas alterações no modelo de repartição de competências legislativas na Alemanha. Antes da reforma constitucional, em sede de legislação concorrente, os Estados somente podiam atuar quando a União não fizesse uso de sua competência. Ademais, a União podia (e ainda pode) editar normas detalhadas e esgotar a regulação jurídica das matérias objeto de competência concorrente. Embora a Lei Fundamental originalmente previsse que, nesse âmbito, a União só poderia legislar quando caracterizada a necessidade de regramento uni-

forme em todo o território nacional, a interpretação dada ao art. 72, § 2º, da Lei Fundamental (a chamada cláusula da necessidade) pela Corte Constitucional alemã, durante meio século, foi na linha de que a verificação do atendimento das condições habilitantes pela União não se sujeitava a controle judicial, tornando discricionário o exercício dessa competência pelo legislador federal<sup>6</sup>.

À semelhança do que ocorria (e ainda ocorre) na maior parte das matérias objeto de competência concorrente na Alemanha, o legislador federal, na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, podia editar normas exaustivas, no âmbito das competências concorrentes cumulativas, não deixando espaço à atuação do legisla-

<sup>5</sup> Convém reiterar que a comparação leva em conta o método de repartição de competências, não a quantidade de temas entregues às disciplinas exclusiva ou concorrente. Nesse último aspecto, a Lei Fundamental alemã certamente confere maiores possibilidades de atuação do legislador estadual do que qualquer das Constituições brasileiras que se seguiram à de 1891. Deve-se ponderar, contudo, que, em face da tendência da União de editar normas exaustivas no exercício da competência concorrente, o espaço de atuação do legislador estadual tedesco é menor do que pode sugerir a mera leitura do texto constitucional. De resto, as competências concorrentes na Alemanha não se submetem ao mesmo regime das competências previstas no art. 24 da Carta brasileira. Mais assemelhadas a estas eram as competências para legislação de quadro, suprimidas pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006.

<sup>6</sup> Em sua redação original, o art. 72, § 2º, da Lei Fundamental alemã autorizava a União a legislar sobre matérias sujeitas à competência concorrente quando verificada a necessidade de regulamentação federal, em virtude de: (i) o assunto não poder ser regulado efetivamente pela legislação de cada Estado; (ii) a regulação do assunto pela lei de um Estado poder prejudicar os interesses de outros Estados ou os interesses gerais; ou (iii) assim o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de cada Estado. O dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, a qual autorizou a União a legislar se e na medida em que se fizesse indispensável uma regulação mediante lei federal, no interesse do Estado como um todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida, ou a preservação da unidade jurídica ou econômica no território nacional. A Corte Constitucional alemã modificou sua jurisprudência, passando a fazer a verificação do atendimento da cláusula da necessidade, somente a partir de 2002. Em 2006, a Lei de Revisão Constitucional nº 52, dispensou a União da observância das condições do art. 72, § 2º, em mais de dois terços das matérias constantes do rol de competências concorrentes, então ampliado. Parte das matérias sobre as quais a União legisla com dispensa de observância do requisito da necessidade podem ser reguladas pelos Estados mesmo que já exista legislação federal a respeito. Nesse caso, prevalece a regra *lex posterior derogat legi priori*. Estados e União estão habilitados a regular esses temas em sua inteireza, e o eventual conflito de normas se resolve com a prevalência da lei mais recente.

dor estadual. E a ausência de lei federal autorizava, por si só, os Estados a legislarem a respeito. A Constituição de 1988 não prevê nada equivalente a isso, admitindo a regulação exaustiva de um dado tema pela União apenas: quando se tratar de matérias de sua competência privativa, nas quais os Estados só podem incursionar quando topicamente autorizados pelo legislador complementar federal<sup>7</sup>; ou, como se procurará demonstrar a seguir, quando, tratando-se de matéria sujeita à competência concorrente, não existir diversidade nas situações de fato, a reclamar regulações distintas, de Estado para Estado, ou o estabelecimento de normas nacionalmente uniformes for essencial para assegurar a estabilidade do pacto federativo e a segurança jurídica.

No tocante à competência concorrente não cumulativa, também prevista em relação a alguns temas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, inexistem diferenças significativas entre os regimes constitucionais atual e pretérito<sup>8</sup>. Em que pese a amplia-

ção do conjunto de matérias sujeitas à competência concorrente, esta sim indicativa do alargamento da participação do legislador estadual a partir de 1988, sob o aspecto estrito da técnica de repartição utilizada a Constituição pouco inovou.

A ideia de que a competência legislativa da União para editar normas gerais implica a vedação de regramento exaustivo do tema sujeito ao condomínio legislativo remonta à própria adoção desse esquema de repartição de competências no Brasil.

A Constituição de 1934 previu, no inciso XIX de seu art. 5º, as matérias da competência legislativa da União. Algumas delas, indicadas no § 3º do mesmo artigo, também eram passíveis de legislação estadual, supletiva ou complementar. Às leis estaduais competiria, *atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta*. Sobre a maior parte dos temas relacionados no inciso XIX, não havia restrições à disciplina federal, que poderia ser exaustiva. Em algumas matérias,

<sup>7</sup> E nesse caso, como a autorização é para que Estados legislem sobre questões específicas das matérias de que trata o art. 22 da Constituição Federal, sequer se pode dizer que eles possam disciplinar inteiramente um campo temático relacionado nos incisos do art. 22.

<sup>8</sup> Da mesma forma, não existem diferenças significativa entre a competência concorrente não cumulativa no Brasil, nos regimes de 1969 e 1988, e a competência para legislação de quadro, prevista no art. 75 da Lei Fundamental, em sua redação original, tal como interpretada pela Corte Constitucional durante o primeiro meio século de vigência da Lei Fundamental. Segundo o citado artigo da Constituição alemã, competia à União editar normas gerais e aos Estados normas específicas sobre dados campos temáticos. Embora a ação do legislador federal nesse âmbito também estivesse condicionada pela cláusula da necessidade, o entendimento do Tribunal Constitucional Federal, como já afirmado, era no sentido de que essa questão não se sujeitava ao controle judicial. É, a despeito de reconhecer que as normas federais deve-

riam dar espaço a desenvolvimento normativo pelos Estados, o Tribunal admitiu, em diversas ocasiões, que determinados pontos da matéria regulada pudessem ser exaustivamente disciplinados por normas federais diretamente aplicáveis às relações materiais. A Lei de Revisão Constitucional nº 42, de 1994, procurou limitar o espaço de atuação federal, determinando que, em sede de competências para legislação de quadro, somente em circunstâncias excepcionais a lei federal poderia conter disposições detalhadas ou diretamente aplicáveis. A mudança de posição da Corte Constitucional sobre o controle judicial da observância do requisito da necessidade restringiu ainda mais os poderes do legislador federal nesse âmbito. Por fim, a Lei de Revisão Constitucional nº 56, de 2002, extinguiu as competências de quadro, transferindo as matérias a elas sujeitas para o rol de competências concorrentes.

no entanto, impunham-se limites à competência da União. Assim, cabia-lhe traçar as *diretrizes* da educação nacional, editar *normas fundamentais* do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo, bem como *normas gerais* sobre o trabalho, a produção e o consumo. No tocante a questões ambientais, a legislação referente a riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca incluía-se no âmbito das competências concorrentes cumulativas. Como se vê, competências concorrentes cumulativas e não cumulativas foram previstas na Carta de 1934.

Também a Constituição de 1946 adotou modelo de repartição de competências legislativas que contemplou as duas variedades de competências concorrentes. O inciso XV de seu art. 5º enumerou as matérias objeto de competência legislativa da União, algumas das quais passíveis de disciplina, nos termos do art. 6º, por legislação estadual supletiva ou complementar. Cabia à União editar normas gerais de direito financeiro, seguro, previdência social, defesa e proteção da saúde, regime penitenciário, bem como fixar as diretrizes e bases da educação nacional. Sobre esses assuntos, a União exercia competência concorrente não cumulativa. Já quanto às demais matérias do inciso XV do art. 5º às quais remetia o art. 6º da Carta, a União exercia competência concorrente cumulativa. Entre elas figuravam os mesmos temas am-

bientais sujeitos à competência concorrente cumulativa na Constituição de 1934.

O papel da União e dos Estados no âmbito das competências legislativas concorrentes não cumulativas passou a ser objeto de crescente preocupação doutrinária na vigência da Constituição de 1946. Um dos prógonos da elaboração teórica sobre o assunto, Carlos Alberto de Carvalho Pinto, em estudo clássico, propugnava ser vedado à União, no âmbito de sua competência para estabelecer normas gerais de Direito Financeiro (art. 5º, XV, *b*, da Carta de 1946), produzir legislação exaustiva, que não respeitasse o espaço de produção normativa dos demais entes federados<sup>9</sup>.

Sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Pontes de Miranda assinalava, a respeito da legislação federal de normas gerais: *a competência da União não é ilimitada, não esgota o assunto, não no exaure, e a Constituição impõe que se restrinja a normas fundamentais, a diretrizes, a regras jurídicas gerais*. Também a inexistência de legislação de normas gerais da União já era vista pelo jurista como autorizadora do exercício da competência legislativa plena pelos Estados: *enquanto não há legislação federal, a legislação estadual é aplicada, ainda em se tratando de regra jurídica geral, ou regra jurídica fundamental*<sup>10</sup>. Des-

<sup>9</sup> CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

<sup>10</sup> *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Vol. II, pp. 169-70. No mesmo sentido, admitindo a competência legislativa plena dos Estados, na ausência de lei federal, manifestavam-se Oswaldo Trigueiro (*Direi-*

se mesmo entendimento comungava o STF<sup>11</sup>.

Como se pode notar, aquilo que no regime constitucional de 1988 se identifica como competência legislativa concorrente já existia desde a Constituição de 1934. Não representa inovação da Carta de 1988 a regra de que o exercício concomitante de competências legislativas sobre um mesmo âmbito material pela União e pelos Estados implica uma divisão necessária de tarefas, quando ao ente central é atribuída a edição de normas gerais. O regramento das competências concorrentes, constante dos parágrafos do art. 24 da Lei Maior de 1988, não se distingue em praticamente nada da disciplina das competências concorrentes não cumulativas da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Como única diferença digna de nota, tem-se a regra de que a superveniência de lei federal de normas gerais apenas suspende a eficácia da legislação estadual no que lhe for contrário (art. 24, § 4º, da Constituição de 1988).

*to Constitucional Estadual*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 86), José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: RT, 1984, pp. 57-8), Sahid Maluf (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1974, p. 117) e Michel Temer (*Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 55). Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso (*Direito Constitucional Brasileiro: o problema da Federação*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 60-1).

<sup>11</sup> Cf.: Representações nº 919 (DJ de 01.07.1977) e nº 1.135 (DJ de 25.10.1985). No julgamento da última ação, observou o Ministro Moreira Alves em seu voto que, quando a competência da União se limitar à edição de normas gerais, “a legislação do Estado, havendo lei federal a respeito, pode suprir vazios deixados por esta no tocante a princípios gerais, e tem competência exclusiva, respeitada a legislação federal de normas gerais, para disciplinar, dentro de seus territórios, tudo o que saia do âmbito da generalidade, já que isso recai na esfera da competência implícita dos Estados-membros”.

No regime de 1969, ante o silêncio do texto constitucional a respeito disso, a construção doutrinária e jurisprudencial foi no sentido de que não se tinha, nesse caso, suspensão da eficácia, mas verdadeira revogação<sup>12</sup>.

No âmbito das competências legislativas concorrentes não cumulativas, a questão que mais tem desafiado os juristas é, sem dúvida, a da determinação dos limites de atuação dos legisladores nacional e estadual. Se, por um lado, parte significativa da doutrina realça o caráter principiológico e não exaustivo das normas gerais, por outro a interpretação que tem sido dada ao art. 24 da Constituição de 1988 pelo STF vai no sentido da continuidade, em sua essência, do regime anterior a 1988, no tocante às regras de exercício dessa competência pela União e pelos Estados.

### 3. A questão das normas gerais

#### a) Normas gerais segundo a doutrina

A despeito do grande número de trabalhos doutrinários sobre o tema, a compreensão do que sejam normas gerais continua nebulosa, ante a dificuldade de se fornecer uma definição

<sup>12</sup> Cf.: Pontes de Miranda (*op. cit.*, pp. 178-9), Oswaldo Trigueiro (*op. cit.*, p. 86). Na jurisprudência, perfilhando esse mesmo entendimento, cf. os votos dos Ministros Moreira Alves e Oscar Correa, na Representação nº 1.135. No regime constitucional vigente, lei estadual que teve apenas a sua eficácia suspensa pelo advento de lei nacional de normas gerais pode voltar a produzir efeitos, no caso de revogação da lei de normas gerais.

que, nos casos concretos, confira ao aplicador do Direito total segurança na classificação, como gerais, das normas constantes de legislação editada pelo Congresso Nacional, com base na competência para expedir normas dessa natureza. Veja-se, por exemplo, a definição de Carvalho Pinto<sup>13</sup>:

- a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
- b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;
- c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.

Trata-se de uma construção formulada em termos negativos. Ao invés de dizer o que são normas gerais, relaciona características daquilo que não pode ser qualificado como tal. Sua utilidade é inegável, mas ela não constitui propriamente uma definição de norma geral, salvo se se entender que toda norma não enquadrável em nenhuma das três categorias citadas deve ser considerada norma geral.

<sup>13</sup> *Op.cit.*, p. 41. Na mesma linha, Moreira Neto aponta que as normas gerais “devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (...); devem ser uniformes para todas as situações homogêneas (...); e não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislativo” (*op. cit.*, p. 149).

A doutrina tradicional tende a rejeitar a ideia de que as normas gerais possam dispor sobre detalhes e minúcias da matéria regulada, esgotando seu tratamento normativo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, ao conceituar as normas gerais, adverte que, no âmbito da competência concorrente, *a União está limitada à edição de diretrizes nacionais que se dirigem precipuamente aos legisladores estaduais, para os quais são cogentes, direta e imediatamente eficazes*. Ademais, assinala que *as normas específicas baixadas pela União juntamente com as normas gerais ou os aspectos específicos por acaso nestas contidos não têm aplicação aos Estados-Membros, considerando-se normas particularizantes federais, dirigidas ao Governo Federal*<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 161. O estudo de Moreira Neto é, certamente, um dos mais aprofundados sobre o tema, e compila extenso repertório doutrinário a respeito do conceito de norma geral. No mesmo diapasão, José Afonso da Silva observa que as normas gerais “não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação” (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280). Ainda na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Elival da Silva Ramos sustentava: “Embora o conceito de normas gerais seja timbrado por uma certa dose de imprecisão, não faculta ao legislador federal a regulação exaustiva da matéria, posto que importa em circunscrever as normas federais ao campo da generalidade, dos princípios básicos” (Normas gerais de competência da União e competência supletiva dos Estados: a questão dos agrotóxicos. In: *Revista de Direito Público*. ano XIX, n. 77, jan/mar 1986, p. 130). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não sem reconhecer a dificuldade de se discernir, nos casos concretos, as normas gerais das particularizantes, também identifica as primeiras com “princípios, bases e diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, p. 195). Para Uadi Lammêgo Bulo, “normas gerais são declarações principiológicas, dirigidas aos legisladores, condicionando-lhes a ação legiferante. Recebem a adjetivação de ‘gerais’, porque possuem um alcance maior, uma generalidade e abstração destacadas, se comparadas àquelas normatividades de índole local. Consequen-



Sobre a aplicabilidade das normas editadas pela União no âmbito da competência concorrente, embora entenda que as normas gerais se dirijam precipuamente ao legislador estadual, Moreira Neto admite a sua incidência direta e imediata nas relações jurídicas concretas, no caso de omissão do legislador estadual em editar as normas específicas, hipótese em que, segundo o jurista, até mesmo as normas específicas editadas pela União seriam aplicáveis.

Há, no entanto, vozes discordantes a sustentar a possibilidade de as normas gerais regularem pormenores e se aplicarem diretamente às relações jurídicas, não apenas dispensando a *interpositio* do legislador estadual, mas impedindo que este disponha de maneira diversa. Ao examinar a competência da União para expedir

cia disso, elas não se prestam a detalhar minúcias, filigranas ou pormenores” (*Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575). Walber de Moura Agra, citando o estudo de Moreira Neto, assinala que as normas gerais não podem ser exaustivas, “devendo apresentar acentuado critério de generalidade e abstração” (Delimitação das competências federativas no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Juspodium, 2009, p. 202). André Luiz Borges Netto, igualmente apoiado no estudo de Moreira Neto, sustenta que as normas gerais “são preceitos jurídicos editados pela União Federal, no âmbito de sua competência legislativa concorrente, restritos ao estabelecimento de diretrizes nacionais e uniformes sobre determinados assuntos, sem descer a pormenores ou detalhes” (*Competências Legislativas dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 135-6). Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, normas gerais são “normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios, amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores” (In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 775). E Paulo Luiz Neto Lobo afirma que as normas gerais estabelecem princípios fundamentais e pressupostos a serem observados pela legislação específica estadual, não podendo ser exaustivas (Competência Legislativa concorrente dos Estados na Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, jan./mar. 1989, p. 98).

normas gerais de Direito Financeiro, sob a égide da Constituição de 1946, observava Rubens Gomes de Sousa<sup>15</sup>:

[C]asos haverá em que a regulamentação do detalhe estará na própria essência da norma geral, a fim de assegurar a observância do princípio no próprio funcionamento do instituto jurídico por ele regulado. Em suma, a norma geral não é necessariamente regra de conceituação apenas, mas também regra de atuação.

Na vigência da Constituição de 1988, essa mesma tese foi abraçada por Alice Gonzalez Borges<sup>16</sup>, ao aduzir que:

<sup>15</sup> Normas gerais do Direito Financeiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 37, jul./set. 1954, p. 15. Pontes de Miranda, a despeito de afirmar que a competência da União para expedir normas gerais não lhe permitiria exaurir a normatização de um tema, pontuava: “para o corte como inconstitucional, é preciso que o legislador central tenha ido a pormenores absurdos, pelo intervir em particularidades do Estado-membro; e.g., vedando qualquer regra jurídica estatal a respeito de replantio das florestas e sendo-lhe peculiar a necessidade de certas árvores para a sua indústria de corantes” (*op. cit.*, p. 170).

<sup>16</sup> *Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 42-3. De acordo com Leonardo Greco, “normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contra-põem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados” (Competências constitucionais em matéria ambiental. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 9, n. 116, out/dez 1992, p. 146). No tratamento de detalhes, pode ocorrer inclusive de a legislação nacional esgotar a regulamentação do tema. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, a vedação a que as normas gerais regulem de maneira exaustiva determinada matéria deve ser compreendida como um interdito a que a lei federal “invada o campo da especificidade e particularidade reservado à lei regional ou local. Inexistente a margem para a disciplina especificante regional ou local, descaberá falar em vedação ao exaurimento pela lei federal” (*Competências federativas na regulamentação de estações rádio-base*. Brasília: ACEL, 2006, p. 28).



[A] exigência de generalidade e abstração da norma há de ser atenuada, quando a enunciação de alguns detalhes seja essencialmente necessária para assentar regras de atuação, de maneira a prevenir possíveis conflitos de atribuições entre as entidades locais, nos assuntos de competência concorrente das ordens federadas. [...] Ainda quando certos pormenores e minúcias sejam, então, editados pela norma, trata-se, em tais casos, de atendimento à plena realização do preceito constitucional que o fundamenta – o que é, segundo vimos, o precípua objetivo que justifica a própria existência da norma geral.

Uma postura intransigente quanto aos limites de atuação do legislador nacional no âmbito das competências concorrentes pode conduzir a situações embaraçosas. Leiam-se os incisos do art. 24 da Constituição, que consideram matérias sujeitas à competência concorrente, entre outras, a produção e o consumo, a proteção ao meio ambiente, a educação e o ensino, a proteção e a defesa da saúde. Ninguém dirá que a proibição de comercialização de determinados produtos nocivos à saúde em escala nacional possua caráter apenas principiológico ou conceitual. E, dado o interesse público envolvido e a necessidade de uniformização das medidas estatais em relação a temas como esse, dificilmente se poderá recusar competência legislativa à União para discipliná-los, ainda que, em determinadas situações, o caráter geral da norma esteja mais vinculado ao

seu âmbito territorial de aplicação do que ao objeto regulado. Nesse sentido, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup>:

[C]umpre reconhecer como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção. É que este malefício evidentemente poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica. [...] Por sem dúvida, se adota a inteligência que limitasse a

<sup>17</sup> O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano. 13, n. 66, mar/abril 2011, pp. 18-19. Esse já havia sido o entendimento do STF no exame da citada Representação nº 1.153, ao concluir ser matéria de norma geral a classificação de produtos agrotóxicos. Nos termos do art. 8º, XVII, c, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, competência à União editar normas gerais de defesa e proteção à saúde, cabendo aos Estados legislar supletivamente sobre a matéria. Em seu voto, o Ministro Oscar Corrêa, redator do acórdão, assinalou: “De concordar-se em que em País com as condições do Brasil – na diversidade dos climas e das regiões – se há de admitir certa flexibilidade da aplicação da legislação federal, a fim de que se não prejudiquem as peculiaridades regionais, que cabe respeitar. Não, porém, a ponto de constituir essa aplicação obstáculo à própria unidade federativa. Isso, parece-nos, não justifica certas proibições que se contêm na legislação gaúcha, pois dizem respeito à própria natureza dos produtos. Ora: ou são prejudiciais – e devem receber proibição nacional, pela qual a União é responsável; ou não são, e não há como admiti-la no Rio Grande do Sul.”

competência da União à simples enunciação de princípios, os riscos para a salvaguarda de interesses capitais seriam evidentiíssimos, prescindindo mesmo de qualquer esforço demonstrativo.

A conclusão que se pode extrair desses argumentos é que, na determinação do conceito constitucional de norma geral, nem sempre o grau de abstração com que a matéria é disciplinada será um critério adequado, devendo-se atentar para a existência de razões motivadoras do estabelecimento de uma disciplina uniforme, ainda que o objeto seja regulado de forma minuciosa. Bem por isso, Luís Roberto Barroso afirma que, no exercício da competência para editar normas gerais sobre meio ambiente, cabe à União não apenas *instituir linhas orientadoras para a atividade legislativa dos Estados*, mas também *dispor diretamente sobre as matérias que exijam logicamente a instituição de regramento uniforme*, pois, no caso de *atividades que devam ser desenvolvidas nacionalmente, de forma contínua e interligada, as exigências impostas pelo Poder Público em matéria ambiental devem ser naturalmente homogêneas*<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Federação, transportes e meio ambiente: interpretação das competências federativas. In: TAVARES, André Ramos *et alii* [Orgs.]. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 496. Também a afirmar possibilidade de a União editar, no âmbito da competência concorrente, normas detalhistas, e não apenas comandos de maior abstração, dirigidos ao legislador estadual, Fernando Vernalha Guimarães assevera: “a característica da não-completude da norma geral não há de ser acolhida como seu pressuposto de validade. Afirma-se sua feição abrangente e não exaustiva como uma característica que marcará o seu estereótipo jurídico (por assim dizer) em grande parte dos casos. Mas não se nega a hipótese de uma regra geral alcançar um nível acentuado de absorção de dado mi-

## b) Normas gerais à luz do texto constitucional

O conceito de norma geral deve ser buscado à luz do ordenamento constitucional positivo, e não como concepção abstrata que destoe daquilo que o texto constitucional estabelece. O ponto de partida da interpretação é o texto, não aquilo que o exegeta elege como ideal ou desejável.

A Constituição de 1988 alude a normas gerais em mais de uma dúzia de seus dispositivos. Em alguns deles, a identificação do papel do legislador nacional como simples enunciador de princípios e diretrizes parece bastante artificial, em face mesmo da especificidade da matéria objeto de regulação. É o caso do art. 236, § 2º, segundo o qual *lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro*. Nesse artigo, a referência a normas gerais parece estar associada muito mais à ideia de regulação nacionalmente uniforme. O mesmo pode ser dito do art. 169, § 7º, da Carta Magna, que incumbe à lei federal estabelecer normas gerais para disciplinar a perda do cargo, por servidor estável, quando a despesa com pessoal do ente federado, superior aos limites fixados em lei complementar, não for reduzida no prazo nela fixado, mesmo com a adoção das providências previstas no § 4º do art. 169 do texto constitucional.

crocampo temático, desde que subjacentemente se tenha um interesse nacional prezado pela disciplina da norma (que exija uma regulação uniformizada pelos entes federados)” (*PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319).

A Constituição também se refere a normas gerais no Capítulo do Sistema Tributário Nacional. Em seu art. 146, III, ao dispor que compete a lei complementar da União estabelecer normas gerais em matéria tributária, enumera um rol extenso de matérias que devem ser objeto de tal lei, entre as quais a prescrição e a decadência. Nesse âmbito, o exercício da competência legislativa prevista no preceito constitucional, por mais comedido que seja, praticamente esgota o campo de atuação do legislador subnacional, pois dispor sobre a matéria não é outra coisa senão regular prazos, sua forma de contagem e causas de interrupção ou suspensão. Dificilmente um conjunto de normas sobre esse assunto poderia se resumir à enunciação de princípios<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Exatamente por isso a Ministra Cármen Lúcia, do STF, no julgamento do RE nº 559.943 (DJ de 26.09.2008), ao tratar do tema, afirmou: “não há dúvida de que, relativamente à prescrição e à decadência tributárias, a Constituição de 1988 não dota de competência as ordens parciais da federação. Não é possível afirmar em que consistiria uma norma geral sobre prescrição e decadência tributárias (se é que há alguma) e o que não seria. Fica claro o objetivo da norma constitucional de nacionalizar a disciplina, vale dizer, de a ela conferir tratamento uniforme em âmbito nacional, independentemente de ser ou não norma geral”. Ao referir-se a “norma geral”, a Ministra aludiu à noção usualmente utilizada de norma veiculadora de princípios e diretrizes. A perplexidade com o fato de o constituinte ter inserido o assunto entre aqueles a serem tratados pela lei de **normas gerais** tributárias não tem outra origem senão no descompasso entre o conceito tradicionalmente aceito de normas gerais e a forma como o constituinte dispôs sobre isso. Uma leitura adequada da Constituição, em lugar de afirmar que as normas sobre prescrição e decadência tributárias são de aplicação uniforme, apesar de não serem normas gerais, concluiria que elas são normas gerais porque existem razões constitucionais para o regramento nacionalmente uniforme do tema, ainda que o campo material de regulação seja bem circunscrito. No mesmo julgamento, o Ministro Cezar Peluso, mesmo admitindo a possibilidade de regulação da prescrição e da decadência por normas gerais no sentido que lhes é tradicionalmente atribuído, enfatizou que o legislador nacional, ao editar o Código Tributário Nacional, resolveu, “para evitar multiplicidade conflitante de prazos diversos nas diversas modalidades de tributos, entre os entes da federação, o que

Se a compreensão do que sejam normas gerais não pode estar divorciada do texto constitucional, cabe investigar o que esse mesmo texto diz a respeito das competências concorrentes e da divisão de tarefas entre os legisladores da União e os dos outros entes federados. Eis o que preveem os parágrafos do art. 24 da Carta Política:

Art. 24. ....  
.....

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Extrai-se da leitura do art. 24, em primeiro lugar, que a competência da União, no âmbito da legislação concorrente, não é absoluta, porquanto deve se limitar *a estabelecer normas*

provocaria grave incerteza, tratar, de modo geral, a questão do prazo de decadência e prescrição. Se essa lei, que é competente para fazê-lo, estabeleceu que o prazo é um só, então deu caráter geral à norma que, com cunho unitário, disciplina a questão do prazo”. Tem-se, aqui, o uso do termo “geral” não no sentido da doutrina tradicional sobre as normas gerais, mas significando “nacionalmente uniforme e vinculante”. As razões de segurança jurídica, justificadoras do caráter nacionalmente uniforme da norma, também foram mencionadas pelo Ministro Joaquim Barbosa, na mesma oportunidade.

gerais. Assim, não é correta, por esvaziar o mandamento constitucional, interpretação que considere toda norma editada pela União como geral, como pretende Cretella Júnior<sup>20</sup>.

Em segundo lugar, o exercício da competência legislativa plena pelos Estados se vincula a uma finalidade precisa: atender a suas peculiaridades. Nos termos do art. 24, § 3º, da Carta Magna, a inexistência da lei federal sobre normas gerais autoriza os Estados a exercer *a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades*.

