



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ARTUR COIMBRA DE OLIVEIRA

**REPUBLICANISMO, INSTITUIÇÕES E A INGESTÃO DE
NORMAS INTERNACIONAIS POR SETORES REGULADOS
BRASILEIROS**

Brasília
2011

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**REPUBLICANISMO, INSTITUIÇÕES E A INGESTÃO DE
NORMAS INTERNACIONAIS POR SETORES REGULADOS
BRASILEIROS**

Autor: Artur Coimbra de Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Brasília, 6 de maio de 2011.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ARTUR COIMBRA DE OLIVEIRA

Republicanism, instituições e a ingestão de normas internacionais por setores regulados brasileiros.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”.

Aprovada em: 6 de maio de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Presidente)

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias
(Membro Externo – IDP)

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Membro interno – FD/UnB)

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
(Suplente – FD/UnB)

Agradecimentos

Esta dissertação não teria sido possível, primeiramente, sem o longo e forte apoio de meus pais, que sempre buscaram priorizar minha educação e, assim, estimularam-me a construir-me por meio dos estudos. Também foi de importância fundamental a companhia de minha esposa, Daniele, que, com amor, alimentou-me e tolerou a convivência de um mestrando por meses a fio.

O trabalho de pesquisa empreendido deveu-se, na sua quase totalidade, à Universidade de Brasília e, particularmente, à Faculdade de Direito, que propiciaram o acesso a excelentes fontes bibliográficas e um ambiente de pesquisa interdisciplinar, livre e desafiador. Nesse âmbito, o Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações (Getel) e os seus pesquisadores tiveram papel emblemático, por conformarem uma arena ímpar de debate e de construção acadêmica.

Agradeço ao Professor Márcio Iorio Aranha pela amizade, pelas oportunidades de pesquisa, por ter aceitado orientar-me nessa jornada e, para além disso, por mostrar-me que não há antinomia necessária entre direito e inteligência. Agradeço, igualmente, aos Professores Marcus Faro de Castro e Roberto Mangabeira Unger, por terem me mostrado, ao longo desse caminho, mais do que eu julgava ser capaz de enxergar, e a Cezar Alvarez, por ter me ensinado que a abertura participativa dos debates, ainda que morosa e penosa, é proporcional à solidez e à legitimidade dos resultados.

Saliento a importância dos colegas Bruno Ramos, Daniel Vargas, Gabriel Galvão, Gabriel Nunes, José Gustavo Gontijo, Marcelo Guarany, Mariana Pescatori, Maximiliano Martinhão, Miriam Wimmer e Octavio Pieranti na redação deste trabalho, pelos valiosos diálogos, informações e revelações. Por fim, agradeço a todos que, indireta, inadvertida ou implicitamente contribuíram na formação das minhas convicções e no desenvolvimento deste trabalho.

(...) Visto que não é nulo o nosso livre arbítrio, creio poder ser verdadeira a arbitragem da fortuna sobre a metade das nossas ações, mas que etiam ela tenha-nos deixado o governo da outra metade, ou cerca disso. E eu a comparo a um destes rios torrentosos que, em sua fúria, inundam os plainos, assolam as árvores e as construções, arrastam porções do terreno de uma ribeira à outra: todos, então, fogem ao seu irromper, nenhum homem resiste ao seu ímpeto, cada qual incapaz de opor-lhe um único obstáculo. E, em que pese a assim serem [esses rios], aos homens não é vedada, em tempos de calmaria, a possibilidade de obrar preventivamente diques e barragens, de sorte que, em advindo uma nova cheia as suas águas escoem por um canal ou que o seu ímpeto não seja nem tão incontrolável, nem tão avassalador.

Nicolau Maquiavel

Resumo

O surgimento das agências reguladoras no Brasil – e a atividade regulatória desempenhada por elas – colaborou com um movimento histórico de deslocamento do centro de legitimação das políticas públicas setoriais do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Isso foi acompanhado por uma maior abertura democrática das agências em seu processo de produção normativa. Entretanto, após o movimento de reforma do Estado dos anos 1990, a hipótese analisada nesta dissertação é a de que uma parte das políticas ainda não encontrou no Poder Executivo meio suficiente de legitimação: as normas e pseudonormas setoriais produzidas no âmbito internacional. A âncora conceitual para se afirmar isso encontra-se na filosofia político-constitucional do republicanismo, em especial na ideia de autogoverno e na concepção de liberdade como ausência de dominação, que permitem uma análise crítica das instituições estatais e da relação que estas estabelecem com o direito internacional. A hipótese é aferida e testada mediante a análise da regulação dos serviços de telecomunicações e de aviação civil, a forma como esses setores regulamentam o seu relacionamento normativo com o ambiente internacional e como eles, de fato, ingerem e deglutem as normas administrativas internacionais. Como resultado, observa-se que esses setores dispõem de instituições republicanas de participação social em seus processos normativos que se aplicam, de maneira geral, à transposição de normas internacionais para o direito interno. No entanto, pode ser verificado que, em certos casos, a abordagem dessas normas pelos setores regulados ainda retém incoerências, além de carecer de etapas que alinhem o processo de internalização à ideia neorrepublicana de democracia contestatória, deliberativa ou participativa.

Palavras-chaves: REGULAÇÃO SETORIAL. TELECOMUNICAÇÕES. AVIAÇÃO CIVIL. REPUBLICANISMO. DEMOCRACIA. LIBERDADE POLÍTICA. DIREITO INTERNACIONAL. DIREITO GLOBAL. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.

Abstract

The design and the actual implementation of regulatory authorities in Brazil played an important role in the historical tendency of displacing the legitimation centre of public policies from the legislative to the executive branch, as the regulatory authorities' law-making process became way more transparent and participative. Nevertheless, after the state reform movement that took place in Brazil during the 1990s, certain policies have not found their way to sufficient legitimation through the executive branch: international norms and soft law. This statement is supported by republicanism political and constitutional philosophy, especially the value of self-government and the conception of liberty as non-domination, which allows for a critical inquiry of state institutions and their relationship with international law. That hypothesis is evaluated through the concrete analysis of regulations in telecommunications and civil aviation services, as well as by observing the way they deal with pertinent international administrative norms. This thesis concludes that these regulated areas hold republican institutions that ensure universal political participation in the decision-making process, including the penetration of international law in the national environment. Nonetheless, in many cases these international standards and rules present themselves with an incoherent status and their internalisation processes often lack necessary steps in order to be in touch with a neo-republican conception of democracy.

Keywords: REGULATION. TELECOMMUNICATIONS. CIVIL AVIATION. REPUBLICANISM. DEMOCRACY. POLITICAL LIBERTY. INTERNATIONAL LAW. GLOBAL LAW. INTERNATIONAL ORGANIZATIONS. POLITICAL PARTICIPATION.

Lista de abreviaturas e siglas

3G	Terceira geração de telefonia móvel
4G	Quarta geração de telefonia móvel
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CBAr	Código Brasileiro do Ar
CBC	Comissão Brasileira de Comunicações
CBT	Código Brasileiro de Telecomunicações
CCITT	Comitê Consultivo Internacional Telefônico e Telegráfico
CDMA	<i>Code Division Multiple Access</i>
CDUST	Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CF	Constituição Federal
CGI.br	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIDPA	Congresso Internacional de Direito Privado do Ar
CINA	Comissão Internacional para Navegação Aérea

Citel	Comissão Interamericana de Telecomunicações
CLAC	Comissão Latino-americana de Aviação Civil
CMR	Conferência Mundial de Radiocomunicação
CNC	Comissão Nacional de Comunicações
CNS/ATM	<i>Communications, Navigation, Surveillance Systems – Air Traffic Management</i> (Sistemas de Comunicações, Navegação e Vigilância – Gestão do Tráfego Aéreo)
CONAC	Conferência Nacional de Aviação Comercial
CONAC	Conselho de Aviação Civil
Conama	Conselho Nacional do Meio Ambiente
Confecom	Conferência Nacional de Comunicação
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações
CPLP	Comunidade de Países de Língua Portuguesa
CTIJEDA	Comissão Técnica Internacional de Juristas Especialistas em Direito do Ar
CTT	Comitê de Tecnologia de Telecomunicações
DAC	Departamento de Aviação Civil
DECEA	Departamento de Controle do Espaço Aéreo
DECT	<i>Digital Enhanced Cordless Telecommunications</i>
DPI	<i>Department of Public Information</i> (Departamento de Informações Públicas da ONU)
EC	Emenda Constitucional
Ecosoc	<i>Economic and Social Council</i> (Conselho Econômico e Social das Nações Unidas)
ETSI	<i>European Telecommunications Standards Institute</i> (Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações)
EUA	Estados Unidos da América
FAA	<i>Federal Aviation Administration</i>
FAO	<i>Food and Agriculture Organization of the United Nations</i> (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação)

FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
FDD	<i>Frequency Division Duplexing</i> (Duplexação por Divisão de Frequência)
FINEP	Financiadora de Estudos e Projetos
FMI	Fundo Monetário Internacional
FPLMTS	<i>Future Public Land Mobile Telephony System</i>
G8 DOT Force	G8 Digital Opportunity Task Force (Força-Tarefa em Oportunidades Digitais promovida pelos países do G8)
GAC	<i>Governmental Advisory Committee</i> (Comitê Consultivo para Assuntos Governamentais da ICANN)
GATS	<i>General Agreement on Trade in Services</i> (Acordo Geral sobre Comércio de Serviços)
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
GHz	GigaHertz
Glonass	<i>Global'naya Navigatsionnaya Sputnikovaya Sistema</i>
GNSS	<i>Global Navigation Satellite Systems</i> (Sistemas Globais de Navegação por Satélite)
GPS	<i>Global Positioning System</i>
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i> (Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números)
IGF	<i>Internet Governance Forum</i> (Fórum da Governança da Internet)
IMT	<i>International Mobile Telecommunications</i>
Infraero	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
IP	<i>Internet Protocol</i> (Protocolo Internet)
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
LTE	<i>Long Term Evolution</i>
MC	Ministério das Comunicações
Mercosul	Mercado Comum do Sul
MHz	MegaHertz

MRE	Ministério das Relações Exteriores
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i> (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
NASO	Níveis Aceitáveis de Segurança Operacional
OACI	Organização de Aviação Civil Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OI	Organização Internacional
OIT	Organização Mundial do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PGMU	Plano Geral de Metas de Universalização
PGO	Plano Geral de Outorgas
PIB	Produto Interno Bruto
PNBL	Programa Nacional de Banda Larga
PROFAA	Programa Federal de Auxílio a Aeroportos
PSOE-ANAC	Programa de Segurança Operacional Específico da Agência Nacional de Aviação Civil
PTT	Ponto de Troca de Tráfego
RBAC	Regulamento Brasileiro da Aviação Civil
RDSI	Rede Digital de Serviços Integrados
Regulatel	Foro Latino-americano de Entes Reguladores de Telecomunicações
RGI	Regulamento Geral de Interconexão
RIN	Rede de Integração Nacional
RR	Regulamento de Radiocomunicações
RTI	Regulamento das Telecomunicações Internacionais
SAP	<i>Strategic Action Plan</i> (Plano de Ação Estratégica)

SARP	<i>Standard and Recommended Practice</i> (Norma e Método Recomendado)
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCM	Serviço de Comunicação Multimídia
SESCINC	Serviços de Prevenção, Salvamento e Combate a Incêndio em Aeródromos Públicos Civis
SEST	Secretaria de Controle de Empresas Estatais
SITAR	Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional
SMC	Serviço Móvel Celular
SMP	Serviço Móvel Pessoal
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
SVA	Serviço de Valor Adicionado
TDD	<i>Time Division Duplexing</i> (Duplexação por Divisão de Tempo)
TD-SCDMA	<i>Time Division and Space Code Multiple Access</i>
Telebrás	Telecomunicações Brasileiras S.A.
TIC	Tecnologia de Informação e Comunicação
TRI	Teoria das Relações Internacionais
UE	União Europeia
UHF	<i>Ultra High Frequency</i>
UIT	União Internacional de Telecomunicações
UIT-D	Setor de Desenvolvimento da UIT
UIT-R	Setor de Radiocomunicações da UIT
UIT-T	Setor de Normalização da UIT
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i> (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento)
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i> (Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas)
USOAP	<i>Universal Safety Oversight Audit Programme</i> (Programa Universal

de Supervisão da Segurança Operacional)

UWC-136	<i>Universal Wireless Communication-136</i>
WCDMA	<i>Wideband CDMA</i>
Wimax	<i>Worldwide Interoperability for Microwave Access</i>
WLL	<i>Wireless Local Loop</i>
WSIS	<i>World Summit on the Information Society</i> (Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação)

Sumário

Introdução.....	16
1. O neorrepblicanismo institucionalista	24
1.1. Apresentação.....	24
1.2. A história das ideias republicanas	26
1.2.1. A Europa pré-humanista	26
1.2.2. O humanismo cívico florentino	30
1.2.3. As contribuições de Maquiavel	40
1.2.4. A <i>commonwealth</i> inglesa	47
1.2.5. Montesquieu e a Revolução Americana	51
1.2.6. A manifestação das ideias republicanas no Brasil.....	62
1.3. O substrato republicano na contemporaneidade: o neorrepblicanismo	68
1.3.1. O conceito de liberdade	68
1.3.2. A perspectiva institucionalista	75
1.3.3. A democracia neorrepblicana.....	83
2. A globalização da governança	96
2.1. Do direito internacional ao direito global.....	96
2.1.1. Direito internacional: nascimento e evolução	96
2.1.2. Globalização.....	105
2.1.3. Direito global.....	109
2.2. Déficit democrático e direito administrativo	115
2.2.1. Déficit democrático	115
2.2.2. Direito administrativo global	119
2.2.3. Soluções neorrepblicanas para o déficit democrático.....	123
2.2.4. A indispensabilidade do direito administrativo doméstico	133
2.3. A governança setorial global	136
2.3.1. A aviação civil internacional.....	136
2.3.2. As telecomunicações globalizadas	148
3. A importação normativa: processos e riscos nos setores regulados da aviação civil e das telecomunicações.....	163
3.1. As instituições republicanas brasileiras no relacionamento com o ambiente normativo internacional.....	163
3.2. Aviação civil	168
3.2.1. Histórico do setor e criação da agência reguladora	168
3.2.2. Instituições republicanas no âmbito da ANAC	176

3.2.3. A ANAC e as normas internacionais	184
3.2.4. Estudo de casos	188
3.3. Telecomunicações	196
3.3.1. Histórico do setor e criação da agência reguladora	196
3.3.2. Instituições republicanas no âmbito da Anatel.....	203
3.3.3. A relação da Anatel com a normatização internacional	211
3.3.4. Estudo de casos	216
Conclusão	225
Bibliografia.....	230

Introdução

Ao analisar a Constituição Brasileira de 1824, o marquês de São Vicente dedicou um bom número de páginas a rechaçar e a maldizer o que chamava de “abuso da subdelegação do Poder Legislativo no Poder Executivo” (BUENO 1857, 37-ss.), argumentando, por diversas vias, que ferem a separação dos poderes os atos do Poder Executivo que tratam de matéria cuja competência constitucional seja do Congresso Nacional, com ou sem autorização dessa casa.¹ Sustentando uma concepção da separação de poderes, argumentava que o Poder Executivo deveria limitar-se estritamente à sua função regulamentar, pois os atos legislativos não devem escapar ao controle do povo, que se dá sobre o Congresso e não sobre o Executivo.

Os regulamentos do Poder Executivo são, segundo Pimenta Bueno, medidas para regular a própria ação desse Poder e de seus agentes, são atos de execução e não de normatização, “(...) que não têm por fim senão empregar os expedientes accidentaes e variaveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observancia das normas leaes (*sic*)” (236). Qualquer iniciativa do Poder Executivo de criar, extinguir, ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações exorbita suas funções. Também não deve preencher quaisquer lacunas da lei ou mesmo interpretá-la, competência esta que cabe unicamente ao próprio Poder Legislativo. Cabe destacar, ainda, que nenhum órgão abaixo do chefe do Poder Executivo pode regulamentar disposição legal; um ministro, por exemplo, só pode detalhar as ações dos agentes administrativos anunciadas no decreto regulamentador.

Muito provavelmente, o poder normativo hoje detido por órgãos como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) seria considerado uma excrescência no século XIX, verdadeira usurpação das competências do Poder Legislativo. Ao longo do último século, o permanente aumento de complexidade na sociedade moderna tem implicado o avantajamento do Estado em busca de preencher áreas até então ignoradas e de regular assuntos até então deixados, conceitualmente, ao alvedrio da iniciativa privada.

¹ “Nem se argua que quem faz a lei é a assembléa geral pela autorisação que decreta. Esta arguição é um miserável sophisma, as disposições que vêm a decidir dos direitos e obrigações dos Brasileiros não são as palavras: – *fica o governo autorizado a fazer uma lei de desapropriação por utilidade publica* – são sim as que se contiverem no decreto que o ministerio promulgar.” (BUENO 1857, 40-1)

Institucionalmente, o Estado lida com isso recalculando o peso e a extensão das suas funções legislativa e executiva. À medida que os aspectos da realidade se mercantilizam, desfazendo-se de seus resquícios tradicionais e passando a estar sujeitos ao tempo próprio do sistema econômico, o Poder Legislativo vê-se cada vez mais incapaz de acompanhar, em pormenores, as mudanças dos assuntos que lhe interessam tratar.² Disso resulta o agigantamento do Poder Executivo, que aufere poder normativo para preencher as normas jurídicas em branco emitidas pelo Poder Legislativo.

Em 1941, houve, no Brasil, um dos primeiros reconhecimentos doutrinários significativos – afirmação e defesa – da necessidade da descentralização administrativa e da possibilidade de existência de um poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Reconhecendo o novo papel interventivo que o Estado tinha de assumir no âmbito econômico e inspirado no papel das comissões (*commissions*) americanas, Bilac Pinto propôs uma Comissão Federal com o objetivo de regulamentar todos os serviços de utilidade pública, tendo, para isso, função normativa (B. PINTO 2002, 104).