Se a finalidade precípua de suprir a omissão legislativa da União é o atendimento às peculiaridades estaduais, pode-se concluir que:

- (i) a normatização inicial de determinadas matérias, atribuída em princípio ao legislador nacional, é condição para o exercício da competência suplementar dos Estados, uma vez que a regulação das peculiaridades se dá dentro do quadro delineado pelas normas gerais e não em oposição a ele ou em sua ausência;
- (ii) editadas as normas gerais pela União, incumbe à legislação estadual dispor sobre a matéria objeto da competência concorrente para desenvolvê-la (a competência estadual é suplementar), preenchendo os vazios deixados pela legislação

nacional e disciplinando as peculiaridades estaduais<sup>21</sup>;

- (iii) não editadas as normas gerais pela União, os Estados podem regular aspectos originalmente entregues à disciplina nacional, pois, se não pudessem incursionar em tais circunstâncias sobre o âmbito material reservado às normas gerais, ver-se-iam impossibilitados de disciplinar a contento aquilo que constitui matéria inexplorável pelas normas gerais, ou seja, as suas peculiaridades<sup>22</sup>.

É necessário que existam normas com o conteúdo de norma geral para que outras, destinadas a atender a peculiaridades, sejam editadas. Nesse contexto, pode-se falar de normas gerais como *condições de possibilidade para a legislação própria sobre normas particulares*<sup>23</sup>. Fosse de outro modo, não haveria necessidade de

<sup>21</sup> Esse foi o entendimento do STF no julgamento da ADI nº 3.098 (DJ nº 10.03.2006). Segundo o Tribunal, a competência suplementar estadual destina-se a *afeiçoar* a lei de normas gerais às peculiaridades locais. É importante destacar que o Ministro Relator, Carlos Velloso, manifestou adesão à corrente doutrinária que limita o âmbito material das normas gerais a princípios e diretrizes com maior grau de abstração, sem possibilidade de regulação de detalhes e pormenores. A mesma postura já havia sido adotada pelo Ministro no julgamento da medida cautelar na ADI nº 927 (DJ de 11.11.1994), da qual foi relator, ocasião em que dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que impunham condições para a alienação de bens públicos, tiveram seu alcance restrito à União, por não serem considerados veiculadores de normas gerais.

<sup>22</sup> Por isso mesmo, ao tratar da competência legislativa plena dos Estados, na ausência de lei nacional de normas gerais, manifestou-se a Ministra Cármen Lúcia, em estudo sobre o tema: "sem um arcabouço dos princípios e fundamentos, não há como se especializar o cuidado de um tema. Daí a imperiosidade de se ter a competência plena, a ser exercida para suprir a carência do desempenho da União" (ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 249).

<sup>23</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, 1995, p. 250.

<sup>20</sup> Cf.: CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 1581.

vincular a concessão de competência legislativa plena aos Estados a esse *telos* (“para atender a suas peculiaridades”), bastando que a Constituição pura e simplesmente atribuísse aos entes subnacionais tal competência plena. A legislação editada para atender às peculiaridades estaduais não tem, portanto, propósito derogatório da legislação nacional. Bem ao contrário disso, o peculiar não se coloca em oposição ao geral como a exceção é posta em face da regra. A relação é de complementariedade. E é por isso que as normas gerais são comumente identificadas como detentoras de um grau maior de abstração, pois devem ser genéricas o suficiente para permitir o tratamento legislativo das peculiaridades pelos Estados.

Da leitura conjugada dos parágrafos do art. 24 da Constituição, pode-se inferir a existência de limites ao exercício da competência concorrente tanto pela a União quanto pelos Estados. A União não pode, em princípio, legislar sobre situações de fato que exijam tratamento legislativo diferenciado de Estado para Estado, pois, se o fizesse, estaria legislando sobre peculiaridades (diz-se “em princípio”, porque haverá situações em que a disciplina uniforme de uma dada matéria se imporá mesmo na existência de peculiaridades estaduais, como se verá adiante). Também é vedado à União, em sede de competência legislativa concorrente, editar normas cujo âmbito territorial de vigência não seja o território nacional. O ente central não pode, pois, uniformizar o que não comporta tratamento homogêneo, tampouco fazer as vezes

dos Estados, regulando em lei federal as peculiaridades de cada ente subnacional, com preceitos que não tenham, pois, aplicação nacional.

Quando no exercício de sua competência legislativa privativa, nada impede que a União edite normas com âmbito territorial de aplicação restrito. Não se pode dizer que, ao assim agir, o legislador federal necessariamente ofenderia o art. 19, III, da Constituição, que veda aos entes políticos criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Com efeito, tal comando nunca foi visto como impeditivo de diferenças de tratamento quando as situações fáticas o reclamassem, mesmo porque a isonomia requer o tratamento desigual dos desiguais. Não por outro motivo a legislação e a atuação administrativa do ente central pode reservar especial atenção a regiões menos favorecidas, mediante programas de desenvolvimento, expressamente admitidos (e mesmo exigidos) pela Carta Magna. Ademais, é possível conceber situações de fato que só se verifiquem em determinadas regiões ou Estados e que demandem tratamento normativo por parte da União<sup>24</sup>. Nessa hipótese, cuidando-se de competência legislativa privativa da União, negar a possibilidade de edição de normas federais com vigência territorial restrita resultaria absurdo, pois implicaria a

<sup>24</sup> Como exemplo, tem-se a edição de normas sobre a exploração de determinados minérios, somente encontráveis em alguns pontos do território nacional. Lei federal que regule a extração de urânio não tem aplicação em todos os Estados. Sem embargo, a competência privativa da União para legislar sobre jazidas e minas (art. 22, XII, da Constituição) habilita a União a produzir normas específicas sobre o assunto, com âmbito territorial de aplicação restrito.



impossibilidade de qualquer regulação jurídica do objeto.

Já no caso das normas editadas com base na competência de que trata o art. 24 da Lei Maior, o mesmo não se passa, pois constitui elemento conceitual das normas gerais o âmbito nacional de sua vigência, a sua aplicação uniforme em todo o território brasileiro<sup>25</sup>. A própria expressão “nor-

<sup>25</sup> Nesse sentido, os aportes doutrinários de Carvalho Pinto (*op. cit.*, p. 41), Moreira Neto (*op. cit.*, p. 149) e Gomes de Sousa (*op. cit.*, p. 14). Segundo o último autor, “não se poderá aceitar como norma geral aquela que, embora formulada em termos genéricos, entretanto, tenha a sua aplicabilidade limitada a situação que materialmente só possa ocorrer em determinado Estado ou em determinado Município”. Também Leonardo Greco assinala que “normas gerais são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja, normas de aplicação isonômica em todo o território nacional” (*op. cit.*, pp. 142-3). Paulo José Leite Farias praticamente reproduz as palavras de Greco, ao afirmar que normas gerais “são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja, normas de aplicação isonômica em todo o território nacional.” E prossegue: “tais ‘normas gerais’ na matéria ambiental podem dispor apenas sobre princípios (normas-princípios) ou descer a detalhes de regulamentação (normas-regras), desde que uniformes em todo o País, de acordo com a maior ou menor intervenção que a União queira exercer nessas matérias, deixando, conseqüentemente, aos Estados-membros maior ou menor espaço normativo para o estabelecimento de outras normas” (*Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 294). Na mesma esteira, Eduardo Cambi aduz que, no exercício da competência legislativa concorrente, o Congresso Nacional atua “com o escopo de prescrever regras nacionalmente uniformes e, por isso, vinculantes a todos os entes federativos” (Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação Brasileira. In: *Revista de Processo*, n. 92, out/dez 1998, p. 252). Walber de Moura Agra acentua, quanto à extensão da incidência da norma geral, que ela “abrange a totalidade do Estado nacional, configurando-se em norma de âmbito nacional” (*op. cit.*, p. 202). Na mesma direção, Édis Mililar aduz que, em sede de competência concorrente, cabe à União “a regulação de aspectos de interesse nacional, com o estabelecimento de normas gerais endereçadas a todo o território nacional” (*Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226). Diversa não é a posição de André Borges Netto, para quem as normas gerais, veiculadas em leis nacionais, “têm aplicação à totalidade do Estado Federal, sem exclusão de nenhuma parcela do território pátrio” (*op. cit.*, p. 130).

ma geral” aponta para o seu alcance nacional, contrapondo-se o geral ao parcial, ao particular ou peculiar. Em sede de competência concorrente, normas destinadas especificamente a regular realidades verificáveis apenas em âmbito local ou regional devem ser obra do legislador estadual.

Editadas as normas gerais pela União, aos Estados é dado preencher os vazios deixados pela lei nacional. Não editadas tais normas pelo legislador nacional, competência legislativa plena é conferida aos Estados. Como se vê, além da disciplina das peculiaridades, os Estados podem regular matérias que constituem conteúdo de normas gerais quando a União for omissa, total ou parcialmente, em editá-las. No caso de omissão parcial (lei federal que não esgota o tratamento da matéria passível de regulação por normas gerais), o legislador estadual poderá preencher os vazios deixados pela lei nacional, já que a Constituição lhe franqueia suplementar as normas nacionais, inclusive para abrir espaço à disciplina de suas peculiaridades<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> A prosperar o entendimento aqui esposado, pode-se reiterar a conclusão já manifestada de que a Carta de 1988 não inovou substancialmente na disciplina da competência concorrente não cumulativa. O exercício da competência legislativa pelos Estados, nesse âmbito, continua associado à ideia de preenchimento dos vazios deixados pela legislação de normas gerais e de regulação de peculiaridades estaduais. Convém observar que a Constituição anterior sequer associava expressamente a atividade do legislativo estadual à disciplina de peculiaridades, muito embora a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema fosse nesse sentido, principalmente em face da tradição constitucional a respeito do tema. Desse modo, em lugar de ampliar o raio de atuação dos Estados sobre as matérias sujeitas à competência concorrente (o rol dessas matérias foi ampliado, mas sem mudança na sistemática adotada na repartição vertical), a Constituição de 1988 não fez mais do que tornar expresso aquilo que se extraía do texto constitucional anterior pela via interpretativa. Não é de se admirar, portan-



Assegurar condições para que os Estados possam produzir legislação que regule suas peculiaridades foi considerado tão importante pelo constituinte que ele não se limitou a submeter a ausência de normas nacionais aos mecanismos judiciais de tratamento da omissão legislativa, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Permitiu que a omissão fosse suprida por legislação própria dos Estados. Ainda que se possa defender que a regulação de peculiaridades não seja o único papel dos Estados no plano da legislação concorrente, não há como negar sua relevância, tanto que mereceu menção expressa pelo constituinte. Ela constitui, sem dúvida, o núcleo da competência estadual em matéria de repartição de competências concorrentes.

Há, portanto, dois espaços de exercício das competências legislativas concorrentes. No primeiro, o da regulação específica e estadualmente restrita das peculiaridades, somente os Estados detêm poder legiferante. No segundo, o das matérias que comportam ou exigem tratamento uniforme

---

to, que o tratamento dispensado à questão pelo STF tenha, na essência, permanecido o mesmo na nova ordem constitucional. Além da já citada decisão na ADI nº 3.098, dá mostras disso o aresto que concedeu medida cautelar na ADI nº 2.396 (DJ de 14.12.2001), de cuja ementa se retira o seguinte excerto: “O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; e (2) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda, para a definição de peculiaridades regionais. Precedentes. 6. Da legislação estadual, por seu caráter suplementar, se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta.”

nacionalmente, existe uma primazia normativa da União, admitindo-se a produção normativa dos Estados no caso de omissão do ente central, para possibilitar a disciplina de suas peculiaridades.

### c) Peculiaridades como limites à competência da União

Em nenhum momento o art. 24 da Carta Magna circunscreve o conceito de normas gerais ao de princípios ou normas dirigidas exclusivamente ao legislador estadual. Uma leitura que admita a existência de normas gerais com grau menor de abstração não está interdita pelo texto constitucional. O terreno sobre o qual não podem as normas gerais avançar – isso pode ser extraído do art. 24 – é o das peculiaridades.

Regulação do detalhe não se confunde com regulação da peculiaridade. Por peculiaridade deve-se entender tudo aquilo que não se reproduz de maneira uniforme nos diversos Estados. Uma dada matéria objeto de regulação jurídica pode ser uniforme nos seus detalhes, no sentido de estes se verificarem similar ou identicamente nos diferentes lugares onde a norma é aplicada. Nessa hipótese, a disciplina do detalhe não implicaria o tratamento normativo de peculiaridades. Nesse sentido parece se dirigir a definição, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.645 pelo STF (DJ de 01.09.2006), dada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, para quem *norma*

*geral, a princípio, é aquela que emite comando passível de uma aplicabilidade federativamente uniforme.*

Na mesma linha de considerar possível a regulação dos detalhes em norma geral, a Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 433.352 (DJ de 28.05.2010), ao analisar a constitucionalidade de lei federal que excluía da incidência do Imposto sobre Serviços determinadas espécies de serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, acentuou que *a observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. Neste contexto, “gerais” não significa “genéricas”, mas sim “aptas a vincular todos os entes federados e os administrados”*. Como se pode notar, igualmente nesse julgado, a Corte evitou adotar um conceito de norma geral fundado em seu maior grau de abstração. Ao contrário disso, invocou razões de segurança jurídica para justificar o tratamento de questões específicas de uma matéria sujeita a normatização e associou a generalidade dessa espécie normativa ao seu âmbito de vigência pessoal e territorial, à sua aptidão para vincular todos os entes federados e todos os administrados<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Também no julgamento, pela Segunda Turma, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (RE) nº 228.339 (DJ de 28.05.2010), ocorrido na mesma data, o Ministro Joaquim Barbosa, relator do recurso, assinalou: “Vale lembrar que ‘normas gerais’ não significam ‘regras genéricas’. De fato, o termo ‘gerais’ alude à predisposição normativa para submeter todos os entes federados e administrados à mesma pauta de conduta, como instrumento de harmonização e estabilização

Do que foi exposto, podem ser identificadas duas hipóteses autorizadas da edição de normas gerais pela União: (i) quando o objeto regulado não se apresentar substancialmente variável nas diferentes unidades da federação; e (ii) quando houver a necessidade, constitucionalmente identificável, de uniformização normativa, para atender a imperativos de segurança jurídica e de manutenção do equilíbrio federativo.

### c.1) da homogeneidade no objeto de regulação

O primeiro aspecto citado permite compreender corretamente o alcance da assertiva de que norma geral é aquela passível de aplicação federativamente uniforme. Evidentemente, a vinculação de todos os entes federados e administrados a uma determinada norma é decorrência de ser ela uma “norma geral”, e não a sua causa. Se um dado preceito fosse geral, nos termos do art. 24 da Constituição, pelo simples fato de vincular a todos, a União poderia, em sede de competência concorrente, editar quaisquer normas, desde que não lhes conferisse âmbito de aplicação limitado. Tal raciocínio não pode, contudo, subsistir à luz do que dispõem as regras dos parágrafos do art. 24. Assim, a afirmação de que

de expectativas próprio do pacto federativo e do sobreprincípio da segurança jurídica”. Essa função da norma geral como estabilizadora de expectativas também foi ressaltada por Lúcia Valle de Figueiredo: “A norma geral, se corretamente dentro de seu campo de abrangência, ao contrário do que se pode dizer em matéria de invasão das competências federativas, é, sobretudo, fator de segurança e certeza jurídicas, portanto, tende à igualdade e certeza da aplicação uniforme de dados princípios” (Competências administrativas dos Estados e Municípios – Licitações. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, p. 31).

normas gerais são aquelas passíveis de aplicação federativamente uniforme deve ser interpretada no contexto da ausência de peculiaridades estaduais a obstar a edição de um conjunto de regras uniformemente aplicáveis em todo o território nacional.

A condição colocada não se verifica pela mera impossibilidade fática de aplicação uniforme da norma. Se disso se tratasse, sequer haveria espaço para disputa. Faleceria à União competência para editar a norma pelo simples motivo de que, dada a força incoercível dos fatos, ela não seria passível aplicação nacional. Não basta que a norma seja passível de imposição nacionalmente uniforme, é mister que tal aplicação não se dê com violência à autonomia estadual, o que ocorreria no caso de submissão, a um esquema padronizado, de particularismos estaduais que requeiram um regramento diferenciado.

Peculiaridade pressupõe a existência de características particulares do objeto de regulação, que difere conforme o âmbito de aplicação. Assim, condições fáticas podem variar de um Estado para outro, de modo a justificar tratamento jurídico diferenciado a um dado tema, para atender a tais peculiaridades. É nesse ponto que se encontra um dos limites da competência da União para expedir normas gerais e não necessariamente na distinção entre, de um lado, princípios ou diretrizes, e, de outro, regras ou normas de aplicação direta.

O termo peculiaridade aponta, em princípio, para uma característica própria de alguém, não partilhada

com outros, enfim, singular. Estaria isso a restringir a capacidade legislativa de um Estado a objetos e situações somente verificáveis em seu território, que não apresentassem similares fora dele? Se assim fosse, não caberia ao legislador de um Estado regular, dentro de seu território, fenômenos de alcance regional (verificáveis em alguns, mas não todos os Estados). Por outro lado, a expressão “normas gerais” sinaliza um âmbito de aplicação que vai além do parcial, do regional, para abranger o todo, o universo considerado. Diversas disposições constitucionais corroboram esse entendimento, ao aludirem a normas gerais em um contexto que deixa clara sua vigência nacional. Como exemplo, podem ser citados, entre outros: o art. 22, XXI e XXVII, que se referem a normas gerais sobre organização das polícias militares e sobre licitações e contratos para as administrações públicas de todos os entes federados; o art. 61, § 1º, *d*, que trata da lei de normas gerais de organização do Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados e Distrito Federal; e o art. 204, I, que atribui à União a competência para editar normas gerais de assistência social, cabendo aos demais entes a coordenação e a execução de seus respectivos programas na área.

Obviamente, é de todo descabida uma interpretação que negue concomitantemente à União e aos Estados a competência de regular matérias de alcance regional, pelo vácuo competencial que gera. Ademais, exigir, como condição para o exercício da competência legislativa estadual, que o fenômeno disciplinado se verifique exclusivamente dentro de

seu território praticamente anularia a possibilidade de edição de normas estaduais em sede de competências concorrentes. Com efeito, embora muitas realidades sujeitas a regulação não se reproduzam em toda a extensão do território nacional, pouquíssimas se revelam tão invulgares, a ponto de se confinarem nos limites de um único Estado. Fosse intenção do Constituinte de 1988 franquear ao legislador nacional, no exercício da competência legislativa prevista no art. 24, a edição de normas com âmbito de aplicação regional, poderia valer-se de outra expressão, aludindo a “normas nacionais ou regionais”, em lugar de “normas gerais”. Quando a Carta Magna incumba à União tarefas de cunho regional, fá-lo de forma expressa, referindo-se, por exemplo, a planos não apenas nacionais, mas regionais de desenvolvimento (art. 43, § 1º, II), regulados em lei aprovada pelo Congresso Nacional (arts. 48, IV, 58, § 2º, VI, e 165, § 4º).

No Direito Comparado, a experiência em torno do esquema de competências legislativas concorrentes não cumulativas também se dirige no sentido de reconhecer que o poder do ente central é de editar normas com alcance nacional. Ao comentar o esquema espanhol de repartição de competências que envolve, de um lado, normas básicas do ente central (o Estado) e normas de desenvolvimento dos entes subnacionais (as comunidades autônomas), Ignacio de Otto<sup>28</sup>, além de recusar uma iden-

tificação necessária das normas básicas com princípios, ressalta a vigência territorial nacional como uma de suas características:

O conceito de normas básicas não é equiparável ao de normas de princípio, isto é, normas não diretamente aplicáveis que só constituem o marco da legislação ulterior. [...] No exercício da competência para ditar a normativa básica o Estado poderia limitar-se certamente a traçar princípios desse tipo, de modo que a legislação a aplicar seria a que dentro dela criam as comunidades autônomas, e o resultado seria uma normativa distinta em cada comunidade, ainda que regida toda ela pelos mesmos princípios ou critérios. Porém, não é necessário que assim ocorra, e o Tribunal Constitucional tem insistido em que o exercício da competência para a normativa básica se presta a regular um setor da matéria mediante normas estatais diretamente aplicáveis que impõem uma regulação uniforme em toda a nação. O resultado será então que a normativa sobre uma matéria se comporá de normas estatais de aplicação geral, que contêm um regime uniforme, e da normativa de desenvolvimento das comunidades autônomas que, por sua vez, poderá ser inteiramente livre no setor não regulado pelo Estado ou poderá estar sujeita aos princípios que este dite junto às normas nas quais estabeleceu a regulação uniforme.

Também o revogado art. 75 da Lei Fundamental alemã, que previa a

<sup>28</sup> *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991, p. 279.

competência legislativa concorrente não cumulativa, era claro no sentido de investir a União no poder de estabelecer prescrições-quadro para a legislação estadual e de determinar que os Estados editassem suas próprias leis sobre o mesmo campo material, dentro do prazo fixado na lei federal de normas gerais. O propósito de uniformização normativa, em âmbito nacional, restava evidente, uma vez que competia ao legislador da União criar a moldura normativa dentro da qual o legislador estadual deveria produzir as normas de desenvolvimento.

Em síntese, parece razoável concluir que a União está autorizada a editar normas gerais sempre que não houver peculiaridades no objeto regulado que exijam tratamento diferenciado em ao menos um Estado federado. Naquilo em que, para fins de disciplina normativa, o objeto se revela homogêneo nos diferentes Estados, é viável a sua regulação uniforme em lei nacional. Dessarte, não verificadas peculiaridades de alcance estadual ou mesmo regional, a União poderá, no exercício de sua competência para instituir normas gerais, regular nacionalmente a matéria, inclusive para tratar de detalhes e pormenores.

### c.2) da uniformização legislativa constitucionalmente exigível

O outro aspecto delimitador da competência da União para expedir normas gerais diz respeito à necessidade de uniformização legislativa, à qual

alude a já citada decisão do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 433.352. A existência de peculiaridades no plano fático nem sempre interditará o exercício da competência da União ou autorizará Estados a legislar conforme bem entenderem sobre determinado assunto. Muitas vezes a atividade niveladora do legislador nacional será necessária. Isso porque é função das normas gerais servir como instrumento de uniformização, para a realização de valores e objetivos fundamentais, como a segurança jurídica e a própria preservação da estrutura do Estado Federal. Nesse ponto, tem inteira aplicação o princípio hermenêutico do efeito integrador, segundo o qual *na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política*<sup>29</sup>.

A Constituição brasileira não possui dispositivo como o da Lei Fundamental alemã, que alude aos pressupostos para o exercício de competência legislativa pela União, a saber, quando necessária a regulação federal, no interesse da totalidade do Estado, para o estabelecimento de condições de vida equivalentes no território nacional ou para a preservação da unidade jurídica ou econômica. Sem embargo, tais condições podem ser extraídas de dispositivos esparsos da Carta brasileira. Como observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>30</sup>, ao alertar para a in-

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, pp. 249-50.

suficiência do critério lógico-formal, definidor de normas gerais como princípios e diretrizes:

[P]ara o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no *caput* do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige a colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. [...]

9. Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral.

Como se vê, a edição de normas uniformes também se justifica pela incidência de princípios constitucionais em determinados âmbitos de regula-

ção, a exigirem o tratamento normativo uniformizado de certas matérias. Sempre que o tratamento uniforme de uma dada questão for necessário para evitar graves conflitos interestaduais, a edição de normas gerais se justificará, ainda que essas normas se façam sentir de forma diferenciada nos diversos Estados, dadas as peculiaridades verificadas no plano fático. Cabe frisar, contudo, que a ação do legislador nacional nessa última hipótese não pode ser desacompanhada de justificação robusta a demonstrar que o sacrifício do poder em princípio conferido a determinado Estado para regular suas peculiaridades se faz por exigências constitucionais de preservação da unidade política e de uma estrutura federativa harmônica e funcional.

Não se trata, aqui, da simples invocação de um fluido “interesse nacional” para legitimar intervenções do legislador da União. É necessária a demonstração objetiva dos riscos que a fragmentação jurídica pode acarretar para a estrutura federal, bem como de suas consequências negativas em termos de segurança jurídica.

#### **d) Síntese sobre a delimitação das competências da União e dos Estados**

Tendo em conta os argumentos anteriormente lançados, pode-se concluir que:

- (i) as normas gerais nem sempre podem ser identificadas com princí-



- pios ou diretrizes com alto grau de abstração;
- (ii) a competência da União para editar normas gerais se destina a promover a regulação uniforme, no território nacional, de determinadas matérias, seja pela necessidade de se resguardarem valores constitucionais relacionados à segurança jurídica e ao equilíbrio federativo, seja pela simples inexistência de situações de fato peculiares em nível estadual que justifiquem a regulação jurídica diversificada;
- (iii) o atendimento das condições mencionadas no item anterior é de fácil constatação em normas com elevado grau de abstração, o que ajuda a compreender o porquê da errônea associação necessária entre norma geral e princípio;
- (iv) o objetivo precípuo da competência concorrente dos Estados é a disciplina de peculiaridades que justificam o tratamento legislativo específico de determinadas matérias em seus territórios, com a complementação das normas gerais editadas pela União, e mesmo a incursão no campo material reservado a essas normas, no caso de inércia do legislador nacional;
- (v) a distinção entre normas gerais e normas específicas e, por conseguinte, a delimitação dos âmbitos de atuação legislativa da União e dos Estados devem levar em conta, antes de tudo, os fatores indicados nos itens *ii* e *iv*.

Em determinados âmbitos, como o tributário, o orçamentário, o financeiro

e o administrativo, a autonomia legislativa estadual é exigida como condição para a própria existência de um Estado estruturado como federação<sup>31</sup>. Noutros ramos, uma maior extensão das competências legislativas estaduais não pode ser vista como exigência indeclinável ou um fim em si mesmo.

A distribuição de competências legislativas entre os diversos entes federa-

<sup>31</sup> Com esse fundamento, o STF, ao conceder a medida cautelar na ADI nº 4.582 (DJe de 09.02.2012), suspendeu a eficácia de dispositivo de lei da União que fixava como índice de revisão dos proventos de servidores estaduais e municipais o mesmo utilizado no reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O Tribunal entendeu que a competência da União para dispor sobre normas gerais de previdência social (art. 24, XII, da Carta Magna) não autorizava o Congresso Nacional a, substituindo-se aos legisladores dos outros entes federados, dispor sobre a situação de seus servidores, no que representaria um atentado à sua autonomia. Diversamente, no entanto, o STF, no julgamento da ADI nº 4.167 (DJ de 24.08.2011), deixou de declarar a inconstitucionalidade de lei da União que reservava ao menos 1/3 da carga horária de trabalho dos docentes da educação básica a atividades extraclasse. A mesma lei instituiu o piso salarial nacional para esses profissionais. Tal previsão, contudo, encontra arrimo em norma constitucional (o inciso VIII do art. 206, ainda assim contestado por um dos julgadores, sob alegação de ofensa à cláusula pétreia da forma federativa de Estado, eis que introduzido por emenda constitucional). Já no caso da fração mínima de carga horária dedicada a atividades extraclasse, houve empate na votação, o que obstou a declaração de inconstitucionalidade. Metade dos ministros entendeu ser a norma nacional amparada na competência para editar normas gerais em matéria de ensino (art. 24, IX). Ora, a lógica que conduziu à declaração de inconstitucionalidade da lei nacional que dispôs sobre critérios de revisão de proventos de servidores estaduais e municipais deveria ter conduzido a igual resultado relativamente à norma nacional que interferiu na jornada de trabalho de professores de Estados e Municípios. A capacidade de os Estados-membros disporem, com autonomia, sobre seus próprios serviços e agentes, observadas as condições impostas pela Constituição Federal, representa uma das características básicas de um Estado organizado federativamente. Sobre o assunto, no Direito Comparado, merece menção a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *National League of Cities v. Usery* (426 US 833), na qual foi declarada nula lei federal que estabelecia jornada máxima de trabalho e pisos salariais unificados para servidores estaduais e municipais. Consoante acentuou a Corte, a Constituição não conferiu ao Congresso poderes que possam ser exercidos "de um modo que prejudique a integridade dos Estados ou sua capacidade de funcionar efetivamente em um sistema federal".

dos pressupõe que determinadas matérias serão mais satisfatoriamente reguladas numa determinada esfera do que em outra. O critério alocador não parte da pessoa federativa, para buscar um conjunto de competências legislativas a lhe serem atribuídas, como índice de autonomia desse ente. Ao contrário, parte da matéria, para então verificar a que pessoa federativa deve ser confiada sua disciplina, de forma a melhor atender aos objetivos constitucionais. Não faz sentido, portanto, a pretexto de reforçar a autonomia estadual e obedecer ao princípio federativo (art. 60, § 4º, II, da Constituição), reduzir o alcance do conceito de norma geral a princípios e diretrizes, se tal distribuição de competências levar a resultados constitucionalmente indesejados, como na hipótese aventada pelo STF de tratamento jurídico diferenciado de uma mesma situação de fato, gerando insegurança jurídica<sup>32</sup>. De resto, não violenta a expressão literal do art.