Bilac Pinto, todavia, posicionou a nova organização de forma contraditória à instituição da separação de poderes, tal qual erigida por Montesquieu. Apoiado na Constituição de 1937, que assim o permitia, defendeu a *delegação legislativa* como um recurso do qual o Estado deveria fazer uso para exercer seu papel intervencionista: “O princípio da *separação dos poderes* é inteiriço e indismembrável. Tem que afirmado ou negado (*sic*). Não há meios termos, contemporarização ou transigências. A Constituição de novembro não o acolhe; logo, repudia-o” (188).

Victor Nunes Leal (1960, 77-ss.), ainda sob a Constituição de 1937, opôs-se a Miguel Seabra Fagundes para afirmar, homenageando o princípio da separação dos poderes, que o poder normativo conferido ao Conselho de Economia Nacional não era de natureza legislativa, mas regulamentar. Francisco Sá Filho (1959), já sob a Constituição de 1946, debruça-se sobre o exercício cada vez mais abrangente da atribuição regulamentar do Poder Executivo. Depois de citar como esse fenômeno evoluía nos Estados Unidos³, aponta os embates doutrinários com os que consideram

² Segundo a definição de Karl Polanyi (2001, 45-ss.), um sistema de mercado é uma economia dirigida apenas e tão somente pelos preços de mercado; isso se tem afirmado como o padrão econômico desde a Revolução Industrial. O esvaziamento de sentido das trocas econômicas (SIMMEL 2005) e a dinamização das relações em uma sociedade de mercado radicalizam a complexidade das relações sociais e a velocidade da ocorrência das mudanças.

³ Sobre a realidade americana, discorre (*sic*): “Os poderes do Executivo têm sido muito ampliados (enlarged) nos últimos anos, pela crescente prática do Congresso, conforme nova orientação, de votar leis em termos gerais, que sejam suplementadas (supplemented) ou regulamentadas pelo Presidente” (213).

isso uma delegação legislativa e, rendendo-se aos fatos, conclui: “De qualquer forma, o prestígio da função regulamentar conferida ao Executivo é, cada vez, maior, o que, até certo ponto, atenua a inconveniente proibição das delegações dos poderes” (229).

Eros Grau, do final do século XX, resgata a obra de Montesquieu para apontar que, fundamentalmente, o Poder Executivo é exercido sobre questões momentâneas ou conjunturais, ao passo que o Poder Legislativo é exercido sobre questões estáveis. Assim, a atividade normativa do Poder Executivo – não se trata de atividade legislativa – é restringida pela natureza temporal do objeto de que trata.⁴ Salienta, ainda, que a função normativa é essencialmente primária⁵, inovadora, abstrata e genérica, podendo ser exercida pelo Poder Executivo sem ferir a estrutura de separação de poderes, se devidamente albergada e limitada por lei (GRAU 2005, 225-55).

Comparando a evolução dos argumentos de Pimenta Bueno a Eros Grau, vê-se que, embora a instituição do poder regulamentar no âmbito da separação de poderes seja fundamentalmente a mesma textual e principiologicamente, as ideias que alimentam seu conceito e suas dimensões práticas mudaram ao longo desses dois séculos.⁶ Admite-se

⁴ O autor critica explícita e ironicamente o apego à antiga visão sobre a limitação de atuação do Poder Executivo, sob o mote da regulação financeira: “O exercício da capacidade normativa de conjuntura estaria, desde a visualização superficial dos arautos da ‘separação’ de poderes, atribuído ao Poder Legislativo, não ao Poder Executivo. A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais” (GRAU 2005, 232-3).

⁵ Eros Grau faz uso da noção de primariedade de Renato Alessi, que significa o poder de algo se impor por si próprio, diferindo de originariedade.

⁶ Observando-se as Constituições de 1824, de 1891 e de 1988, leem-se, respectivamente, as seguintes disposições sobre o poder regulamentar: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes atribuições (...) XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis”; “Art 48. Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”; “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Em verdade, o único texto que trouxe disposições realmente distintas a respeito do poder regulamentar foi o da Constituição de 1937: “Art 11. A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares”. Isso foi o suficiente para que Bilac Pinto, segundo já apontado, identificasse a inexistência de separação de poderes na República e, com base nisso, fundamentasse a importação institucional, organizacional e ideológica das *commissions*. Além das dificuldades culturais de introdução do modelo no Brasil, a promulgação da Constituição de 1946, com o “retorno da separação dos poderes”, pôs por terra a possibilidade dessa fundamentação. Embora o Brasil tivesse, anterior e posteriormente, organizações com características próximas às *commissions* e já se reconhecesse sua necessidade prática (MEDEIROS 2005), a sua permanência só pôde ocorrer em harmonia ideológica à separação dos poderes, o que motivou uma mudança gradual na concepção desta. Um doutrinador constitucionalista tradicional chamaria isso de mutação constitucional (JELLINEK 1991).

hoje que o Poder Executivo tenha poder normativo – e, com ele, alguma força inovadora – e que outros órgãos ombreiem com o chefe desse Poder na regulamentação ou na normatização sob diretrizes postas em lei.

Paralelamente a esse movimento, com a intensificação da globalização econômica e o fortalecimento do capital apátrida, o mundo tem presenciado uma paulatina transnacionalização da governança em assuntos antes exclusivos de cada Estado. Fernando Herren Aguillar aponta que a primeira versão do Estado moderno, o Estado-nação, fundamentava-se no solipsismo próprio da ideologia liberal (AGUILLAR 2009, 43-57). A soberania deixa de estar ancorada em uma pessoa e passa à instituição estatal. O direito desvincula-se diretamente da propriedade e associa-se ao Estado, dotado de soberania interna e externa, que, por outro lado, ainda corresponde a um território pré-estabelecido.

As duas grandes guerras foram as responsáveis por demonstrar a necessidade de existência de alguma cooperação internacional para a preservação da paz entre os países. O metalismo, o padrão-ouro e os outros padrões adotados no entre-guerras já representavam indicações de que a economia – e as políticas econômicas, por decorrência – não se podiam restringir ao âmbito exclusivamente nacional. A quebra da bolsa de Nova York e suas consequências em nível mundial escancararam essa ideia.

Inicia-se a segunda fase da evolução do Estado moderno, segundo Aguillar. A partir daí, mais propriamente após a instituição do sistema de Bretton Woods, qualquer decisão de política econômica passou a se fundamentar, ainda que indiretamente, em pilares pós-nacionais. Como centros de organização das discussões políticas internacionais, criaram-se, entre outras, a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), que deram origem à Organização Mundial do Comércio (OMC).

A terceira fase, segundo o autor, corresponde à supranacionalidade, ou seja, à criação de organizações com força hierarquicamente superior aos próprios Estados. Trata-se não apenas de uma relativização da soberania desses Estados, e sim, mais além, de uma renúncia a essa soberania no âmbito dos assuntos delegados.

Essas três fases, todavia, não compreendem o que se passa em boa parte do mundo hoje. O mundo se encontra em uma espécie de limbo entre a segunda e a terceira fases. A complexidade que abriga as relações entre os Estados atualmente provocou Paul Berman a ponto de fazê-lo cunhar a expressão “processo legal transnacional”, em detrimento aos adjetivos internacional ou supranacional (BERMAN 2005).

As relações transnacionais produzem um direito de origem difusa, irrestrito a fronteiras nacionais e a formatos padrões, tais quais os tratados e as convenções. As organizações transnacionais vêm ocupando cada vez mais o espaço antes reservado somente aos Estados nacionais. Esse processo se dá em um ambiente relativamente desinstitucionalizado⁷ e no qual as relações de poder são obscuras.

Koskenniemi identifica sérios problemas na condução desse papel pelos organismos internacionais. Os centros decisórios internacionais estudam problemas análogos sob enfoques diferentes e sem um estatuto jurídico básico que conduza homogeneamente as ações. Existe, assim, um ponto cego nas discussões, que é a falta de uma concepção política harmônica supranacional, isto é, tais decisões são tidas como técnicas, e não políticas, embora essa dissociação possa sempre ser questionada (KOSKENNIEMI 2007).

Os dois fenômenos identificados acima – o aumento da densidade do poder normativo do Poder Executivo (deslegalização) e a transnacionalização da governança política – são acentuados na regulação de setores de infraestrutura (telecomunicações, transporte aéreo, navegação marítima, entre outros).

O primeiro fenômeno tem se manifestado de uma maneira muito explícita no Brasil, vem sendo bastante estudado e podem-se considerar os debates já relativamente assentados.⁸ Como se viu, as ideias que alimentavam a instituição republicana da separação de poderes evoluíram em face da complexidade da vida. A fuga de uma série de temas do Poder Legislativo para o Poder Executivo, todavia, implica uma necessidade de reequilíbrio para resgatar algo da legitimidade perdida nesse trânsito.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de novembro de 1995, é estudado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que lhe extrai, entre outros, o princípio da participação regulatória. Esse princípio é sustentado por três garantias: publicidade dos atos, plena abertura processual aos administrados e participação dos administrados no processo de tomada de decisões (MOREIRA NETO 2003, 168-70).

No mesmo sentido, porém com outros fundamentos, Márcio Iorio Aranha (Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política 2005), partindo de uma concepção corporativista e firmando sua

⁷ Por ambiente relativamente desinstitucionalizado, entende-se, aqui, uma visão comparativa do ambiente nacional com o ambiente global. O modelo de freios e contrapesos deste carece de muitas peças que existem naquele, o que, do ponto de vista da filosofia e da ciência política, pode não ser capaz de frear o exercício indiscriminado do poder. Esse tema será mais aprofundado no segundo capítulo.

⁸ Para uma sólida e profunda problematização do fenômeno da deslegalização no âmbito das agências reguladoras, v. GALVÃO (2006). Ele será, aqui, trabalhado na segunda seção do primeiro capítulo.

necessidade de evitar a cooptação do espaço público, enxerga a agência reguladora como uma alternativa institucional ao modelo representativo clássico. Segundo o autor, a agência deve representar um espaço público que, por meio da peculiaridade temática, pré-seleciona a participação – não a restringe – e, se devidamente construído, induz ao exercício da virtude política. A agência reguladora, portanto, tem o papel de mediar as visões dos distintos atores interessados no setor e produzir uma resultante decisória, livre da captura de uma ou de outra corporação.⁹

O segundo fenômeno – a transnacionalização da governança – não tem atraído tanta atenção dos juristas quanto o primeiro, porém tem sido mais estudado pela doutrina nos últimos anos. É tão complexo e revela tantos problemas para a separação dos poderes quanto o primeiro. Além disso, se negligenciado, tem potencial para imobilizar os fundamentos ideológicos do Estado Democrático de Direito, suprimindo a soberania estatal e a tradição do direito internacional público para a qual as instituições nacionais estão preparadas.

A ideia de uma república, que sempre se manteve na base do Estado moderno, hoje sofre inflexões. Grande parte das decisões políticas de um Estado não pode ser inteiramente controlada por ele ou por seus cidadãos. A pergunta fundamental deste trabalho é: as instituições republicanas tradicionais estão conseguindo lidar com isso? Pretende-se verificar em que medida as ideias e as instituições republicanas no Brasil acompanham a mudança de complexidade ocorrida na governança de assuntos regulatórios, sobretudo em relação ao aumento da relevância da comunidade internacional no estabelecimento de padrões, normas ou diretrizes.

Com esta dissertação, será aferida a tese de que normas ou pseudonormas (documentos *soft law*) internacionais são assimilados por procedimentos pouco republicanos, o que estimula uma ausência de legitimidade dos comandos regulatórios e fere o postulado do autogoverno. O surgimento das agências reguladoras no Brasil – e atividade regulatória desempenhada por elas – contribuiu para o deslocamento parcial do centro de legitimação das políticas públicas setoriais do Poder Legislativo para o Poder Executivo conforme se infere da evolução doutrinária brevemente apresentada. Isso foi acompanhado por uma maior abertura democrática das agências em seu

⁹ Lê-se: “A virtude de uma instituição reguladora setorial está exatamente em, não sendo parte a não ser do dever de sua preservação como instância ética pautada em seu fundamento de existir (...), firma-se como momento de unidade exterior em que os interessados no setor – usuários, sociedade civil, investidores, empresas, o próprio Governo etc. – não figurem lá com pesos distintos, mas como partícipes, como membros, como iguais.” (ARANHA, Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política 2005, 23)

processo de produção normativa. No entanto, uma parte das políticas ainda recebe *inputs* que não encontraram no Poder Executivo forma suficiente de legitimação, à luz da filosofia político-constitucional do republicanismo.

A transversalidade¹⁰ do tema demanda a divisão desta pesquisa em três momentos.

No primeiro capítulo, serão investigadas as raízes republicanas do Estado moderno.¹¹ O objetivo disso é identificar quais ideias se preservam até hoje na concepção que se tem da relação de um povo com o seu Estado. Essa composição ocorrerá por meio do estudo do republicanismo no âmbito da filosofia política. Também se verificará como o republicanismo se relaciona com a democracia e com o Estado Democrático de Direito que vige no País. A democracia é um novo conceito, divergente da ideia de república, ou é uma evolução contemporânea das ideias republicanas? Ainda se estudarão a ideia de liberdade neorepublicana, a sua relação íntima com participação política, as principais instituições republicanas e como o neoinstitucionalismo histórico pode contribuir para evidenciar a dimensão prática e concreta dessa tradição de concepções filosófico-políticas.

O capítulo seguinte será dedicado à globalização da governança política. Quais manifestações ela possui? Em que níveis ela ocorre? Que implicações ela tem trazido às instituições republicanas? Ver-se-á como o direito e a política enxergam, incorporam e respondem a esse fenômeno na tentativa de imprimir-lhe as ideias republicanas e corrigir os seus déficits democráticos. A elaboração de normas no plano global será evidenciada especificamente com o exame desse processo nos setores de aviação civil e telecomunicações, permitindo que se averigue que papel possuem as ideias e instituições republicanas e quais riscos de legitimação existem nessa atividade de criação jurídica.

O encontro dos estudos empreendidos nos dois primeiros capítulos ocorrerá no ambiente dos setores regulados brasileiros de aviação civil e de telecomunicações.

¹⁰ Por transversalidade, aqui, entende-se a não restrição do tema investigado a apenas um “campo” do conhecimento. Além de transitar por elementos de direito constitucional, direito administrativo regulatório e direito internacional público, requer-se um denso incursão às bases filosófico-políticas do Estado moderno e uma investigação minimamente preparada, do ponto de vista técnico, dos setores regulados que serão estudados.

¹¹ As raízes republicanas do Estado moderno, como se verá, não são explícitas em sua formulação ideológica inicial, que é nitidamente liberal e jusnaturalista. Essas raízes são localizadas bem antes de seu nascimento, que ocorreu na passagem do século XVIII para o século XIX. Deitam suas pontas na filosofia aristotélica, na república romana e, mais fortemente, na construção da ideologia das cidades do norte da Itália na Baixa Idade Média.

Tanto um quanto outro são áreas em que há proeminência de um concerto de políticas no âmbito internacional. No terceiro capítulo, pretende-se estudar que instituições republicanas o modelo de agência reguladora guarda no Brasil, como elas funcionam e que meios existem para lidar com as normas e as pseudonormas produzidas por organizações internacionais setoriais. Quais são os impactos da transnacionalização da governança política nesses dois setores? Como se configuram os canais de participação política na transposição desses documentos ao direito interno, que escapam ao processo constitucional de internalização de tratados? Como as ideias republicanas são concretizadas nesse processo? Casos concretos serão investigados sob essa proposta, procurando mostrar com que coerência ou em que bases esses documentos internacionais são aplicados no País.

1. O neorrepublicanismo institucionalista

1.1. Apresentação

O resgate das ideias e das fundamentações republicanas para o Estado moderno e para suas instituições será a âncora da investigação que se inicia. Para a compreensão da extensão histórica e cultural dessas ideias, cujas raízes atravessaram milênios, será necessário realizar um apanhado histórico. O uso hodierno do termo república e de seus derivados é, com frequência, lasso, despreocupado e impreciso, seja no espectro de disputa política, seja na forma de governo dos diferentes Estados. Tentar chegar aos ideais republicanos partindo-se dessa realidade é uma empreitada tortuosa e pode ser infrutífera. Com algum custo e perplexidade, quem se propuser a isso não terá dificuldade em concluir que, por exemplo, boa parte das políticas defendidas pelo Partido Democrata, nos Estados Unidos da América (EUA), é mais republicana que as políticas defendidas pelo Partido Republicano. Também não tardará a perceber que a monarquia constitucional do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte tem instituições muito mais republicanas que as da República Democrática Popular da Coreia.

A opção aqui feita é por seguir a trilha do neorrepublicanismo, que tem promovido, a partir da segunda metade do século XX, um renascimento (*revival*) republicano. O republicanismo, então, é entendido como um paradigma de ideias e concepções sobre o homem, a política, o Estado e a coisa pública, em sentido próximo ao tido por John Greville Agard Pocock. Trata-se, portanto, de um conjunto ideológico que se mantém mais ou menos coerente e perene ao longo dos séculos, tendo aportado em diversas áreas do conhecimento, sobretudo na política e no direito. No linguajar kuhniano, seria algo como um paradigma científico¹²; em uma visão braudeliana, uma estrutura de longa duração¹³.