<sup>32</sup> Nesse sentido, o voto do Ministro Cezar Peluso, no julgamento da ADI nº 1007 (DJ de 24.06.2006), na qual se discutia a validade de lei estadual que fixava a data de vencimento de mensalidades escolares. Invocada, pelo autor da ação, ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I, da Constituição), o Estado sustentou, em defesa da constitucionalidade da lei, ter agido no exercício da competência concorrente para legislar sobre direito econômico, relações de consumo, ensino e educação (art. 24, I, V e IX). Ao discutir em que dispositivo constitucional atributivo de competência se encaixava a matéria, observou o Ministro, em resposta ao argumento de que o objeto da lei se enquadrava entre as matérias sujeitas à competência concorrente: "A União é que deve ditar normas aplicáveis a todo o país, a fim de que um contrato não tenha particularidade normativa em determinado Estado, outra particularidade em Estado diverso, ou a possibilidade de os Estados estabelecerem normas diferentes sobre o mesmo tipo de contrato. Ou seja, o sistema de produção, que vive em função de contratos, seria, de outro modo, perturbado, porque em cada Estado se teriam normas diferentes. Daí, porque, em todas as matérias de competência concorrente, reserva-se à União a competência para ditar normas de caráter geral."

24, § 1º, da Carta Magna um conceito de norma geral que incluía regras mais detalhistas, desde que com vigência nacional. O que desborda dos limites traçados pelo art. 24, contradizendo a sua expressão literal, é uma interpretação que admita a existência de normas gerais com âmbito de vigência apenas regional ou estadual.

À luz do quanto foi dito *supra*, pode-se melhor compreender, por exemplo, por que a proibição do comércio e do uso de um dado produto químico constitui matéria de norma geral, ainda que uma norma com tais características esteja longe de veicular um princípio, além de não ser dirigida exclusivamente ao legislador estadual, mas ter aplicação direta. Com efeito, não existem peculiaridades locais a justificarem tratamento diferenciado do tema, conforme o Estado onde seja comercializado ou consumido.

A tendência a uma maior uniformização legislativa nas federações é crescente. O que ocorre no Brasil não se distingue do que se passa em outros países, como bem demonstram os problemas experimentados pela Alemanha no processo de integração europeia, que constituíram uma das justificativas da Reforma Constitucional de 2006. Nessa linha, Andreas Krell<sup>33</sup> sinaliza para a necessidade, nas federações contemporâneas, de tratamento legislativo integrado e uniforme de determinados assuntos. Segundo o jurista, nem todos os temas objeto de

<sup>33</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 62-3.

normas gerais permitem suplementação estadual, visto que não se trata apenas da fixação de diretrizes genéricas, mas também do estabelecimento de regras específicas que devem vigorar em todo o território nacional.

Pormenores que, em um primeiro exame, poderiam ser considerados matéria para a legislação específica de cada ente, muitas vezes devem figurar em lei nacional, sobretudo quando o tratamento em nível nacional do tema se mostra necessário para garantir a observância de princípios constitucionais. Normas da União que, por exemplo, disciplinem o processo de licenciamento ambiental de forma vinculante para todos os entes federados não perdem o caráter de norma geral por tratarem de aspectos procedimentais<sup>34</sup>. Imperativos extrajurídicos atuam no sentido da uniformização do tratamento normativo de dadas matérias. Mesmo em uma comunidade de Estados soberanos e com tradições jurídicas muito variadas, como é a União Europeia, razões de ordem técnica e socioeconômica conduziram à uniformização de normas<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Paulo Affonso Leme Machado assevera, quanto ao licenciamento ambiental, que “a legislação federal – no que concerne às normas gerais – é obrigatória para os Estados no procedimento da autorização [...]. Importa distinguir que a norma geral federal não invade a competência dos Estados ao se fazer presente no procedimento da autorização. A norma federal – por ser genérica, não deverá dizer qual o funcionário ou o órgão incumbido de autorizar (matéria típica da organização autônoma dos Estados), mas poderá dizer validamente quais os critérios a serem observados com relação à proteção do ambiente (*Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277). Essa é também a posição do STF, conforme expresso no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.252 (DJ de 24.10.2008).

<sup>35</sup> No caso da legislação sobre licitações e contratos, tal uniformização desce a pormenores como a própria forma de apresentação dos instrumentos convocatórios de certames. No caso da legislação sobre meio ambiente, abrange, por exemplo, a definição de

A análise da recente jurisprudência do STF a respeito das competências concorrentes indica o afastamento da compreensão de norma geral como veiculadora apenas de princípios e diretrizes. Em lugar dessa noção, a Corte tem optado por perquirir sobre possíveis razões constitucionais justificadoras de uma disciplina uniforme de certos temas, mesmo quando a lei da União regula de maneira minuciosa o seu objeto, como se verá, relativamente a questões ambientais, na próxima seção.

Quanto à compreensão da lógica que preside as competências concorrentes, cumpre, por fim, advertir que se o Congresso Nacional, ao exercer sua competência legislativa, se absteve de ingressar no campo material reservado aos Estados, o das peculiaridades, a legislação estadual não pode dispor contrariamente aos preceitos da lei nacional. Fosse de outro modo, as normas gerais seriam um nada jurídico, contornável ao mero talante do legislador de cada ente federado. Esquemas de repartição vertical nos moldes do previsto no art. 24 da Constituição pressupõem a supremacia das normas gerais, entendida como a capacidade de condicionar a ação do legislador estadual, não podendo ter vigência normas suplementares que as contrariem.

Consoante observou o Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº

espécies animais e vegetais sujeitas a proteção especial pelos membros da União Europeia, bem como a designação de áreas de preservação, propostas pelo próprio Estado-membro onde se localizar, ou mesmo sem a sua iniciativa.

377.457 (DJ de 19.12.2008), ao discorrer sobre as relações entre lei complementar sobre normas gerais tributárias e as demais leis tributárias: *onde houver campo próprio para a lei complementar ditar normas gerais, é manifesto que a ela, ao seu conteúdo, estará sujeita a lei ordinária. Aí, não só a lei federal, mas as leis municipal e estadual.* No mesmo diapasão, o voto do Ministro Maurício Correa, na ADI nº 2.656, ao aduzir que, quando se tratar de competência legislativa concorrente, *as normas estaduais porventura existentes e contrárias à legislação federal são consideradas ineficazes, assim como aquelas que digam respeito a regras gerais.* Se cabe ao legislador estadual fazer a suplementação da lei federal, de tal atividade não podem resultar antinomias. Bem por isso o § 4º do art. 24 da Carta Magna prevê que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia de lei estadual, no que lhe for contrário.

### III. NORMAS GERAIS E MEIO AMBIENTE

#### 1. Modelos de alocação de competências legislativas em matéria ambiental

Os aspectos da existência humana sujeitos a regulação jurídica costumam ser por demais complexos para se deixarem exprimir em termos designativos de partes estanques da realidade, precisamente delimitáveis, unidimensionais e imiscíveis. Alguns

temas, em particular, notabilizam-se pela sua transversalidade. Não há, por exemplo, como dissociar a proteção ao meio ambiente da regulação do uso da propriedade e do exercício de atividades econômicas. Medidas que impõem restrições ao exercício de atividades danosas ao meio ambiente possuem, pois, esse duplo caráter. E, quando se qualifica a saúde como um campo temático individualizado, a edição de uma mesma norma pode, em alguns casos, ser vista como o exercício da competência legislativa sobre três matérias: meio ambiente, economia e saúde.

Sob a perspectiva da atribuição de poderes legislativos em um Estado, tal segmentação temática não cria maiores dificuldades quando compete a um único órgão ou instância expedir as normas. Estados descentralizados, contudo, caracterizam-se ordinariamente pela repartição de competências legislativas entre o ente central e os subnacionais. A depender de como essa distribuição seja feita, a transversalidade de determinadas questões pode dar azo a relevantes dúvidas quanto a que esfera será competente para regulá-las.

Além desse problema de interconexão entre o meio ambiente e outros âmbitos temáticos, conflitos de competência podem surgir quando o ordenamento constitucional estabelece um condomínio legislativo, atribuindo poderes ao ente central e aos subnacionais para regular um mesmo campo material. Quando se trata de competência concorrente cumulativa, é necessário estabelecer qual ins-

tância terá a primazia. Normalmente, ela é conferida ao ente central, como o faz a Lei Fundamental alemã (art. 31) e a Constituição norte-americana (artigo VI).

Já no caso da competência concorrente não cumulativa, o espaço de atuação de cada legislador é definido por um critério não propriamente hierárquico, mas de preestabelecimento de limites dentro dos quais tanto o ente central quanto os subnacionais devem se conter. Assim, alude-se à edição, por aquele, de normas gerais (art. 24 da Constituição brasileira), de uma legislação básica (art. 149 da Constituição espanhola), de princípios fundamentais (art. 117 da Constituição italiana) ou de prescrições-quadro (o revogado art. 75 da Lei Fundamental alemã). Nesse ponto, a grande dificuldade reside, como já visto, na fixação desses limites.

Esquemas variados de repartição constitucional de competências legislativas são adotados quando se trata de matérias afetas ao meio ambiente. O constituinte italiano optou por atribuir praticamente toda a matéria à regulação pelo legislador nacional, ao estatuir que lhe compete, com exclusividade, legislar sobre a tutela do meio ambiente e dos ecossistemas (art. 117, s). Como ressaltado anteriormente, isso não elimina de todo os riscos de ocorrerem conflitos de competência, na medida em que matérias conexas podem ser objeto de competência concorrente ou reservada às regiões da Itália (as unidades descentralização territorial daquele país). A proteção à saúde, por exem-

plo, é matéria de competência concorrente, em sede da qual incumbe ao poder central apenas editar a legislação de princípios fundamentais.

A Constituição norte-americana, por sua vez, foi elaborada em um momento histórico no qual a questão ambiental não se colocava como tema a ser tratado em norma constitucional. A inexistência de alusão ao meio ambiente na Seção 8 de seu Artigo I, que trata das competências do Congresso, permitiria concluir que o assunto deve ser objeto de regulação pelos Estados, ante o disposto na Décima Emenda, que trata dos poderes reservados. Na prática, porém, o legislador federal aprovou, sobretudo a partir da segunda metade do séc. XX, copiosa legislação ambiental, que o Poder Judiciário não apenas considerou válida, mas também prevalente, quando em conflito com a legislação estadual. Isso se deu em razão da exegese amplíssima conferida pela Suprema Corte à competência do Congresso para regular o comércio exterior e interestadual (a *commerce clause*), que admitia a regulação federal até mesmo de atividades de caráter puramente intraestadual. Assim, por essa via indireta, o legislador nacional logrou assumir o mesmo papel que desempenharia caso a Constituição previsse expressamente uma competência concorrente cumulativa em matéria ambiental.

A exemplo da Constituição dos Estados Unidos, a australiana também não menciona expressamente a questão ambiental como objeto de regulação por parte do legislador nacional. O Poder Judiciário, no en-



tanto, reconheceu a validade de legislação federal de proteção ao meio ambiente, editada com base na competência do Parlamento para legislar sobre o comércio, bem como naquela dirigida a internalizar compromissos assumidos pela Austrália em tratados internacionais. Assim, por via indireta, como nos Estados Unidos, o Parlamento australiano detém competência para legislar sobre questões ambientais, ainda que o assunto esteja originalmente no âmbito dos poderes reservados aos Estados.

Como os Estados Unidos, a Suíça adotou o sistema de enumeração, no texto constitucional, dos poderes do ente central (a Confederação), reservando aos entes subnacionais (os Cantões) as competências que não fossem expressamente atribuídas àquele. A exemplo do que ocorreu em outras federações, as competências federais na Suíça foram progressivamente ampliadas ao longo do século XX (por sucessivas reformas constitucionais).

A Constituição suíça em vigor, aprovada em 1999, submete os temas afetos ao meio ambiente a um esquema de competências legislativas concorrentes. A maior parte deles pode ser regulada minuciosamente pelo legislador nacional. Nessa categoria, que inclui, de forma genérica, a proteção do meio ambiente e, especificamente, da fauna e da flora (arts. 74, 78 e 80), o ente central pode expedir legislação exaustiva<sup>36</sup>. Os Cantões podem

legislar sobre a matéria enquanto e na medida em que a Confederação não tenha feito uso de sua competência. Trata-se, pois, de um esquema de competências concorrentes cumulativas. Em relação a alguns assuntos, contudo, a Confederação somente dispõe de poderes para estabelecer princípios (*Grundsätze*) que devem ser observados pelos Cantões, ao editarem suas próprias leis. Isso ocorre relativamente à ordenação territorial, a alguns tópicos da gestão de recursos hídricos, à proteção das florestas, à caça e à pesca (arts. 75, 76, 77, 79).

A Lei Fundamental alemã optou originalmente por um modelo que incluía competências legislativas concorrentes cumulativas e não cumulativas em matéria ambiental. Em ambos os casos, o exercício da competência legislativa pela União devia atender às

---

federal. Consoante observa Jordi Jaria i Manzano: “na Suíça, interpreta-se unanimemente a competência atribuída à Confederação pelo art. 74 da Constituição como uma faculdade de intervenção ampla que funciona horizontalmente e que, portanto, permite, no cumprimento do mandato para cuja realização foi atribuída, intervir normativamente de maneira particularmente ampla para proteger o meio ambiente. Como consequência dessa interpretação, pode-se concluir que a proteção ao meio ambiente favorece tendências centralizadoras, justificadas, aparentemente, pela finalidade de buscar uma racionalização da matéria. Apesar disso, no caso da Suíça, devemos ressaltar que um conjunto de normas não escritas e de usos políticos no funcionamento das instituições federais, além da sua própria estrutura interna e, inclusive, de sua composição, fazem dificilmente imaginável que a Confederação utilize esse título competencial tão amplamente configurado para esvaziar, de modo tortuoso, as competências dos Cantões” (La distribución de competencias en materia de medio ambiente en Suiza. In: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 294-295, jan/ago 2004, p. 469). A ampla disciplina de questões ambientais pela Confederação também se vê facilitada pela circunstância de não haver controle jurisdicional de constitucionalidade da legislação federal na Suíça, uma vez que o art. 190 da Constituição interdita todos os tribunais de recusarem aplicação ao Direito Federal. Ademais, seu art. 49, n. 1, prevê a primazia do Direito Federal sobre o Cantonal.

<sup>36</sup> A competência genérica para legislar sobre a defesa do meio ambiente tem sido entendida como autorizadora do alargamento do raio de ação do legislador



condições estabelecidas na cláusula da necessidade (art. 72, § 2<sup>o</sup>)<sup>37</sup>. O que aconteceu de fato, porém, foi uma intensa produção legislativa federal – não apenas sobre meio ambiente, mas sobre todas as matérias objeto de competência concorrente e para legislação de quadro –, com o assentimento do Tribunal Constitucional. Mínimo foi o papel inibidor da cláusula da necessidade e da ideia de que, em sede de legislação de quadro, a União deveria ser restringir a expedir normas gerais.

Poucos anos depois de o Tribunal Constitucional alemão iniciar um controle mais rígido das condicionantes ao exercício de competência legislativa pela União, foi promovida reforma na Lei Fundamental que eliminou as competências para legislação de quadro, distribuindo as matérias ambientais entre aquelas sujeitas aos esquemas de: (i) competência concorrente cumulativa, com prevalência das normas editadas pela União; (ii) competência concorrente de divergência, com prevalência das normas mais recentes, sejam elas editadas pela União ou pelos Estados-membros. Relativamente a algumas competências concorrentes cumulativas, manteve-se a exigência de atendimento à cláusula da necessidade para a produção legislativa da União.

O abandono do esquema de legislação de quadro pela Alemanha não deixou o Brasil isolado no uso do modelo de competências legislativas não cumulativas em matéria ambiental. A

Constituição argentina, por exemplo, dispõe, em seu art. 41, que compete à Nação ditar as normas que contêm os pressupostos mínimos de proteção ao meio ambiente, cabendo às províncias editar as normas necessárias para complementá-las. Igualmente a Constituição espanhola, em seu art. 149, n. 23, diz competir ao Estado (governo central) editar a legislação básica sobre proteção ao meio ambiente, sem prejuízo das faculdades das comunidades autônomas de estabelecer normas adicionais de proteção. E, como visto, também a Constituição suíça utiliza o esquema de competências concorrentes não cumulativas em relação a alguns temas ambientais.

Diversas razões são apontadas tanto para a atribuição de competências legislativas sobre meio ambiente aos Estados quanto para a concessão de monopólio à União, no tratamento legislativo desse campo temático<sup>38</sup>.

Quem defende uma maior descentralização das competências legislativas o faz sob o argumento de que a atribuição de poderes aos Estados para regular a matéria permitiria uma maior adaptação das normas às diferentes realidades locais, o que não seria possível no caso de uma legislação nacionalmente uniforme. Ademais, a edição de leis estaduais possibilitaria que as normas ambientais refletis-

<sup>37</sup> Cf. nota de rodapé n. 6.

<sup>38</sup> A exposição que se segue é baseada em Richard B. Stewart (Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 86, 1976, pp. 1210-1222) e Gerda Löhr (*Environmental Decision-Making in a Federation*, Mannheim: Universität Mannheim, 2006, pp. 60-86).

sem mais fielmente as preferências dos habitantes do território onde fossem aplicadas, considerando-se a heterogeneidade dessas preferências entre as diversas regiões de um mesmo país. Haveria, pois, maiores condições para o controle e acompanhamento popular das decisões do legislador em matéria de meio ambiente, pois o processo decisório se daria mais proximamente à população afetada pelas decisões legislativas, que teria mais condições de influenciá-las.

Outro argumento pró-descentralização é o de que ela favorece o experimentalismo, permitindo o aproveitamento de boas normas e o descarte da legislação ruim. Experiências bem sucedidas em um Estado poderiam ser replicadas nos demais. Em um cenário de legislação nacionalmente uniforme, as oportunidades de experimentação seriam menores e os efeitos, para o bem ou para o mal, das tentativas teriam uma escala muito maior. De resto, a imposição de uma mesma legislação em todo o território nacional poderia gerar resistências da parte dos Estados que com ela não concordassem, o que seria ainda mais grave caso coubesse às autoridades estaduais a competência administrativa de execução dessas leis, resultando em um *deficit* de implementação dos comandos normativos.

Já segundo uma abordagem favorável à centralização, o estabelecimento de normas ambientais nacionalmente uniformes evita o surgimento de distorções competitivas entre os Estados. Os impactos econômicos pro-

duzidos por medidas protetoras do meio ambiente podem dar ensejo a dois tipos de consequências: o nivelamento por baixo (*race to the bottom*) ou a instituição de restrições econômicas entre os Estados.

O primeiro fenômeno se caracteriza pela progressiva diminuição das exigências da legislação ambiental, com o objetivo de atrair mais investimentos ou impedir que os agentes econômicos transfiram os fatores de produção para outros Estados. No limite, a adoção desse tipo de postura por todos os Estados conduz a uma redução global nos níveis de proteção ambiental e de bem-estar social na federação. O segundo problema, a instituição de restrições econômicas ao comércio interestadual, pode ocorrer quando um Estado, não pretendendo reduzir os níveis de proteção em seu território, procura reduzir suas desvantagens competitivas através de medidas protecionistas contra Estados que adotem legislação menos protetora do meio ambiente.

Ainda segundo a perspectiva centralizadora, o legislador nacional estaria mais imune a pressões de agentes econômicos locais na edição de normas ambientais, podendo atuar com maior independência. Nesse cenário, os riscos de um *deficit* de proteção seriam menores. A legislação nacionalmente uniforme atuaria igualmente no sentido de reduzir o problema das externalidades negativas no plano interestadual<sup>39</sup>, uma vez que a poluição

<sup>39</sup> Externalidades negativas são os efeitos colaterais que a atividade de um agente econômico produz so-

ou degradação ambiental tolerada pela legislação de um Estado pode produzir reflexos negativos sobre a qualidade de vida da população de outro Estado. Isso é bastante evidente em relação a diversos problemas ambientais, dados seus impactos transfronteiriços, alguns de alcance global. E, até mesmo em função do tratamento em nível mundial dessas questões, a vigência de normas uniformes no território de um país parece constituir pré-requisito para a negociação e celebração, por seu governo, de acordos internacionais sobre o assunto.

A abordagem centralizadora ressalta ainda que uma legislação nacionalmente uniforme atenderia, em melhor medida, às exigências de justiça distributiva, pois as diferenças no grau de desenvolvimento econômico dos Estados podem conduzir, em um cenário de diversidade de legislações, à desigualdade na qualidade de vida, sob a ótica ambiental. Estados mais pobres e desejosos de atrair investimentos, ao reduzirem o grau de proteção ambiental em seus territórios, promovem desenvolvimento às custas da qualidade do meio ambiente. Diferentemente da situação em que os Estados são deixados à própria sorte, as desigualdades regionais poderiam ser reduzidas por medidas redistributivas da União, sem necessidade do estabelecimento de padrões díspares de degradação ambiental, na hipótese de uma legislação ambiental nacionalmente uniforme.

---

bre terceiros, diminuindo-lhes o bem-estar, sem que haja compensação por isso.

Por fim, a perspectiva centralizadora enfatiza as vantagens proporcionadas pela economia de escala, no caso de atribuição de competências legislativas à União. Em lugar da multiplicação de esforços, a coleta de informações e a pesquisa que subsidia a elaboração de normas e de políticas públicas relacionadas ao meio ambiente seria aproveitada no tratamento de todas as questões similares.

## 2. O esquema adotado pela Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 identifica não apenas competências legislativas concorrentes, mas também privativas em matéria ambiental. É privativo da União legislar sobre águas, jazidas, minas e outros recursos naturais, bem como atividades nucleares de qualquer natureza (art. 22, IV, XII, XXVI). À União, aos Estados e ao Distrito Federal compete legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo, dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição, proteção ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, VI, VII, VIII). No âmbito da legislação concorrente, como já visto, a competência da União deve limitar-se a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, que podem ainda exercer competência legislativa plena, quando não editada a lei de normas gerais pela União (art. 24, §§ 1º a 3º). Aos Municípios compete suplementar as legislações

nacional e estadual, naquilo que couber (art. 30, II).

Uma primeira dificuldade decorrente desse esquema de repartição consiste na interseção de temas sujeitos às competências privativa e concorrente. Normas sobre a preservação dos recursos hídricos não deixam de ser normas de defesa dos recursos naturais. A definição da regra de competência aplicável pode, nesses casos, ser dada a partir da maior especificidade do tema. No exemplo dado, poder-se-ia dizer que, quando as normas de defesa de recursos naturais se referirem a recursos hídricos, prevalecerá a competência privativa da União.

Esta é uma solução menos tormentosa do que a exigida noutros casos de classificação de um determinado assunto como sujeito à competência concorrente ou à privativa da União. A jurisprudência do STF tem oscilado no exame da constitucionalidade de leis estaduais quando o tema regulado pode se enquadrar na competência do art. 22, VIII (comércio exterior e interestadual), ou na do art. 24, V (produção e consumo), da Constituição. No limite, qualquer norma sobre produção e consumo pode produzir interferências no comércio interestadual. Contudo, em se dando essa extensão à competência privativa da União para disciplinar o comércio interestadual, a competência concorrente do art. 24, V, resultará totalmente esvaziada<sup>40</sup>. O mesmo problema

não se coloca no caso da competência para legislar sobre águas, porque esse tema constitui um subconjunto do tema mais amplo, objeto da competência concorrente.

As maiores dificuldades interpretativas, contudo, residem na separação dos espaços reservados aos legisladores nacional e estadual, no âmbito da competência concorrente em matéria ambiental, o que será objeto de exame a seguir.

### 3. A jurisprudência do STF

Ao enfrentar o problema da extensão da competência do legislador nacional para editar normas gerais sobre meio ambiente, o STF tem atuado na linha de confirmar a tese de que tais normas não se restringem necessariamente a princípios e diretrizes com elevado grau de abstração. Mais que isso: em três arestos da Corte, pode-se inclusive deduzir que a deliberação foi no sentido contrário ao da defesa doutrinária da qualificação das normas gerais ambientais como *standards* mínimos de concretização de princípios, a constituírem um piso que

Congresso poderes para regular o comércio exterior e interestadual, tem sido utilizada historicamente como fundamento para o elastério do âmbito de atuação do legislador federal. No caso brasileiro, contudo, a questão é mais delicada, em face do rol de competências concorrentes. O enquadramento automático, como matéria do art. 22, VIII, da produção e do consumo, tornaria sem sentido a previsão do art. 24, V. Como exemplos da instabilidade da jurisprudência do STF a respeito, vejam-se as decisões na ADIMC nº 750 (DJ de 11.09.1992) e na ADI nº 2.832 (DJ de 20.06.2008), ambas impugnando leis estaduais que determinavam a colocação de informações ao consumidor no rótulo de produtos. No primeiro caso, houve suspensão da eficácia da lei, por ofensa ao art. 22, VIII. No segundo, conclusão pela constitucionalidade do ato normativo estadual, com base no art. 24, V, da Constituição.

<sup>40</sup> A esse respeito, cf.: Tavares (*op. cit.*, pp. 170 e ss). No direito norte-americano, como já mencionado, a *commerce clause* da Constituição, que confere ao

poderia ser suplantado por exigências mais rigorosas da legislação estadual. Isso enfraquece a tese, propugnada por alguns estudiosos do Direito Ambiental e discutida mais à frente, segundo a qual, havendo legislação de diversas esferas sobre um mesmo assunto, deve prevalecer a norma que assegure, em maior medida, a defesa do meio ambiente. Nos referidos julgados, o STF declarou inconstitucionais leis estaduais que eram mais rigorosas na defesa do meio ambiente do que a legislação federal.

Os dois primeiros casos versaram sobre a constitucionalidade de leis dos Estados do Mato Grosso do Sul e São Paulo que proibiram diversas atividades relacionadas ao amianto, como sua fabricação, ingresso, beneficiamento, comercialização e estocagem no território daquelas unidades da Federação. Ao julgar a ADI nº 2.396 (DJ de 01.08.2003), o STF declarou a inconstitucionalidade da lei sul-matogrossense, sob o argumento de extrapolação da competência legislativa suplementar, haja vista a existência de Lei da União (Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995), colidente com as disposições da lei estadual. Na ementa do acórdão naquela ação restou consignado:

[V]erifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre

produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).

A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente.

No julgamento da ADI nº 2.656 (DJ de 01.08.2003), a decisão da Corte foi na mesma direção, concluindo pela inconstitucionalidade da lei paulista, por ofensa à competência privativa da União de legislar sobre comércio interestadual, minas e recursos mineiros (art. 22, VIII e XIII, da Carta Magna), bem como à competência do legislador federal para instituir normas gerais sobre produção e consumo, proteção e defesa da saúde e do meio ambiente (art. 24, V, VI e XII, da Constituição Federal). Conforme apontado, na oportunidade, pelo Ministro Maurício Correa, relator da ação, *em tema de proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente, a questão do uso de amianto não revela qualquer particularidade que justifique a exceção pretendida pelo Estado de São Paulo. Como se evidencia, trata-se de*

*questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação geral ditada pela União Federal.* A necessidade da existência de particularidades a justificarem o exercício da competência concorrente pelo Estado aponta na direção da exegese anteriormente feita a respeito dos limites de atuação do legislador estadual na disciplina das matérias constantes do art. 24 da Carta Magna.

Exclusivamente sob a perspectiva da competência para legislar sobre meio ambiente, proteção e defesa da saúde, as leis estaduais protegiam, com maior intensidade, os bens jurídicos tutelados. Ademais, encontra-se consignado na própria ementa supra-transcrita que a lei da União dispõe extensamente sobre todos os aspectos da matéria regulada pela lei estadual. Se o conceito de normas gerais abarcasse apenas aquelas de conteúdo principiológico e carecedor de complementação pelo legislador estadual, não a lei estadual, mas federal deveria ser declarada desconforme com a Constituição, por exceder-se em minúcias e pormenores.