¹² Em síntese, Thomas Kuhn opera com dois conceitos-chaves em sua filosofia da ciência: a ciência normal e a ciência extraordinária. A ciência sempre opera dentro de um paradigma específico, ou seja, sob alguns pressupostos metafísicos e sobre a visão do mundo que permanecem imutáveis. O trabalho do cientista é a ciência normal e consiste na adaptação ao paradigma de situações aparentemente inadequadas a ele. Tenta-se preservar o paradigma a qualquer custo. Somente quando, após várias tentativas, o fenômeno não se mostra capaz de ser adaptado à concepção de mundo vigente, inicia-se uma crise de paradigma, a partir da qual poderá surgir outro; este processo é chamado de ciência extraordinária. “(...) É para a prática normal, e não para a prática extraordinária da ciência, que se treinam profissionais” (KUHN 1979, 11). O paradigma tem uma

Antes de iniciar a jornada, é útil exibir algumas convenções conceituais que serão usadas no trabalho. O termo republicanismo clássico referir-se-á ao desenvolvimento das ideias republicanas até o momento da Revolução Americana, a partir de quando se tratará do republicanismo moderno. A expressão humanismo cívico, diferentemente do que às vezes convencionado¹⁴, será relacionada ao resgate das ideias republicanas ocorrido durante o período do Renascimento Florentino. Republicanismo e republicanismo cívico serão expressões gerais e intercambiáveis, referentes às ideias comuns a toda essa tradição.

O neorepublicanismo tem como marco inicial de desenvolvimento, na contemporaneidade, a obra *The crisis of the early Italian Renaissance*, de Hans Baron, publicada em 1955, que identificou, no Renascimento cultural ocorrido no norte italiano, uma mudança na concepção a respeito da vida em sociedade e da vida política, caracterizada por um resgate do *vivere civile* clássico e por uma luta pelo autogoverno, na forma de uma república.¹⁵ A partir dele, embora com algumas diferenças consideráveis a respeito de interpretações historiográficas, ocorreu uma profusa produção acadêmica por diversos autores de várias escolas, entre os quais se destacam J. G. A. Pocock, Quentin Skinner e Philip Pettit. Pocock observou a continuidade histórica dessa tradição de pensamento até o Atlântico Norte e o momento da Revolução Americana, inclusive; Skinner aprofundou os estudos históricos e observou correntes de pensamento anteriores ao humanismo cívico, que lhe afluíram; Pettit salientou a plasticidade e a permanência das ideias republicanas para elaborar uma teoria contemporânea, mantendo-se os seus principais marcos, mas atribuindo-lhes praticidade no mundo atual.

relevância tão grande para a atividade científica que “(...) quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo” (KUHN 1978, 145). A influência de Kuhn na abordagem de Pocock é notória; para um estudo a esse respeito, v. SILVA (2004, 37-41).

¹³ Uma estrutura de longa duração é, para Fernand Braudel, no contexto historiográfico da Escola dos Annales, tudo, na história, que não pode ser observado pela pessoa comum, a ponto de ser quase imóvel no tempo. Para um detalhamento da linguagem dos Annales, v. BURKE (2003).

¹⁴ A *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, por exemplo, aponta o humanismo cívico como uma derivação do republicanismo, que dele se distingue na filosofia política contemporânea. Nesse sentido, o humanismo cívico enxerga na participação política um bem em si mesmo, a ser cultivado socialmente, em virtude de um propagandeado retorno a ideais e modos de vida antigos, caracterizados por frugalidade, aversão ao lucro, ao luxo e à ostentação, entre outros [MOULAKIS (2007) e LOVETT (2010)].

¹⁵ Muitos autores apontam a importância de Baron, entre os quais SKINNER (1996, 14), PETTIT (1997, 19), POCOCK (1975, ix) e BIGNOTTO (2001, 11).

1.2. A história das ideias republicanas

1.2.1. A Europa pré-humanista

O primeiro movimento republicano significativo na Europa após a queda do Império Romano foi observado nas cidades do norte da Itália (Pisa, Arezzo, Luca, entre outras), nos séculos XI e XII, que passaram a adotar formas consulares de governo, abnegando o governo pelo príncipe. Quem governava a cidade era uma autoridade especial e temporariamente designada para tal, denominada *podestà*, geralmente proveniente de outra cidade, para que tivesse independência perante os grupos da cidade que governaria. Adquiria o mandato por voto popular, recebia um salário pelo seu trabalho, governava consultando dois conselhos de cidadãos e deveria prestar contas ao final do seu mandato (SKINNER 1996, 25-7).

Para se defenderem das frequentes investidas tanto do Imperador quanto do Papa, elas se “confederavam” em ligas militares. Resistiam ao domínio externo sob o fundamento de que tinham direito de preservar sua liberdade e de se autogovernarem. Faltavam-lhe, todavia, meios e fundamentos legais para essa defesa. Com a recepção do direito romano na passagem dos séculos XII e XIII, em virtude de sua atraente estrutura uniforme e racional, iniciaram-se os estudos da Escola dos Glosadores, que se atinham fielmente ao sentido original das disposições do *Corpus Juris Civilis*.

A interpretação corrente dos glosadores negava às cidades-repúblicas italianas os direitos que reclamavam. Todavia, posteriormente surgiram os pós-glosadores (consiliadores, práticos ou comentadores), que, diferentemente dos antecessores, preocuparam-se em “(...) integrá-lo aos diversos direitos locais, em especial os *estatutos* das cidades italianas (...)” (MARTINS 2002, 209).

O trabalho do pós-glosador Bartolo de Saxoferrato caracterizou-se pela diretriz de que, quando os fatos não se enquadrarem propriamente às leis, estas é que devem se adequar àqueles. Bartolo assumiu que, de fato, havia povos que não se submetiam ao Imperador em seu governo, embora este fosse o governante de direito. Esses povos, tidos como livres, na medida em que se autogovernavam e não reconheciam a autoridade do Imperador, eram *princeps* de si mesmos (*sibi princeps*) e isso deveria ser reconhecido, bem como todos os direitos decorrentes (SKINNER 1996, 29-34).

Depois de décadas recorrendo ao Papa para escapar do domínio do Imperador, e vice-versa, e debilitadas por intensas disputas internas entre facções que não se sentiam

representadas, a maior parte das cidades passou a viver sob o governo de um príncipe forte e absoluto (*signore*) ao cabo do século XIII. Essa foi a saída encontrada por muitas cidades italianas para conseguir a estabilidade interna. A paz tomou o lugar da liberdade. A cidade que mais resistiu às tentativas de dominação dos *signori* foi Florença e, segundo Skinner, isso já ensejou a formação de uma cultura singular de elogio e defesa da vida cívica republicana, antes mesmo do surgimento do humanismo cívico. Essa ideologia podia ser identificada em duas frentes: no estudo da retórica (*Ars Dictaminis*) e na filosofia escolástica (SKINNER 1996, 45-9).¹⁶

A *Ars Dictaminis* consistia em um ensino de técnicas de redação de documentos oficiais, como cartas e comunicados. Esse ensino se dava por meio de manuais com exemplos e instruções formulaicas de como redigi-los. Do início do século XII ao final do século XIII, entretanto, mudanças ocorreram na atitude dos *dictatores*, que eram os elaboradores dos modelos estudados. Eles passaram a tratar seriamente dos negócios sociais, políticos, econômicos e culturais da cidade. Além disso, essa técnica passou a ser ensinada conjuntamente à *Ars Arengendi*, que instruía a elaboração de discursos públicos a serem pronunciados. Disso derivaram um propagandismo cívico e um gênero literário dedicado a aconselhar os magistrados e o *podestà*, tecendo considerações sobre a melhor forma de governar ou sobre as virtudes que deveriam possuir no exercício de seu mister, entre outros assuntos.

O estudo da arte retórica também recorria aos autores clássicos. Com o tempo, a atenção dos estudantes migrou da forma para o conteúdo dos textos a que tinham acesso; entre os autores lidos, estavam Platão, Salústio, Tito Lívio e Cícero. Homens letrados, como Giovanni de Viterbo, Bonvesin della Riva, Alberto Mussato e Brunetto Latini, começaram a elaborar e a publicar textos inspirados nas lições dos clássicos. De acordo com Skinner, “o ponto de partida para todos esses [novos] autores está no ideal de liberdade, que eles tomam – em seu sentido tradicional – como significando independência mais autogoverno republicano” (SKINNER 1996, 62).¹⁷

¹⁶ Segundo Danilo Marcondes, a base para a explicação desses fortes movimentos intelectuais é, mais do que política, socioeconômica. Na alta Idade Média, as relações sociais passaram a se modificar profundamente. O surgimento do comércio e do artesanato e o fortalecimento de outros ofícios liberais abriram as portas para uma maior independência individual, implicando maior liberdade e maior mobilidade social, com a possibilidade de acumulação de riquezas. “Com o crescimento dos núcleos urbanos e o enriquecimento da sociedade, a demanda por educação aumenta progressivamente, tanto no sentido eclesiástico, visando a formação de uma elite para combater os hereges, quanto no leigo e civil, relacionada às necessidades do governo e da administração pública” (MARCONDES 2001, 125).

¹⁷ Skinner já identifica um tratamento razoavelmente profundo de temas que viriam a se consolidar como centrais para as preocupações do humanismo cívico e do republicanismo. Para a identificação da

Ao longo do século XIII, muitas obras de Aristóteles passaram a ficar disponíveis em traduções para a língua latina e compuseram os fundamentos da escolástica, que passou a integrar a filosofia moral e política aristotélica à orientação eclesiástica, opondo-se ao platonismo agostiniano. Parte dos escolásticos passou a perseguir os mesmos ideais dos retores. Bartolo enxergava a forma republicana como superior à forma monárquica, defendendo que o povo deve ter o poder de se autogovernar; Ptolomeu apontava que o governo que não fosse feito segundo a lei nem em benefício do povo não era político e, sim, despótico. Muitos desses novos posicionamentos contrariavam a própria doutrina de Tomás de Aquino, expoente escolástico, apesar de este já enxergar o homem com alguma complexidade e liberdade, bem como de afirmar que o objetivo do Estado é o bem comum do povo.¹⁸

Essa predileção republicana está escorada numa nova imagem da Roma antiga e de sua história, que mal se nota nos retores da época anterior. Os pensadores escolásticos agora começam a pensar que o apogeu de Roma se deu no período republicano, e não mais no imperial. Por conseguinte, adotam uma nova atitude em face das grandes figuras do final da República, especialmente Catão e Cícero. Antes, esses homens tendiam a ser vistos estritamente como sábios estoicos, portanto como modelos de desapego em face do burburinho da vida política. Agora, ao contrário, são elogiados como grandes patriotas, figuras exemplares da virtude cívica, que perceberam o quanto estava ameaçada a liberdade republicana e tentaram salvá-la da tirania que avançava. (SKINNER 1996, 75)

Segundo Skinner, a principal diferença entre a abordagem dos retóricos e a dos escolásticos reside na forma de solucionar o problema das facções. Para ambos os grupos de estudiosos, esse é o principal mal que assola e ameaça a sobrevivência das

linha de continuidade desses escritos com a grande obra republicana de Maquiavel, os *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio* (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*), publicada cerca de três séculos mais tarde, v. SKINNER (Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas 1990).

¹⁸ Tomás de Aquino foi superado pelos escolásticos republicanos, na medida em que, para ele, “o homem, apesar de livre, é considerado, de regra, como passivo perante o poder público, tanto eclesiástico quanto civil. Não é ele o centro, o autor das leis; deve apenas submeter-se a elas; sua autonomia não é plenamente reconhecida, nem na ordem teórica, como sujeito do conhecimento, nem na ordem prática, como sujeito de ação” (DEL VECCHIO 2003, 48). De fato, em sua obra incompleta *De Regno*, posteriormente concluída por Ptolomeu, Tomás de Aquino afirma que a monarquia é a melhor forma de governo e que o povo deve até suportar alguma tirania, se moderada: “Com efeito, se não há um excesso de tirania, é conveniente tolerar a tirania razoável por um tempo do que, agindo contra o tirano, vir a estar envolvido em muitos riscos mais graves do que a tirania propriamente dita (...) Porque Pedro nos adverte para ser reverentemente submisso aos nossos senhores, não apenas aos bons e moderados, mas também aos maus [1 Pd 2:18-19]: ‘Porque isto é agradável, que alguém, por causa da consciência para com Deus, suporte tristezas, padecendo injustamente’.” [Tradução livre do original: “*Indeed, if there be not an excess of tyranny it is more expedient to tolerate the milder tyranny for a while than, by acting against the tyrant, to become involved in many perils more grievous than the tyranny itself. (...) For Peter admonishes us to be reverently subject to our masters, not only to the good and gentle but also the froward [1 Pet 2:18-19]: ‘For if one who suffers unjustly bear his trouble for conscience’ sake, this is grace’.*”] (AQUINO 1949)

repúblicas e, especificamente para os escolásticos, esse mal se manifesta na discórdia civil entre os grupos, que deve ser evitada. A solução dada a esse problema pelos retores era a do aconselhamento e da persuasão dos governantes, acreditando em sua virtude e na virtude do povo de pôr de lado os interesses pessoais e facciosos em prol do interesse de toda a comunidade. Para os escolásticos, o caminho para resolver o faccionismo era por meio do desenho das instituições de governo. Marsílio de Pádua e Bartolo de Saxoferrato, por exemplo, concordam na necessidade de impor restrições aos governantes: o monarca deve ser nomeado por eleição em vez de sucessão hereditária, a discricionariedade dos governantes não deve ir além do que a lei exige para ser aplicada e os magistrados e senadores devem estar sujeitos a um sistema de controle que garanta que eles não se afastem dos anseios dos cidadãos por quem foram eleitos. Para os escolásticos republicanos, a paz não é incompatível com a liberdade. (SKINNER 1996, 74-86)

Se, para Skinner, a *Ars Dictaminis* foi um importante afluente para o humanismo cívico – inúmeros humanistas tiveram formação retórica –, Newton Bignotto (2001) não concorda com uma continuidade perfeita. O humanismo cívico que se desenvolveu em Florença no século XIV, apesar de compartilhar alguns ideais com os escritores do século anterior, trouxe rupturas importantes com o pensamento medieval. Antes do humanismo, o que se tinha, segundo Bignotto, era um republicanismo cristão.

Ao estudar a obra *De tesoro*, de Latini, Bignotto verificou que já havia componentes humanistas significativos. Havia o forte resgate da obra de Aristóteles, principalmente *Ética a Nicômaco*, a visão de que os conflitos internos poderiam trazer resultados desastrosos à república, bem como a afirmação de que, somente nas repúblicas, as virtudes humanas podem ser completamente desenvolvidas. No entanto, o apego ao cristianismo ainda representava um marcante traço medieval, que só começou a ser suplantado com o humanismo cívico propriamente. Ao relacionar as virtudes de que um governante deveria dispor, Latini importou umas da doutrina cristã e outras da filosofia aristotélica, mas destacou, acima de todas, a fé em Deus e no homem.

Dessa maneira, o autor [Latini] procura demonstrar que suas referências anteriores devem ser compreendidas antes de mais nada dentro do quadro mental que presidia toda a reflexão política medieval e que tinha na afirmação da soberania absoluta de Deus um de seus pontos fortes. Nesse sentido, se os *dictatores* inovavam no tocante aos temas que abordavam, mantinham-se fiéis em sua referência ao cristianismo, quando a questão era pensar a ancoragem última das leis. (BIGNOTTO 2001, 52)

Vários foram os humanistas cívicos que contribuíram significativamente com o republicanismo – Francesco Petrarca, Coluccio Salutati, Leonardo Bruni, Francesco Guicciardini, entre outros. Nicolau Maquiavel será estudado em seguida, à parte, em virtude de sua complexidade e da evolução que representou. Em todos os casos, é notável a influência dos trabalhos de clássicos, como Aristóteles, Políbio e Cícero, no pensamento republicano florentino dos séculos XIV e XV.

1.2.2. O humanismo cívico florentino

Os humanistas desenvolveram um processo de reinterpretação da história que trouxe os valores republicanos para o primeiro plano, elogiou a *vita activa* em detrimento da *vita contemplativa* e situou a cidade em um tempo laico, não escatológico, em que o homem aristotélico¹⁹ pudesse ser plenamente vivenciado. Bruto e Cássio, por exemplo, eram tidos como traidores por Dante, sendo equiparados a Judas, porquanto assassinaram o imperador romano César, que representava Deus sobre os homens. A releitura humanista, contudo, identificou-os como tiranicidas, ou seja, cidadãos que procuraram libertar a república de um dominador subversivo. (POCOCK 1975, vii-80)

O resgate do republicanismo antigo, empreendido pelos humanistas, teve sua grande inspiração na Roma que perdurou entre a queda da monarquia, em 509 a.C., e o estabelecimento do principado pela legião de César, em 27 a.C. Seguidamente a esse período, Cícero e Lívio desenvolveram seus trabalhos inquirindo os motivos da queda da república romana; concluíram que isso se deveu ao fato de a disputa entre facções ter suprimido o arranjo institucional que acomodava o povo, o senado e os magistrados. Para Cícero, a garantia de que ninguém serviria a um senhor, mas ao bem comum, era providenciada pelo equilíbrio – freios e contrapesos – entre esses órgãos. Isso causaria

¹⁹ O homem, segundo Aristóteles, é essencialmente moral e político (*politikón zôon*). A vida política, superior à vida vulgar e à vida contemplativa, tem por finalidade a prática da virtude por meio de uma ética, a ponto de conduzir o homem a um estado permanente de felicidade (eudaimonia). (ARISTÓTELES 2002, 17-39) “Para os humanistas cívicos e para os advogados do *vivere civile*, ela oferecia a teoria que seus compromissos consideravam necessária: uma teoria que retratasse a vida social humana como uma universalidade participativa em vez de uma universalidade contemplativa. Homens particulares com seus valores próprios comungavam em cidadania para perseguir e gozar o valor universal de agir em prol do bem comum e a posse de todos os bens menores.” [Tradução livre do original: “*To the civic humanists and advocates of the vivere civile, it offered the theory which their commitments rendered necessary: one which depicted human social life as a universality of participation rather than a universality for contemplation. Particular men and the particular values they pursued met in citizenship to pursue and enjoy the universal value of acting for the common good and the pursuit of all lesser goods.*”] (POCOCK 1975, 75)

um profundo impacto não apenas no humanismo cívico, mas no republicanismo como um todo. (SELLERS 2001)

É interessante notar que, ainda no período da república, Políbio registrou que o arranjo político romano consistia em uma combinação feliz de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos. Os cônsules eram responsáveis pela execução das leis e pelo controle do exército, o senado propunha as leis e controlava os gastos do orçamento e os conselhos do povo aprovavam as leis e escolhiam os magistrados. Cícero, portanto, não inovou ao identificar no governo misto a razão para o sucesso da república romana. Na sua leitura, esse tipo de constituição concedia um tratamento igualitário entre os cidadãos e, assim, gerava um governo mais estável do que as formas “puras” de governo, porque interrompia os ciclos polibianos e eliminava a causa da degeneração dos regimes. (BOBBIO 2001, 65-76)

Outra grande contribuição de Cícero na virada antiagostiniana do humanismo, também amalgamada com elementos da ética aristotélica, foi o de que a busca da virtude única (*virtus*) pelo homem, garantida por uma boa educação baseada nos clássicos e na retórica, pode levá-lo à excelência na vida pública e ao *vir virtutis*. Em outras palavras, o homem tornar-se-ia realmente viril, capaz de criar seu próprio destino e moldar o mundo social.