No terceiro caso, no qual se julgou a ADI nº 3.035 (DJ de 14.10.2005), o STF declarou inconstitucional lei paranaense que vedava o cultivo, manipulação, importação, industrialização e comercialização de organismos geneticamente modificados (OGMs), editada com base na competência concorrente para legislar sobre produção, consumo, proteção à saúde e ao meio ambiente. O relator da ação, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a lei estadual não poderia, nas limitações

aplicáveis aos OGMs em defesa da saúde e do meio ambiente, ser mais rigorosa que a lei editada pela União que dispunha (minuciosamente, diga-se de passagem) sobre o assunto, considerada como norma geral pela Corte. A confirmar a transcendência do interesse e a necessidade de uniformização do tratamento legislativo de um tema como justificadores da competência da União para expedir normas gerais, permitindo inclusive uma disciplina que vá além da fixação de princípios e diretrizes, está o voto do relator, quando sustenta que, *aplicada a Lei estadual, restará obviamente prejudicada a eficácia do ato federal, que foi editado para a solução de um problema que transcende a esfera dos Estados singulares.*

Mais recentemente, ao apreciar a medida cautelar na ADI nº 3.937 (DJ de 10.10.2008), o STF adotou decisão que, em um primeiro exame, poderia infirmar os fundamentos utilizados nos precedentes mencionados. Tratava-se de nova lei paulista que repetia as proibições da lei anterior relativas ao amianto. Dessa vez, o Tribunal não suspendeu cautelarmente o diploma normativo estadual, mas disso não é possível extrair que tenha se comprometido com a tese de que a norma estadual sempre poderá promover uma regulação protetora em níveis mais elevados do que os constantes das normas gerais expedidas pela União.

A decisão de indeferir a cautelar na ADI nº 3.937 se deu pelo voto de sete ministros, vencidos outros três. As principais razões de decidir da maioria consistiram: (i) em um juízo pre-



liminar de inconstitucionalidade da norma geral – Lei nº 9.055, de 1995 –, por ofensa ao art. 196 da Carta Magna; (ii) na existência de compromisso, assumido pelo Estado brasileiro, de reduzir o uso do amianto, que se sobreporia à Lei nº 9.055, de 1995 (Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 162, promulgada pelo Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991). Acolhendo a primeira razão, manifestaram-se claramente os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Fizeram uso da segunda razão os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Carlos Britto.

Evidentemente, se se entende que a lei geral padece de inconstitucionalidade material (porque, no caso específico, não resguarda, no grau constitucionalmente exigido, o direito à saúde), então não há que se falar em ofensa da lei estadual à norma geral, pois esta, nula que é, não produz efeitos obstaculativos da legislação estadual contrária às suas disposições. Em tal situação, é aplicável o disposto no art. 24, § 3º, da Constituição Federal (exercício de competência legislativa plena pelos Estados, por inexistência de lei federal válida sobre normas gerais). Outrossim, se se considera que os tratados e convenções dos quais o Brasil faça parte constituem uma espécie normativa supralegal, na incompatibilidade entre a lei federal e a Convenção nº 162 da OIT, esta deve prevalecer, liberando os Estados do atendimento aos preceitos da lei federal.

No referido julgamento, apenas dois integrantes da Corte, os Ministros

Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, declararam sua adesão à tese de que, no âmbito das competências legislativas concorrentes, os Estados sempre poderão fixar parâmetros mais elevados que os constantes da lei de normas gerais, para o atendimento dos princípios constitucionais que a legislação concorrente visa a concretizar. De seu turno, a Ministra Cármen Lúcia se valeu de um outro argumento: o de que a competência material comum de proteção à saúde, constante do art. 23, II, da Lei Maior, autorizaria a edição, pelos Estados, de leis como a que impunha vedações ao uso do amianto em São Paulo.

À luz das razões expostas nos votos da maioria da Corte no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.937, conclui-se que a jurisprudência anterior referente às relações entre normas gerais e legislação estadual não foi superada<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Em 31.10.2012, o STF iniciou o julgamento de mérito da ADI nº 3.937, em conjunto com o da ADI nº 3.357, que contesta a validade de lei gaúcha de proibição do uso de amianto. Na sessão, votaram os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. O primeiro reafirmou a posição manifestada no julgamento da cautelar, assinalando que: (i) a competência suplementar dos Estados deve ser compreendida como autorizadora de produção normativa dirigida a “solver os déficits de proteção e defesa de que as normas gerais venham a padecer”; (ii) ao tratar do consumidor, da saúde e do meio ambiente, a Constituição o faz sempre para tutelá-los, corroborando a validade da lei mais protetora. Já o Ministro Marco Aurélio atentou para (i) a conveniência de se tratar de maneira nacionalmente uniforme questões referentes à toxicidade de produtos, para o que apontam diversos dispositivos constitucionais (art. 22, XII, XXI, XXVI); (ii) a diferença, no tocante à extensão da competência da União para editar normas gerais, entre questões que envolvem diretamente a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração dos entes federados e questões que não dizem respeito diretamente a tais prerrogativas; (iii) os riscos que a fragmentação legislativa pode acarretar nas relações entre os Estados; (iv) o descabimento de interpretação que leve à prevalência da norma mais favorável, por importar “subversão do condômnio legislativo erigido pelo constituinte originário”, implicando uma “alocação

Nos exemplos referidos, identifica-se uma tendência da Corte no sentido de eleger o aspecto da necessidade de uniformização nacional de determinados temas como razão para justificar uma atuação do Congresso Nacional, no âmbito da legislação concorrente, que não se limite a fixar diretrizes com grau de abstração mais elevado. E isso pode ocorrer tanto para assegurar *standards* mínimos de cumprimento de princípios constitucionais, quanto para evitar que os entes federados se excedam na legislação de resguardo dos valores tutelados, malferindo, com isso, outros princípios constitucionais.

Como visto, um dos fundamentos comumente invocados pela Corte para justificar a uniformização normativa é o da existência e prevalência do interesse nacional nessa regulação. Esse argumento também é mencionado pela doutrina<sup>42</sup>. Contudo, para que não se converta numa fórmula mágica a legitimar a competência da União em todo e qualquer caso, a predominância do interesse nacional deve ser caracterizada a partir de fatores e avaliações o quanto possível objetivos. Como já mencionado,

sempre que inexistirem peculiaridades estaduais a justificar o tratamento normativo diversificado de certa matéria, sequer haverá necessidade de invocar a predominância do interesse nacional para legitimar a edição de normas gerais pela União. Uma tal invocação há de ser feita quando, a despeito de o objeto regulado apresentar variações estaduais ou regionais, a uniformização normativa em nível nacional revelar-se imperiosa, por razões de segurança jurídica ou de manutenção do equilíbrio federativo. São tais razões que conferem substância à regra da predominância do interesse federal. Em outras palavras, a legitimidade do exercício da competência legislativa pela União, nesses casos, depende de uma demonstração racional e objetiva das ameaças que a fragmentação normativa pode produzir à manutenção de uma ordem jurídica funcional, seja no plano das relações entre particulares, seja entre os entes que compõem a federação.

#### 4. A necessidade de tratamento legislativo homogêneo

O não desprezível número de julgamentos do STF envolvendo matéria ambiental e nos quais a questão das normas gerais é discutida denota que, em sede de competências concorrentes, esse talvez seja um dos âmbitos materiais que mais suscitam dúvidas quanto ao alcance das competências da União e dos Estados. A maior parte dos temas afetos ao meio ambien-

dinâmica da competência legislativa” que pode levar à insegurança jurídica. Em janeiro de 2013, aquelas ações continuavam pendentes de julgamento.

<sup>42</sup> O mesmo argumento da “preponderância do interesse nacional” já foi utilizado pelo STF, com apoio doutrinário, como critério para a delimitação das competências materiais ambientais, previstas no art. 23, VI e VII, da Constituição (decisão monocrática no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1.255, DJ de 08.08.2007). Sobre a aplicação do critério em sede de competência legislativa concorrente, cf.: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Natureza Jurídica do Estado Federal*, São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 76), Tércio Sampaio Ferraz Júnior, (*op. cit.*, p. 249), Cármen Lúcia Antunes Rocha (*op. cit.*, pp. 246-7), Luís Roberto Barroso (*op. cit.*, pp. 500-6), Fernando Vernalha Guimarães (*op. cit.*, p. 319).

te figura no art. 24 da Constituição, e seu potencial para gerar conflitos federativos é considerável, dadas as consequências econômicas das normas ambientais em si e da multiplicidade de regulações, em um eventual contexto de grande liberdade de conformação dos legisladores estaduais.

É certo que a Constituição não adotou, com respeito ao tema, uma abordagem centralista pura, identificando como competência privativa da União legislar sobre todas as questões ambientais. No entanto, além de reservar determinados tópicos à disciplina privativa do legislador federal (águas e recursos minerais), conferiu poderes à União para editar normas gerais sobre todos os demais.

No caso do meio ambiente, não se pode desprezar o fato de que a eficácia da ação estatal depende, em grande parte, da uniformidade na aplicação das medidas protetoras. Uma ampla liberdade dos Estados para dispor sobre tal matéria pode conduzir a uma situação de renúncia a tarefas que a Constituição impôs a todos os entes federados. Basta pensar nos reflexos de eventual *deficit* de proteção ambiental em um Estado sobre o meio ambiente de outro Estado.

Apenas para citar um exemplo relativo a matéria intensamente discutida quando da tramitação do projeto de Código Florestal, que se converteu na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, legislação mais tolerante quanto à retirada de cobertura vegetal nas margens de rios e nas nascentes pode conduzir ao seu assoreamento e à sua

morte. Tratando-se de um rio pertencente a bacia que abranja mais de um Estado, não há como fechar os olhos aos impactos de tal fenômeno sobre o meio ambiente (bem como à economia) de todos os Estados envolvidos. Uma questão como essa, que envolve potencial conflito federativo, definitivamente não pode ser abordada como um problema circunscrito ao Estado produtor da legislação facilitadora da ocorrência de danos ambientais. Isso justifica a edição de lei nacional uniformizadora do cuidado normativo das áreas de proteção permanente.

Uma das tarefas da legislação do ente central nas federações é exatamente a de minimizar os riscos de conflitos entre os entes subnacionais e de desintegração da ordem federativa. Demonstra isso o próprio tratamento historicamente conferido à categoria das normas gerais, no âmbito de um sistema constitucional definidor de competências concorrentes na Federação brasileira. A previsão do art. 5º, XV, *b*, da Constituição de 1946, segundo a qual incumbia à União editar normas gerais sobre Direito financeiro, proporcionou que a União editasse normas para regulação de conflitos de competência tributária. A Constituição de 1967, em seu art. 19, § 1º, foi ainda mais explícita ao determinar que lei complementar estabeleceria normas gerais de Direito tributário, dispondo, entre outras coisas, sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A atual Carta Magna contém dispositivo semelhante (art. 146, I).

Nas federações, a autonomia dos entes subnacionais é conferida sob os pressupostos de convivência harmoniosa e do desenvolvimento de todos, nunca para fomentar a competição predatória entre eles, que resulte em notáveis prejuízos a alguns ou ao conjunto da federação, ou ainda que redunde em descumprimento dos deveres que lhes são impostos pela Constituição. Tendo em vista o complexo de relações existentes entre economia e defesa do meio ambiente, a ausência de um regramento uniforme mínimo nessa área pode incentivar medidas estaduais calcadas em visões de curto prazo, que, para evitar os ônus econômicos presentes de determinadas restrições à atividade econômica e ao uso da propriedade, ofereçam soluções inadequadas aos problemas ambientais, com inevitável comprometimento futuro de bens aos quais a Constituição concedeu especial proteção.

A total liberdade aos Estados para, individualmente, regularem questões ambientais pode, como mencionado anteriormente, produzir um nivelamento por baixo, com a fixação de padrões de proteção visivelmente insatisfatórios, como forma de atrair investimentos ou evitar a migração, para Estados menos comprometidos com a defesa do meio ambiente, de fatores de produção.

Não faz sentido concluir que o constituinte tenha tirado com uma mão aquilo que com outra deu. Se a Constituição impôs ao poder público o dever de defender o meio ambiente, bem qualificado como essencial

à sadia qualidade de vida (art. 225), é legítimo supor que tenha dotado o Estado brasileiro de instrumentos para cumprir a contento essa tarefa. E se a fragmentação normativa é potencialmente danosa à realização desse objetivo, o princípio federativo não pode ser invocado como justificativa para impedir uma legislação nacionalmente uniforme sobre meio ambiente, ainda que detalhista. Tal argumento só seria procedente se a edição de normas sobre meio ambiente pelos Estados se revelasse tão intimamente imbricada com a ideia de Federação, que a predominância da legislação nacional, ainda que minudente, comprometesse a própria qualificação do Brasil como uma república federativamente organizada. Nem nos Estados Unidos, onde a autonomia estadual ostenta níveis superiores aos da maioria das outras federações, uma ideia como essa logrou encontrar guarida.

A capacidade de autolegislação dos entes subnacionais integra, sem dúvida, o núcleo essencial do conceito de Federação. Já os campos temáticos entregues à produção normativa estadual podem variar sem que isso descaracterize uma comunidade politicamente organizada como Federação<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Mesmo naqueles assuntos mais intimamente associados à ideia de autonomia – os concernentes à própria organização do ente, seus serviços e agentes –, há registro de experiências federativas de visível predominância do legislador nacional, na busca por homogeneidade. Nesse sentido, pode ser citada a Lei de Revisão Constitucional nº 28, de 1971, que introduziu na Constituição alemã o art. 74-A, para permitir a disciplina, em lei nacional, da remuneração dos servidores públicos de todas as esferas da Federação. Com base no art. 74-A, a União passou a legislar para fixar padrões remuneratórios dos servidores públicos dos Estados-membros e Municípios alemães. O citado

Se é certo que, ao incluir a defesa do meio ambiente entre as matérias sujeitas à competência concorrente, o constituinte de 1988 pretendeu oferecer espaço à produção legislativa estadual sobre o assunto, não é menos correto que o exercício dessa competência se deve fazer em harmonia com o texto constitucional como um todo, e não com o sacrifício de valores especialmente caros ao constituinte. Não foi conferida competência legislativa aos Estados em matéria de meio ambiente para estimular uma competição econômica entre eles, predatória dos recursos naturais. Isso seria um contrassenso, e não se deve interpretar os preceitos constitucionais de modo a que conduzam a consequências absurdas. Aquilo que requer um tratamento homogêneo não pode ser entregue aos cuidados de 27 legisladores subnacionais. E a uniformidade normativa constitui, muitas vezes, um imperativo constitucional para evitar o descumprimento do dever estatal de proteção ao meio ambiente. Nesse contexto, havendo necessidade de uma regulação uniforme de questões ambientais (ou mesmo na inexistência de peculiaridades es-

---

dispositivo foi introduzido na Lei Fundamental exatamente com a função de assegurar um tratamento homogêneo dos servidores públicos dentro do território nacional, evitando, por exemplo, competições predatórias entre os Estados-membros e a migração, no serviço público, de mão-de-obra mais qualificada para as regiões mais ricas. Veio a ser revogado pela Lei de Revisão Constitucional nº 52, de 2006. No Brasil, somente por norma de estatura constitucional se pode conceber o estabelecimento (ou a autorização para que o legislador nacional o faça) de regras que restrinjam a autonomia de Estados e Municípios no tocante à sua organização, serviços e agentes. E mesmo a via da emenda constitucional não está imune a contestações, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, I, da Carta de 1988, que qualifica como cláusula pétreia a forma federativa de Estado. Sobre o assunto, cf. a nota de rodapé nº 31.

taduais a justificarem a diversidade normativa), a União estará legitimada a editar normas gerais, entendidas essas, por força da própria expressão utilizada pelo constituinte de 1988, como normas de vigência nacional.

O estabelecimento de normas gerais definidoras de graus mínimos de proteção ao meio ambiente, que não podem ser contrariadas pela legislação estadual, também se justifica à luz do conjunto de obrigações internacionais assumidas pelo Brasil nesse âmbito. Com efeito, a proteção ao meio ambiente é objeto de diversos acordos internacionais. A lógica que preside o tratamento normativo supranacional do tema é a mesma antes desenvolvida para justificar a disciplina supraestadual. A forma como um dado país lida com o meio ambiente comumente produz reflexos sobre os países vizinhos<sup>44</sup>. Em alguns casos, como ocorre com as emissões de gases de efeito estufa, os reflexos são globais.

Uma exegese da Constituição que concluisse pela impossibilidade de a União, mediante normas uniformizadoras (e inclusive reguladoras de pormenores, em certos assuntos), impor

---

<sup>44</sup> O recente conflito entre Argentina e Uruguai em torno das indústrias papeleiras ilustra esse tipo de discussão. O Estado argentino ingressou na Corte Internacional de Haia contra o uruguaio, reivindicando a paralisação das obras de construção de indústrias de papel e celulose no Uruguai, as quais, segundo o governo da Argentina, resultariam em danos ambientais e poluição do rio Uruguai, que também atravessa o território argentino. A decisão adotada pela Corte em 2010 foi no sentido de que o Uruguai teria infringido apenas normas procedimentais, rejeitando os argumentos argentinos de violação de normas substantivas de proteção ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>. Acessado em 15 de dezembro de 2012.

pisos mínimos de defesa dos recursos naturais, de âmbito nacional, praticamente inviabilizaria a assunção de obrigações nesse setor, pelo Estado brasileiro, no plano internacional, com evidente prejuízo ao País, que poderia mesmo sofrer retaliações por sua conduta avessa à proteção do meio ambiente<sup>45</sup>. Como ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.739 (DJ de 10.10.2008), *não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para todos os Estados e Municípios*.

Vista a questão das normas gerais como fixadoras de padrões mínimos de tutela ambiental, resta examiná-las como estabelecedoras de limites ao eventual excesso de proteção do meio ambiente pelo legislador estadual. Em um sistema de repartição de competências como o brasileiro, no qual a maior parte das competências legislativas sobre meio ambiente é de natureza concorrente, poder-se-ia, em princípio, imaginar ser aplicável a regra da lei mais favorável à natureza, se interpretada a competência da União para editar normas gerais apenas como direcionada à fixação de *standards* mínimos de concretização dos princípios constitucionais relativos ao meio ambiente. Nesse caso, seriam admissíveis leis estaduais que assegurassem tal proteção em maior medida que a legislação federal. O problema desse tipo de conclusão é que, além de ser incompatível com

uma interpretação histórica da Constituição de 1988, ela se olvida de que há outros bens jurídicos igualmente merecedores de tutela constitucional, bem como se revela colidente com a jurisprudência do STF sobre o assunto (ressalvadas as posições pessoais de alguns ministros da Corte).

No plano da exegese histórica, cabe mencionar que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, houve a tentativa, frustrada, de aprovar dispositivo que previa a prevalência, em matéria de defesa do meio ambiente, da lei mais severa. Baseado nesse argumento, Krell sustenta *ser inaceitável a teoria da vigência universal de um “sistema de proteção máxima” em todas as áreas da proteção ambiental*<sup>46</sup>.

Ao lado disso, pode-se argumentar que a definição de normas gerais teria como objetivo não apenas a estipulação de patamares mínimos de proteção ao meio ambiente, mas também a regulação dos conflitos entre bens de estatura constitucional, decorrentes de tal proteção. Com essa finalidade, a norma geral poderia também prever limites máximos de intervenção protetora da natureza, reduzindo, portanto, o espaço de conformação

<sup>46</sup> KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas Joachim [Org.]. *A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 184. O dispositivo referido era o art. 111 do anteprojeto produzido pela Comissão da Ordem Social, o qual não logrou permanecer no texto final aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte. Ele dispunha: “a União, os Estados e os Municípios, ouvido o Poder Legislativo, podem estabelecer, concorrentemente, restrições legais e administrativas visando à proteção ambiental e à defesa dos recursos naturais, prevalecendo o dispositivo mais severo”.

<sup>45</sup> Como já mencionado, essa situação foi vivenciada pela Alemanha, em face das exigências do Direito Comunitário Europeu.



do legislador estadual tanto numa quanto noutra direção. As decisões do STF anteriormente citadas parecem corroborar essa visão.

Leite Farias<sup>47</sup> é um dos autores que defendem a regra de interpretação *in dubio pro natura*, na interpretação de conflitos entre normas gerais nacionais e a legislação estadual. Fá-lo nestes termos:

Pelos já citados §§ 1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, *fortiori ratione*, fixar como diretriz exegética que os *eventuais conflitos*, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, *devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional* (in dubio pro natura). [...]

*Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade de norma estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento auto-sustentável.*

No entanto, o próprio autor reconhece limitações na aplicação desse princípio hermenêutico, assinalando que as normas mais restritivas esta-

duais *devem ser compatíveis com as liberdades públicas constitucionais*. E não apenas os direitos fundamentais constituem limites a tal interpretação, mas também outros bens constitucionalmente protegidos. Ademais, o esquema de repartição de competências possui, como assinalado por Luís Roberto Barroso<sup>48</sup>, um valor intrínseco, que não pode ser ignorado:

Trata-se de respeitar as instituições e as estruturas que se destinam a controlar o exercício do poder e, por esse meio, ainda que de forma indireta, a proteger os direitos das pessoas. A observância de tais regras não pode ser simplesmente substituída por um juízo casuístico, *ad hoc*, fundado no conteúdo de cada manifestação dos diferentes órgãos estatais.

Até mesmo porque, como já se mencionou, grande parte das atividades humanas apresenta algum potencial de interferência no meio ambiente, que deve ser minimizado mas nem sempre poderá ser eliminado. Nesse contexto, o parâmetro *in dubio pro natura* é problemático em si mesmo. A necessidade de conciliar preservação ambiental com outros interesses também protegidos pela Constituição (como, *e.g.*, o desenvolvimento eficiente das atividades econômicas, a busca pelo pleno emprego, moradia, etc.) muitas vezes será produto de um processo de ponderação, que poderá até ser impugnado, inclusive sob o argumento de

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 356-7.

<sup>48</sup> *Op. cit.* pp. 499-500.

que um dos interesses foi esvaziado. Coisa diversa – e desprovida de fundamentação jurídica – seria sustentar a existência de um princípio geral *in dubio pro natura* para o fim de contornar a divisão constitucional de competências federativas e autorizar cada ente a agir como se fosse um Estado unitário.

Em síntese, afigura-se correta a interpretação de que, havendo a norma geral da União fixado padrões mínimos de proteção ao meio ambiente, não é dado aos Estados produzir legislação que reduza esse grau de proteção. Sem embargo disso, é igualmente viável a edição de normas gerais vedando medidas legislativas estaduais protetoras do meio ambiente que possam resultar em prejuízo sensível a outros direitos e bens que a Carta Magna incumbiu a União de proteger. Nesse caso, porém, haverá sempre duas normas constitucionais atributivas de competência à União e a norma geral editada apresentará esse duplo caráter de norma ambiental e protetora de outro valor constitucionalmente protegido.

## 5. Norma geral ambiental e âmbito territorial de aplicação restrito

Se, como visto anteriormente, a aplicação nacionalmente uniforme e vinculante para todos os entes federados constituiu elemento essencial do conceito de norma geral, a edição, pela União, de normas ambientais com âmbito territorial de aplicação restrito se revela problemática. Em maté-

ria ambiental, a questão é ainda mais sensível, porque as normas de proteção à natureza podem comumente se referir a realidades confinadas em espaços menos abrangentes que o território nacional. Legislação que se destine, por exemplo, a proteger o bioma do cerrado tem um âmbito de vigência apenas regional.

Sobre a possibilidade de qualificação, como gerais, de normas de alcance regional, a doutrina em Direito Ambiental se divide. Há quem se filie à opinião tradicional que associa o caráter geral da norma ao seu âmbito nacional de aplicação e quem recuse tal qualificação, considerando legítimo exercício de competência da União para expedir normas gerais a edição de leis que disciplinem, por exemplo, um único ecossistema ou bacia hidrográfica<sup>49</sup>. Representante da segunda corrente, Vladimir Passos de Freitas baseia-se no critério da predominância do interesse na determinação do que seja uma norma geral, sustentando ser necessário que *a norma regule de maneira ampla a matéria*, mas não *que se dirija a todo o território nacional, bastando que seja do interesse de significativa parte dele*. O jurista prossegue na defesa desse posicionamento, dando o seguinte exemplo:

Suponha-se que o Ibama edite uma Resolução sobre a pesca

<sup>49</sup> No primeiro grupo, cf.: Edis Milaré (*op. cit.*, p. 226), Paulo José Leite Farias (*op. cit.*, p. 204), Leonardo Greco (*op. cit.*, 1992, p. 142). No segundo grupo, figuram Paulo Afonso Leme Machado (*op. cit.*, p. 188), Vladimir Passos de Freitas (*Direito Administrativo e Meio Ambiente*, Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 38) e Álvaro Luiz Valery Mirra (*Impacto Ambiental*, São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2002, pp. 61-2).

de determinado peixe nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Será ela geral e, portanto, da competência do órgão federal? Ou será local e, conseqüentemente, inconstitucional por ser da competência dos dois Estados? Ao nosso ver, ela pode ser classificada como geral. Veja-se que a preservação da fauna ictiológica foi objeto de adesão do Brasil à Convenção realizada em Genebra, aos 29.04.1958, conforme Decreto Legislativo 45/68. Em tais condições, e sendo evidente que os resultados da pesca em um Estado-Membro se refletem nos demais, cremos que cabe à União legislar a respeito. O caso comporta o entendimento de que se cuida de norma geral.

A adoção do critério da predominância do interesse como delimitador das competências legislativas da União e dos Estados, sem uma adequada identificação dos critérios que levam a essa predominância, finda por conduzir a conclusões carregadas de subjetivismo. Quando o interesse deve ser qualificado como nacional? Para tanto, basta que a União assuma como relevante o tratamento normativo da matéria em lei federal? A ser desse modo, a competência da União só encontrará limites na vontade do legislador federal, o que, na prática, redundará na inexistência de limites objetivos. No exemplo dado, os efeitos que determinadas condutas praticadas em alguns Estados produzem sobre outros são identificados como justificativa para a edição de norma federal com vigência territorial res-

trita ao território dos primeiros. Se o conceito de normas gerais se estender até mesmo àquelas com âmbito territorial de vigência circunscrito a um ou poucos Estados, será difícil determinar o que não constitui norma geral.

A caracterização de um interesse como predominantemente nacional deve basear-se em elementos passíveis de aferição minimamente objetiva. A mera invocação do interesse não autoriza a União a legislar sobre uma dada matéria, nem permite que o exercício de sua competência legislativa se dê fora do universo de significações que o texto normativo pode comportar. Como visto no item *c.1* da Seção 3 deste estudo, considerar gerais normas com vigência regional ou apenas estadual constituiria uma violência ao texto do art. 24 da Constituição.

A generalidade, obviamente, não pode decorrer da verificação atual, em todo o território nacional, das hipóteses de incidência da norma, mas sim de sua aptidão para produzir efeitos, que se vincula à possibilidade de ocorrência dessas hipóteses. Uma lei que regule o regime das contribuições de melhoria (art. 146, III, *a*) não perde o caráter de norma geral apenas porque existam municípios que nunca instituam contribuições de melhoria. A possibilidade de virem a instituí-las é sempre presente.

Já uma norma que fixa regras especiais de proteção da Floresta Amazônica não pode ser considerada geral, se como tal se entendem as normas

passíveis de aplicação em todo o território nacional. Com efeito, a Floresta Amazônica é um bioma que ocupa parte do território nacional. Isso não significa, porém, que a União esteja impedida de editar legislação protetora da Floresta Amazônica. Autorização constitucional para tanto existe, conquanto não resida no art. 24 da Carta Magna, mas em seu art. 225, § 4º. De acordo com este último dispositivo, *a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*. Ora, se tais biomas constituem *patrimônio nacional*, faz sentido concluir que a lei referida no dispositivo deva ser nacional, em decorrência da existência de um interesse na regulação do tema que transcende os limites estaduais. Conseqüência disso é que a União detém competência legislativa para prever um regime protetivo específico para os biomas indicados naquele preceito constitucional, independentemente de sua competência para editar normas gerais de proteção ambiental<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Contrariamente à visão aqui esposada, Édis Milare sustenta que o termo lei, no art. 225, § 4º, da Constituição se refere a norma abstrata "editada pelo Poder Legislativo dos três níveis de Governo, conforme o caso" (*op. cit.*, p. 218). Sem embargo, entender que a lei de que fala o preceito constitucional deve ser federal não equivale necessariamente a excluir a competência legislativa dos Estados na proteção dos mencionados biomas, excepcionando a regra de competência do art. 24, VI, da Carta. O art. 225, § 4º, apenas libera a União dos limites materiais que o conceito de norma geral lhe impõe. Em outras palavras, a referência a lei não tem o condão de transportar a proteção àqueles biomas para o rol de matérias sujeitas à competência legislativa privativa da União. Por outro lado, o legislador federal, ao fazer uso da competência prevista no art. 225, § 4º, bloqueia a edição de leis estaduais con-

Não se ignoram as dificuldades que podem advir de uma interpretação que recuse a possibilidade de a União editar normas de proteção ambiental com vigência territorial restrita. O art. 225, § 4º, da Constituição elegeu algumas macrorregiões como mercedoras de proteção especial, permitindo a edição de leis federais especificamente a elas dirigidas. Silenciou, no entanto, em relação a outros biomas, como o cerrado e a caatinga. Pelo critério da vigência territorial, uma lei que veicule regras específicas de proteção à caatinga não poderá ser considerada fruto do exercício legítimo da competência prevista no art. 24, VI e § 1º, da Carta Magna pela União. Nesse caso, na ausência de regramento uniforme, a desarticulação entre as legislações dos diversos Estados onde se encontram tais biomas dará ensejo aos problemas anteriormente descritos, verificados no cenário de descentralização normativa.

Sem embargo, ampliar a compreensão do que sejam normas gerais, para incorporar a regulação até mesmo de assuntos de caráter regional significaria o quase completo esvaziamento da competência dos Estados no âmbito da legislação concorrente. Nessas condições, cumpriria indagar o que remanesceria como competência própria dos Estados. A resposta: apenas aqueles objetos que, de tão singulares, não encontrassem paralelo em outro espaço territorial senão o de um único Estado federado. Tal exegese, além de condenar a uma virtual inocuidade a

flitantes com as disposições federais, independentemente do fato de a norma federal não possuir vigência territorial nacional.

repartição de competências promovida pelo art. 24 da Constituição, deporia contra a própria noção de abrangência territorial nacional associada à expressão “norma geral”. Leitura do art. 24 da Carta Magna que conferisse tamanha amplitude de poderes à União resultaria, na prática, em um esquema de competências legislativas concorrentes cumulativas, com predominância, em qualquer caso, da norma federal. A regra do § 1º do art. 24, porém, não dá espaço a esse tipo de interpretação, ao dispor que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Se tudo pudesse ser qualificado como norma geral, então não haveria limites à competência da União, e o preceito constitucional seria despicando. Em sede de competências concorrentes, a União pode muito, mas não pode tudo.

#### IV. CONCLUSÃO

Parte da elaboração teórica em torno dos limites da competência legislativa concorrente da União e dos Estados no Brasil parece fazer uma promessa de difícil cumprimento, que não encontra eco na jurisprudência do STF. A disciplina do assunto na Constituição de 1988, a despeito do uso de terminologia um tanto distinta daquela constante da Carta pretérita, não alterou substancialmente o tratamento da matéria. Longe de constituir um mero apego do STF a cânones superados, a compreensão da Corte a respeito do art. 24 da Lei Maior se alicerça em sólidos fundamentos hermenêuticos, ainda que carente de

maior desenvolvimento nas decisões do Tribunal. O presente estudo constituiu uma tentativa nessa direção.

O protagonismo do legislador nacional não é uma peculiaridade brasileira, antes se apresenta uma constante nos países federativamente organizados. Razões para que isso se verifique não faltam, e a tendência à uniformidade normativa constitui a tônica nas federações no século XX e início do século XXI. Evidentemente, esse fenômeno não se dá sem algum sacrifício à autonomia dos entes subnacionais. Ao se pesarem os prós e os contras de tal esquema organizatório, porém, a escolha prevalecente tem sido a de frear a fragmentação jurídica e buscar a homogeneidade legislativa. Esse é um traço perceptível mesmo em estruturas compostas por Estados independentes, como a União Europeia.

Se por um lado a Constituição de 1988 ampliou o rol de matérias sujeitas à competência legislativa concorrente, por outro manteve a lógica da primazia da lei nacional sobre a estadual, sempre que aquela veicule normas gerais. Não apenas a expressão “normas gerais” foi mantida, mas também o foram as condições para o exercício da competência legislativa pelos Estados. Se a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, aludia a uma legislação supletiva, não excluída pela competência da União para editar normas gerais, a Constituição de 1988 fala de legislação suplementar, igualmente não excluída pela competência da União. Se a Constituição de 1988 se refere expressamente a peculiaridades dos Esta-

dos a serem reguladas pelo legislador desses entes, na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a leitura feita pelo STF do alcance da legislação supletiva era a mesma. Da igual forma, tanto a legislação supletiva quanto a suplementar sugerem o exercício de uma competência colmatadora de lacunas deixadas pela lei de normas gerais. E, embora a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não aludisse expressamente, como faz a Constituição atual, a uma competência estadual plena no caso da ausência de normas gerais editadas pela União, tal competência era reconhecida pelo STF.

A tentativa doutrinária de delimitação dos contornos das normas gerais segundo o critério da maior abstração é bem anterior à Constituição de 1988. A promulgação da nova Carta apenas deu novo impulso a uma corrente que já existia, mas que nunca havia logrado efetiva aceitação na jurisprudência constitucional. E isso se fez sob uma equivocada compreensão de que o constituinte de 1988 houvesse alterado esse estado de coisas. Nada há, no texto da Constituição de 1988, que conduza o intérprete à conclusão de que as normas gerais devem necessariamente consistir em comandos de elevado grau de abstração, de caráter principiológico ou cuja eficácia sempre dependa de uma ação desenvolvida e especificante do legislador estadual.

Excetuados os casos em que as leis de normas gerais interferem visivelmente na capacidade de auto-organização e autoadministração dos entes federados, as manifestações do STF

na vigência da nova Constituição têm sido no sentido de rejeitar a ideia de que seja interdito à legislação de normas gerais dispor sobre detalhes e aspectos pontuais de um determinado campo material sujeito à competência legislativa concorrente. E, a despeito de sua influência, a corrente em contrário nunca encontrou unanimidade na doutrina.

Em recentes decisões do STF sobre o tema, é possível identificar uma tendência de definir normas gerais a partir dos critérios de abrangência territorial da regulação e da necessidade de uniformização legislativa direcionada a proteger valores especialmente caros à Constituição, como o da segurança jurídica. A ação do legislador nacional é justificada, de um lado, sob o argumento de que a matéria normatizada é passível de regulação federativamente uniforme, e, de outro, com base em prognósticos dos efeitos danosos que a heterogeneidade legislativa pode produzir. Respeitados esses critérios, nada impede, na visão do Tribunal, que as normas gerais regulem detalhadamente um dado campo material.

A identificação das normas gerais com princípios e diretrizes dificilmente se coaduna com o uso que o constituinte de 1988 fez da expressão. Diversos dispositivos constitucionais se reportam a normas gerais para disciplinar matérias bastante específicas, que dificilmente comportariam regulação no nível exclusivamente principiológico.

Ademais, a Carta Magna explicitamente funcionalizou a competência



concorrente estadual, ao prever que o exercício de competência legislativa plena pelos Estados se dará para que possam atender a suas peculiaridades. Com isso, sinalizou até onde pode avançar o legislador nacional, obstando a disciplina, pela lei de normas gerais, de peculiaridades estaduais. Ao mesmo tempo, reconheceu a edição de normas gerais como condicionante para a regulação das peculiaridades. E, como o exercício da competência legislativa estadual sobre aquilo que constitui seu núcleo indepassável não poderia, na visão do constituinte de 1988, ver-se obstado pela inércia do legislador nacional, conferiu-se competência legislativa plena aos Estados na hipótese de inexistência de lei da União sobre normas gerais.

A compreensão do que constituem as normas gerais não pode prescindir, portanto, de uma investigação do que sejam peculiaridades estaduais. Sempre que um determinado objeto não se apresentar, naquilo que interessa à sua regulação jurídica, homogêneo nos diferentes Estados que compõem a Federação, em princípio não haverá espaço, naquele âmbito material, para o estabelecimento de uma norma geral. A edição de norma geral, nessas circunstâncias, violaria a autonomia estadual, ao submeter a um mesmo tratamento normativo em todo o território nacional objeto que, por se mostrar peculiar, reclamaria regramento especial, com âmbito territorial de aplicação restrito e, portanto, entregue à disciplina estadual.

Esse interdito à atuação do legislador nacional só pode ser removido

quando a regulação da matéria pelos Estados, em razão da existência de peculiaridades, afetar de tal modo a segurança jurídica, o equilíbrio federativo e a harmonia que deve reinar entre os entes federados, que o sacrifício pontual da competência de um Estado para regular peculiaridades suas se justifique como medida assecuratória da higidez do pacto federal e da manutenção de um ordenamento jurídico funcional. Bem se vê que o estabelecimento de normas gerais, nessas circunstâncias, exige justificação robusta e hábil a evidenciar os malefícios advindos da fragmentação normativa.

Em qualquer das duas hipóteses autorizadoras da edição de normas gerais pela União – inexistência de peculiaridades estaduais ou necessidade de uniformização legislativa –, a legislação produzida deverá ter alcance nacional. Normas de alcance meramente regional ou estadual, parciais que são, não podem ser qualificadas como gerais. Além disso, é da lógica do esquema de competências concorrentes não cumulativas que incumba ao ente central produzir legislação com vigência nacional, vinculante de todos os entes federados e que constitua condição de possibilidade para a edição das normas particularizantes estaduais.

As questões ambientais estão entre aquelas que mais podem suscitar discussões quanto à correta delimitação de competências legislativas em estados federativamente organizados. Mesmo quando o texto constitucional atribui competência legislativa

exclusiva ao legislador de uma determinada esfera (federal ou estadual) para o tratamento da matéria, seus pontos de contato com outros campos temáticos, como a economia e a saúde, podem dar ensejo a dúvidas interpretativas, se a disciplina dessas outras matérias não é entregue ao mesmo ente.

Em alguns países, o estabelecimento de uma regra geral de prevalência do direito federal sobre o estadual contribui para resolver mais facilmente os conflitos de competência. No caso brasileiro, o quadro de incerteza é aparentemente agravado pela opção do constituinte de 1988 por submeter a maior parte das matérias ambientais ao regime de competências legislativas concorrentes não cumulativas. No entanto, um exame cuidadoso do art. 24 da Constituição demonstra que boa parte das possíveis controvérsias nesse âmbito pode ser solucionada com o uso dos critérios anteriormente indicados para a definição dos limites de competência do legislador da União. E, em que pesem os protestos de parte da doutrina, é isso que tem sido feito, na prática, pelo STF, ao reafirmar, na vigência da Constituição de 1988, sua tradicional jurisprudência a respeito das competências concorrentes não cumulativas.

Ao discutir, no âmbito do controle abstrato de normas, os limites da competência da União e dos Estados em matérias ambientais, o STF tem assentado que: (i) havendo colisão entre as leis nacional e estadual, a prevalência desta última está condi-

cionada à existência de peculiaridades estaduais que justifiquem o exercício, nesses termos, da competência concorrente pelo Estado; (ii) a lei editada pela União não perde o caráter de norma geral pelo simples fato de dispor extensamente sobre todos os aspectos do objeto regulado; (iii) a ação do legislador nacional afigura-se legítima na resolução de problemas que transcendem a esfera dos Estados singulares.

A disciplina nacionalmente uniforme de questões ambientais encontra justificativa no próprio efeito útil da legislação protetora do meio ambiente, dependente em grande parte dessa uniformização. A heterogeneidade normativa tende a produzir o nivelamento por baixo e um *deficit* de proteção, além de fomentar conflitos interestaduais nocivos ao funcionamento do Estado federativamente organizado. Não por outra razão, a ordem constitucional de diversos países confere primazia ao legislador nacional no regramento do tema. Os impactos globais de determinados problemas ambientais têm motivado inclusive a edição de normas supranacionais, na tentativa de oferecer solução eficaz a questões cujo tratamento não lograria resultados positivos, se feito de forma descoordenada.

Não se ignora que as conclusões precedentes importam o reconhecimento de um papel não muito significativo para o legislador estadual na edição de normas ambientais. Isso, porém, vale em relação a todas as matérias objeto de competência legislativa concorrente, previstas no art.

24 da Constituição Federal. E é uma decorrência, como visto, das próprias regras de distribuição de competências constantes dos parágrafos daquele artigo, pródigas na definição do espaço de atuação do legislador nacional.

De todo modo, a competência da União não é ilimitada. Não permite a este ente editar, sobre as matérias relacionadas no art. 24, normas com âmbito territorial de vigência apenas estadual ou regional, nem lhe facultar dispor especificamente sobre peculiaridades estaduais. De resto, se por um lado o núcleo indevassável da competência concorrente estadual se revela diminuto, por outro a Constituição optou por construir um esquema dinâmico de repartição de competências concorrentes, que possibilita o alargamento do campo de atuação do legislador estadual, bastando para tanto que o legislador nacional abstenha-se de regular um dado tema (inclusive pela revogação de leis nacionais existentes sobre o assunto), ainda que as perspectivas de um movimento nesse sentido sejam reduzidas.

## Bibliografia

AGRA, Walber Moura. Delineamento das competências federativas no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Juspodium, 2009, pp. 195-210.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

\_\_\_\_\_. Federação, transportes e meio ambiente: interpretação das competências federativas. In: TAVARES, André Ramos *et alii* [Orgs.]. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 479-512.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BORGES NETTO, André Luiz. *Competências Legislativas dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação Brasileira. In: *Revista de Processo*, n. 92, out/dez 1998, pp. 244-261.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Normas gerais de direito financeiro*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, 1995, pp. 249-51.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. Competências administrativas dos Estados e Municípios – Licitações. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, pp. 24-39.

- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 9, n. 116, out/dez 1992, pp. 135-152.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas Joachim [Org.]. *A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 147-203.
- \_\_\_\_\_. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência Legislativa concorrente dos Estados na Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, jan/mar. 1989, pp. 89-104.
- LÖHR, Gerda. *Environmental Decision-making in a Federation*. Mannheim: Universität Mannheim, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1974.
- MANZANO, Jordi Jaria i. La distribución de competencias en materia de medio ambiente en Suiza. In: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid, n. 294-295, jan/ago 2004, pp. 439-483.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Competências federativas na regulamentação de estações rádio-base*. Brasília: ACEL, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano. 13, n. 66, mar/abril 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto Ambiental*. São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, out/dez 1988, pp. 127-162.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Vol. II.
- RAMOS, Elival da Silva. Normas gerais de competência da União e competência supletiva dos Estados: a questão dos agrotóxicos. In: *Revista de Direito Público*, ano XIX, n. 77, jan/mar 1986, pp. 128-130.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUSA, Rubens Gomes de. Normas gerais do Direito Financeiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 37, jul./set. 1954, pp. 12-34.
- STEWART, Richard B. Pyramides of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State

Implementation of National Environmental Policy. In: *The Yale Law Journal*, vol. 86, 1976, pp. 1196-1272.

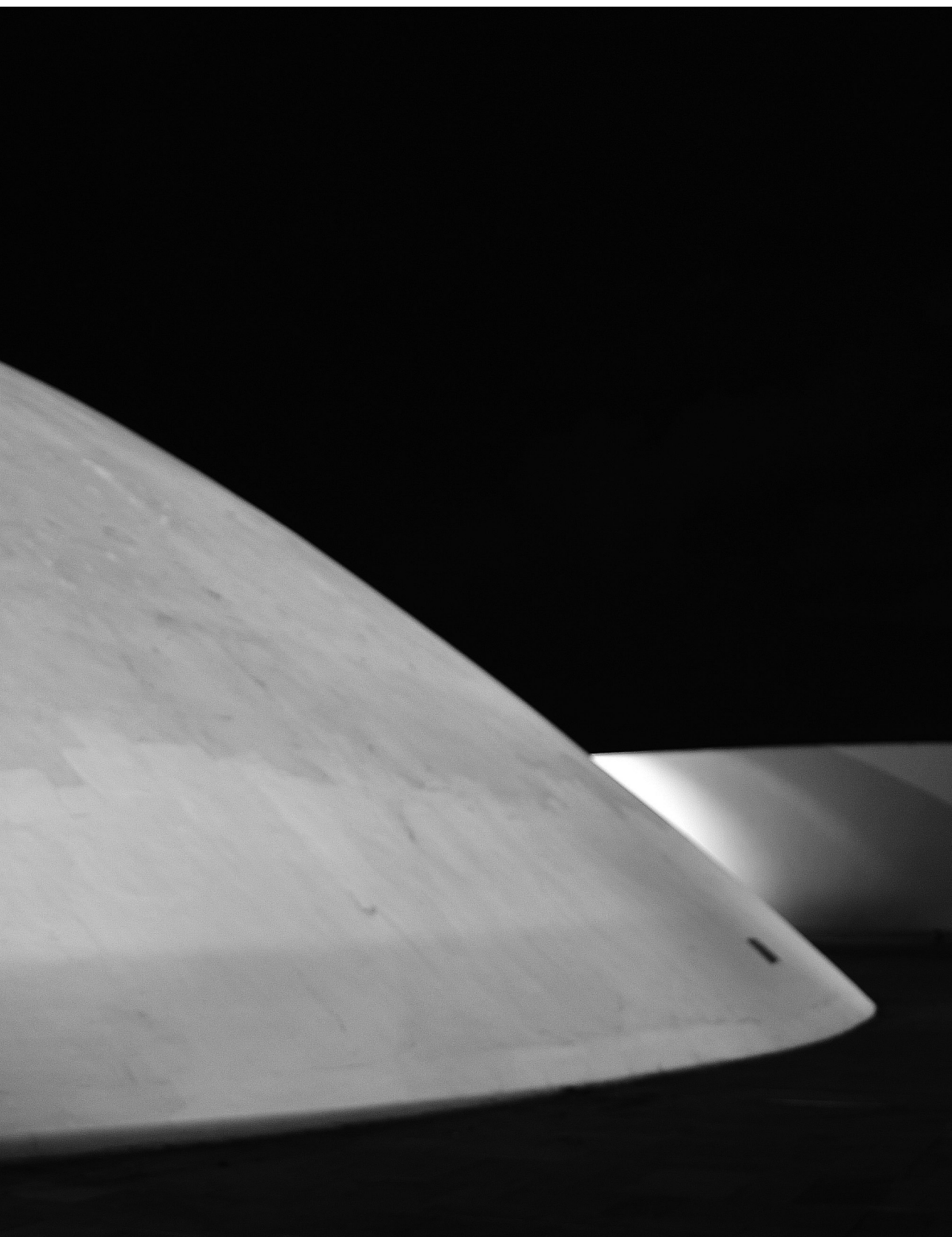
TAVARES, André Ramos. Aporias acerca do condomínio legislativo no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang [Orgs.]. *Estado Constitucio-*

*nal e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 161-191.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.







# LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA PROPOSTA DE RELEITURA DO ART. 61, § 1º, II, E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

João Trindade Cavalcante Filho<sup>1</sup>

## Resumo

A Constituição Federal de 1988 estipula, entre as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República, as leis que criem ou extingam órgãos ou entidades da Administração Pública Federal. Todavia, cabe indagar em que medida essa restrição impede o legislador de, por iniciativa própria, legislar sobre políticas públicas. O tema, analisado à luz da doutrina e a partir de uma leitura crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revela possibilidades amplas de formulação de políticas públicas por iniciativa parlamentar, desde que respeitados determinados parâmetros constitucionais.

**Palavras-chave:** Políticas públicas; iniciativa legislativa; interpretação constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

O sistema de independência de harmonia entre os poderes, tal como adotado pelo constituinte de 1988, tem um dos pontos fundamentais na definição das hipóteses de iniciativa legislativa.

Existem, dessarte, casos da chamada iniciativa comum (por alguns chamada de concorrente), em que as proposições legis-

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito Constitucional e Processo Legislativo Constitucional em cursos de Pós-Graduação em Gestão Pública e em Direito Constitucional.

<sup>2</sup> Agradeço o apoio dos colegas Consultores Legislativos do Senado Federal Fernando B. Meneguín e Renato Monteiro de Rezende. Ao primeiro, pela disponibilização da estrutura do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal para permitir a produção deste Texto; ao segundo, pela cuidadosa revisão dos originais, com correções e sugestões que melhoraram sobremaneira o trabalho.

lativas podem ser iniciadas por qualquer Deputado Federal, ou Senador, ou Comissão, ou pelo Presidente da República. Do mesmo modo, existe a possibilidade de exercício da iniciativa popular (Constituição Federal – CF, art. 61, § 2º). E, em alguns casos específicos, a Constituição estabelece que somente algumas autoridades podem propor projetos de lei sobre determinados temas: trata-se da iniciativa privativa, também chamada de exclusiva, ou reservada<sup>3</sup>.

No presente Texto, buscamos analisar os limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas. A questão a que pretendemos responder é: pode o Legislativo iniciar projetos de lei que instituem políticas públicas? Ou se trata de iniciativa exclusiva do Poder Executivo?

Como se vê, o objeto do estudo é eminentemente dogmático. Busca-se analisar o alcance e o conteúdo do art. 61, § 1º, II, *e*, da CF (na redação dada pela Emenda Constitucional – EC nº 32, de 11 de setembro de 2001), que dispõe:

**Art. 61.** .....

<sup>3</sup> No Direito Constitucional, geralmente as palavras *privativo* e *exclusivo* indicam uma competência delegável e indelegável, respectivamente. Todavia, no processo legislativo, essa distinção perde sentido, pois a Constituição usou as palavras indistintamente. Por exemplo: no art. 61, § 1º, a CF utilizou a expressão *privativa*. Já no art. 63, I, a Carta usa, para tratar da mesma matéria, a expressão *exclusiva*. Veja-se o que explica Henrique Savonitti Miranda: *o legislador constituinte utilizou as expressões 'iniciativa privativa', no § 1º do art. 61 da Constituição Federal, e 'iniciativa exclusiva', no inciso I do art. 63, como sinônimas*. MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 650.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

.....

II – disponham sobre:

.....

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

.....

Nesse contexto, analisaremos, sob um prisma teórico, as hipóteses que estão ou não contidas na restrição veiculada pelo dispositivo citado, de modo a poder concluir pela incidência, ou não, do comando normativo, em relação às leis que dispõem sobre políticas públicas.

Para tanto, será necessário recorrer à doutrina e à interpretação jurisprudencial, de modo a delimitar a incidência do texto normativo. Também não se dispensará o recurso à interpretação histórica, principalmente tendo-se em conta a alteração trazida ao dispositivo pela EC nº 32, de 2001.

Num primeiro ponto, apontaremos os fundamentos e os limites da iniciativa privativa. Depois, realizaremos um cotejo analítico da jurisprudência do STF acerca do tema. Logo após, recorreremos à doutrina para analisar pontualmente a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. Buscaremos também aportes da definição de *políticas públicas*, com a finalidade de apreciar a incidência, ou não, do dispositivo, nessa hipótese, para, enfim, apresentar as conclusões do estudo.

## 2 INICIATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO: FUNDAMENTOS E LIMITES

### 2.1 Iniciativa privativa: noções e esboço histórico

Dentro do esquema tradicional de separação de poderes, sequer poderia o Executivo propor projetos de lei<sup>4</sup>. É por isso que Montesquieu já sustentava ser lícito ao Chefe do Executivo exercer a faculdade de impedir (vetar), mas não a faculdade de estatuir (propor)<sup>5</sup>. Todavia, as Constituições brasileiras tradicionalmente não só atribuem ao Chefe de Governo a possibilidade de propor projetos de lei, como também lhe conferem a exclusividade dessa iniciativa, em alguns casos.

A Constituição Imperial de 1824 já atribuía ao Executivo a possibilidade de propor leis (art. 53), embora não previsse expressamente casos de iniciativa privativa.

De maneira semelhante, a Constituição de 1891 previu a iniciativa parlamentar como regra (arts. 29 e 36); embora também se referisse à iniciativa de leis pelo Executivo, não lhe conferiu exclusividade nisso.

<sup>4</sup> Exemplo de ordenamento que segue à risca esse mandamento, negando qualquer iniciativa formal ao Executivo, é a Constituição dos Estados Unidos da América (Art. 1º, Seção nº 7).

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, pp. 192-193.

Foi a Constituição de 1934 que instituiu, pela primeira vez, regra de iniciativa privativa do Presidente da República:

**Art. 41.** A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões.

§ 1º Compete exclusivamente à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa das leis de fixação das forças armadas e, em geral, de todas as leis sobre matéria fiscal e financeira.

§ 2º Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos, **pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.**

§ 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.

Perceba-se, contudo, que essa exclusividade da iniciativa presidencial restringia-se a três aspectos: a) aumento

dos vencimentos dos funcionários do Executivo; *b*) criação de empregos em serviços *já organizados*; e *c*) fixação (do efetivo) das Forças Armadas<sup>6</sup>.

Já a Constituição de 1937, de forma isolada na história constitucional brasileira, *inverteu* a lógica da separação de poderes, atribuindo, *como regra*, a iniciativa de projetos de lei ao Executivo:

**Art. 64. A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa.**

§ 1º A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um quinto de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

.....<sup>7</sup>.

A Constituição de 1946 retomou, em linhas gerais, o esquema estabelecido pela Constituição de 1934 (art. 67, § 2º), com a iniciativa comum, como regra, mas com o estabelecimento da exclusividade do Executivo para propor projetos sobre aumento da remuneração dos seus funcionários,

<sup>6</sup> Nelson de Souza Sampaio advertia, ainda, que o art. 50, § 1º, atribuía ao Presidente a iniciativa de projetos de lei orçamentária. Cf. SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. Edição atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 115.

<sup>7</sup> A redação do dispositivo foi alterada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945. Todavia, a redação original, na parte em que agora interessa, não era muito distinta: atribuía a iniciativa, como regra, ao Governo.

criação de empregos em serviços existentes e a fixação dos efetivos das Forças Armadas.

Por outro lado, a Constituição de 1967 alterou parcialmente esse panorama, ao prever a iniciativa comum como regra, mas com a previsão de que *O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria*. Estabeleceu, também, casos de iniciativa privativa do Chefe do Executivo:

**Art. 60.** É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I – disponham sobre matéria financeira;

II – criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III – fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

IV – disponham sobre a Administração do Distrito Federal e dos Territórios.

.....

De pronto já se nota a semelhança da estrutura do art. 60 da CF de 1967 com o atual art. 61. Porém, o rol da Carta anterior era menos numeroso do que o dispositivo em vigor.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, reformulando a Carta de 1967, estabeleceu, de forma mais ampla, a iniciativa exclusiva do Presidente, dispondo:

**Art. 57.** É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I – disponham sobre matéria financeira;

II – criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III – fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

IV – disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios;

V – disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

VI – concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

Contudo, apesar de mais numerosas as hipóteses de iniciativa exclusiva, percebe-se que não houve alteração substancial do tema.

Note-se, ainda, a partir desse esboço histórico, que jamais houve – salvo na CF de 1937, que representa um *ponto fora da curva* – a previsão da iniciativa de privativa do Executivo quanto ao estabelecimento de políticas públicas, ou mesmo quanto à estruturação orgânica da Administração Pública<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> É bem verdade que a interpretação tradicionalmente apontava que a estruturação da administração pública poderia ser regulamentada por meio de simples decreto, sem necessidade de edição de lei em sentido

## 2.2 A iniciativa privativa na Constituição de 1988

No texto da CF, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de iniciativa privativa:

- a) do Supremo Tribunal Federal (STF), para a propositura de lei complementar que disponha sobre o estatuto da magistratura: art. 93, *caput*;
- b) do STF, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, sobre a lei de organização judiciária, a criação, quando couber, de tribunais inferiores, bem como sobre seus serviços administrativos (art. 96, I e II);
- c) do Ministério Público, sobre lei ordinária que disponha sobre a criação e extinção de cargos no órgão e a fixação das respectivas remunerações (art. 127, § 2º);
- d) da Câmara dos Deputados, para a fixação da remuneração dos seus serviços auxiliares (art. 51, IV, *in fine*);
- e) do Senado Federal, idem (art. 52, XIII, *in fine*);
- f) do Tribunal de Contas da União (TCU), para a propositura de lei sobre suas atribuições, funcionamento, bem como criação e extinção dos cargos e fixação de vencimentos dos seus serviços auxiliares (art. 73, *caput*, c/c art. 96);

formal. Todavia, daí não se pode inferir que o Legislativo não pudesse ter a iniciativa de projetos de lei (a não ser, repita-se, na CF/1937, que inverteu a regra da iniciativa parlamentar como a via normal para desencadear o processo legislativo).

g) do Presidente da República (PR), para as matérias relativas às Forças Armadas, à estruturação e funcionamento do Poder Executivo, ao funcionamento dos Territórios Federais (caso venham a ser criados) e à definição do regime jurídico dos servidores públicos da União (art. 61, § 1º, I e II);

h) do Presidente da República, para a apresentação ao Congresso de projetos de lei em matéria orçamentária (art. 165, I a III).

Tais hipóteses, embora numerosas, não constituem a regra, dentro do processo legislativo. Ao contrário: o comum é a possibilidade de proposição legislativa pelos membros do Congresso Nacional, no uso da iniciativa comum (art. 61, *caput*).