Nesse sentido, Francesco Petrarca teve um papel relevante no ocaso medieval, porque, recepcionando Cícero, defendia a possibilidade de o homem alcançar a *virtus*, de atingir a máxima excelência no mundo concreto, na terra. Salientou que ao cidadão era fundamental perseguir todas as virtudes singulares que compunham a *virtus*, inclusive, acima de todas, a fé cristã.²⁰ Petrarca e seus sucessores empoderaram o homem, atribuindo-lhe cada vez mais livre arbítrio e poder sobre o próprio destino, e trouxeram a imagem clássica da deusa Fortuna para limitar e desgovernar a ação humana, que ia, progressivamente, afastando-se da noção de providência divina e aproximando-se da ideia de acaso. “Essa ênfase na capacidade criativa do homem veio a tornar-se uma das doutrinas mais influentes e ao mesmo tempo mais características do humanismo renascentista” (SKINNER 1996, 119).

Não por acaso, o humanismo cívico, na medida em que traz consigo essas ideias, é frequentemente chamado humanismo petrarquiano. (BIGNOTTO 2001, 57-70) À

²⁰ A ideia de várias virtudes que se juntam para compor uma única *virtus* é nitidamente aristotélica. Em *Ética a Nicômaco* (2002), a eudaimonia se alcança precisamente pelo exercício da *virtus*, que era formada por um conjunto de virtudes (sabedoria prática, justiça, temperança, coragem, entre outras).

medida que se resgatava com mais profundidade a história romana, mais ela se distanciava da realidade coeva, dando azo a um “estilo clássico não anacrônico” (SKINNER 1996, 107), bem representado por Petrarca. Ao elogiar a eloquência, atribuindo aristotelicamente à forma a mesma importância que à matéria, orientou a ponte da retórica para a filosofia, da história para a moral, permitindo que o homem avançasse sua consciência sobre a história na busca de uma identidade para o presente.

O renascimento da filosofia aristotélica trouxe consigo o problema de reconciliar a visão helênica de que o homem era feito para viver em uma cidade com a visão cristã de que o homem era feito para viver em comunhão com Deus; mas, apenas quando a república, conforme Roma ou Florença, reclamou para si (por alguma razão) uma história autônoma, começaram a se ampliar novos hiatos entre os dois esquemas de valores.²¹ (POCOCK 1975, 84)

Salutati foi o primeiro humanista a participar ativamente da cena política, tendo sido parte do governo florentino em diversos momentos. As influências religiosas em suas ideias ainda são nítidas. Deus é o autor último das leis; a fortuna, referente aos atos voluntários, e o acaso, referente a causas naturais, são, ambos, manifestações divinas. Apesar das graves contradições dedutíveis, Salutati afirma que é vontade de Deus que as cidades e o direito sejam instituídos. A liberdade de uma cidade, para ele, consistia em estar livre da dominação externa e em garantir-se o julgamento baseado em leis geradas a partir da concordância dos cidadãos.²² (BIGNOTTO 2001, 70-105; 117-22)

Florença vivia sob um regime de relativa liberdade até a instauração de um principado de fato por Cosimo de' Medici, em 1434. Leonardo Bruni, considerado por alguns como o humanista mais relevante e discípulo de Salutati, publicou sua primeira obra humanista significativa sobre a realidade política e republicana florentina em 1403, a *Laudatio florentinae urbis*. Trata-se de uma análise elogiosa da constituição florentina, em que o autor identifica no funcionamento do governo da cidade uma série de princípios e instituições republicanas de matiz aristotélico.²³

²¹ Tradução livre do original: “*The revival of Aristotelian philosophy carried with it the problem of reconciling the Hellenic view that man was formed to live in a city with the Christian view that man was formed to live in communion with God; but it was only when the republic, in its particularity as Rome or Florence, claimed (for whatever reason) an autonomous history of its own that it began opening new gaps between the two schemes of values.*”

²² O autor não resolve muitas incoerências. Defende a república, mas argumenta que César não foi um tirano, concluindo que seu assassinato foi um crime, porque o povo qui-lo como um imperador, na medida em que não havia alternativa republicana à época. Para Salutati, era coerente defender o império de César, porque, nele, mantinha-se o respeito às leis, que considerava a base de todos os regimes legítimos.

²³ Cerca de um século mais tarde, Maquiavel observaria, no 49º capítulo do primeiro livro dos *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* (1971), que Florença nunca havia sido uma república, mas uma oligarquia: “Como se vê, isso ocorreu com a cidade de Florença, que, por ter seu início se sujeitado ao Império Romano e por ter sempre existido sob o governo de outrem, permaneceu submissa por

Em Florença, o Executivo (*Signoria*) sofria limitações em seu poder por meio de dois conselhos de cidadãos, o do Povo e o dos Comuns, que totalizavam mais de quinhentas pessoas. Todos os cidadãos tinham oportunidade de participar do governo e o mandato nos cargos do Executivo tinha curta duração – no máximo, seis meses. Embora, na prática, o acesso a cargos decisórios restringia-se a seletos grupos, essa tendência aristocrática era equilibrada tanto pela alta rotatividade dos cargos quanto pelo papel de conselhos populares, de composição mais ampla, que eram convocados para aprovação de reformas constitucionais. (RUBINSTEIN 1990) Bruni enxergava a constituição florentina menos como popular e mais como mista, no sentido aristotélico (POCOCK 1975, 89).²⁴

Laudatio Florentinae urbis é uma peça retórica, que impactou o pensamento político no seu tempo. Aborda Florença como se fosse uma república, ressaltando o seu aspecto de governo popular, o que é lido com algum exagero em face da realidade da época. Sua grande inovação foi não realizar menção a Deus ou à Igreja para legitimar a organização política e a liberdade da cidade; sua legitimação é a sua própria história. (BIGNOTTO 2001, 124-30)

Para Bruni e boa parte dos humanistas, o desenvolvimento da virtude do cidadão exigia que houvesse constante participação nos negócios do governo, na escolha de governantes e magistrados e na produção de leis (POCOCK 1975, 87). Os humanistas

um longo período e sem pensar em si mesma (na sua liberdade): quando, posteriormente, surgiu-lhe a oportunidade de respirar, ela começou a fazer suas instituições, que, misturadas às antigas, que eram ruins, não poderiam vir a ser boas: e assim foi ela administrando-se pelos duzentos anos de que se tem registro, sem nunca ter um Estado que pudesse ser chamado verdadeiramente de república. E essas dificuldades que nela existiam sempre existiram naquelas cidades que se iniciaram de forma similar. E, embora muitas vezes se tenha dado, por meio de sufrágios públicos e livres, ampla autoridade para que alguns cidadãos pudessem reformá-la, eles nunca a organizaram a favor do bem comum, mas sempre aos seus próprios propósitos: que não selou a ordem, mas propiciou mais desordem na cidade. [Tradução livre do original: “*Come si vede che è intervenuto alla città di Firenze; la quale, per avere avuto il principio suo sottoposto allo Imperio romano, ed essendo vivuta sempre sotto il governo d'altrui, stette un tempo abietta, e senza pensare a sé medesima: dipoi, venuta la occasione di respirare, cominciò a fare suoi ordini; i quali sendo mescolati con gli antichi, che erano cattivi, non poterono essere buoni: e così è ita maneggiandosi, per dugento anni che si ha di vera memoria, senza avere mai avuto stato, per il quale la possa veramente essere chiamata repubblica. E queste difficoltà, che sono state in lei, sono state sempre in tutte quelle città che hanno avuto i principii simili a lei. E, benché molte volte, per suffragi pubblici e liberi, si sia data ampla autorità a pochi cittadini di potere riformarla; non pertanto non mai l'hanno ordinata a comune utilità, ma sempre a proposito della parte loro: il che ha fatto, non ordine, ma maggiore disordine in quella città.*”]

²⁴ Encontra-se no Livro III da *Política* (1999) a ideia de que um cidadão se define como tal a partir da possibilidade de participar do governo. A constituição mista aristotélica é composta de elementos democráticos e aristocráticos, pois esse equilíbrio permite que sobrevivam por mais tempo, conforme o Livro VI da mesma obra. O elemento monárquico no âmbito da constituição mista surgiu apenas nos trabalhos de Políbio. Leonardo Bruni, falecido em 1444, não teve acesso às *Histórias* de Políbio, que apenas ficaram disponíveis em outra língua, além do grego, no início do século XVI (POCOCK 1975, 77).

definiam liberdade – “a verdadeira liberdade”, para Bruni – como independência (estar livre da interferência externa) e autogoverno (participação efetiva na condução política da cidade). Para uma vida política sadia, por sua vez, é necessário que os cidadãos tenham espírito público – os humanistas desse período não atribuíam tanta importância ao desenho institucional – e que sejam valorizados pela sua capacidade de empenho em prol do bem comum e não por sua descendência ou por sua riqueza. (SKINNER 1996, 98-105)

Assim como Bruni, Giovanni Cavalcanti enxergava uma inclinação aristocrática na república de Florença pouco antes de os Medici ascenderem ao poder. Julgava assistir ao declínio da participação política, na medida em que via o poder *de facto* restrito a poucas pessoas, embora, aparentemente, mais pessoas participassem do governo. Nas decisões da oligarquia escondida atrás da república de fachada, as concepções sobre o bem levadas em consideração não eram as de muitos, mas de poucas pessoas, o que atribuía um caráter tirânico à república. (POCOCK 1975, 91-6)

Quando, em 1434, Cosimo de’ Medici assumiu o poder e instaurou um principado de sua família que duraria sessenta anos, o regime que sobreveio não foi uma tirania propriamente dita; as experiências republicanas não foram completamente suprimidas, embora tivessem sido menos importantes. O sistema eleitoral foi mantido, entretanto realizado em conselhos cada vez mais raros e compostos por pessoas cada vez mais leais ao regime. A mobilidade e a possibilidade de participação no governo também permaneceram, apesar de mais restritas às preferências dos dirigentes, que, por sua vez, tinham um papel muito mais centralizador em todo esse processo. O Conselho do Povo e o Conselho dos Comuns foram substituídos por um único conselho, que era composto apenas por líderes do regime. (RUBINSTEIN 1990)

Embora as mudanças não tenham sido tão bruscas, sobretudo porque o regime anterior havia sido mais uma aristocracia do que uma república, ganhou força o movimento humanista, que formava uma consciência coletiva de que Florença só seria livre sob um regime republicano.²⁵ A inspiração era a cidade de Veneza e sua constituição mista, que tinha adquirido feições aristotélicas no discurso político florentino. Julgava-se ser Veneza, *la Serenissima*, um modelo perfeito de república, apto a ser imitado. Havia, nessa ideia, contudo, um problema que iria refletir-se, mais

²⁵ Esse movimento foi bastante aguçado a partir de 1458, quando Cosimo de’ Medici adotou posturas lidas como tirânicas. Participaram desses ataques humanistas ao governo, entre outros, Francesco Patrizi e Alamanno Rinuccini. (SKINNER 1996, 173)

tarde, nos trabalhos de Maquiavel e Montesquieu: a divisão de funções no governo da cidade entre um Doge (primeiro magistrado), um Senado e um *Consiglio Maggiore*, que supostamente lhe garantia o equilíbrio para perdurar ao longo dos séculos, era esmaecida pelo fato de que a cidadania era bastante limitada, permitindo que poucas e tradicionais famílias participassem do governo.

Independentemente da discussão se Veneza era uma aristocracia ou uma república, o mito ganhou força e, quando a dinastia dos Medici foi deposta, em 1494, instituiu-se uma constituição composta por um *Gonfaloniere*, uma *Signoria* e um *Consiglio Maggiore*.²⁶⁻²⁷ Neste, havia, diferentemente de Veneza, ampla participação, um caráter democrático frequentemente associado à natureza participativa do povo florentino. (POCOCK 1975, 100-4)

A grande massa de grupos sociais, antes excluída da participação política pela oligarquia fortemente hierárquica dos Medici e agora sedenta por cidadania, colaborou para que o *Consiglio Maggiore* ampliasse significativamente os requisitos para quem quisesse participar, instituindo um *governo largo*, em oposição ao *governo stretto* do regime anterior. A aptidão para ser membro do *Consiglio Maggiore* passou a ser restrita somente pela lei e não mais por escrutínios enviesados da oligarquia mediceana.

A disputa entre os partidários do *governo largo*, a maior parte do *popolani*, e os defensores do *governo stretto*, compostos pela antiga elite que temia perder força política, marcou o processo de instauração do novo regime. Derrotados na “constituente”, a antiga elite não deixou de advogar indiretamente contra o papel do *Consiglio Maggiore* e sua composição, conseguindo, por exemplo, que o cargo de *Gonfaloniere* passasse a ser vitalício posteriormente. Piero Soderini, eleito para o cargo, manteve-se nele por cerca de dez anos, acumulando opositores progressivamente, até que, em 1512, os Medici retornaram à cidade e ao poder.

No entanto, a posição privilegiada dos Medici em Florença não deixou de ser contestada, na medida em que se passaram duas décadas antes que o *principato* fosse institucionalmente reconhecido. Não surpreende o fato de que, nesse período, o debate político e ideológico sobre a melhor forma de

²⁶ Na analogia de uma constituição mista, o *Gonfaloniere* correspondia ao elemento monárquico, a *Signoria* tinha o papel aristocrático e o *Consiglio Maggiore*, às vezes também denominado *Consiglio Grande*, representava o elemento democrático.

²⁷ Pocock salienta que a linha aristotélica não foi a única a ser exercitada na defesa da república florentina, ao lembrar a importância do pensamento e da ação do neoplatônico Girolamo Savonarola para o surgimento da nova constituição e a instauração da república. Savonarola combinava o aristotelismo próprio do humanismo cívico com o platonismo associado ao cristianismo, expresso em uma linguagem apocalíptica. No pensamento de Savonarola, Florença evoluía em uma escatologia em que, por meio da forma republicana de governo, que não era a melhor, mas a mais factível, ela alcançaria a perfeição e tornar-se-ia a cidade de Deus. (POCOCK 1975, 105-13)

governo para Florença tenha alcançado seu máximo. Nesse contexto, o *Consiglio Maggiore* foi amplamente discutido, apesar do esforço dos Medici para eliminar os vestígios de sua existência, e, no debate, surgiram afinidades e diferenças entre os republicanos florentinos, que não chegavam a um acordo sobre o significado político que deveria ser atribuído a essa instituição. Foi um período de pensamentos intensos sobre política, a era de Maquiavel, Guicciardini e Giannotti, para mencionar apenas alguns dentre muitos.²⁸ (SILVANO 1990, 54)

Muito de comum havia entre estes e os primeiros humanistas, que haviam escrito no início do século XV. Compartilhavam, obviamente, os valores centrais de independência e autogoverno – liberdade política –, expressos no orgulho cívico e no patriotismo do povo, desenvolvendo seus argumentos de forma a buscar meios de efetivar esses ideais e de evitar os riscos de serem perdidos. Concordavam que a melhor forma de evitar a corrupção e estimular a virtude na população é envolvê-los, ao máximo, na gestão da coisa pública. Ambas as gerações condenavam o excesso de riqueza privada e os costumes suntuosos, na medida em que deturpadores da virtude cívica. Outro pensamento comum é o de que se tem como requisito para a boa saúde de uma república que os próprios cidadãos lutem no exército, em vez de atribuir essa tarefa a tropas mercenárias.²⁹

²⁸ Tradução livre do original: “*Medicean lordship in Florence did not, however, go unquestioned since it took about two decades before de principato could be institutionally recognised. It is hardly a surprise then that during this period the political and ideological debate on the best form of government for Florence reached its peak. In this context the Consiglio Maggiore was broadly discussed, despite the effort of the Medici to cancel its memory. In this debate, affinities and dissimilarities emerge among Florentine republicans, who could not agree on the political significance to be attached to this particular institution. This was a period of intensive thinking about politics, the age of Machiavelli, Guicciardini and Giannotti to mention only a few among the many.*”