### 2.3 Fundamentos da iniciativa privativa e limites para a interpretação das hipóteses constitucionais

Apesar do extenso rol de hipóteses contempladas na Constituição de 1988, não se pode perder de vista que o escopo da iniciativa privativa é resguardar o equilíbrio entre os poderes. Procura-se, com isso, conferir a cada Poder (e, no caso que ora nos interessa, especificamente ao Executivo) a prerrogativa de desencadear o processo legislativo, em relação às matérias de sua economia interna, ou relativas às suas atribuições constitucionais.

Nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante<sup>9</sup>.

Em sentido semelhante, Ives Gandra da Silva Martins elenca outro argumento em favor das hipóteses de iniciativa privativa:

(...) sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter sua iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade.

Se tal possibilidade lhe fosse ofertada, amiúde, poderia deliberar de maneira desastrosa, à falta de conhecimento, prejudicando a própria Administração Nacional<sup>10</sup>.

Daniel Sarmento, em posição parcialmente idêntica, afirma que, em se tratando de políticas públicas, *os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

<sup>10</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo 1*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 387.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível



Discordamos, contudo, do argumento de ignorância (ainda que relativa) do Legislativo acerca dos assuntos internos do Executivo. Pode-se sustentar a conveniência de atribuir a iniciativa de tais matérias ao Executivo, por ter com elas mais contato, mas o discurso de que a atribuição do poder de iniciar ao Congresso geraria leis absurdas significa recorrer ao argumento *ad terrorem*. Aliás, não custa lembrar que, de qualquer maneira, o Legislativo não é completamente alheio aos assuntos administrativos, além de ter de se levar em conta o poder de veto, sempre à disposição do Presidente, quando se trata de projetos de lei ordinária ou complementar (CF, art. 66, § 1º, e art. 84, V). Vale lembrar, ainda, que, mesmo que a iniciativa seja atribuída exclusivamente ao PR, o Congresso Nacional ainda tem a prerrogativa de emendar o projeto (atendidas apenas as limitações do art. 63 da CF), o que desmistifica o temor de que o Legislativo produza leis absurdas, acerca desse tema.

Por outro lado, a função de legislar é atribuída, de forma típica, ao Congresso Nacional, o que pressupõe que ao órgão parlamentar deva ser dada a possibilidade de iniciar o processo legislativo, *exceto* quando haja expressa previsão em sentido contrário na própria Constituição.

A conjunção desses dois postulados leva à conclusão de que as hipóteses constitucionais de iniciativa exclusiva formam um rol taxativo. E, mais

ainda, configuram a exceção, devendo, portanto, ser interpretadas de forma restritiva.

É válida, nesse ponto, a lição da hermenêutica clássica, segundo a qual as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva<sup>12</sup>. Encontram-se elencados em rol taxativo na CF os casos de iniciativa exclusiva<sup>13</sup>.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, **não se presume e nem comporta interpretação ampliada**, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca<sup>14</sup>.

Por outro lado, é preciso analisar as hipóteses de iniciativa privativa – notadamente as que subtraem a iniciativa ao Legislativo – em consonância com o princípio hermenêutico da conformidade funcional, de forma que o intérprete *não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido*<sup>15</sup>.

Todos esses fatores levam a uma conclusão inarredável: as hipóteses

<sup>12</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 162 e seguintes.

<sup>13</sup> STF, Pleno, ADI nº 3394/AM, Relator Ministro Eros Grau, DJe de 23.8.2007.

<sup>14</sup> STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001 (original sem grifos).

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.

de iniciativa privativa devem ser interpretadas de forma restritiva, não apenas no sentido de que a enumeração constitucional é taxativa, mas também – e principalmente – porque não se deve ampliar, por via interpretativa, o alcance de seus dispositivos.

### 3 INICIATIVA LEGISLATIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Após esses esclarecimentos, passaremos a analisar qual a interpretação constitucionalmente mais adequada para a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. A pergunta que ora se busca responder, lembre-se, é: pode o Legislativo iniciar projetos de lei que estabeleçam uma política pública, ou esse poder de iniciativa é restrito ao próprio Executivo?

Antes de apresentar nossa proposta de interpretação, realizaremos uma análise sobre como o Supremo Tribunal Federal vem tratando o tema, ao longo de sua jurisprudência.

#### 3.1 Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Há diversos precedentes em que o STF abordou a interpretação do dispositivo em comento, ora validando, ora anulando diplomas (geralmente estaduais) derivados de iniciativa parlamentar e que impunham ao Executivo a adoção ou implementação de uma política pública.

Os julgados que tratam diretamente do tema são os seguintes (organizados em ordem cronológica crescente, com base na data de julgamento)<sup>16</sup>:

- 1) STF, Pleno, ADI nº 1.391/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criou o Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo); julgamento em 9.5.2002<sup>17</sup>;
- 2) ADI nº 2.417/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que reestruturava órgãos da Secretaria de Educação); julgamento em 3.9.2003;
- 3) ADI-MC nº 2.799/RS, Relator Ministro Marco Aurélio (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Programa de Desenvolvimento Estadual do Cultivo e Aproveitamento da Cana-de-açúcar e seus derivados); julgamento em 1.4.2004;
- 4) ADI nº 3.254/ES, Relatora Ministra Ellen Gracie (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que atribuía ao Detran a responsabilidade por autorizar o desmanche de carros usados); julgamento em 16.11.2005;
- 5) ADI nº 2.302/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criou

<sup>16</sup> Optamos, por razões científicas e para garantir a segurança e controlabilidade da análise, por só estudar os precedentes julgados *após* a promulgação da EC nº 32, de 2001, que alterou a redação da alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61.

<sup>17</sup> Nessa sequência de citações de precedentes, por motivos de comodidade de leitura, a omissão na citação do órgão julgador indica que se trata do Pleno do STF.

- o Museu do Gaúcho); julgamento em 15.2.2006;
- 6) ADI nº 1.144/RS, Relator Ministro Eros Grau (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Programa Estadual de Iluminação Pública e um Conselho para administrá-lo); julgamento em 16.8.2006;
- 7) ADI nº 2.808/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que cria o Pólo Estadual de Música Erudita); julgamento em 24.8.2006;
- 8) ADI nº 3.178/AP, Relator Ministro Gilmar Mendes (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que instituiu o Programa de Saúde Itinerante); julgamento em 27.9.2006;
- 9) ADI nº 3.394/AM, Relator Ministro Eros Grau (declaração de *constitucionalidade* de lei que criava programa de gratuidade de testes de maternidade e paternidade); julgamento em 2.4.2007;
- 10) ADI nº 1.275/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski (declaração de *inconstitucionalidade* de lei que criava o Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue); julgamento em 16.5.2007;
- 11) ADI nº 2.857/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa (declaração de *inconstitucionalidade* de lei estadual que impunha à Secretaria de Fazenda a inclusão em serviços de proteção ao crédito dos nomes de pessoas físicas e jurídicas inadimplentes); julgamento em 30.8.2007;
- 12) ADI nº 2.329/AL, Relatora Ministra Cármen Lúcia (declaração de *in-*

*constitucionalidade* de lei que criou programa de leitura de revistas e jornais nas escolas); julgamento em 14.4.2010;

- 13) STF, Primeira Turma, Agravo Regimental (AgR) no Recurso Extraordinário (RE) nº 290.549/SP, Relator Ministro Dias Toffoli (declaração de *constitucionalidade* de lei que instituiu o programa *Rua da Saúde*); julgamento em 28.2.2012;

Antes de passarmos à análise mais detida de três desses julgados, é preciso fazer um breve resumo estatístico dos precedentes encontrados.

Dos treze casos, apenas dois concluíram pela constitucionalidade da norma, o que aponta para aproximadamente 84,6% de declarações de inconstitucionalidade – o que se encontra próximo da média de anulações de leis estaduais pelo STF no ano de 2011 (83%<sup>18</sup>).

O Estado com maior quantidade de leis declaradas inconstitucionais por violação ao art. 61, § 1º, II, *e*, é o Rio Grande do Sul, com quatro diplomas invalidados, ficando São Paulo em segundo lugar, com três leis declaradas inconstitucionais e uma cuja validade foi confirmada.

Um dado que desperta interesse é que os dois casos de declaração de *constitucionalidade* encontram-se na metade mais recente da série (2007 e 2012).

Analisaremos mais detidamente, a partir de agora, três dos precedentes

<sup>18</sup> Dados da revista Anuário da Justiça, 2012.

da série: os de número 2, 7 e 13. Porém, essa escolha deve ser justificada por critérios científicos, para que suas premissas possam ser controladas.

Em primeiro lugar, levamos em conta o distanciamento temporal do julgamento de cada um dos casos (respectivamente, 2003, 2006 e 2012), de modo a estudar como a interpretação se comportou ao longo do tempo.

De outra parte, são também três julgados relatados por Ministros distintos, o que evita a redundância de análises (levando-se em conta o dado, ora explicitado, de que não houve mudança interpretativa quando os casos foram relatados pelo mesmo juiz).

Por fim, outro critério que justifica a *filtragem* desses três precedentes é sua relevância de conteúdo, pois, como se verá adiante, representam formas distintas de se interpretar o art. 61, § 1º, II, *e*.

Dito isso, esclarecemos que cada um desses precedentes representa, na cronologia e dinâmica com a qual organizamos os julgados, aquilo que pode ser lido como uma *fase* da interpretação judicial acerca do tema. Assim, o primeiro (em termos cronológicos) representa a interpretação mais restritiva da iniciativa parlamentar (e, conseqüentemente, uma leitura que tende a ampliar a iniciativa privativa do Executivo) e o terceiro sintetiza uma posição mais permissiva da iniciativa parlamentar.

Esclarecemos, ainda, que essa divisão em fases é realizada em termos cro-

nológicos, o que não pode obscurecer o fato de que, entre um e outro *momento*, vários matizes interpretativos se desenharam, como consignaremos ao longo da análise.

### 3.1.1 A primeira fase: a privatividade do Executivo da iniciativa de leis sobre administração pública

O primeiro precedente a ser analisado representa uma interpretação extremamente ampliativa da restrição contida na alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF.

Com efeito, embora o dispositivo determine serem de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei que disponham sobre *criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública*, a interpretação sufragada pela maioria dos Ministros, no caso da ADI nº 2.417/SP, foi no sentido de a exclusividade da iniciativa abranger *matérias pertinentes à Administração Pública*.

Essa leitura terminou por ampliar o alcance que uma interpretação literal do texto da norma poderia sugerir. De acordo com essa significação, qualquer projeto de lei sobre matéria que diga respeito à Administração Pública seria de iniciativa exclusiva do Executivo.

No caso específico, uma lei estadual paulista alterara a denominação e as atribuições da Delegacia de Ensino de Avaré. Renomeado para *Diretoria de Ensino de Avaré*, o órgão passou a

ter as mesmas atribuições definidas na legislação em vigor até determinada data (9 de abril de 1999)<sup>19</sup>.

Na fundamentação do acórdão, aprovado por unanimidade, ficou consignado que:

(...) importa em afronta direta ao Texto Constitucional o diploma legal em causa, de iniciativa parlamentar, que versa sobre matéria reservada ao Governador pela Carta da República, em obediência ao princípio da simetria (art. 61, § 1º, II, 'e'), como é a **estruturação e a especificação de atribuições da Secretaria de Educação, órgão que integra o Poder Executivo estadual**. (sem grifos no original).

Da leitura desse trecho, percebe-se que a lei foi considerada inconstitucional por especificar as atribuições de órgão do Executivo. Causam espécie dois fatos. Em primeiro lugar, a decisão foi tomada por unanimidade, mesmo com a presença de Ministros que, posteriormente, defenderiam uma leitura menos ampla da restrição de iniciativa (como é o caso do Ministro Carlos Ayres Britto). E, mais ainda, a amplitude da interpretação do dispositivo: a lei é inconstitucional não apenas se *criar* um órgão, ou *instituir* atribuições, mas mesmo que tão-somente *especifique* atribuições de órgãos do Poder Executivo<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Na prática, embora o relatório do acórdão seja pouco claro, parece ter havido uma espécie de repristinação da legislação anterior a um Decreto do Executivo que alterara as atribuições do órgão.

<sup>20</sup> Todavia, é várias vezes difícil distinguir o que é a criação de uma nova atribuição da mera especificação de uma atribuição já fixada. Essa dificuldade

Toda a fundamentação para a declaração de invalidade da lei não tem mais que duas páginas, e não houve qualquer debate. Todos os outros Ministros simplesmente aderiram à motivação apontada pelo Relator, sem maiores esforços argumentativos que geralmente são exigidos para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

De outra parte, essa interpretação ampliativa da reserva de iniciativa continua em julgados posteriores, embora geralmente não constem da ementa termos tão genéricos, que proíbam a iniciativa legislativa sobre *matérias pertinentes à Administração Pública*.

### 3.1.2 A segunda fase: iniciativa exclusiva do Executivo de leis que criem órgãos ou fixem suas atribuições

No que pode ser apontado como uma *segunda fase* da interpretação jurisprudencial do STF sobre a matéria, o caso mais representativo é a ADI nº 2.808/RS.

Nesse caso, analisava-se a constitucionalidade de lei estadual gaúcha que instituía o *Pólo Estadual de Música Erudita na Região do Vale do Caí*, estabelecendo, ainda, a obrigatoriedade de o Executivo consignar no orçamento dotação suficiente para a execução do mandamento legal.

prática, contudo, não infirma, por si só, o critério de diferenciação, que será mais bem explicado à frente.

O voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi pela inconstitucionalidade total da norma, por dois motivos: a) violação ao art. 165, III, da CF, ao obrigar o Executivo a consignar anualmente dotação orçamentária para o cumprimento do disposto na Lei; e b) contrariedade ao art. 61, § 1º, II, e, uma vez que, *consoante o princípio da simetria, cabe ao Governador a iniciativa de lei que disponha sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias e de órgãos da administração pública.*

Percebe-se logo que a interpretação do dispositivo que consigna a reserva de iniciativa já não é tão extensa quanto a que foi adotada na ADI nº 2.417/SP. Além disso, o próprio Relator demonstra o cuidado em não interpretar ampliativamente as hipóteses de iniciativa exclusiva do Executivo, pois:

(...) uma interpretação ampliativa da reserva de iniciativa do Poder Executivo, no âmbito estadual, pode resultar no esvaziamento da atividade legislativa autônoma no âmbito das unidades federativas.

Esse *obiter dictum* já denota uma pequena, mas relevante, mudança na orientação da Corte. Mesmo declarando inconstitucional a Lei, há uma marcada tendência a não interpretar ampliativamente as regras de reserva de iniciativa, sob pena de se esvaziar a atividade legislativa da Assembleia.

Chegou-se, inclusive, a aventar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *parcial* da norma (ou até mesmo a utilização da técnica de

interpretação conforme a Constituição). Essa posição foi adotada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que votou pela inconstitucionalidade parcial, apenas por violação ao art. 165.

Nos debates, essa questão foi especificamente abordada:

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** – Senhora Presidente, entendo que **a lei sob censura não está criando nenhum órgão, mas inserindo uma atividade objetiva, um programa, em órgão já existente**, que a instituição do prêmio.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)** – Não. **É mais do que a instituição do prêmio, na verdade, define atribuições da Secretaria de Cultura.**

**SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** – **Está inserindo no âmbito da Secretaria de Cultura, órgão preexistente, um tipo que vamos chamar de política pública**, com um pouco de exagero. Agora, vamos considerar que o Estado-membro dispõe mesmo de competência para legislar concorrentemente sobre cultura, e que entre as competências materiais dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da União está o explícito incentivo às atividades culturais e o acesso da população à cultura. A Constituição abriu um capítulo específico para cuidar da cultura.

(...) Eu concordaria com Sua Excelência quanto à inconstitucionalidade da lei no que toca à imposição ao governa-



dor de uma dotação orçamentária.

(...) A meu ver, a iniciativa é louvável. Vou pedir vênia ao Relator para acompanhá-lo apenas no que toca à imposição da dotação orçamentária. No mais, considero a lei conforme a Constituição, constitucional. (original sem grifos).

Claramente, o que se tem aqui é o embate entre duas interpretações da alínea *e*: uma que atribui um significado mais literal (só não se pode criar um novo órgão, mas nada impede a lei de iniciativa parlamentar de atribuir novas tarefas a órgãos preexistentes), que é a posição do Ministro Carlos Britto, e outra que interpreta o texto no sentido de que não podem ser fixadas novas atribuições para órgãos do Executivo (posição vencedora).

Também fica nítido o paradoxo a que pode chegar a tese adotada pelo Ministro Carlos Britto: como aceitar a imposição de atribuições para um órgão, se o Legislativo não tem o poder de determinar ao Executivo a consignação de dotação orçamentária para o desempenho dessa atividade? Não se teria, no caso, uma lei inócua, *meramente autorizativa*? Esse tema foi abordado nos debates, e foi também usado como argumento pelo Ministro Sepúlveda Pertence para votar pela inconstitucionalidade total da lei.

É possível, contudo, entrever nesse julgamento uma nova *fase* do entendimento do STF sobre o tema: não mais se aceita uma interpretação ampliativa das hipóteses de iniciativa privativa; já começa a haver um

debate sobre a possibilidade, ou não, de se relativizar a jurisprudência tradicional da Corte acerca do tema; e, principalmente, já se aventa a possibilidade de distinguir entre a *criação* de um órgão, a *fixação* de suas atribuições<sup>21</sup> e a *criação de política pública* dentro das atribuições já fixadas para um órgão já existente.

Aliás, pouco mais de um mês após esse julgamento, o STF deparou-se com questão idêntica, ao apreciar a ADI nº 3.178/AP. O objeto de questionamento, nesse caso, era lei estadual de iniciativa parlamentar que criava o *Programa Saúde Itinerante*, além de estabelecer a obrigação de o Executivo consignar dotação orçamentária para a efetivação dessa política.

Mais uma vez, a lei foi declarada inconstitucional, tanto por violação à reserva de iniciativa, quanto pela contrariedade ao disposto no inciso III do art. 165 da CF.

O Ministro Carlos Ayres Britto, porém, consignou sua posição de forma ainda mais clara do que no julgamento anterior, chegando a afirmar que:

(...) a princípio, **não vejo como inconstitucional uma lei, de iniciativa de qualquer parlamentar, que institua política pública no âmbito de órgão**

<sup>21</sup> Essa distinção entre a criação de um órgão e a fixação de suas atribuições, contudo, deve ser empregada com cautela. Atentando-se para o fato de que, por definição, órgão é um feixe de atribuições, resta claro que a reformulação completa, ou exclusão total, de suas atribuições, representaria, na prática, a extinção do organismo. Não é disso que aqui se trata, mas sim de diferenciar a efetiva *criação* do órgão, mediante desconcentração administrativa, da alteração *pontual* de uma de suas atribuições (mediante inclusão ou exclusão).

**estatal ou de entidade preexistente, desde que essa lei não crie fundo**, redundantemente, financeiro para o implemento dessa política pública. Porém, neste caso, o Relator deixou claro que a Lei vai muito além de uma simples autorização para o Poder Executivo instituir esse programa, ou essa política pública. (sem grifos no original).

Esse ponto específico seria ainda desenvolvido em dois julgamentos posteriores, que podem ser apontados como indicativos de uma possível terceira fase na jurisprudência do STF sobre o assunto.

### 3.1.3 Em vias de uma terceira fase?

Mais recentemente, houve dois casos em que o STF considerou constitucional a criação de programa de políticas públicas por meio de lei de iniciativa parlamentar.

O caso mais recente é o AgR no RE nº 290.549/RJ. Tratava-se de lei que criava um programa intitulado *Rua da Saúde*.

Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli negou seguimento ao RE interposto pelo Município do Rio de Janeiro, em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O Município agravou da decisão, e a Primeira Turma, por quatro votos a um, negou provimento ao recurso.

No voto do Relator, aborda-se expressamente o tema de que ora tratamos. Todavia, a motivação é bastante sucin-

ta. Afirma-se, em suma, que *a edição da referida lei, decorrente de iniciativa parlamentar, não representou invasão da esfera da competência privativa do Chefe do Poder Executivo local*.

Um pouco adiante, o voto consigna que:

(...) a criação do programa instituído por meio dessa lei apenas tinha por objetivo fomentar a prática de esportes em vias e logradouros públicos, tendo ficado expressamente consignado nesse texto legal que 'a implantação, coordenação e acompanhamento do programa ficará a cargo do órgão competente do Poder Executivo', a quem incumbirá, também, aprovar as vias designadas pelos moradores para a execução do programa.

Nota-se que a argumentação não aprofundou a análise do tema. Não se chegou a afirmar que a criação de políticas públicas é possível *porque* não criou uma nova atribuição para órgão, mas apenas detalhou uma função já existente. É possível *inferir* esse raciocínio a partir do voto do Relator – não sem certo esforço mental – mas isso realmente não está *dito*.

Ademais, esse julgamento, isoladamente, não é tão representativo quanto os outros já citados, por dois motivos. Primeiramente, porque foi prolatado por Turma, e não pelo Plenário do STF. E, em segundo lugar, a decisão foi tomada em sede de agravo regimental, caso que se adota o conhecido sistema de julgamento por listas, o que dificulta o debate e

a análise minuciosa do RE. Aliás, o Ministro Marco Aurélio votou contra a maioria (isto é, posicionou-se pelo provimento do agravo), justamente por considerar que a matéria merecia melhor análise, pois *a lista [de casos julgados em conjunto] é grande*.

Entretanto, a existência de outro julgado, em sentido semelhante, pode indicar que o citado RE não foi um caso isolado na jurisprudência do Tribunal.

Trata-se da ADI nº 3.394/AM, que teve como Relator o Ministro Eros Grau. Nesse julgamento, o Pleno declarou *constitucional* lei que criava programa de gratuidade de testes de maternidade e paternidade. Afastou-se, no voto do Relator, a alegação de inconstitucionalidade da lei por vício de iniciativa, *já que, ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local*. Nesse caso, datado de 2008, a Corte, por oito votos a dois, declarou a constitucionalidade da norma, na parte que nos interessa<sup>22</sup>.

## 4 UMA PROPOSTA DE LEITURA DO ART. 61, § 1º, II, E, DA CF

### 4.1 Políticas públicas: delimitação do âmbito conceitual

Em primeiro lugar – e antes mesmo de oferecermos uma proposta de so-

<sup>22</sup> Na verdade, o julgado concluiu pela inconstitucionalidade parcial da lei, mas, na parte que nos interessa, a alegação de vício de iniciativa, restou afastado, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

lução para o problema da iniciativa legislativa em tema de políticas estatais –, é preciso definir o que tradicionalmente se entende por *políticas públicas*.

Trata-se de conceito controverso, geralmente mais pressuposto do que explicitado. Para utilizar uma nomenclatura ora em voga, seria possível até falar que se cuida de um *conceito jurídico indeterminado*<sup>23</sup>.

A doutrina diverge sobre se as políticas públicas são atos, normas ou atividades. Em uma definição concisa, afirma-se que *políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*<sup>24</sup>.

Como se nota, alguns elementos são centrais nessa definição: o fato de que a política pública é um *programa*, isto é, um conjunto coordenado de ações; a adjetivação de que se tra-

<sup>23</sup> Eros Roberto Grau – a nosso ver, com razão – critica a utilização dessa expressão, justamente porque um conceito é um determinação sobre a natureza de algo. Assim, *conceito indeterminado* soa tão estranho quanto *definição indefinida*. Prefere-se, por isso, a expressão *conceitos jurídicos abertos*. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238. Ademais, *não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, mas apenas uma maior ou menor determinação ou indeterminação, e pode até suceder que um conceito que fora indeterminado se haja convertido em determinado através da longa evolução jurisprudencial que tenha carregado um número significativo de subsunções*. NETO, Luísa. *O Estado de Direito Democrático e as Leis de Valor Reforçado*. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/LNeto2003.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LNeto2003.pdf). Acesso em: 29.1.2013.

<sup>24</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

ta de ações *governamentais*, ou seja, levadas a cabo, ao menos prioritariamente, pelo Estado; e, por fim, os objetivos, que devem ser socialmente relevantes. Nesse sentido, percebe-se uma nítida conexão entre *políticas públicas* e *direitos fundamentais sociais*, na medida em que a primeira é um meio para a efetivação dos segundos<sup>25</sup>.

A partir dessa definição, é possível notar que a criação de uma política pública não se resume à instituição de um novo órgão, e até não pressupõe essa providência. Ao contrário, a formulação de uma política pública consiste mais em estabelecer uma *conexão* entre as atribuições de órgãos *já existentes*, de modo a efetivar um direito social.

Dessa maneira, quando se diz que a formulação de políticas públicas é atividade prioritariamente atribuída ao Legislativo, não se está conferindo ao legislador a tarefa de necessariamente criar novos órgãos, mas principalmente de criar *programas* para racionalizar a atuação governamental e assegurar a realização de direitos constitucionalmente assegurados.

Essa delimitação será essencial para que se possa fazer uma releitura constitucionalmente adequada da jurisprudência do STF acerca do tema.

<sup>25</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.

## 4.2 Argumentos favoráveis à iniciativa parlamentar de políticas públicas

De acordo com a interpretação que entendemos ser a mais adequada ao sistema constitucional brasileiro, a alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF não veda ao Legislativo iniciar projetos de lei sobre políticas públicas.

Em primeiro lugar, porque, como já analisamos, a iniciativa privativa não constitui a regra em nosso ordenamento, devendo, por isso, ser interpretada em sentido estrito. Ora, a interpretação literal do dispositivo citado indica que é exclusiva do Presidente da República a tarefa de propor projetos de lei sobre criação e extinção de órgãos e Ministérios da Administração Pública. *A contrario sensu*, se a proposição não promover a criação de um novo órgão, não pode ser considerada violadora da norma constitucional<sup>26</sup>.

Porém, essa interpretação literal – que é, nas lições de Inocêncio Mártires Coelho, sempre um começo, nunca um ponto de chegada<sup>27</sup> – não pode ser levada ao paroxismo. Assim, consideramos que a criação de uma nova atribuição para um órgão já existente situa-se na fronteira da

<sup>26</sup> Em outro trabalho, já defendemos a ideia de que a exclusividade da iniciativa do Executivo restringe-se efetivamente às leis de criação ou extinção de órgãos, entidades ou Ministérios – e do Poder Executivo, logicamente. Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 56.

<sup>27</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 26.

constitucionalidade: se, com isso, se promover um redesenho da atuação institucional, já se estará diante de uma transformação material do órgão, ainda que não haja formalmente uma modificação estrutural propriamente dita.

Pode-se então ler na reserva de iniciativa do art. 61, § 1º, II, *e*, uma regra de resguardo da própria função presidencial de exercer a direção superior da Administração Pública Federal (CF, art. 84, II), de maneira que o *redesenho* de órgãos públicos vinculados ao Executivo realmente só ocorra mediante sua iniciativa.

As balizas para a verificação da constitucionalidade da iniciativa parlamentar podem ser apontadas como a autonomia do Poder Executivo (isto é, o Legislativo não pode invadir o espaço de autoadministração dos outros órgãos da soberania) e o próprio desempenho da função administrativa (exercido de forma típica pelo Executivo), e serão detalhadas no próximo subitem.

Consideramos, destarte, adequada a teoria já aventada pelo Supremo Tribunal Federal (embora não desenvolvida de forma aprofundada) de que o que se veda é a iniciativa parlamentar que vise ao *redesenho* de órgãos do Executivo, conferindo-lhes novas e inéditas atribuições, inovando a própria função institucional da unidade orgânica.

Perceba-se que, ao se adotar essa linha de argumentação, é necessário distinguir a *criação* de uma nova atri-

buição (o que é vedado mediante iniciativa parlamentar) da mera explicitação e/ou regulamentação de uma atividade que já cabe ao órgão. Por exemplo: atribuir ao SUS a estipulação de critérios para a avaliação da qualidade dos cursos superiores de Medicina significaria dar uma nova atribuição ao sistema, ao passo que estipular prazos para o primeiro tratamento de pessoas diagnosticadas com neoplasia nada mais é que a explicitação – ou, melhor, a regulamentação (*lato sensu*)– de uma atividade que já cabe ao Sistema desempenhar.

Em sentido semelhante, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior sustenta que a iniciativa privativa do Presidente da República diz respeito à *elaboração de normas que remodelem as atribuições de órgão pertencente à estrutura da Administração Pública*<sup>28</sup>.

Igualmente, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça Monteiro defende que, *nesses casos [de formulação de políticas públicas], pode o Poder Legislativo dar início ao processo legislativo. (...) a iniciativa parlamentar é perfeitamente válida e livre de vícios*. Na verdade, assim como entendemos, a autora considera que :

o que não se admite é que, a pretexto de legislar sobre matéria a cuja iniciativa não foi reservada ao Executivo, a propositura de iniciativa parlamentar adentre nessas matérias, crian-

<sup>28</sup> VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional da Atuação do Poder Legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2007, p. 260 (sem grifos no original).

do atribuições a órgãos do Executivo ou até mesmo dispendo sobre matérias de cunho eminentemente administrativo<sup>29</sup>.

Um segundo argumento a favor da possibilidade de criação de política pública por iniciativa parlamentar pode ser extraído do § 1º do art. 5º da CF. Segundo esse dispositivo, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (entre as quais se incluem as que definem direitos sociais) têm aplicação imediata<sup>30</sup>.

De acordo com a doutrina, uma das emanções normativas desse dispositivo relaciona-se à obrigatoriedade de que os poderes públicos – Legislativo inclusive<sup>31</sup> – atuem de modo a realizar os direitos fundamentais da forma mais ampla possível<sup>32</sup>. Essa vinculação do Legislador impõe que os direitos fundamentais sejam legislativamente desenvolvidos, inclusive por meio das chamadas leis *promotoras* desses direitos, assim entendidas aquelas que, segundo José Carlos Vieira de Andrade, visam a *criar condições favoráveis ao exercício dos direitos*<sup>33</sup>.

Ora, os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, que tem a obrigação até mesmo de editar leis que os

promovam. Quando aplicada essa afirmação genérica ao caso específico dos direitos fundamentais sociais, cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas, chega-se à conclusão de que o legislador tem não só a possibilidade, como até mesmo a *obrigação* de formular políticas governamentais que promovam tais direitos. Pode-se perfeitamente falar em um dever-poder de formular políticas públicas para a efetivação de direitos sociais.

Obviamente, o art. 5º, § 1º, não é a única fonte normativa dessa obrigação, podendo ser apontados, ainda, o inciso III do art. 1º<sup>34</sup> e o próprio art. 3º, que elenca os objetivos fundamentais da República, dentre os quais o de *promover o bem de todos* (art. 3º, IV).

Por fim, é possível apontar um terceiro argumento favorável à interpretação que admite a iniciativa legislativa de políticas públicas. Trata-se da prerrogativa geralmente atribuída ao Legislativo de formular tais políticas.

Se é verdade que as políticas públicas são também um *conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades*<sup>35</sup>, então resta claro que essa atuação pode ser exercida, se não de forma exclusiva, pelo menos de forma concorrente, pelo Legislativo.

Com efeito, embora o constituinte de 1988 não se tenha comprometido

<sup>29</sup> MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. *Limites à iniciativa legislativa e o princípio da reserva da administração*. In: Revista de administração municipal, v. 57, n. 278, pp. 66-68, out./dez 2011.

<sup>30</sup> Vale lembrar que, no entanto, (...) esta afirmação não basta para resolver o problema da aplicação dos preceitos constitucionais, antes suscita uma série de questões normativas. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 192.

<sup>31</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

<sup>32</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 180.

<sup>33</sup> Idem, ibidem, p. 215.

<sup>34</sup> Aqui se tem uma hipótese de aplicação direta do princípio da dignidade humana, embora sejam forçados a reconhecer que essa norma sofreu uma incrível banalização.

<sup>35</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 264.



com uma visão de independência e harmonia dos órgãos da soberania à moda de Montesquieu (ou da leitura que tradicionalmente se faz d'O Espírito das Leis); e não obstante a atualidade mostre uma verdadeira reorganização das funções estatais para além do tradicional modelo tripartite, é inegável a importância do preceito do art. 2º como garantia do Estado de Direito e dos direitos fundamentais<sup>36</sup>.

Na realidade, a própria formulação de *políticas* – em geral – é tarefa atrelada à função legislativa. Desde que se superou o paradigma liberal do Estado de Direito, em que a política era considerada um elemento fora do Direito, pela formulação do chamado Estado Democrático (e Constitucional) de Direito, que se reconhece o exercício da função política por meio de um *entrelaçamento* entre Legislativo e Executivo.

Nuno Piçarra, ao comentar as novas conformações do princípio da separação de poderes, afirma que a função política abrange *a orientação e a direção da sociedade política em geral, a determinação do interesse público, a interpretação dos fins do Estado, a fixação de suas tarefas e a escolha dos meios (...) adequados para as realizar*<sup>37</sup>. Para exercer essa tarefa, exige-se um entrelaçamento e uma atuação conjunta entre Legislativo e Executivo, numa verdadeira *conexão de funções legislativas, regulamenta-*

*res, planificadoras, administrativas e militares*<sup>38</sup>.

Em um contexto como esse, cabe ao Legislativo formular as políticas públicas, ao menos em linhas gerais, e ao Executivo cabe operacionalizá-las, concretizando os objetivos traçados pelo legislador. Obviamente, a dinâmica dessa interação é, como vimos, muito mais matizada, mas esse pode ser apontado como um esquema geral.

Nesse mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci afirma ser *relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis*<sup>39</sup>. E o Ministro Celso de Mello, ao decidir monocraticamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF, registrou que *a atribuição de formular e de implementar políticas (...) reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo*.

Logicamente, o fato de residir no Legislativo a prerrogativa de – reafirmamos, se não exclusivamente, ao menos concorrentemente com o Executivo – formular políticas públicas não significa, *ipso facto*, caber ao Congresso Nacional a iniciativa de tais projetos de lei.

Porém, se levarmos em conta, *além desse aspecto*, o fato de que a iniciativa parlamentar é a regra – e sua ve-

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 783.

<sup>37</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 252.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*, p. 253.

<sup>39</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit., p. 269 (sem grifos no original).

dação, a exceção –, cumulada com a vinculação que os direitos sociais têm em relação ao próprio legislador, é possível sustentar uma interpretação que não retire do Legislativo a iniciativa de projetos de lei sobre formulação de políticas públicas.

### 4.3 Os limites à formulação de políticas públicas por iniciativa do Legislativo

Inicialmente, um limite à iniciativa legislativa acerca de políticas públicas é a já citada impossibilidade de se remodelar, por lei de origem parlamentar, órgãos ou entidades integrantes da estrutura do Executivo.

Não se pode, segundo entendemos, criar novas atribuições para órgãos ou entidades existentes, muito menos criar novas pessoas jurídicas ou unidades desconcentradas, sob pena de violação à alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da CF.

Da mesma maneira, inconstitucional é lei de iniciativa do Legislativo que crie ou institua fundos, ou que exija imediatos aportes orçamentários diretos, por contrariedade ao inciso III do art. 165 (combinado com o inciso I do § 5º do mesmo artigo). É possível, contudo, coordenar a atuação de órgãos ou entidades já existentes, ou fixar-lhes os objetivos de atuação, ou ainda especificar-lhes as tarefas, dentro do quadro normativo já existente.

Outro limite imposto ao Legislativo é a vedação à edição de leis meramente *autorizativas*.

Na definição de Sérgio Resende de Barros:

Autorizativa é a ‘lei’ que – por não poder determinar – limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da “lei” começa por uma expressão que se tornou padrão: ‘Fica o Poder Executivo autorizado a...’. O objeto da autorização – por já ser de competência constitucional do Executivo – não poderia ser ‘determinado’, mas é apenas ‘autorizado’ pelo Legislativo. Tais ‘leis’, óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio, muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente<sup>40</sup>.

Não se pode, obviamente, autorizar o Executivo a exercer função que já lhe é constitucionalmente conferida, sob pena de se ter uma verdadeira *lei didática*, algo incompatível com o próprio instrumento da lei e com o princípio da legalidade (art. 5º, II). Desse modo, é preciso evitar que o Legislativo, para escapar de uma possível inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, incida em outra, por editar uma lei despicienda e, mais que isso, inócua e desprovida de qualquer efeito prático<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> BARROS, Sérgio Resende de. “Leis” autorizativas. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 29, pp. 259-265, ago./nov. 2000.

<sup>41</sup> No mesmo sentido: MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. *Op. Cit.*, p. 67.

Retomando o esboço histórico das hipóteses de iniciativa privativa a que já nos referimos anteriormente, o autor citado alerta que:

Porque faz parte do processo legislativo, do qual é o princípio, a iniciativa era reservada exclusivamente aos membros do Legislativo e negada aos demais Poderes. Assim foi a proposta de Montesquieu. Assim é a Constituição norte-americana, fiel a essa proposta, há mais de duzentos anos. O Presidente dos Estados Unidos, carente de iniciativa, propõe leis por meio de deputados ou senadores, em geral os líderes do governo. No entanto, as constituições intervencionistas mudaram esse quadro original. Abriram as portas para outorgar ao Executivo a iniciativa de leis de seu interesse, entre elas as leis intervencionistas. Retirou-se dos legisladores nesses casos a exclusividade e, na seqüência, a própria faculdade de propor leis. Hoje a Constituição reserva ao Presidente da República a iniciativa privativa nas matérias previstas no § 1º do art. 61, para as quais o art. 63 veda aumentar despesa, reduzindo enormemente a competência parlamentar. Essa redução é, patentemente, abusiva. **Reagindo a tal capitis diminutio, os parlamentares buscam meios de contorná-la. Contra o abuso, outro abuso: um desses meios é a 'lei' autorizativa**<sup>42</sup>.

Vale lembrar que o STF, recentemente, reiterou a tradicional jurisprudên-

cia pela inconstitucionalidade de tais atos legislativos *autorizativos*, baseando-se na reserva constitucional de iniciativa legislativa (Pleno, ADI nº 3.176/AP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 5.8.2011).

Por fim, é possível apontar como um limite imanente à iniciativa legislativa sobre políticas públicas o princípio da reserva de administração<sup>43</sup> – uma emanção do próprio princípio constitucional da independência e harmonia dos órgãos da soberania (CF, art. 2º).

Assim, não pode o Legislativo, por iniciativa própria, aprovar leis que caracterizem ingerência na atividade tipicamente administrativa, como são exemplos diplomas que impõem a celebração de contrato ou a prática de ato, ou condicionam o aperfeiçoamento destes ao consentimento do Legislativo, ou, mesmo, leis que determinem ao Executivo o exercício de competência que lhe é exclusiva.

Sobre o tema, o STF já decidiu que:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. (...) Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parla-

<sup>42</sup> Idem, ibidem. Original sem grifos.

<sup>43</sup> MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. Op. Cit., p. 68.

mentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais<sup>44</sup>.

É bem verdade, entretanto, que o conteúdo da chamada *reserva de administração* ainda não se encontra devidamente aprofundado na doutrina, a quem cabe apontar os casos em que se verifica essa limitação à iniciativa legislativa parlamentar.

Ademais, vale registrar a advertência de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, *mesmo a existir esta reserva de concretização constitucional do governo, (...) a tarefa de concretização das necessidades coletivas pertence também ao legislador, que, assim, em termos preferentes e de princípios, pode reduzir a margem de administração do governo*. O que não se admite, nessa quadra, é o *legislador conformar normativamente certas matérias com a abusiva adoção da forma de lei em lugar de actos administrativos*<sup>45</sup>.

#### 4.4 Dois exemplos de formulação de políticas públicas por iniciativa do Legislativo

Recentemente, o Congresso Nacional passou a exercer a iniciativa de projetos de lei formulando políticas

públicas, sem a necessidade de criar novos órgãos públicos (respeitando-se, portanto, a reserva de iniciativa do art. 61, § 1º, II, e).

Um dos casos foi a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que *Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista*. Originada de projeto de lei proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) – Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 168, de 2011 – a Lei define quem são as pessoas com Transtorno do Espectro Autista (art. 1º), atribuindo-lhe direitos específicos (art. 3º), e estabelece diretrizes da política nacional de proteção (art. 2º). Não cria órgão, e sequer estabelece novas atribuições para aqueles já existentes: na formulação de uma política pública em sentido estrito, *coordena* a atuação de diversos setores do Poder Público em função de um objetivo específico<sup>46</sup>.

Outro caso que merece atenção é o da Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, que *dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início*. De acordo com a Lei, *o paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários* (art. 1º), e

<sup>44</sup> STF, Pleno, MC na ADI nº 2.364/AL, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 14.12.2001.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 743.

<sup>46</sup> Há, porém, um dispositivo dessa Lei que pode ser acoimado de inconstitucional, por vício de iniciativa: o art. 6º, que altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pois a iniciativa de projeto de lei sobre o regime jurídico dos servidores públicos é privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, c). O dispositivo foi vetado pela Presidente da República (corretamente, diga-se de passagem), e o veto pende de apreciação pelo Congresso Nacional.

*tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico (art. 2º).*

A Lei resultou da aprovação do PLS nº 32, de 1997, de autoria do então Senador Osmar Dias. Uma vez mais, tem-se um caso de legislação de iniciativa parlamentar que cria política pública, sem precisar instituir novo órgão: apenas detalhou, especificou e, principalmente, ampliou a efetividade de uma atribuição já prevista em Lei.

## 5 CONCLUSÕES

A partir da análise da evolução histórica das hipóteses de iniciativa legislativa privativa, percebe-se um crescimento das previsões constitucionais que atribuem exclusivamente ao Executivo a propositura de projetos de lei.

Especificamente em relação ao atual ordenamento, cabe ao Presidente da República, com exclusão de outros legitimados, propor projetos de lei que disponham sobre criação e extinção de órgãos da Administração Pública federal (CF, art. 61, § 1º, II, e).

Contudo, essa cláusula deve ser interpretada de forma restritiva, por conta de fatores históricos e dogmáticos. Não se pode nela ver uma inconstitucionalidade (por vício de iniciativa) de qualquer projeto de lei proposto pelo Legislativo e que trate sobre políticas públicas.

Isso é assim porque o Legislativo tem a prerrogativa – e o dever – de concretizar os direitos fundamentais sociais, aos quais está constitucionalmente vinculado (art. 5º, § 1º). Dessa maneira, é possível defender uma interpretação da alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 que seja compatível com a prerrogativa do legislador de formular políticas públicas.

O que não se admite é que, por iniciativa parlamentar, se promova o redesenho de órgãos do Executivo, ou a criação de novas atribuições (ou mesmo de novos órgãos). Do mesmo modo, é inadmissível que o legislador edite meras *leis autorizativas*, ou, ainda, que invada o espaço constitucionalmente delimitado para o exercício da função administrativa (reserva de administração).

Nesse sentido parece também caminhar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Realmente, a Corte, após vedar qualquer iniciativa parlamentar sobre *Administração Pública* (1ª fase) e proibir que Deputados ou Senadores propusessem projetos de lei que criassem órgãos ou atribuições (2ª fase), dá indícios – ainda que tímidos – de encaminhar-se para uma terceira fase, em que é permitido ao Legislador iniciar projetos de lei instituindo políticas públicas, desde que não promova o *redesenho* de órgãos do Executivo.

## Bibliografia

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009.

- BARROS, Sérgio Resende de. “Leis” autorizadas. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 29, pp. 259-265, ago./nov. 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo 1*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2007.
- MONTEIRO, Amanda do Carmo Lopes Olivo Mendonça. *Limites à iniciativa legislativa e o princípio da reserva da administração*. In: *Revista de administração municipal*, v. 57, n. 278, pp. 66-68, out./dez 2011.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.
- NETO, Luísa. *O Estado de Direito Democrático e as Leis de Valor Reforçado*. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/LNeto2003.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LNeto2003.pdf). Acesso em: 29.1.2013.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. Edição atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 16.1.2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *O Supremo Tribunal Federal e o Controle Jurisdicional da Atuação do Poder Legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2007.







# APLICAÇÕES EM AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: METODOLOGIA E ESTUDOS DE CASO

Fernando B. Meneguim<sup>1</sup>  
Igor Vilas Boas de Freitas<sup>2</sup>

## Resumo

Avaliar política pública é tarefa de suma importância, uma vez que permite combater o desperdício e canalizar recursos públicos para projetos mais eficientes. O presente artigo aborda a avaliação das políticas públicas como instrumento de atuação do Estado, ressaltando algumas técnicas existentes na literatura especializada, bem como apresentando casos práticos de avaliação de programas governamentais. O principal objetivo do texto é demonstrar a necessidade de sistematizar essa atividade e de incentivar os órgãos públicos a estruturar setores que possam trabalhar produzindo estudos com avaliação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Avaliação. Método Diferença em Diferenças. Experimento natural. Experimento não controlado.

## INTRODUÇÃO

O amadurecimento da sociedade democrática brasileira faz com que o Estado seja cada vez mais questionado no desempenho de suas funções, bem como na efetividade de suas ações para mudar a realidade socioeconômica do País.

Nesse sentido, cresce a importância do estudo das **políticas públicas**, que deve abarcar desde a análise dos motivos que tornam necessária determinada intervenção, o planejamento

<sup>1</sup> Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo e Diretor do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Pesquisador do Centro de Investigação em Economia e Finanças (CIEF/UnB) e do Laboratório de Pesquisa em Comportamento Político, Instituições e Políticas Públicas (LAPCIPP/UnB). Editor do site Brasil, Economia e Governo (<http://www.brasil-economia-governo.org.br/>).

<sup>2</sup> Mestrando em Economia pela Universidade de Brasília. Engenheiro Eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Consultor Legislativo e Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Pesquisador do Instituto de Análise Econômica do Direito (IAED).

das ações para o desenvolvimento da iniciativa, a definição dos agentes encarregados de implementá-la, o levantamento das normas disciplinadoras pela qual será regida, até a fundamental avaliação de impactos, sejam potenciais – em uma avaliação *ex-ante*, que estabelece expectativas e justifica a aprovação da política – sejam reais, medidos durante ou após sua execução.

Segundo Bucci (2002, p. 241), políticas públicas podem ser entendidas como *programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados*. Em outras palavras, as políticas públicas consistem em iniciativas dos governos (federal, estaduais ou municipais) para suprir uma demanda, uma necessidade da sociedade que supostamente se identifica e se elege previamente à ação estatal.

São três as questões que merecem atenção no estudo das políticas públicas brasileiras:

1. Reconhece-se a existência do problema que se deseja tratar? Ou a intervenção governamental será uma solução em busca de um problema? Em Economia Política há muitas situações em que tal pergunta não terá resposta trivial ou de consenso, não sendo objeto deste artigo. Aqui se supõe que o problema existe e é conhecido, cabendo-nos avaliar se e em que nível a política eleita ajuda a mitigá-lo. Nessa linha formula-se a segunda pergunta;

2. Há relação de causalidade entre a intervenção governamental (*tratamento*) e o problema existente? Em que magnitude a política pública contribuirá para solucionar o problema diagnosticado? Por fim, deve-se também questionar se:

3. Há alternativa eficaz e de menor custo?

O objetivo deste artigo é dispor sobre um modelo de avaliação de políticas públicas que possa ser empregado pelo Poder Legislativo e pela sociedade em geral para avaliar os programas que o Poder Executivo vem realizando. Uma avaliação criteriosa permite descobrir possíveis falhas, aperfeiçoar ações em andamento ou até evidenciar a ineficácia de determinada política pública.

De forma geral, as políticas públicas, como instrumentos de atuação do Estado, devem ser legitimadas pelo Congresso Nacional, ou seja, são instituídas mediante lei, que define as regras do jogo e os recursos a elas associados. Eis um ponto central do nosso ordenamento constitucional: ainda cumpre ao Poder Legislativo aprovar a alocação dos impostos pagos pela população entre diversas iniciativas que podem lhe proporcionar maior ou menor bem-estar.

Devido à importância dessa legislação e aos custos e benefícios gerados por ela, torna-se essencial, na fase de discussão, que se avalie criteriosamente a proposição e possíveis alternativas. Devem ser respondidas perguntas como: qual benefício será gerado ao público se determinado

projeto for aprovado; como o programa governamental deve ser definido e como será administrado; quais os incentivos envolvidos para o alcance do objetivo pretendido e quais consequências esperadas ou inesperadas podem advir; quais os recursos necessários para o desenvolvimento do que se pretende; como será a avaliação da execução do programa (Meneguín, 2010, p.5).

A avaliação prévia de programas, na maioria das vezes, não é feita com o devido cuidado no Brasil. Tal lacuna torna mais importante ainda o cumprimento da função fiscalizatória do Congresso Nacional, prevista no inciso X, do art. 49 da Constituição Federal:

**Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....  
.....

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Em Meneguín (2010), foi apresentada uma discussão sobre a avaliação de impacto legislativo com foco na sua realização durante a discussão do projeto de lei. A avaliação legislativa, integrante da Legística Material, deve ser empreendida para analisar impactos decorrentes da aplicação de uma nova lei. Deve-se examinar se a legislação será efetiva, ou seja, se o comportamento adotado pelos destinatários da norma está de acordo com o esperado; eficaz, no sentido de que o texto legal deve estar formulado

para que os objetivos sejam alcançados; e eficiente, isto é, se os benefícios oriundos da lei compensam os custos impostos por ela, além de serem os menores possíveis.

Não é difícil perceber a relação entre as questões apontadas como centrais no estudo das políticas públicas e as finalidades da avaliação de impacto legislativo tratada em Meneguín (2010). A questão 2 requer uma análise da eficácia da lei, uma demonstração de que, se a lei for cumprida, resultará na mitigação do problema. A questão 3, por sua vez, refere-se à eficiência da política pública selecionada.

Caupers (2003) apresenta exemplo que ilustra bem a questão da efetividade e da eficácia. Considere uma lei que tornou obrigatório o uso de capacete para condutores e passageiros de motocicletas com o objetivo de reduzir as mortes por traumatismo craniano nos acidentes com choque de veículos. Se for demonstrado que as pessoas passaram a utilizar o capacete em função da nova lei, esta pode ser considerada efetiva. No entanto, se os óbitos em virtude de traumatismo craniano persistirem, a nova lei deve ser considerada ineficaz. A análise de eficiência iria requerer a comparação dos custos e benefícios da lei que obrigou o uso do capacete com outras alternativas que visassem ao mesmo fim.

Em Cohen e Franco (2008), apresenta-se uma discussão metodológica sobre a avaliação de projetos sociais, apresentando os conceitos, o relacio-

namento da avaliação com o planejamento e a descrição dos modelos existentes na literatura. Morgan e Winship (2007) procuram esclarecer os métodos de identificação da relação causal em programas sociais e apresentar as técnicas mais modernas de quantificação do impacto.

O presente artigo pretende, com base nos textos citados anteriormente, traçar o desenho básico de um modelo de avaliação de políticas públicas e, a seguir, apresentar casos de avaliações já realizadas que possam servir de exemplos para futuras empreitadas nessa seara.

Para tanto, o presente estudo encontra-se dividido da seguinte maneira. Após esta introdução, a Seção 1 apresenta as disposições gerais sobre os modelos de avaliação de políticas públicas. Na Seção 2, discute-se um método estatístico bastante aplicado para avaliar os efeitos de um programa governamental, o da diferença em diferenças. Além disso, apresenta-se um estudo de caso em que se afere o impacto de uma política de incentivo ao turismo com o citado método. A terceira seção analisa um caso de avaliação sobre como a expansão da atenção básica em saúde tem afetado as taxas de internações hospitalares. Por fim, tecem-se considerações finais do trabalho na Seção 4. Após a leitura deste artigo, espera-se que fique mais clara a complexidade envolvida na tarefa de avaliar as políticas públicas, bem como sejam criados incentivos para a realização mais frequente de avaliações dos programas governamentais.

## 1 AVALIAÇÃO DE IMPACTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme destacado na introdução, a avaliação de impacto da política pública pode ser realizada tanto antes de o projeto ser iniciado, quanto durante sua execução ou ainda após seu encerramento, se não for um programa continuado.

A avaliação anterior à implementação de determinada política pública procura antecipar seus efeitos e estabelecer parâmetros de aferição do seu desempenho. A entidade responsável pela formulação do projeto deveria se encarregar de elaborar a referida análise de impacto e submetê-la ao escrutínio social. Reconhece-se que a Administração Pública precisa evoluir nesse processo, que assegura publicidade e transparência dos investimentos públicos, além de contribuir com o aprimoramento da política antes de sua implementação.

Algumas agências reguladoras realizam consultas públicas como forma de escrutínio prévio de suas decisões, embora o conteúdo e a maneira como o processo é apresentado e conduzido nem sempre permitam uma análise realmente minuciosa da política proposta. Ainda há muito temor e despreparo para lidar com avaliações quantitativas, de forma que o debate sobre eficácia e eficiência mantém-se superficial.

O Poder Executivo tem aprimorado a qualidade das análises *ex ante*, por exemplo, nos projetos de Parceria



Público-Privada (PPP), que, por exigirem vultosos investimentos privados e garantias reais do poder público, só saem do papel após avaliações realmente criteriosas de viabilidade. No entanto, apenas alguns projetos de infraestrutura de grande porte têm recebido esse tratamento mais rigoroso. Os programas sociais, para os quais se destina a maior parte do orçamento, ainda são justificados e aprovados com base em análises superficiais.

A falta ou desorganização dos dados e a conseqüente dificuldade de acesso à informação explicam parcialmente a baixa frequência com que são realizadas análises prévias de impacto das políticas públicas no Brasil.

Nesse contexto, é motivante a ideia de se desenvolver, nos quadros da Administração Pública, a cultura e os procedimentos técnicos e jurídicos para submeter políticas públicas à avaliação *ex post*, em cumprimento à já referida atribuição constitucional do Congresso Nacional.

Nas avaliações que acontecem durante ou após o curso de uma política pública, há a vantagem de se conhecer alguns dos efeitos produzidos, de tal forma que é possível comparar a realidade com o planejado, analisar as alterações nas principais variáveis envolvidas e as conseqüências geradas no estrato da sociedade que se pretendia atingir. É preciso ter em mente, contudo, que uma avaliação *ex post* também é um *exercício de abstração*, na medida em que o impacto de um programa é definido como

a diferença – medida na variável de interesse (salário, nível de emprego, penetração de um serviço público, etc.) – entre o valor médio atingido por seus beneficiários e o mesmo valor aferido em uma população com características semelhantes, mas que não teve acesso ao programa.

É imprescindível, portanto, dispor de medições das variáveis que compõem a análise. Se fosse trivial montar experimentos ideais, nos quais se controlam todas as variáveis a influenciar o resultado, como supostamente se faz em testes de medicamentos, por exemplo, medindo a diferença de resposta entre o grupo tratado e um grupo de controle – ambos aleatoriamente construídos – a aferição do impacto da política pública seria também trivial.

Como laboratórios sociais perfeitamente controlados são virtualmente impossíveis de serem montados, há basicamente dois desafios, de naturezas distintas, para se obter estimativas fidedignas do efeito de um programa:

- a) isolar o efeito colateral de fatores, observados ou não, que possam influenciar o resultado a ser aferido; e
- b) alocar recursos e estabelecer procedimentos obrigatórios para coleta periódica dos dados necessários à avaliação, apresentação dos resultados e eventual redirecionamento das políticas.

O primeiro desafio é de natureza técnica e deve envolver especialistas da área a que se refere a política (por

exemplo, educação, energia, saúde ou segurança) e econométristas, profissionais com formação em estatística ou economia aplicada, que serão capazes de auxiliar na modelagem matemática e no tratamento adequado dos dados levantados.

Para se desenvolver qualquer avaliação, é fundamental conhecer bem a situação-problema que se pretende atacar e levantar dados sobre as variáveis determinantes para esse problema, isto é, estabelecer a lista de fatores que, de alguma forma, podem atuar sobre a situação inicial, seja positiva ou negativamente. Eis o desafio técnico<sup>3</sup>: levantar dados sobre todos os fatores que, em tese, têm correlação com o tratamento proposto e que, assim, influenciam parcialmente no resultado a ser medido. Ao ignorar essas variáveis, mede-se um efeito não inteiramente atribuível ao programa sob avaliação.

Ocorre que, em muitas situações, alguns desses fatores não são observáveis pelo gestor da política. Lembremo-nos do clássico problema de se aferir o efeito da escolaridade no salário obtido pelo indivíduo no mercado de trabalho. Os níveis de inteligência e de motivação individuais – fatores tipicamente não observados – estão correlacionados tanto com o tempo de escolaridade quanto com o nível salarial do indivíduo, de forma que o impacto estimado da educação sobre

o salário tende a superestimar o verdadeiro efeito que a educação traz sobre os rendimentos do indivíduo. Isso porque parte do impacto estimado reflete o efeito das habilidades individuais – e não da escolaridade – sobre os salários.

Assim, para que se possa medir, por exemplo, o efeito do ProUni na remuneração futura do indivíduo, será necessário montar um experimento controlado, acompanhá-lo e sustentá-lo por anos, ou fazer uso de técnicas quase-experimentais que reduzam o viés da estimativa.