²⁹ A análise do republicanismo aqui empreendida não se imiscuirá em questões de defesa armada da república. Importa aqui dizer que um forte elemento democrático em uma boa república aristotélica é a defesa da cidade pelo povo. O recurso a mercenários é visto, já por Aristóteles, como um sinal de fraqueza e de divisões internas, frequentemente associado a uma oligarquia ou a uma tirania, assunto que é abordado no Livro V da *Política* (1999): “Uma oligarquia está sujeita a revoluções tanto na guerra quanto na paz; na guerra, porque, não podendo confiar no povo, os oligarcas são forçados a contratar mercenários e o general que está no comando frequentemente se torna um tirano, como Timófanos em Corinto; ou, se há mais de um general, eles se tornam um conjunto de tiranos” (118); “A ideia de um rei é ser o protetor dos ricos contra tratamentos injustos, do povo contra insultos e opressões. De outro lado, um tirano, como já se repetiu, não tem qualquer consideração pelo interesse público, exceto quando é meio para os seus próprios fins particulares; seu objetivo é o prazer, o objetivo de um rei, a honra. Mesmo em seus desejos eles diferem; o tirano deseja riquezas, o rei, tudo o que traz honra. E os guardiães de um rei são os cidadãos, ao passo que os do tirano são os mercenários.” (128) [Tradução livre do original: “*Oligarchy is liable to revolutions alike in war and in peace; in war because, not being able to trust the people, the oligarchs are compelled to hire mercenaries, and the general who is in command of them often ends in becoming a tyrant, as Timophanes did at Corinth; or if there are more generals than one they make themselves into a company of tyrants*” (118); “*The idea of a king is to be a protector of the rich against unjust treatment, of the people against insult and oppression. Whereas a tyrant, as has often been repeated, has no regard to any public interest, except as conducive to his private ends; his aim is pleasure, the aim of a king, honor. Wherefore also in their desires they differ; the tyrant is desirous of riches, the*

Todavia, uma mudança notável de orientação nos escritos dos novos humanistas é a progressiva valorização dos aspectos institucionais de um regime de governo e de uma sociedade, antes característica própria dos pensadores escolásticos, ao lado das preocupações, outrora totalizantes, com a virtude do bom governante ou do espírito cívico do povo. É nesse contexto que a imitação da constituição de Veneza aparece em Florença: os humanistas viam no arranjo institucional veneziano uma boa forma de preservar a liberdade política do povo, albergado pelo *Consiglio Grande*, e os aristocráticos afirmavam que o *Consiglio* experimentado na passagem do século XV para o XVI era diferente do veneziano e desequilibrava o regime perigosamente em direção a uma democracia. (SKINNER 1996, 172-200)

Os humanistas florentinos do século XVI já se mostravam bem apartados de uma visão escatológica e, como forma de argumentação, lançavam mão de um historicismo laico. Francesco Giannotti, considerado um dos maiores estudiosos da constituição veneziana, procurou, a partir da “mecanização da virtude” que ela propiciava, elaborar um modelo de governo para Florença com perfil mais popular, argumentando que se poderia mudar o viés da constituição – de aristocrático para democrático – sem implicar um desequilíbrio no caráter misto. Entre as medidas que defendia para isso, estava a ampliação da possibilidade de participação no *Consiglio Maggiore* a todos os que pagassem impostos.³⁰ (POCOCK 1975, 272-86)

Inicialmente, porém, Giannotti tinha um pensamento marcadamente aristocrático. Em sua visão, uma república deveria satisfazer a ambição dos muitos por liberdade, a dos poucos por honra e por liberdade e a dos muito poucos por autoridade monárquica. Entendia que o papel do povo deveria ser apenas o de um freio nos anseios da minoria aristocrática, que teria papel mais proeminente no governo. Embora quisesse ampliar inicialmente a base do *Consiglio Grande*, defendia que o Senado mantivesse seu papel histórico e prestigioso, ainda que sem suplantá-lo. (SILVANO 1990)

Foi a partir da segunda república florentina que Giannotti passou a ter uma inclinação fortemente democrática, mais até que a vista em Maquiavel. Ao analisar as duas constituições republicanas de Florença, apontou que, apesar de o *Consiglio Grande* ter discursivamente um papel central nos dois momentos, o poder e a direção do estado

king, of what brings honor. And the guards of a king are citizens, but of a tyrant mercenaries” (128).]

³⁰ Giannotti compara essa medida com a história de Veneza, verificando que, desde 1170, havia um *Consiglio Grande*, mas que, a partir de 1297, o acesso a esse órgão ficou, inexplicavelmente, restrito à hereditariedade da nobreza.

eram tidos irresponsavelmente por uma minoria, ou seja, o sistema misto não tinha sido concretizado de fato. Para que isso ocorresse, o povo deveria ter quatro poderes: eleição de magistrados, declaração de paz e de guerra, ouvidoria e legislação.³¹ Giannotti, então, relê a ideia de um governo misto e passa a considerar que não se pode distribuir o poder igualmente entre os três componentes (um, poucos e muitos), porque isso imobilizaria o governo em caso de conflito entre eles. Para que os poderes sejam interdependentes e limitem-se um ao outro, sem paralisar o governo, é preciso que um dos componentes do arranjo misto seja desigualmente preponderante. E, a seu ver, esse componente deveria ser o *popolo*, localizado no *Consiglio*. (POCOCK 1975, 286-320)

Francesco Guicciardini tinha uma posição diferente em relação à maioria dos republicanos, porque defendia um regime de inclinação aristocrática. Como boa parte dos *ottimati*, tinha uma relação ambígua para com os Medici. Por um lado, a elite usufruía da restrição mediceana para a ocupação dos cargos públicos, que lhes eram monopolizados; por outro, sua posição no governo era menos a de um cidadão com liberdade para governar e mais a de um servo submetido ao comando e aos humores do *signore*. Seus escritos, de alguma forma, tentam resolver essa ambiguidade.

Diferentemente do Giannotti tardio, que sugere a ampliação da base do *Consiglio* e a participação ativa do povo na atividade legislativa, Guicciardini, em seu *Discorso de Logrognò*, escrito durante a primeira república florentina, julga que os motivos para a balbúrdia nos regimes romano e ateniense tinha sido precisamente o de se permitir que o *popolo* participasse da deliberação concernente aos tributos e à declaração de guerra ou de paz. O ceticismo em relação à capacidade de o povo adotar juízos sábios, racionais e ponderados é evidente. (BIGNOTTO 2006, 104-5)

Para Guicciardini, não deveria ser papel do *Consiglio Grande* elaborar as leis, mas apenas aprová-las em decisão final, porquanto todas as repúblicas são, em verdade, governadas pelos poucos capazes de fazê-lo, na medida em que possuem a virtude (*virtù*)³² necessária para tal, buscando feitos gloriosos e não se deixando desviar por seus interesses particulares. Apesar disso, entendia, em termos aristotélicos, a importância da atuação política do *popolo*. Isso se dava porque a lei não pode ser

³¹ Para Giannotti, portanto, a falha institucional das duas repúblicas florentinas consistiu em não atribuir esses poderes ao *Consiglio* e, além disso, mesmo em face do insuficiente papel que ele tinha de aprovar ou rejeitar as leis elaboradas pelo Senado, tais leis não tinham o poder de regular as funções militar e judicial.

³² O conceito de *virtù* guicciardiniano é tradicional e atém-se à matriz aristotélica que a identifica, sobretudo, com a prudência. Foi a *virtù* maquiaveliana que trouxe um sentido inovador. (POCOCK 1975, 238)

atribuída a apenas uma minoria, se irá vincular a todos, bem como porque a sua atuação impedirá mudanças negativas na forma de governo.

A tradição aristotélica diferenciava, inequivocamente, os cidadãos entre os muitos, que não possuíam motivo nem conhecimento para enxergarem além de suas preocupações particulares, e os poucos, que buscavam e tinham competência para exercer uma maior parte do controle dos assuntos públicos; isso indicava que os poucos sempre exerceriam um poder desproporcional ao seu número e que o problema se tratava de conceber um quadro institucional – a *politeia* – que prevenisse os excessos dessa desproporção e garantisse que a minoria governante exercesse seu mister também à luz do bem dos outros. Guicciardini não representa uma exceção a essa ideia: de um lado, ele insiste que os poucos muito participativos só podem funcionar no âmbito de uma maioria pouco (mas ainda) participativa; de outro, está constantemente propondo mecanismos para prevenir os governantes em todos os três níveis de se distraírem pela busca de seus objetivos privados. Seu pensamento é formalmente aristocrático, mas nunca oligárquico.³³ (POCOCK 1975, 132-3)

Em sua visão, o retorno dos Medici abalou o caráter do povo florentino, porque não respeitou seu apetite histórico por participação no governo da cidade. No primeiro regime, em que o poder não estava localizado na mão de ninguém, os Medici, pouco a pouco, dele foram se vestindo. No novo regime, porém, a brutalidade e a ríspida tomada do comando da cidade violentaram uma cultura fortemente consolidada nos anos anteriores, simbolizada na força atribuída ao *Consiglio Grande*, agora suprimido. Em face dessa inovação, a dinastia passava a ter como inimigos tanto a elite quanto o povo. (POCOCK 1975, 114-55)

Em seu *Dialogo del reggimento di Firenze*, Guicciardini deixa transparecer que, quando se refere à natureza participativa do povo florentino, refere-se mais à aristocracia governante que ao *universale*, e que valoriza mais a experiência e o saber prático de um governante do que o estudo da história ou da filosofia. Ao discutir o que significa liberdade, trabalha com uma dialética que opõe o seu significado como virtude e participação no governo ao sentido de que a lei garante ao cidadão o que é seu (*suum*

³³ Tradução livre do original: “The Aristotelian tradition unequivocally differentiated citizens into the many, with neither the motive nor the knowledge to look far beyond their own affairs, and the few who sought, and had the capacity to exercise, a greater share in the control of affairs; it indicated that the few would always exercise power disproportionate to their numbers, and that the problem was to devise an institutional framework – the *politeia* – which would prevent this disproportion from running to excess and ensure that the preponderant minority governed with an eye to the good of others beside themselves. Guicciardini is plainly no exception here: on the one hand he insists that the highly participant few can function only in the context of a less participant (but still participant) many, and on the other he is constantly proposing devices to prevent decision-makers at all three levels from being distracted by the pursuit of their private ends. His thought is formally aristocratic, but never oligarchic.”

cuique tribuere), sem precisar se submeter ao poder de uma pessoa específica para que isso lhe seja garantido.³⁴

Guicciardini, nessa obra, uma das últimas que escreveu, já não romanceia tanto a posição do *popolo*³⁵ e contrapõe-se tanto a uma república do povo quanto ao principado misto dos Medici, defendendo mais uma aristocracia propriamente do que uma república aristocrática. Vislumbrava como o modelo institucional ideal para Florença o arranjo alcançado em Veneza, não refutando seu caráter aristocrático, diferentemente dos primeiros humanistas que viam naquele modelo uma boa solução para o governo florentino. Maquiavel, seu contemporâneo, tinha posições claramente opostas a muitas das suas ideias, como se verá. (POCOCK 1975, 219-71)

1.2.3. As contribuições de Maquiavel

A importância de Nicolau Maquiavel (Niccolò di Bernardo dei Machiavelli) para o republicanismo é central. Na tradição republicana, ele pode ser considerado o principal pensador desde a queda de Roma até a Revolução Americana. Ao mesmo tempo em que trazia consigo a tradição humanista, na medida em que vivia na Florença dos séculos XV-XVI³⁶, rompeu com importantes interpretações históricas sobre as ideias e as instituições do republicanismo cívico, reorientando, doravante, a pesquisa

³⁴ É interessante notar que, no primeiro livro do *Dialogo del reggimento di Firenze*, Guicciardini antecipa nitidamente um debate que ganhou posição central na filosofia política do século XX, bem resumido neste trecho: “Seus filósofos, ou, como você disse, políticos, são testemunhas abundantes disso ao preferirem o governo de um homem, quando bom, à liberdade de uma cidade; e razoavelmente, porque a liberdade não tem por fim que cada um se intrometa na atividade de governar, mas seu intento é que se conservem as leis e o bem comum, os quais, quando um governa bem, conservam-se melhor sob ele do que em outro governo.” [Tradução livre do original: “*E' vostri filosofi, o come tu dicesti ora, politici, ne sono abundantissimi testimoni, che ordinariamente approvano più la autorità di uno quando è buono, che la libertà di una città; e ragionevolmente, perché chi introdusse le libertà non ebbe per suo fine che ognuno si intromettesse nel governare, ma lo intento suo fu perché si conservassino le leggi ed el bene commune, el quale, quando uno governa bene, si conserva meglio sotto lui che in altro governo*”] (GUICCIARDINI 1932, 18). A oposição entre liberdade positiva e liberdade negativa, bem como em que medida ela é aplicável ao republicanismo, será abordada na subseção 1.3.1.

³⁵ Pocock, em outro trecho, deixa a mensagem de Guicciardini ainda mais clara: “Se a elite deveria realmente conduzir uma competição em excelência, eles precisariam do povo (ou dos Medici) como audiência e julgadores; mas se eles estiverem competindo mesmo por poder e ascensão, eles precisariam do povo (ou dos Medici) para limitar a competição por meio da mitigação de seu poder.” (233) [Tradução livre do original: “*If the elite were really to conduct a competition in excellence, they needed the popolo (or the Medici) as audience and judges; but if what they were competing for was really power and ascendancy, they needed the popolo (or the Medici) to limit the competition by limiting the power.*” (233)]

³⁶ Maquiavel nasceu em 3 de maio de 1469, em Florença, e iniciou sua participação nos negócios públicos em 1498. Faleceu no dia 21 de junho de 1527, depois de ser sustentado pelos Medici nos seus últimos seis anos de vida. (SKINNER 1988)

histórica, a elaboração argumentativa e a visão sobre o próprio homem, chave para toda a construção institucional dos governos ditos republicanos que daí vieram a se desenvolver.

Estudar Maquiavel requer desvesti-lo de seu caráter mítico e, ao mesmo tempo, encará-lo como um autor complexo. Sua obra não pode ser resumida sob uma única visão coerente e duradoura; não há epítome breve que retrate suas ideias com toda a fidelidade necessária. Diversamente da abordagem humanista tradicional, não há panegíricos em seu discurso. Maquiavel é cru, frio e pragmático em suas análises, o que lhe rendeu a pecha açodadamente atribuída, mas aparentemente indelével, refletida na carga pejorativa atribuída ao seu nome na atualidade, conforme se lê do significado do adjetivo maquiavélico impresso no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (HOUAISS e VILLAR 2001, 1845): “(...) **2 fig.** que envolve perfídia, falsidade; doloso, pérfido <*plano m.*> **3 fig.** que se caracteriza pela astúcia, duplicidade, má-fé; ardiloso, velhaco <*governante m.*> (...)”. Estudar a obra de Maquiavel é, antes de tudo, vencer preconceitos e visões parciais.³⁷

Os trabalhos de Maquiavel refletem o conturbado contexto político em que viveu, um período em que os *signori* dominavam boa parte das cidades italianas e o republicanismo florentino lutava para não deixar a cidade seguir o mesmo caminho. Um fato revelador sobre suas obras é que Nicolau Maquiavel não pertencia à aristocracia e, embora membros de sua família já tivessem participado do governo, ele também não se incluía no *popolo* – não podia candidatar-se ao *Consiglio* –, não possuindo pleno *status* de cidadão, mesmo nos períodos em que Florença viveu declaradamente sob uma república. Isso não impediu que ele assumisse cargos públicos, notadamente o de diplomata, que assumiu, ainda jovem, em virtude da ideologia humanista compartilhada por sua família e pela chancelaria, permanecendo no cargo até 1512. (SKINNER 1988)

Apesar de, nesse período, ter adquirido uma vasta experiência em questões militares e internacionais, foi apenas quando deixou o cargo de diplomata que passou a escrever sobre sua cidade e sobre as ideias republicanas. Foram, portanto, quinze anos de rica produção intelectual, que modificou a percepção que se tem da política, do direito e da cidadania para sempre. Sua experiência como diplomata explica por que a primeira produção de Maquiavel se voltou à consolidação do estado territorial, que era

³⁷ Não é apenas na linguagem vulgar que Maquiavel é demonizado. Maurizio Viroli (1990) inventaria críticas dos séculos XVI e XVII que viram nele um corrompedor da verdadeira ideia de política aristotélica, transformando-a em arte da tirania.

fraco em suas relações com o exterior e tinha muitas debilidades internas. Seu dilema era lidar com a proteção das pequenas cidades-estados do norte da Itália em um momento em que, na Europa, começavam a aparecer os grandes estados.³⁸ A solução que via para Florença era expandir para não morrer. (GUARINI 1990)

Sua primeira grande obra ainda reflete essas preocupações. O objetivo central d’*O príncipe (Il Principe)* é discutir “(...) como eles [os novos príncipes] podem não apenas ‘*conservare lo stato*’, mas, também, expandi-lo, na medida em que, àquele tempo, isso era necessário para sobreviver – e reforçá-lo, equipando-o com suas próprias forças armadas”³⁹ (GUARINI 1990, 31). Para Maquiavel, é o povo, virtuoso e participativo, por meio do *vivere civile*, que poderia dominar a fortuna. Na medida em que a alternativa republicana parecia ter fracassado, ele especula, nessa obra, se haveria alguma *virtù* que permitisse que um homem, não inserido na sociedade, por ele mesmo, inovasse e impusesse uma forma sobre a fortuna.⁴⁰ Esse homem – o novo príncipe – distinguia-se de um rei, porque lhe faltava legitimidade.⁴¹ Isso o submetia de maneira mais intensa aos caprichos da fortuna, na medida em que ele necessariamente teria inovado, rompendo com costumes e com o regime anterior. Essa situação trazia-lhe instabilidade e exigia-lhe destreza (*virtù*) na condução do governo. (POCOCK 1975, 156-61)

O príncipe foi escrito na segunda metade de 1513, tendo sido concluído ao cabo daquele ano. Escrita um ano após a retomada do poder pelos Medici, é uma obra expressamente dedicada “para o Magnífico Lourenço de Médicis”, para quem

³⁸ Segundo Norberto Bobbio, “a Europa dos tempos de Maquiavel oferecia ao observador desinteressado o espetáculo dos *regna* – como a Inglaterra, a França, a Espanha –, que se tinham formado gradualmente depois da dissolução do Império Romano (alguns dos quais se vinham transformando nos grandes Estados territoriais que originaram o ‘Estado’ moderno) e das *civitates*, que se tinham expandido, dominando o território vizinho, inclusive outras cidades menores, e que eram governadas por senhores temporários e eletivos ou por conselhos de notáveis ou de representantes” (2001, 84).

³⁹ Tradução livre do original: “(...) *how they can not only ‘conservare lo stato’, but also enlarge it, as was at that time necessary for survival – and reinforce it, endowing it with its own armed forces.*”

⁴⁰ *Fortuna*, a deusa romana recuperada pelos humanistas, era mulher e, assim, poderia ser seduzida pelas qualidades viris de um homem bravo. Todo grande líder precisa, em alguma medida, dos favores da fortuna. (SKINNER 1988) “No entanto, visto que não é nulo o nosso livre arbítrio, creio poder ser verdadeira a arbitragem da fortuna sobre a metade das nossas ações, mas que *etiam* ela tenha-nos deixado o governo da outra metade, ou cerca disso. E eu a comparo a um destes rios torrentosos que, em sua fúria, inundam os plainos, assolam as árvores e as construções, arrastam porções do terreno de uma ribeira à outra: todos, então, fogem ao seu irromper, nenhum homem resiste ao seu ímpeto, cada qual incapaz de opor-lhe um único obstáculo. E, em que pese a assim serem [esses rios], aos homens não é vedada, em tempos de calmaria, a possibilidade de obrar preventivamente diques e barragens, de sorte que, em advindo uma nova cheia as suas águas escoem por um canal ou que o seu ímpeto não seja nem tão incontrolável, nem tão avassalador.” (MAQUIAVEL 2001, 142-3)

⁴¹ Para Pocock (1975, 163), a grande originalidade d’*O príncipe* é que ele é um estudo que se concentra na política deslegitimada.

Maquiavel pretende oferecer seus préstimos e sua submissão. (MAQUIAVEL 2001, 3-4). Segundo Quentin Skinner (1988, 41), “(...) a principal preocupação de Maquiavel naturalmente consistia em deixar claro aos Medici que ele era um homem que valia a pena empregar, um perito que seria bobagem descartar”. Tratava-se de um gênero literário relativamente comum à época, o de aconselhamento de príncipes.

Contudo, Skinner (1996) observa que, nessa obra, Maquiavel forja um novo conceito de *virtù*, passando a distingui-la da virtude tradicionalmente discutida pelos humanistas cívicos, que tinha origem na ética aristotélica, misturada ao cristianismo medieval.⁴² A manutenção dos domínios pelo príncipe nem sempre seria alcançada por meio de qualidades como temperança e frugalidade; muitas vezes poderiam exigir que o príncipe agisse dissimulada ou injustamente. Tomás de Aquino sustentava que o governante virtuoso era aquele que resistia às tentações mundanas, como a glória e a riqueza. Maquiavel, pelo contrário, juntava-se a Cícero e a Tito Lívio para sustentar que a conquista desses atributos representavam o maior objetivo a ser buscado. (SKINNER 1988, 52)

Para Maquiavel (2001), por exemplo, quando for necessário, os príncipes não devem procurar manter sua palavra, porque obterão mais êxito se ludibriarem, com desenvoltura, a opinião pública. Um príncipe não deve preocupar-se com as infâmias eventualmente adquiridas por agir com perfídia, se os fatos exigirem-no. No Livro XVII, quando analisa se, para um príncipe, é melhor ser amado que temido ou o contrário, salienta que, para um novo príncipe manter seu domínio, é irremediável que seja – e tenha fama de – cruel: “Dizem que o ideal seria viver-se em ambas as condições, mas, visto que é difícil acordá-las entre si, muito mais seguro é fazer-se temido que amado, quando se tem de renunciar a uma das duas” (95). O sentido da *virtù* maquiaveliana, n’*O príncipe*, é espelhado pelos heróis do autor, entre os quais estão Alexandre VI, que sempre iludiu o povo e fez juramentos ao vento, tendo tudo retornado a seu favor (101), Aníbal, cuja “inumana crueldade” permitiu que alcançasse “admiráveis feitos” (97), e Severo, que sempre reinou venturosamente devido à sua *virtù* em cometer contra o povo todo o tipo de arbitrariedade (112-4).

De acordo com a análise de Pocock (1975, 172-82), o novo príncipe enquadra-se na categoria de “inovador”, junto com os legisladores e os profetas. Tinha o desafio de impor uma nova ordem, composta por novas instituições, sem que pudesse, ao mesmo

⁴² Essa questão já foi abordada nas notas de rodapé nº 20 e nº 32.

tempo, lançar mão de medidas que saíssem do seu controle e passassem a ser governadas pela fortuna. Se o príncipe conseguisse conduzir equilibradamente a tensão entre a *virtù* e a fortuna, passaria a ter, com o tempo, legitimidade suficiente para não depender mais da segunda.

O Maquiavel que mais interessa ao republicanismo, no entanto, só aparece com seus contornos mais bem definidos na obra *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio* (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*), escrita entre 1513 e 1521. Trata-se de comentários aos primeiros dez livros da *História*, escrita por Tito Lívio. A obra foi fruto de discussões com outros simpatizantes das repúblicas que se encontravam periodicamente nos *Orti Oricellari*, em Florença. (SKINNER 1988, 81) Enquanto *O príncipe* inicia-se com uma tipologia de principados, os *Discorsi* fazem o mesmo em relação às repúblicas.⁴³ Foi nesta obra que Maquiavel apresentou guinadas em defesa das repúblicas que marcaram o desenrolar das ideias republicanas até a contemporaneidade.

Logo no início da obra, Maquiavel deixa claro que liberdade identifica-se com autogoverno e, apenas com o governo pelo povo, pode uma cidade expandir-se e adquirir riqueza. A glória cívica apenas poderia ser alcançada se a cidade tivesse sido livre desde o início. E, embora a vida política de Florença não seja tema da obra, Maquiavel destaca que a cidade nunca fora livre e, portanto, nunca pudera ser uma república de verdade.⁴⁴

A maior ruptura de Maquiavel com o humanismo cívico foi a sua visão sobre os conflitos políticos no seio da sociedade. A tradição humanista enxergava na discórdia civil um dos maiores perigos para a república, dando origem a facções que passavam a buscar o poder para satisfazer aos seus próprios interesses. Exatamente por isso, Veneza era profundamente admirada, porque conseguia manter uma república institucionalmente estável, sem conflitos entre os grupos sociais que a compunham.

Pode-se dizer que Maquiavel, ao estudar o caso romano, propõe um giro democrático na percepção de uma boa república. Diferentemente de outros casos, que tiveram boas leis desde o início ou que propiciaram uma integração pacífica entre o um,

⁴³ Nos primeiros dois capítulos do primeiro livro dos *Discursos*, respectivamente, Maquiavel discute e compara o nascimento de algumas cidades (Atenas, Veneza, Ragusa, entre outras) a Roma e separa as cidades que já surgiram autogovernando-se das que surgiram sob o jugo de outrem. (MAQUIAVEL 1971, 3-15) É interessante notar, como bem observa Skinner, que, nesses capítulos, por meio da aplicação da teoria polibiana dos ciclos inevitáveis das formas de governo, Maquiavel já identifica a república como um fenômeno que possui ascensão e queda, bem situado no tempo e praticamente nada escatológico. (SKINNER 1996, 207)

⁴⁴ V. nota nº 23 *supra*.

os poucos e os muitos, Roma teve uma história bastante acidentada. A monarquia de Rômulo caiu e, instituída a república, seguiram-se décadas de conflitos internos, que garantiram estabilidade e força para que Roma se expandisse. Na visão de Maquiavel, as ações virtuosas e a participação dos cidadãos davam-se, sobretudo, no campo da contingência histórica. A república era um produto dos homens em sociedade, uma constante mutação autogovernada, porém contingente. (POCOCK 1975, 186-92) Para Maquiavel, a liberdade de Roma era garantida pelas brigas internas e não pela comunhão de valores ou ideias entre o um, os poucos e os muitos, conforme o quarto capítulo do primeiro livro dos *Discursos*:

Eu digo que quem condena os tumultos entre os nobres e os plebeus parece-me condenar as principais causas da liberdade de Roma e prestar mais atenção aos barulhos e aos gritos que apareciam nesses tumultos do que aos efeitos benéficos que eles carregavam. Não considera que, em qualquer república, há dois pontos de vista – o do povo e o da nobreza – e que todas as leis que são feitas em prol da liberdade resultam de sua desunião (...).⁴⁵ (MAQUIAVEL 1971, 17)

Outro aspecto relevante na análise de Maquiavel é que, em Roma, a guarda da liberdade era posta na mão do povo e esta é considerada pelo autor a melhor fórmula. É por meio de um povo armado que se conseguem condutas virtuosas na condução da *res publica*. A partir dessa afirmação, ele rompe, mais uma vez, com a tradição humanista, que considerava o caráter pacífico do povo um dos ingredientes do sucesso de uma república. (POCOCK 1975, 194-218) Skinner salienta que, embora *O príncipe* e os *Discursos* tenham objetivos diferentes, o conceito de *virtù* é o mesmo nas duas obras. A diferença é que, na primeira, o autor preocupa-se com a *virtù* do novo príncipe, ao passo que, na segunda, com a *virtù* do cidadão. O cidadão, assim, poderia utilizar de qualquer método cruel ou enganoso se a liberdade da república estivesse em xeque.⁴⁶ (SKINNER 1996, 203-4)

⁴⁵ Tradução livre do original: “*Io dico che coloro che dannono i tumulti intra i Nobili e la Plebe, mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma; e che considerino più a’ romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano, che a’ buoni effetti che quelli partorivano; e che e’ non considerino come e’ sono in ogni repubblica due umori diversi, quello del popolo, e quello de’ grandi; e come tutte le leggi che si fanno in favore della libertà, nascano dalla disunione loro (...).*”

⁴⁶ Maquiavel explicita isso no capítulo 41 do terceiro livro dos *Discorsi*: “Tal coisa merece ser notada e observada por qualquer cidadão que se encontra na posição de aconselhar sua pátria: porque, quando a segurança da pátria está em jogo, não se deve ter qualquer consideração sobre o que é justo ou injusto, piedoso ou cruel, louvável ou ignominioso; em vez disso, para além de qualquer outra consideração, deve-se considerar tudo o que venha a salvar a vida da pátria e manter sua liberdade.” [Tradução livre do original: “*La quale cosa merita di essere notata ed osservata da qualunque cittadino si truova a consigliare la patria sua: perché dove si delibera al tutto della salute della patria, non vi debbe cadere alcuna considerazione né di giusto né d’ingiusto, né di piatoso né di crudele, né di laudabile né d’ignominioso; anzi, posposto ogni altro rispetto, seguire al tutto quel partito che la salvi la vita e manteghile la libertà*”] (1971, 376).

Para Maquiavel, o aparato institucional de um Estado (*forma*) tem o objetivo de conduzir a estabilidade da república e prevenir que a virtude seja perdida e a corrupção generalizada nasça no corpo moral (*materia*).⁴⁷ As instituições romanas foram essenciais para sua grandeza e o primeiro livro dos *Discursos* é dedicado a estudá-las – “suas instituições, seus arranjos constitucionais, seus métodos para organizar seus cidadãos e submetê-los à lei” (SKINNER 1988, 96). Foi o fato de Roma ter adotado uma constituição mista que permitiu sua prosperidade, na medida em que acomodou institucionalmente os conflitos entre a plebe, o Senado e os cônsules.

A solução, argumenta Maquiavel, consiste em organizar as leis relativas à constituição de modo a produzir uma relação de equilíbrio tenso entre essas forças sociais opostas, na qual cada uma das partes permanece envolvida com os negócios do governo, e cada uma “mantém a outra sob vigilância” para impedir tanto “a arrogância do rico” quanto a “licenciosidade do povo”. (SKINNER 1988, 103)

Se, por um lado, Maquiavel parece ter deixado o humanismo cívico para trás, por outro, utiliza uma série de argumentos que o permite ser situado no âmbito da tradição humanista. Na tradição do humanismo cívico, a política, entendida como uma filosofia da cidade, tem como objetivo construir e moldar as instituições para lidarem com problemas concretos das vidas das pessoas, chegando ao ponto de orientar as próprias paixões e inclinações dos cidadãos. Maquiavel compartilha dessa ideia. Aos que o criticam sustentando que Maquiavel transformou a política de “arte do entendimento” em “arte do desentendimento”, Maurizio Viroli (1990) responde que isso não ocorreu e que seu único propósito era mostrar que a política deveria estar apta a lidar com a discórdia civil.⁴⁸⁻⁴⁹

⁴⁷ A oposição entre forma e matéria é claramente a aplicação da distinção aristotélica verificada na *Metafísica* (ARISTÓTELES 2006).

⁴⁸ Viroli ainda desmonta a pecha atribuída a Maquiavel de ter defendido a tirania n’*O príncipe*, demonstrando que, em nenhum momento daquela obra, a palavra *politico* é usada.

⁴⁹ Mesmo essa diferença fundamental no conceito de política teria sido relativizada em trechos de sua obra, quando veio a afirmar que a liberdade de Roma teria durado mais se ela fosse uma república mais tranquila. A análise da obra *Istorie Fiorentine* feita por Gisela Bock revela a complexidade que os argumentos de Maquiavel carregam, desautorizando uma leitura superficial de sua obra, e reinserindo-o, ainda que parcialmente, no quadro do humanismo cívico: “De acordo com Maquiavel, romanos e florentinos lidavam com suas discordâncias internas de maneiras bastante diversas: ‘As primeiras disputas entre os nobres e o povo, em Roma, foram resolvidas por meio de discussões; as de Florença, por lutas. Em Roma, elas terminavam em leis; em Florença, com o exílio e a morte de muitos cidadãos. Em Roma, elas aumentavam a *virtù* militar; em Florença, elas também a destruíram.’ Três efeitos diferentes, portanto, aos quais se acrescenta um quarto que é surpreendente, na medida em que rompe a comparação simplista entre uma Roma gloriosa e a Florença lamentável: ‘Em Roma, o estado de igualdade entre os cidadãos modificou-se para um estado de grande desigualdade, ao passo que, em Florença, conduziu-se a desigualdade para um notável estado de igualdade.’” [Tradução livre do original: “According to Machiavelli, Romans and Florentines handled their discordances in quite different ways: ‘The early quarrels between the nobles and the people in Rome were settled by discussions, those in Florence by fighting. In Rome, they ended with

Maquiavel ainda defende que o objetivo de uma cidade é aspirar à grandeza e à glória cívica e que isso não pode ser alcançado se os cidadãos não puserem o bem da comunidade acima das suas ambições pessoais e das vontades particulares das facções a que pertencem – uma conduta como essa é considerada corrupção. O bem comum é dificilmente promovido sob uma monarquia ou um principado e a melhor forma para fazê-lo é instituir uma república. A síntese do pensamento republicano de Maquiavel é, segundo Skinner, que nenhuma cidade pode alcançar a grandeza sem um modo livre de vida (*vivere libero*) e que a liberdade depende da manutenção de uma constituição republicana, que insira os cidadãos no governo da cidade (*vivere civile*). (SKINNER, Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas 1990)

O ápice do movimento intelectual humanista, ocorrido em Florença no início do século XVI e representado por Giannotti, Guicciardini e Maquiavel, floresceu durante dezesseis anos de um instável novo regime dos Medici. Após esse período, os *ottimati* foram arrancados do poder por uma revolta republicana espasmódica, em 1528, que deu lugar, três anos mais tarde, a um principado de Alessandro de' Medici, ainda mais absolutista que os anteriores. Isso marcou o fim da era republicana em Florença e o ocaso do humanismo cívico. (SKINNER 1996, 207) Embora a ebulição intelectual republicana não tenha trazido muitos frutos à cidade, semeou bem suas ideias na filosofia e na experiência política ocidentais.

1.2.4. A *commonwealth* inglesa

As ideias humanistas alastraram-se pela Europa, tendo sido recepcionadas em diversas regiões do continente ístmico e insular. O movimento intelectual e político inglês começou a observar a organização de sua sociedade com a linguagem republicana de Maquiavel e dos humanistas cívicos, o que, mais tarde, iria desaguar no outro lado do Atlântico Norte. (POCOCK 1975, 330)

A influência de Thomas Hobbes na cultura política inglesa do início da era moderna (século XVII) é notória. Trata-se do primeiro momento em que o Estado passa a ser visto como uma entidade abstrata e distinta em relação ao povo, à qual este entrega

laws, in Florence with the exile and death of many citizens. In Rome they increased military virtù, in Florence they destroyed altogether.' Three different effects, then, to which there follows a fourth that is striking because it breaks the simplistic counterpoint between a glorious Rome and a wretched Florence: 'In Rome they changed the state of equality among the citizens to a state of very great inequality, in Florence they led from inequality to a remarkable state of equality.'"] (BOCK 1990, 188-9)

sua soberania. Nessa concepção, surge a ideia de que a liberdade surge a partir de onde a lei não alcança, não impede ou constrange o cidadão. O avanço dessas ideias sobre a liberdade, sobre a cidadania e sobre o Estado foi, no curso desse século, combatido por outra teoria, que se apoiava nos escritos romanos e de Maquiavel. Skinner (1998) chama-a teoria neorromana dos Estados livres e sublinha que foi marcada pela recepção dos valores humanistas. A tentativa de implantação de uma república na Inglaterra, a *Commonwealth of England* (1649-60), ocorreu nesse século e foi influenciada por essa teoria.

A Revolução Puritana, da qual derivou um breve regime republicano de governo, não tinha esse objetivo. Ela resultou das crescentes tensões entre o parlamento e o rei Carlos I. Alegava-se que o rei não respeitava a propriedade individual e os direitos dos cidadãos e o estopim desses embates ocorreu com a criação do *Ship Money Tax* sem a aprovação do parlamento.⁵⁰ Após sucessivas deliberações no sentido de que a liberdade dos súditos estava ameaçada pelas arbitrariedades do monarca, o parlamento propôs uma monarquia constitucional, em que os poderes do rei ficariam limitados e submetidos à legislação. Carlos I, não o tendo aceitado, foi deposto e executado em 1649. Cromwell assumiu o poder e conduziu a república inglesa até 1660, quando a monarquia foi retomada pelo rei Carlos II.