Um experimento controlado pressupõe aleatorização das amostras, ou seja, exige que os critérios de seleção de bolsistas não estejam correlacionados com a remuneração. Novamente, motivação é um desses fatores que leva uma pessoa a se candidatar ao ProUni e, independentemente de ter conseguido obter formação superior, perceber um salário maior do que a média das pessoas com o mesmo nível de escolaridade.

Nesse sentido, programas que permitem a autoseleção são, por construção, avessos à ideia de aleatorização. Se todo indivíduo que se inscreve pode participar do programa, os grupos de tratamento e de controle tornam-se distintos. O gestor do programa teria de ser capaz de excluir inscritos de variados perfis demográficos, assim como oferecer algumas bolsas de estudo para indivíduos que se enquadrem nos requisitos de participação, mas que, por alguma razão, não se inscreveram em tempo.

<sup>3</sup> Há, de fato, outros desafios de ordem técnica, como, por exemplo, assegurar a “validade externa” de uma política pública. O efeito de um programa pode ser diferente se aplicado em outro contexto (social ou temporal) ou de maneira distinta. Não está no escopo deste artigo tratar dessa questão.

Considerações de ordem ética para assegurar a necessária e exemplificada aleatorização da amostra em programas sociais normalmente dificultam e até impedem que a estratégia de medição do impacto se baseie em experimentos controlados. Usar pessoas como cobaias (no caso do grupo experimental) ou excluir potenciais beneficiários de uma política (grupo sem o benefício) não parecem ser opções facilmente aceitas em nosso ordenamento jurídico e pela sociedade em geral. Além disso, montar experimentos controlados seria muito oneroso aos cofres públicos.

Nesse contexto é que surgem os modelos ditos quase-experimentais.

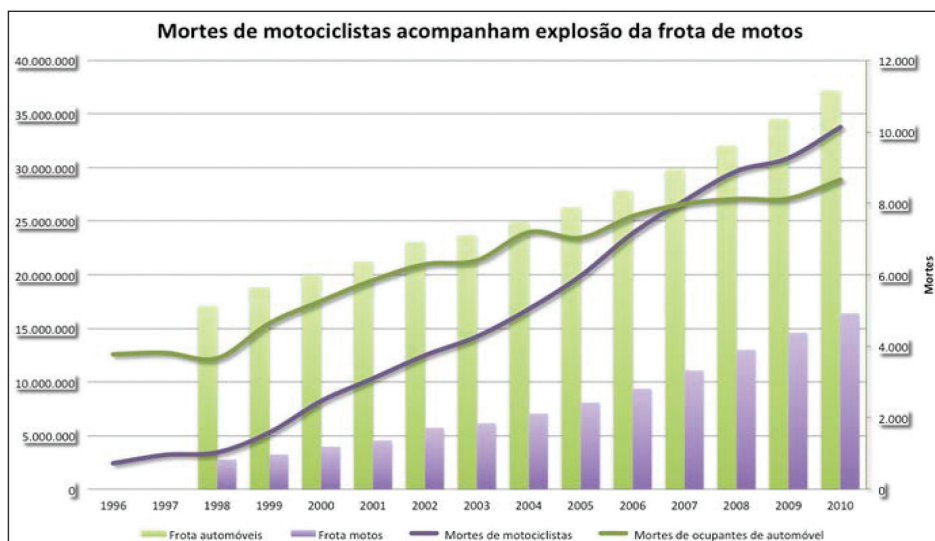
O gráfico a seguir ilustra uma série temporal com o número de mortes

de motociclistas ano a ano e relaciona essa variável com a frota de motos.

Como isolar o efeito de um programa de crédito para compra de motos no aumento da taxa de óbitos causadas por acidentes envolvendo tal veículo? No gráfico anterior, a primeira inferência que se faz é que o incremento no número de motos em circulação aumenta o número de mortes de motociclistas. Esse incremento, por sua vez, teria sido causado pela facilidade de compra proporcionada pelo programa de crédito. Nesse caso, um experimento controlado está fora de cogitação. Como proceder então?

A série temporal apresentada não analisa outros fatores que podem gerar mortes de motociclistas, como pressão por rapidez exigida pelos em-

Gráfico I



Fonte: Toledo (2011).

pregadores, nem tampouco a influência real do programa de crédito sobre novas aquisições. É preciso descontar o crescimento vegetativo da frota que teria ocorrido sem a oferta de crédito e controlar variáveis como região geográfica (São Paulo mata obviamente mais motociclistas por ano do que qualquer outra capital, tendo em vista o já caótico trânsito da cidade), idade do motociclista (jovens agem mais imprudentemente no trânsito), frota de automóveis (o gráfico mostra claramente que também há uma correlação positiva entre frota de automóveis e mortes de motociclistas) e uso comercial do veículo, entre outros fatores que sabidamente influenciam o resultado, de forma a isolar o efeito desejado.

Essas variáveis de controle serão utilizadas pelas técnicas de ajustamento – como regressão e *matching* – para construir modelos quase-experimentais que isolam não apenas o efeito do programa de crédito no número de mortes, mas também os das demais variáveis utilizadas, ajudando a evidenciar os mecanismos de formação do problema.

Note-se, contudo, que a complexidade e o custo da avaliação são tão maiores quanto maior for o conjunto de controle e a dificuldade de medi-lo, o que nos leva ao segundo desafio, de natureza política: há incentivos para que se decida alocar recursos e exigir a realização desse tipo de avaliação de programas sociais no Brasil?

Cada programa a ser avaliado possui suas especificidades, mas os pontos

aqui discutidos devem constar de qualquer avaliação. Nos tópicos seguintes, em que são apresentados casos concretos, fica mais fácil entender as metodologias.

## 2 EXPERIMENTO NATURAL NA ÁREA DO TURISMO

O estudo que se apresenta nesta seção está baseado em Neri e Soares (2012). Os autores têm o objetivo de mensurar os impactos sociais do Programa de Desenvolvimento do Turismo (Prodetur). Segundo o Ministério do Turismo, o programa destina-se a, considerando um planejamento das áreas turísticas prioritárias, realizar *intervenções públicas a serem implantadas de forma que o turismo venha a constituir uma verdadeira alternativa econômica geradora de emprego e renda principalmente para a população local*<sup>4</sup>.

Para realizar a mensuração proposta, os autores utilizam o método de diferença em diferenças. Por fins didáticos, na próxima subseção, explica-se o método e, a seguir, discute-se especificamente a questão do turismo e a aplicação da metodologia constante de Neri e Soares (2012).

### 2.1 Método de diferença em diferenças

O presente método é indicado para avaliação de políticas públicas em

<sup>4</sup> [http://www.turismo.gov.br/turismo/programas\\_acoes/regionalizacao\\_turismo/prodetur.html](http://www.turismo.gov.br/turismo/programas_acoes/regionalizacao_turismo/prodetur.html), disponível em 18/2/2013.

que estejam disponíveis experimentos naturais e requer observações em diferentes momentos do tempo. Conforme Neri e Medrado (2010),

os experimentos naturais ocorrem quando algum evento exógeno, geralmente uma mudança de política do governo, muda o ambiente no qual indivíduos, famílias, firmas ou cidades operam. Para analisarmos um experimento natural sempre temos que ter um grupo de controle que não foi afetado com a mudança e um grupo de tratamento que foi afetado pelo evento.

Importante lembrar que o experimento natural é um modelo quase-experimental, isto é, os membros do grupo afetado pela política pública e os do grupo excluído não foram selecionados aleatoriamente. As características de ambos os grupos são semelhantes, mas, por estarem separados fisicamente, uns foram beneficiados pelo programa governamental e outros não.

Assim, ficam evidenciados dois grupos: o de controle, cujos integrantes não receberam a política pública a ser avaliada, e o intitulado grupo de

tratamento, cujos membros se beneficiaram da política.

A aferição do impacto na variável escolhida baseia-se nos dados de ambos os grupos, antes e depois da execução da política pública. O quadro abaixo facilita a compreensão do método.

As expressões em amarelo retratam o efeito isolado da política pública sobre os indivíduos do grupo de tratamento. Note que houve alterações no grupo de controle entre os dois períodos, mas essas mudanças não foram decorrentes da política pública implantada, pois, por construção, a política estudada não foi aplicada nesse grupo. Assim, quando se toma a diferença, nos valores médios da variável de interesse, entre o grupo de tratamento e o de controle, consegue-se isolar o efeito da política pública a ser avaliada, pois as alterações que aconteceram no grupo de controle, geradas por outros fatores, também interferiram no grupo de tratamento. Ao retirar essa variação do grupo de tratamento, fica-se apenas com os efeitos da política pública estudada.

Conforme a nota *Metodologia de diferença-em-diferenças*, do Centro de

Quadro I

	Antes da implantação da política pública	Depois da implantação da política pública	Diferença
Grupo de Controle	$A_1$	$A_2$	$A_1 - A_2$
Grupo de Tratamento	$B_1$	$B_2$	$B_1 - B_2$
Diferença	$A_1 - B_1$	$A_2 - B_2$	$(A_1 - A_2) - (B_1 - B_2)$ ou $(A_1 - B_1) - (A_2 - B_2)$

Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (CPS/FGV)<sup>5</sup>, o método pode ser representado pela seguinte equação:

$$g_3 = (Y_{(2,b)} - Y_{(2,a)}) - (Y_{(1,b)} - Y_{(1,a)}) \quad (1)$$

Em (1),  $Y$  representa a média da variável que supostamente é impactada pela política pública. O índice 1 representa o período anterior à política e 2, o período posterior; o índice  $a$  retrata o grupo de controle e  $b$ , o grupo de tratamento. A estimativa a partir da diferença em diferenças, isto é, o impacto do programa governamental (experimento natural) é dado por  $g_3$ .

Na forma de regressão estatística, o método pode ser representado conforme se segue:

$$Y = g_0 + g_1 \cdot d_2 + g_2 \cdot d_b + g_3 \cdot d_2 \cdot d_b + \text{outros fatores} \quad (2)$$

Nesta última equação, tem-se duas variáveis *dummy*<sup>6</sup>,  $d_2$  e  $d_b$ . A primeira vale 1 quando os dados se referem ao período posterior à aplicação da política e 0, caso contrário. A *dummy*  $d_b$  é 1 para os integrantes do grupo de tratamento e 0 para os membros do grupo de controle.

Relativamente aos coeficientes, estes representam o seguinte:

- $g_0$ : valor esperado da variável estudada quando se analisa o grupo de controle antes da mudança (termo constante). Este é o parâmetro de comparação.
- $g_1$ : mede o efeito do tempo, ou seja, reúne o efeito de todos os fatores não observados que, independentemente da intervenção, teriam produzido alteração na variável de interesse.
- $g_2$ : mede a diferença de desempenho inata aos membros do grupo de tratamento, em relação ao de controle. Mesmo que os grupos sejam constituídos por pessoas com características demográficas semelhantes, heterogeneidades individuais não observáveis costumam ter influência sobre diversas variáveis de interesse. Se esse efeito não for isolado, contamina a medição do impacto da política pública.
- $g_3$ : mede o impacto da política pública no grupo de tratamento, em relação ao grupo de controle, sobre a variável estudada (efeito isolado que se procura).

Ainda conforme a aula do CPS/FGV, cabe destacar que é preciso controlar outros fatores relevantes para o resultado da regressão para ser possível afirmar que  $g_3$  refletirá o impacto da política exógena. Isso é feito inserindo outras variáveis relevantes na regressão, como realçado em (2). Assim, evita-se viés na estimação e consegue-se o efeito puro do experimento natural (que impôs o tratamento) sobre a variável de interesse.

<sup>5</sup> [http://www.cps.fgv.br/cps/pesquisas/Políticas\\_sociais\\_alunos/2010/20100512/PDF/BES\\_Diferen%C3%A7asemDiferen%C3%A7as.pdf](http://www.cps.fgv.br/cps/pesquisas/Políticas_sociais_alunos/2010/20100512/PDF/BES_Diferen%C3%A7asemDiferen%C3%A7as.pdf), disponível em 18/2/2013.

<sup>6</sup> A variável *dummy* é aquela que assume valor igual a um quando a observação equivale à sua própria definição, e zero, caso contrário. Por exemplo, se uma *dummy* representa o ano de 2003, todas as observações referentes a 2003 terão essa variável igual a 1, enquanto as demais observações terão nessa variável o valor zero.



## 2.2 Avaliação de impacto de programa de turismo sustentável

Feita a explicação sobre a técnica de diferença em diferenças, vamos adentrar o caso de turismo para ver uma aplicação do método.

Segundo Neri e Soares (2012), o mercado de turismo possui peculiaridades que o diferenciam dos demais mercados. O consumidor de serviços turísticos requer diferentes tipos de capital, como humano, natural, ambiental, físico, social, cultural e econômico, de forma que uma diversidade de variáveis está envolvida na decisão de se escolher um destino turístico.

Além disso, o consumo desse capital turístico produzido para atender o turista acarreta profundo impacto no local, promovendo alterações no mercado de trabalho, na geração de renda e na redução de pobreza. Tais impactos podem inclusive ser negativos, como os decorrentes do consumo de bens naturais sem qualquer consciência ecológica, o que promoveria a exaustão do recurso natural. Pode-se também citar a contaminação da cultura local ou ainda as externalidades negativas decorrentes do incremento da população de turistas, como aumento de insegurança ou saturação dos serviços de utilidade pública.

Outro ponto importante é que os ganhos decorrentes da atividade turística podem não ser distribuídos igualmente entre a população local. A renda resultante da atividade de turismo pode estar beneficiando somente

os grandes empresários do ramo, sem qualquer ganho ou melhoria da qualidade de vida para os nativos.

A avaliação realizada por Neri e Soares (2012) visa aferir se as ações do Prodetur estão contribuindo para um turismo sustentável, que gere redução da pobreza para a comunidade local.

A metodologia utilizada foi comparar a cidade de Porto Seguro, que foi beneficiada pelo Prodetur, sendo, portanto, o grupo de tratamento, com outras cidades que não receberam recursos do programa, grupo de controle. As informações utilizadas são provenientes dos microdados do censo de 1991 e de 2000, isto é, período anterior e posterior à implantação do Prodetur.

A técnica adotada foi a de diferença em diferenças, sendo que foram utilizadas oito variáveis para se avaliar o efeito da política pública. São elas:

- Melhoria no saneamento: coleta de lixo, rede de água e rede de esgoto;
- Melhoria no destino do lixo e do esgoto (se jogado em rio, lago ou mar);
- Redução da pobreza (se abaixo ou não de US\$2 por dia);
- Melhoria da ocupação no mercado de trabalho;
- Maior formalidade no mercado de trabalho (contribuição para a previdência).

Assim, compara-se a diferença nessas variáveis entre os habitantes da cidade de Porto Seguro e os habitantes das outras cidades, nos dois perío-

dos mencionados, antes e depois dos efeitos do Prodetur.

Além da estimação de oito regressões com as variáveis dependentes listadas acima, foram feitas outras dezesseis em que se divide a população entre pessoas nativas e não nativas, de forma a se conseguir analisar os efeitos separadamente nesses subgrupos.

Não figura entre os objetivos deste texto estudar os resultados da pesquisa e, sim, divulgar a utilização da metodologia. De qualquer forma, seus autores concluem, em linhas gerais, que o turismo em Porto Seguro cresceu, mas de forma insustentável, com agravamento dos problemas de saneamento.

A técnica da diferença em diferenças, como se nota, mostra-se extremamente útil para a avaliação de políticas públicas cujo efeito pode ser revelado por meio de um experimento natural. Tal situação não é difícil de se encontrar na prática, pois dificilmente as políticas são aplicadas em todas as localidades. Além do mais, os microdados do Censo ou da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD) oferecem informações valiosas para esse tipo de pesquisa.

### 3 EXPERIMENTO NÃO CONTROLADO SOBRE OS EFEITOS DA ATENÇÃO BÁSICA EM SAÚDE NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES

Mafra (2010) desenvolveu pesquisa com o objetivo de avaliar se e em que

nível a expansão do programa federal de Atenção Básica em Saúde foi bem sucedida em reduzir o volume de internações hospitalares por condições sensíveis e as despesas associadas a esses procedimentos<sup>7</sup>.

A atenção em saúde é feita por meio das Equipes da Saúde da Família (ESF) e dos Agentes Comunitários de Saúde (ACS), e seus efeitos, medidos de forma agregada em cada município, são proporcionais à população atendida. Assim, foram tomadas como variáveis explicativas os percentuais de cobertura das ESF, dos ACS e do cadastramento da população na estratégia Saúde da Família. Como variáveis dependentes, foram utilizadas as taxas de internações hospitalares, as taxas de permanência das internações e os valores despendidos com essas hospitalizações, no período de 2000 a 2007.

Por não se tratar de um experimento controlado, a atuação das equipes de saúde supostamente explica apenas parte da variação no número de internações e nas respectivas despesas hospitalares. Na construção de um modelo de avaliação de impacto, outros fatores precisam ser considera-

<sup>7</sup> As ações relacionadas à atenção básica na esfera federal foram desenvolvidas sob a égide do Programa Atenção Básica em Saúde, que integrava o Orçamento Geral da União (OGU) e o Plano Plurianual (PPA) de 2008 a 2011. Segundo Mafra (2010), estimativas do Ministério da Saúde dão conta de que o percentual de cobertura das Equipes de Saúde da Família ultrapassou 50% de toda a população brasileira. Houve um importante crescimento no número de equipes implantadas, assim como no volume de recursos alocados. Entre dezembro de 2001 a novembro de 2010, o número de equipes cresceu de 13.155 para 31.665. Adicionalmente, o volume de recursos orçamentários federais liquidados em favor do Programa Atenção Básica em Saúde também aumentou consideravelmente, atingindo a cifra de R\$ 9,16 bilhões em 2009.

dos para que a estimativa do efeito da referida política não seja distorcida.

Diferenças de renda e escolaridade entre municípios, por exemplo, explicam parte das variações nos gastos das famílias com medicina preventiva e alimentação. Ora, se a população de um determinado município investe mais em prevenção e se alimenta melhor, é provável que haja menos internações e despesas do que a média registrada nos demais municípios. Se não considerarmos tais variáveis no modelo, o efeito computado para a política de atenção em saúde será maior do que o real, pois incluirá o impacto de despesas que, mesmo sem a atuação dos agentes de saúde, seriam realizadas.

Se não dispomos dessas informações diretamente, precisamos representá-las por outras variáveis (*proxies*<sup>8</sup>). Renda e escolaridade passam então

a representar fatores não observados que, de outra forma, não entrariam no cálculo. O gasto total do município em saúde é outro exemplo de fator a ser contemplado no modelo, pois pode ser um indicativo da qualidade do atendimento ambulatorial prestado à população. Além de prevenir internações mais graves, esse atendimento substitui ou complementa a estratégia de atenção básica oferecida em domicílio.

Enfim, em experimentos não controlados, a avaliação do impacto de qualquer *tratamento* requer o apoio de variáveis de controle que isolem o efeito desejado. A figura abaixo, retirada do capítulo 3 de Morgan e Winship (2007), ilustra o tipo de problema que temos de enfrentar para isolar o efeito de um tratamento *D* em uma variável *Y* de interesse. Se uma terceira variável *C* mantiver uma relação causal com

Figura I

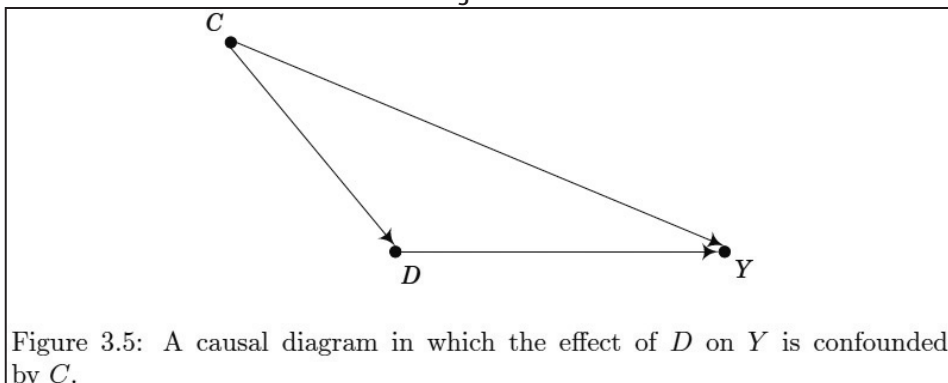


Figure 3.5: A causal diagram in which the effect of *D* on *Y* is confounded by *C*.

Fonte: Morgan e Winship (2007).

<sup>8</sup> *Proxy* é uma variável que pode substituir outras variáveis não observáveis no modelo econométrico, dada a natureza da correlação entre elas e a variável dependente.

ambas as variáveis estudadas, o efeito de *D* em *Y* somente será isolado quando o **condicionarmos** aos valores de *C*.

Morgan e Winship (2007) ressaltam a necessidade de se identificar esses *caminhos reversos* de influência (*back-door paths*), para que seja possível controlá-los e, assim, extrair o efeito líquido desejado. Ocorre que a identificação *a priori* dessas relações causais não é trivial. Exige conhecimento técnico sobre o problema estudado – daí a importância de se contar com o apoio de especialistas na matéria – e planejamento para se coletar dados sobre as variáveis que precisam ser utilizadas como controle. Os resultados obtidos a partir das técnicas usuais de controle sobre dados não experimentais – regressão e matching, por exemplo – dependem fundamentalmente da disponibilidade dessas variáveis.

Com o propósito de reduzir o viés da estimativa de efeito das ações de atenção básica sobre o volume de internações, Mafra considerou na regressão as seguintes variáveis de controle: o PIB *per capita*, a população ocupada, a cobertura do ensino formal, os recursos próprios dos municípios aplicados em saúde, o número de leitos hospitalares pelo SUS, a cobertura dos planos de saúde e as consultas *per capita*.

O uso de variáveis **observáveis** para controlar efeitos colaterais conhecidos (ou esperados) sobre a estimação do impacto do tratamento é imprescindível, mas raramente suficiente. É altamente recomendado que o pesquisador também procure formas de controlar heterogeneidades **não observadas** entre os indivíduos da amostra (municípios, no caso em análise).

Como não podemos observar (ou medir com precisão) diversos fatores que explicam parte das variações no número de internações, a técnica de controle mais comum é agregar seus efeitos, para cada município, em uma única medida que serve como *fator de escala* individual. O objetivo de adotar um fator de escala para cada indivíduo da amostra – e não um único fator que representará a média para toda a amostra – é permitir que diferenças não observadas entre eles sejam concentradas nesse fator, descontaminando o efeito computado para o tratamento.

Além de heterogeneidades individuais, há outra importante fonte de variação no número de internações, que também precisa ser controlada: o simples passar do tempo. Ao lado das ações de atenção básica, poderiam surgir, por exemplo, medicamentos mais eficazes no combate às principais causas de internações graves. Tal fato reduziria não apenas o número de hospitalizações, mas as despesas associadas. Os efeitos estariam misturados e, assim, não seria possível afirmar em que proporção a variação foi causada pela atuação dos agentes de saúde.

De fato, o autor apresenta dados que mostram uma redução de 8%, entre 2000 e 2007, no número total de internações e uma redução ainda maior no volume de internações por condições sensíveis (19%). O tempo de internação e as despesas hospitalares também foram reduzidas nesse período no Brasil, de forma que há muito interesse em conhecer a parcela dessa re-

dução que pode ser atribuída ao programa de Atenção Básica em Saúde.

Ciente disso, Mafra (2010) utilizou *dummies* para representar cada ano do período analisado. Esse tipo de variável capta efeitos não observáveis fixos no tempo e, assim, auxilia a limpar a estimativa do efeito para a política de atenção em saúde. Para controlar *efeitos fixos*, o analista precisa dispor de dados sobre cada uma das variáveis do modelo em diferentes instantes de tempo, ou seja, deve haver um **painel** de variáveis descritivas da questão.

Importantes técnicas de construção de modelos quase-experimentais só podem ser utilizadas se houver à disposição dos analistas dados em painel, nos quais cada variável é mensurada pelo menos duas vezes ao longo do tempo, de preferência antes e depois do tratamento.

Quando se dispõe apenas de cortes transversais das variáveis (*cross-section data*), a extração do efeito líquido do tratamento torna-se mais incerta, pois dependerá da construção de cenários comparativos a partir de outros bancos de dados, cuja construção não se pautou pelo problema em estudo e, por isso, nem sempre contemplarão todas as variáveis necessárias.

Mafra (2010) conclui que a política de atenção básica em saúde, executada por meio de ESF e ACS, foi eficaz em reduzir o volume de internações associadas a apenas alguns tipos de condições (diarreia em crianças me-

nores de 5 anos, por exemplo). Em certas condições sensíveis, como os acidentes vasculares cerebrais, o método de avaliação só detectou relação estatisticamente significativa entre a atenção em saúde e o número de internações em municípios com mais de 60 mil habitantes.

De forma agregada, ou seja, computando todas as condições sensíveis simultaneamente, o método empregado detectou a relação causal esperada – correlação negativa entre investimentos na política e redução nas internações – nas regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste, mas não nas demais. De toda sorte, o estudo contribuiu para o direcionamento futuro de recursos na área da Saúde.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusões definitivas sobre o impacto de uma política em uma ou mais variáveis de interesse dependem da aplicação sistemática, por vários autores, de diferentes métodos e bases de dados ao longo do tempo. Cada estudo contribui com uma visão do problema, mas somente o conhecimento acumulado pode levar ao aprimoramento da política e, portanto, da qualidade do investimento público.

A avaliação de políticas públicas é uma prática que agrega transparência à Administração Pública, que torna mais eficiente o gasto governamental e que, em última instância, honra o cidadão pagador de tributos. Sabendo da existência de uma forte

restrição orçamentária, é essencial avaliar para saber como e onde aplicar os escassos recursos públicos.

O Poder Legislativo pode ser o local ideal para o desenvolvimento de dessa prática, seja pela sua competência constitucional de fiscalizar o Poder Executivo e de dispor sobre o orçamento da União, seja pela sua prática constante de avaliar proposições legislativas.

Há no Congresso Nacional pessoal habilitado para o acompanhamento e a avaliação de programas implantados ou em tramitação. Necessário se faz, contudo, organizar recursos humanos e técnicos para sistematizar a atividade. Este artigo procurou exemplificar os desafios enfrentados para se isolar o efeito de uma ação governamental. Além de vontade política e preparo técnico, será preciso, frequentemente, complementar as informações contidas em bases de dados mantidas pela Administração Federal, atividade de pesquisa que requer programação orçamentária específica.

Acreditamos, contudo, que a atual organização institucional do Senado Federal comporta um projeto com tal finalidade. A Casa tem experiência e capacidade para manter bases informacionais e treinar seus quadros de pessoal, além de dispor de analistas e consultores em áreas específicas para interpretar os resultados e propor aperfeiçoamentos por meio de proposições legislativas.

Ante os benefícios trazidos por uma política de avaliação do gasto públi-

co, melhor ainda seria a existência de norma legal que obrigasse os Poderes Executivo e Legislativo a realizar avaliações prévias e *ex-post* dos grandes programas governamentais. Seria o marco de uma nova fase da gestão pública no País, mais transparente, profissional e eficiente.

## Referências Bibliográficas

BUCCI, M. P. D. (2006). *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva.

CAUPERS, J. (2003). "Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação." *Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 35, out-dez/2003. Oeiras/Portugal: Instituto Nacional de Administração.

COHEN, E.; Franco, R. (2008). *Avaliação de Projetos Sociais*. 8ª Ed., Petrópolis/RJ: Editora Vozes.

MAFRA, F. (2010). "O Impacto da Atenção Básica em Saúde em Indicadores de Internação Hospitalar no Brasil". Dissertação apresentada perante o curso de Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios, da Universidade de Brasília (UnB).

MENEGUIN, F. B. (2010). "Avaliação de Impacto Legislativo no Brasil". *Textos para Discussão/Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, nº 70. Brasília: Senado Federal. Disponível em 26/12/2012, no site: [http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm).

NERI, M. C.; Medrado, A.L. "Experimentando Microcrédito: uma Análise de Impacto do CrediAmigo no Acesso a Crédito". *Revista Econômica do Nordeste*, v. 41, pp. 133-154.

MORGAN, S. L., Winship, C. (2007). *Counterfactuals and Causal Inference: Methods and Principles for Social Research*. Cambridge: Editora Cambridge University Press.

TOLEDO, J.R. (2011). "Epidemia mortal e invisível acelera no Brasil profundo". *O Estado de*



*São Paulo*. Disponível em 7/1/2012, no site:  
[http://blogs.estadao.com.br/vox-publica/ca-  
tegoria/sociedade/page/2/](http://blogs.estadao.com.br/vox-publica/category/sociedade/page/2/)