A república inglesa foi instaurada mediante um documento formal, o *Instrument of Government*, já como uma primeira manifestação do que viriam a ser as constituições escritas modernas. No período republicano, o parlamento foi posicionado como o coração da soberania popular, os respectivos lugares institucionais da coroa e da nobreza foram extintos e construiu-se um regime de freios e contrapesos (*checks and balances*) para evitar que a república cambasse para um absolutismo de fato. Apesar de ter sido restaurada a monarquia ao cabo dos onze anos de república, os ganhos propiciados pela concretização dos ideais republicanos não se perderam com a mudança de regime. (AGRA 2005, 50-5)

(...) O ataque ao governo britânico foi construído a partir de elementos clássicos do discurso republicano renascentista: a idéia de que todas as formas de governo estão sujeitas à “corrupção”, que a “virtude cívica” dos súditos é a grande barreira contra a corrupção dos governos e que o civismo não pode ser cultivado sem que haja meios de independência dos governados em relação aos governantes, cujo pressuposto é a propriedade da terra. (ARAÚJO 2000)

⁵⁰ É interessante observar que o mesmo mote impulsionou a Revolução Americana contra o domínio inglês, podendo ser sintetizado pelo *slogan* adotado à época: *no taxation without representation*.

Um dos *commonwealthmen* mais relevantes foi James Harrington, que publicou a obra *The Commonwealth of Oceana* em 1656. Harrington foi um antimonarquista, mas não de forma absoluta. Insistia que a monarquia britânica necessitava de um maior equilíbrio popular, entretanto tinha como grande inspiração a república veneziana, em que o *popolo* não tinha papel protagonista, no máximo coadjuvante. Para ele, aumentar as atribuições de um *Consiglio* seria instaurar a balbúrdia típica de Atenas. (SCOTT 2002) Harrington não escondia suas influências e sua admiração por Maquiavel, cuja obra – os *Discursos*, sobretudo – serviu-lhe para construir sua noção de liberdade.

A liberdade neorromana pouco modulava as preocupações mais modernas relacionadas ao mercado ou aos direitos conceitualmente individuais, tendo um viés eminentemente político, assim como a liberdade dos humanistas cívicos florentinos. Skinner, em *Liberty before liberalism* (1998, 21-57), distingue duas dimensões nesse ideal de liberdade.

A primeira dimensão de liberdade de uma comunidade reflete-se na ideia de autogoverno. “Um Estado livre é uma comunidade na qual as ações do corpo político são determinadas pela vontade dos membros como um todo”⁵¹ (SKINNER 1998, 26) e, caso contrário, sendo essas ações movidas pelas vontades de outrem, não há liberdade. Um Estado idealmente livre permitira a cada cidadão uma participação equivalente na formação das leis. Em razão das dificuldades de se concretizar essa ideia, surge a noção de que o federalismo é uma instituição útil, mas a solução comumente apontada é a ideia de uma república representativa, despontada por uma assembleia nacional composta de pessoas virtuosas escolhidas pelo povo.

A segunda dimensão da liberdade neorromana é que o Estado seja um império de leis e não de homens. Na mesma linha apresentada por Maquiavel, nos *Discursos*, e discutida no *Corpus Juris Civilis*, a arbitrariedade não se mede apenas pelo exercício de um poder de um homem sobre o outro, mas pela mera admissibilidade desse exercício, mesmo que ele pare apenas como uma possibilidade. Portanto, viver sob a dependência de outra – pessoa ou Estado – implica a perda de liberdade e o exercício desta dá-se por meio das deliberações do Poder Legislativo – o Parlamento –, que não pode ser suprimida por um homem. Nesse contexto, discutia-se se um regime monárquico seria compatível com esse ideal de liberdade, para a qual havia duas respostas: ou se valorizava a ideia de governo misto, justificando a presença do elemento monárquico

⁵¹ Tradução livre de: “A free state is a community in which the actions of the body politic are determined by the will of the members as a whole.”

como parte essencial dessa estrutura que garante a liberdade, ou se apontava que uma comunidade sob um rei nunca poderia ser realmente livre.

A visão hobbesiana da liberdade, de linhagem platônica, formulava duas grandes objeções à liberdade neorromana. A primeira delas sustenta que, se conferir um poder de participação equânime entre todos é necessário para se preservar sua liberdade, essa liberdade é utópica e, assim, impraticável no mundo real. A segunda objeção ao ideal de liberdade neorromano argumenta que um estado livre não é pressuposto para se viver livremente, na medida em que o *vivere libero* deve ser medido pelo grau de constrição que o indivíduo sofre em sua vontade. Skinner (1998) desqualifica a primeira crítica – afinal, não há nada de errado em uma teoria soar utópica se, a partir disso, é possível reformar e direcionar o mundo concreto – e demonstra algum respeito à segunda crítica, embora enxergue nela uma compreensão incompleta da liberdade republicana.⁵²

O desenvolvimento da ideologia republicana inglesa fica a meio-passo entre o humanismo cívico e o republicanismo em seu florescer moderno, que viria a ocorrer nos Estados Unidos da América do final do século XVIII. De acordo com Per Mouritsen (2006), o desenvolvimento do republicanismo da antiguidade até o humanismo cívico italiano pressupunha uma unidade entre o mundo dos homens e uma ordem natural e tinha um caráter marcadamente aristocrático, na medida em que o povo figurava apenas como um pedaço do equilíbrio político. Com o republicanismo forjado na Inglaterra do século XVII, a república passou a ser definida a partir de um povo uno, que, em termos jurídicos, possuía o direito natural ao autogoverno. Apesar dessa inovação, ainda compartilhava com o humanismo cívico uma aversão à riqueza e ao comércio, que eram vistos como pivôs da destruição da virtude cívica e da igualdade entre os cidadãos.

Nas colônias britânicas da América do Norte, no século XVIII, a elaboração do ideal de liberdade com vieses aristotélicos e ciceronianos empreendida pelos humanistas cívicos italianos e por Maquiavel encontrava-se devidamente traduzida à realidade política anglo-saxã, rotulada de ideologia *old whig* ou *country* e marcada por um apego conservador ao tradicional e ao antigo, em oposição aos veios de corrupção que o mundo moderno do comércio e da riqueza abria. Em outra esteira, esses “problemas modernos” tornavam-se cada vez mais presentes na sociedade para serem ignorados ou tachados como corruptela da virtude cívica. Junta-se a isso a obra *Do espírito das leis*, de Montesquieu, que abordou o modelo inglês como um perfeito regime republicano –

⁵² Uma discussão mais aprofundada da liberdade republicana, em oposição à ideia de liberdade do liberalismo, será realizada na subseção 1.3.1.

apesar de nomeadamente monárquico –, caracterizado pelo arranjo institucional que lhe era principal: uma constituição mista.⁵³ (POCOCK 1975, 467)

1.2.5. Montesquieu e a Revolução Americana

Charles-Louis de Secondat herdou o título Montesquieu de um falecido tio, em 1716. Com formação jurídica, forte envolvimento acadêmico e tendo exercido a magistratura na França, era um crítico do regime absolutista bourboniano. Em 1729, visitou uma série de países – Áustria, Alemanha, Hungria e Itália –, tendo reuniões com líderes políticos e estudando suas instituições. Em seguida, passou dois anos na Inglaterra, experiência que lhe foi marcante, porque lhe mostrou que era possível um Estado em que a liberdade política fosse respeitada. Assim como Maquiavel, Montesquieu enfrentou muitas dificuldades, a seu tempo, na aceitação de sua obra, em especial a *Do espírito das leis*, porque a sua frieza e mecanicidade de análise se distanciava um passo a mais em relação às crenças cristãs do que a média acadêmica de seu tempo. (BERGMAN 1990, 4-7)

Em *Do espírito das leis*, na busca dos fatores sociais e humanos que regiam as instituições dos Estados, Montesquieu alinhou-se à tradição republicana por opor-se à ideia hobbesiana e jusnaturalista em voga de que existiria uma natureza humana pré-política e de que as relações sociais nada mais seriam que fruto de um contrato entre as pessoas.

Para Montesquieu, o critério para apontar-se o melhor governo não é, como pensa Platão, uma ideia transcendental do bem, mas, em vez disso, uma observação empírica das relações sociais. As leis devem ser relevantes sociológica e culturalmente para uma determinada sociedade, não podendo ser transplantadas de uma a outra. Montesquieu negava explicitamente que qualquer forma de governo fosse exigida por natureza; todo governo é um produto próprio de seu ambiente natural e social. A partir dessa percepção relativista, ele buscou provar a impossibilidade de uma solução institucional universal para os problemas sociais.⁵⁴ (BERGMAN 1990, 9)

⁵³ Montesquieu chega a ironizar a preocupação de Harrington em discutir um regime nominalmente republicano para a Inglaterra: “Harrington, em seu *Oceana*, também examinou qual seria o mais alto ponto de liberdade que a constituição de um Estado poderia atingir. Entretanto, poder-se-ia dizer que só procurou essa liberdade depois de tê-la repudiado, e de ter construído Calcedônia tendo as praias de Bizâncio diante dos olhos” (MONTESQUIEU 2002, 175).

⁵⁴ Tradução livre do original: “*For Montesquieu, the criterion of proper government is not, as with Plato, a transcendent idea of good, but rather an empirical sense of social relations. Laws must be sociologically and culturally relevant for the particular society and cannot be transplanted from one nation to another. Montesquieu explicitly denied that any particular form of government is required by nature; every government is a unique product of its natural and social environment. From this relativistic frame of reference, he sought to prove the impossibility of a universal governmental solution to social problems.*”

Montesquieu afirma que “várias coisas governam os homens: o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras, formando-se daí, como resultado, um espírito geral” (2002, 310-1). As leis vivem uma relação de tensão com esses fatores, não podendo se afastar demais deles. Essa relação é a base para Montesquieu dividir analiticamente os governos entre seus tipos (sua conformação institucional) e seus princípios (seu espírito socialmente arraigado e dinâmico).

No Livro II, o autor identifica três tipos de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Na república, o poder soberano reside no povo (república democrática) ou em parte dele (república aristocrática).⁵⁵ Na sua descrição das repúblicas democráticas, Montesquieu recorre com frequência aos textos de Maquiavel, Tito Lívio, Aristóteles e outros autores antigos, argumentando, na melhor fórmula republicana clássica, que a facciosidade do povo não é tão perigosa quanto a da elite e que a riqueza e o dinheiro, bem como tudo que lhe dá origem, como o comércio, é perigoso para a manutenção da virtude dos cidadãos:

O conluio é perigoso em um senado, e igualmente o é no corpo dos nobres; não o é, porém, entre o povo, cuja natureza é agir pela paixão. Nos Estados em que não toma parte no governo, o povo entusiasma-se tanto por um ator quanto pelos negócios. A desgraça de uma república sobrevém quando não há mais conluio, e isso ocorre apenas quando se corrompe o povo por meio do dinheiro: então ele agirá com indiferença, afeiçoando-se ao dinheiro e não mais se afeiçoará aos negócios; sem se preocupar com o governo nem com o que neste se propõe, esperará tranquilamente seu salário. (MONTESQUIEU 2002, 27)

Na monarquia, apenas um governa, porém o faz baseado em leis fundamentais e em um poder intermediário, geralmente a nobreza, por meio do qual o seu próprio poder

⁵⁵ A distinção entre repúblicas aristocráticas e democráticas já havia sido um tema bastante debatido por Maquiavel, que opunha, respectivamente, Veneza a Roma, esta servindo de inspiração a seus anseios para Florença. Montesquieu aprofundou essa distinção, porém a parte de sua obra que mais inspirou o constitucionalismo americano foi a que aborda as repúblicas democráticas, na medida em que, “quanto mais uma aristocracia se aproximar da democracia, tanto mais perfeita ela será; e tornar-se-á menos perfeita à proporção que se aproximar da monarquia” (MONTESQUIEU 2002, 30). A aristocracia é um tipo de república em que o maior peso decisório se encontra no Senado e no corpo dos nobres, em virtude de a nobreza ser muito numerosa. Para ilustrar as repúblicas aristocráticas, Montesquieu também faz uso do caso de Veneza, mas, diferentemente de Maquiavel, inclui Roma nessa categoria. Nas viagens que fez pela Europa no início do século XVIII, das quais surgiu *Do espírito das leis*, o autor decepcionou-se com Veneza e com as outras repúblicas italianas, que, segundo ele, confundiam licenciosidade com liberdade e eram verdadeiras aristocracias. Montesquieu desmonta o mito veneziano de uma república perfeita. Apesar de reconhecer a sua longa duração como um aspecto virtuoso, aponta que, nela, a posição da aristocracia é proeminente, carecendo de formas de controle pelo Doge e pelo Conselho. Por um lado, reconhece que os tribunais venezianos exercem um bom controle um sobre o outro, mas lamenta que seus membros sejam todos do mesmo grupo social. Para David W. Carrithers (1991), as virtudes também têm um importante papel nas repúblicas aristocráticas de Montesquieu, mas, acima disso, é necessária uma institucionalidade que imprima à aristocracia o peso, mais que as vantagens, de concentrar o governo, ou seja, eles precisam estar submetidos a controle.

se manifesta. O despotismo também é um governo de um só, porém no qual, diferentemente da monarquia, ele é exercido também por um só e cuja lei fundamental é, quando muito, um vizir.

No Livro seguinte, apontam-se os princípios de cada um dos tipos de governo. O princípio da república democrática é a virtude, simbolizada pelo apego à liberdade segundo as leis, as máximas, as regras e a frugalidade. O da república aristocrática também é a virtude, porém com um caráter mais moderador, para controlar os nobres e para que eles refreem-se uns aos outros. O princípio da monarquia é a honra e de um governo despótico, o temor.

Montesquieu é muito conhecido por ser o pai da teoria da separação dos poderes. De fato, ele inovou ao estruturá-la da maneira como se tem hoje: três poderes, com um Judiciário independente. No entanto, conforme já discutido, o princípio da separação dos poderes, bem como sua justificação, embora tenha florescido na modernidade, representou uma evolução da ideia de freios e contrapesos que já era parte dos ideais republicanos antigos e pré-modernos. A separação de poderes em Montesquieu, da mesma maneira que na tradição republicana, tinha por essência o equilíbrio social para se garantir a liberdade dos cidadãos⁵⁶ e foi derivada da constituição inglesa, embora a sua concepção a esse respeito fosse idealizada, para ser eleita como um parâmetro universal de um governo constitucional.

É interessante destacar que, embora não advogasse a favor da supremacia do parlamento sobre os outros poderes, mas sim pela supremacia da lei, rejeitava qualquer papel interpretativo para o Judiciário; a lei deveria, simplesmente, ser aplicada, para o que seriam desnecessários juízes profissionais.⁵⁷ Montesquieu ainda apontou que a

⁵⁶ Montesquieu deixa claro o que quer dizer por liberdade no Livro XI, talvez atualmente o mais célebre da obra *Do espírito das leis*, distinguindo-a de independência. Diferentemente desta, a liberdade consiste em poder fazer tudo o que as leis permitem, sendo a única concepção possível em uma sociedade em que há leis. De outra forma, não haveria liberdade. No mesmo Livro, Montesquieu também deixa claro que o objetivo da separação dos poderes é a preservação da liberdade: “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder legislativo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. (...) Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares” (MONTESQUIEU 2002, 166).

⁵⁷ O trecho seguinte é revelador: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela”

separação dos poderes perduraria somente se houvesse um sistema de freios e contrapesos, em que um poder pudesse parar o outro, além de um contrapeso interno ao Poder Legislativo estabelecido por meio de um esquema bicameral (BERGMAN 1990, 14-7).

Posto que a arquitetura institucional fosse essencial para a preservação da liberdade, Montesquieu não era um “institucionalista absoluto”. O direito não poderia ter o poder de mudar aspectos do costume do povo, o que deveria ocorrer socialmente. Conflitos de valores dessa ordem deveriam ser deixados para serem resolvidos pela própria sociedade e não pela lei. (BERGMAN 1990, 42)

Segundo Judith Shklar, “Montesquieu fez pela segunda metade do século XVIII o que Maquiavel havia feito pelo seu século, estabeleceu os termos em que o republicanismo viria a ser discutido”⁵⁸ (1990, 265). Em linha com a tradição do pensamento apresentado neste capítulo, Montesquieu apontou a virtude como o princípio das repúblicas, destacando que não se tratava de uma virtude moral, de feição aristotélica, mas de uma virtude política, descolada de uma tábua de valores ou de uma moralidade paradigmática, no mesmo formato desenhado por Maquiavel. “Assim como Maquiavel, ele sabia que a ética cristã fazia demandas que a ética cívica provavelmente impediria que florescessem (...)” (POCOCK 1975, 491)⁵⁹⁻⁶⁰ e, também como Maquiavel, via a cultura e o comércio como inimigas da virtude cívica e do *vivere libero*. Embora destacasse que a virtude fosse o princípio das repúblicas, Montesquieu acreditava que as novas repúblicas não seriam governadas com base nos costumes ou nas máximas, mas com base em leis e instituições conscientemente desenhadas. Isso tornaria possível a inovação americana no final do século XVIII. (SHKLAR 1990)

Na América do Norte, antes da Revolução, embora a obra de Montesquieu não fosse facilmente adquirível, as suas citações nos jornais eram constantes. A análise da Constituição inglesa feita por ele foi usada como parâmetro para se aferir o comportamento do parlamento inglês, o que lhe gerou críticas e fortaleceu a bandeira americana contra a dominação inglesa. Podem ser percebidas influências de

(MONTESQUIEU 2002, 172). Essa postura teórica posteriormente estabeleceu interface com o juspositivismo, para o qual não caberia à ciência jurídica tecer juízos morais sobre a lei, mas apenas subsumir-lhe o caso concreto.

⁵⁸ Tradução livre de: “*Montesquieu did for the later half of the eighteenth Century what Machiavelli had done for his century, he set the terms in which republicanism was to be discussed.*”

⁵⁹ Tradução livre de: “*Like Machiavelli, he knew that the Christian ethos made demands to which the civic ethos might refuse to give way (...).*”

⁶⁰ Judith Shklar (1990, 265) também destaca a hostilidade à Igreja Católica como um paralelismo entre Maquiavel e Montesquieu.

Montesquieu em constituições estaduais e no pensamento de vários dos *Founding Fathers*, entre os quais John Adams, Benjamin Franklin, George Mason, John Marshall, Thomas Jefferson, além dos federalistas James Madison e Alexander Hamilton.⁶¹ (BERGMAN 1990, 17-27)

A Revolução Americana, ocorrida na segunda metade do século XVIII, passou a ser encarada como um fenômeno mais complexo do que havia até então a partir da década de 1960, quando muitos trabalhos observaram as pontes ideológicas do momento pré-constituente com Aristóteles, Cícero, o humanismo cívico italiano, a obra de Maquiavel e os *commonwealthmen*. O que ocorreu no momento dos debates dos federalistas foi uma transformação nessa tradição, que guinou seu passo em um ângulo distinto a partir de então. (POCOCK 1975, 506-13) Segundo Gordon S. Wood (1990, 13), o republicanismo foi a ideologia mais influente na Revolução Americana e sua presença é tão óbvia que dificulta delinear quais foram precisamente essas influências.

No século XVIII, o republicanismo destruiu a monarquia que prevalecia em várias partes da Europa e que se tentava impor na América do Norte. Todavia, no mundo inglês, monarquia e republicanismo misturaram-se, de forma que as ideias republicanas puderam ser concretizadas no âmbito de uma monarquia, tendo sido constantemente bradadas contra esta, funcionando como uma contracultura, apesar de raramente ser nominalmente citado.

Foi Montesquieu (...) quem apresentou os princípios do republicanismo e do monarquismo da maneira mais sistemática e comparativa à época. (...) A maior parte dos europeus que leram a obra *Do espírito das leis*, mesmo os que viviam na França de Luís XV e Luís XVI, puderam concluir prontamente que suas sociedades compartilhavam tanto o espírito do monarquismo quanto o do republicanismo. Não foi o próprio Montesquieu que escreveu (em suas *Cartas Persas* de 1721) que não restavam mais monarquias puras na Europa?⁶² (WOOD 1990, 16)

⁶¹ Isso não significa que o modelo proposto por Montesquieu tenha prevalecido, *ipsis literis*, na Constituição formulada em 1787. Ela resultou em uma mistura da ideia de homenagem ao espírito, própria do princípio que move a espécie de governo (v. *O Federalista* n° 39), com o institucionalismo puro de Hume. A própria adoção do princípio da separação dos poderes não se deu de forma pura, como Alexander Hamilton deixa claro n° *O Federalista* n° 47. “O tipo de virtude clássica que Montesquieu descrevera era demasiadamente proibitivo, duro e austero, um ‘princípio visionário demais’”. [Tradução livre do original: “*The kind of classical virtue that Montesquieu had described was too forbidding, harsh, and austere, too much a ‘visionary principle’*”] (WOOD 1990, 31).

⁶² Tradução livre de: “*It was Montesquieu (...) who most systematically and comparatively set forth the principles of monarchy and republicanism for that enlightened age. (...) Most European readers of The Spirit of the Laws, even those who lived in the France of Louis XV and Louis XVI, could readily conclude that their societies shared in the spirit of both monarchy and republicanism. Had not Montesquieu himself previously written (in his Persian Letters of 1721) that there were no pure monarchies left in Europe?*”

As revoltas na Inglaterra do século XVII trouxeram uma progressiva dessacralização da monarquia, o que mitigou a crença na mística da hereditariedade do rei e tolheu-lhe muitos dos poderes. O respeito pela monarquia diminuía progressivamente no século XVIII e os ingleses passavam a acreditar que viviam sob uma “monarquia republicanizada”. De fato, os princípios republicanos haviam embebido todo o espectro da política. Isso não surpreende, diante do fato de que os “homens letrados” da época tinham uma educação fundada em autores clássicos. Eram os autores da república romana os mais admirados. (WOOD 1990, 16-22)

Pode-se dizer que o viés mais absoluto do republicanismo, o que havia de mais puro no humanismo cívico, foi o utilizado em oposição à cultura tradicionalmente monárquica, esposando características como virtude, frugalidade, desinteresse, participação ativa e sacrifício dos anseios particulares em prol do bem comum. Todavia, isso não permitiu uma imediata participação da classe trabalhadora na política, que, em razão da sua situação de dependência financeira, era vista como incapaz de exercer a virtude. (WOOD 1990, 22-9)

No ambiente pré-revolucionário, em oposição à ideologia *country*, de origem inglesa, surge a *court*. Nesta visão, a virtude é substituída pela busca de grandeza e satisfação pessoal e, portanto, o desafio deveria consistir em conduzir a busca por esses bens em direção ao bem comum. A busca por interesses próprios deixou de ser considerada uma corrupção da virtude republicana em si, que exigia um isolamento entre a perseguição do bem comum e a de vontades pessoais. Agrupamentos sociais em torno de interesses comuns, anteriormente chamados pejorativamente de facções, foram trazidos para dentro do esquema de análise. Segundo Pocock, se, por um lado, a ideologia *country* era derivada de Maquiavel, por outro, a *court* era ainda mais maquiaveliana, na medida em que consagrava a sua ideia de *virtù*, qual seja, a capacidade de impor a vontade sobre a fortuna – agora podendo ser traduzida como composição espontânea de interesses. (POCOCK 1975, 487)

Mas se Montesquieu era tão admirado, lido e citado na América do Norte do século XVIII e tinha orientação mais alinhada à ideologia *country*, de tradição mais nitidamente republicana, inclusive idealizando a Inglaterra e sua constituição mista, por que nos EUA não se seguiu a mesma linha que na metrópole?⁶³ A metrópole inglesa era

⁶³ Não foi apenas Montesquieu que trouxe influências significativas nesse processo. Em um sentido diverso, também contribuindo para a pororoca de ideias à disposição dos *Founding Fathers*, estavam David Hume, que enxergava o comércio como um propulsor positivo de uma sociedade política, e

vista como fonte de corrupção, na medida em que tentava destruir ou impedir a liberdade dos cidadãos americanos. Nesse sentido, os americanos opuseram-se à ideia de uma monarquia em favor de um regime republicano que se originava na própria oposição inglesa ao regime inglês. A aristocracia imposta no regime monárquico deveria ser substituída por uma aristocracia oriunda da seleção natural. (POCOCK 1975, 507-15) Na medida em que se formava uma confederação e os estados detinham a autonomia política para organizar-se politicamente, muitos tentaram construir engenharias constitucionais que abrissem espaço ao surgimento dessa elite.

De acordo com a pesquisa empreendida por Horst Dippel (2003), isso se materializou na adoção do bicameralismo em diversos estados americanos, como New Hampshire, em que uma das assembleias era restrita ao acesso de “proprietários de boa reputação”. Ao lado da representação popular, havia a representação da propriedade, marca da aristocracia, muitas vezes alcançada pela divisão tendenciosa dos distritos eleitorais dentro de cada estado. Entre os estados que seguiram esse caminho, podem ser apontados, além de New Hampshire, que foi o primeiro deles, Nova Jersey, Maryland e Carolina do Norte.

Nenhum desses experimentos foi bem-sucedido e, logo após a Guerra de Independência, a Revolução deparou-se com uma crise de confiança originada da percepção de que as pessoas naturalmente diferenciadas, pressupostas por todos os teóricos republicanos de Aristóteles a Montesquieu, simplesmente não apareceram. Para além de as elites patricianas que passaram pelas batalhas da independência sentirem-se ameaçadas em sua hegemonia, isso significava uma ameaça ao próprio conceito de virtude. (POCOCK 1975, 516)⁶⁴⁻⁶⁵

De 1776 a 1821, muitas transformações atingiram constituições estaduais, levando-as à representação efetiva da população e encerrando a fase do elitismo constitucional. A Constituição da Pensilvânia de 1776 estabeleceu a representação mediante apenas uma câmara, “proporcional ao número de habitantes que pagam impostos”; a Constituição de Louisiana de 1812 aponta a representação como uniforme e igualitária; a de Nova York, estendia o direito de votar a todos os “habitantes,

Adam Smith, que historicizou ainda mais o homem e as relações comerciais no seio da sociedade. (POCOCK 1975, 497-8)

⁶⁴ Tradução livre do original: “None of these experiments succeeded, and soon after the end of the War of Independence, the Revolution faced a crisis of confidence born of the realization that the naturally differentiated people, presupposed by every republican theorist from Aristotle to Montesquieu, had simply failed to appear. And this meant far more than that the patrician elites, having led or survived the struggle for independence, now felt threatened in their ideologically justifying role as natural aristocracies; it meant that there was a threat to the concept of virtue itself.”

⁶⁵ Tanto em Veneza quanto em Roma, Montesquieu admirava o papel dos legisladores que conseguiram mascarar quem era, de fato, a classe governante. E, apesar de ter considerado Veneza uma aristocracia superior às outras, a *Serenissima* já era vista como um regime despótico no momento da Revolução Constitucionalista dos Estados Unidos. (CARRITHERS 1991)

excluindo-se estrangeiros, pobres e pessoas de cor que não pagam impostos”; e a da Califórnia, a toda a população. (DIPPEL 2003)

Por ocasião dos debates federalistas, o conceito de povo foi modificado, movendo-se da antiga concepção de uma constituição mista para a de uma constituição integralmente democrática. Deixou, assim, de ser organizado em estratos – monarca, aristocracia, burguesia, escravos – e transformou-se em um bloco monolítico e homogêneo. As organizações do estado, como a divisão de poderes, deixaram, conseqüentemente, de serem exercidas diretamente pelos representantes mais virtuosos de cada um desses grupos e passaram a ser ocupadas por pessoas sem vínculo de origem a grupos, que representariam todo o povo. Tratava-se da profissionalização da virtude, fundada na ideia de que qualquer poder passava a fundar-se no povo, substituindo a função da aristocracia natural. (POCOCK 1975, 517)

Essa nova ideia abriu um flanco até hoje intensamente debatido: os representantes *são* o povo ou figuram ali como resultado da *abdicação* do próprio povo em exercer o seu poder? A resposta a essa pergunta revela o distanciamento entre o republicanismo e o hobbesianismo; ambas as ideologias estavam em disputa à época e, de certa forma, tentavam coexistir sincreticamente no seio dos debates federalistas. Para Thomas Hobbes, a escolha de um representante automaticamente transferir-lhe-ia a soberania e retiraria o outorgante de qualquer esquema de poder, sob um princípio tipicamente abstrativo.⁶⁶ O republicanismo, herdado da ideologia *country* e dos *commonwealthmen*, por outro lado, curava para que a relação entre o representante e o representado não retirasse deste sua virtude e seu dever-poder de exercê-la sob o princípio do autogoverno. Por um lado, os federalistas tentavam resgatar a virtude que julgavam estar esquecida, mas, por outro, também a tratavam como algo definitivamente perdido e que, portanto, deveria ser substituído por outra coisa.

Nos debates d’*Os Federalistas*, o representante era tido como altamente sujeito à corrupção e, assim, seu poder deveria estar sujeito a freios e a contrapesos, em uma linha claramente republicana.⁶⁷ Assim como apontado pelos *commonwealthmen*, uma

⁶⁶ A ideia de princípio abstrativo, aqui, foi uma adaptação do princípio da abstração própria dos títulos de crédito no direito civil. Por esse princípio, “(...) o título de crédito, quando posto em circulação, se desvincula da relação fundamental que lhe deu origem” (COELHO 2004, 377). Assim, pode-se dizer, analogamente, que a representação, na visão hobbesiana, desvincula o representante do representado, trasladando todos os atributos próprios do soberano.

⁶⁷ Esse debate permeia vários dos manifestos dos *Federalist Papers* e fundamenta toda a arquitetura dos *checks and balances* que se construiu a partir daí, podendo ser observado, de forma condensada, no nº 62, quando James Madison argumenta a favor da importância de um legislativo bicameral: “É um incidente infeliz para o governo republicano, embora em menor grau do que para outros governos,

das soluções para isso, talvez a mais importante, deveria ser o retorno periódico dos representantes aos representados para que a virtude fosse renovada e, eventualmente, os representantes deixassem de sê-lo. “A virtude era um princípio ativo e, na eleição de um novo parlamento, o povo demonstrava a virtude em ação, desempenhando mais do que uma função hobbesiana.”⁶⁸ (POCOCK 1975, 519)

Esse movimento de desconfiança na virtude de uma elite darwinianamente selecionada e de homogeneização do povo não poderia simplesmente levar à conclusão de que o povo, portanto, era corrupto. É nesse instante que o paradigma clássico virtude *versus* corrupção dá lugar à ideia de *interesse*, não sem um caráter econômico. Seria a contraposição dos interesses de todos, agora legitimamente considerados, que levaria ao bem comum. A congregação de interesses em facções deixava de ser algo a se combater e passava a ser encarado como um fenômeno normal, cujos excessos deveriam ser contidos pelo aparato institucional do Estado.

No manifesto nº 10 d’*Os Federalistas* (HAMILTON, JAY e MADISON 2001, 42-9), James Madison expõe com clareza o que significava essa mudança de paradigma e em que medida a república – e a ideia republicana de contenção do exercício do poder por meio de freios e contrapesos – é importante nesse novo contexto. Madison examina duas formas de conter as facções: eliminando as suas causas ou controlando os seus efeitos. Eliminar as suas causas implicaria necessariamente destituir os cidadãos de sua liberdade, entretanto, isso seria impraticável, pois a liberdade é condição e objetivo próprio da vida política. Dessa forma, a solução que resta é modular seus efeitos.

Madison, em seguida, opõe a democracia à república, perguntando-se qual seria a melhor forma de se evitar que os efeitos da busca pelos seus interesses

que aqueles que o administram podem esquecer suas obrigações para com seus constituintes e provarem-se infieis à sua importante confiança. Sob esse ponto de vista, um senado, como um segundo braço da assembleia legislativa, distinto de, e dividindo o poder com, um primeiro, deve ser, em todos os casos, um freio salutar sobre o governo. Ele dobra a segurança do povo, porquanto exige a concorrência de dois corpos distintos em ambientes de usurpação e perfídia, em que a ambição ou a corrupção de alguém seria, de outro modo, suficiente.” [Tradução livre do original: “*It is a misfortune incident to republican government, though in a less degree than to other governments, that those who administer it may forget their obligations to their constituents, and prove unfaithful to their important trust. In this point of view, a senate, as a second branch of the legislative assembly, distinct from, and dividing the power with, a first, must be in all cases a salutary check on the government. It doubles the security to the people, by requiring the concurrence of two distinct bodies in schemes of usurpation or perfidy, where the ambition or corruption of one would otherwise be sufficient.*”] (HAMILTON, JAY e MADISON 2001, 321) Pode-se entender corrupção, portanto, com dois sentidos: na sua versão mais abjeta, como o uso do poder para fins particulares próprios do representante, ou, mais abrangentemente, como o simples afastamento do representante em relação à real vontade dos representados.

⁶⁸ Tradução livre de: “*Virtue was an active principle, and in the election of a new parliament the people displayed virtue in action and performed more than a Hobbesian role.*”

transformassem as facções em fonte de corrupção. A conclusão a que chega é que a democracia, regime em que os cidadãos reúnem-se e administram o governo pessoalmente, não tem meios para controlar as facções, diferentemente das repúblicas, que oferecem instrumentos para isso.

Para chegar a essa conclusão, Madison apreende os argumentos de Montesquieu e oferece-lhes uma revisão parcial, ao estilo da *innovazione* da *virtù* maquiaveliana – “(...) os republicanos deveriam ser o partido da virtude; os federalistas, o da *virtù*”⁶⁹ (POCOCK 1975, 532). Um pequeno número de representantes eleitos por todos é melhor para alcançar o bem comum do que o exercício do poder diretamente por todo o povo.

Igualmente – e talvez ainda mais – influenciados por Montesquieu foram os antifederalistas⁷⁰, que utilizaram o mesmo discurso para argumentar que uma república em um vasto território, como a que se tentava instituir, era inviável. Na visão dos antifederalistas, a virtude cívica consistia em uma devoção ao bem comum hermeticamente separada de qualquer defesa de interesse particular. Ela só poderia ocorrer em comunidades pequenas, pois só assim seria garantida a participação no governo de todos os cidadãos. Se, por um lado, o fato de o governo ser composto por representantes do povo ameaçava a liberdade dos cidadãos, por outro, os antifederalistas admitiam que a representação fosse a única alternativa viável para o autogoverno. Um governo central forte, no entanto, poderia tolher essa já mitigada liberdade. Tratava-se, claramente, do republicanismo clássico mais tradicional, com manifestação nos mais retóricos dos humanistas. (SUNSTEIN 1993)

Esses argumentos provocaram reações dos federalistas, que procuraram combinar o republicanismo clássico com elementos pluralistas nascentes, de luta por interesses privados.⁷¹ A resposta de Hamilton n’*O Federalista* nº 9 foi a de que a

⁶⁹ Tradução livre de: “*the Republicans should be the party of virtue, the Federalists that of virtù*”.

⁷⁰ “O fato de que Montesquieu foi tão eficazmente invocado por ambos os lados do debate de ratificação necessariamente prejudicou o poder de sua autoridade nas questões políticas de então. Não surpreende, portanto, que, nos anos seguintes à ratificação, a influência de Montesquieu tenha declinado entre os pensadores políticos americanos.” [Tradução livre do original: “*The fact that Montesquieu was so effectively invoked by both sides of the ratification debate necessarily damaged his authoritative power in current political matters. It is therefore not surprising that in the years following ratification, Montesquieu’s influence declined among American political thinkers.*”] (BERGMAN 1990, 37)

⁷¹ Segundo Cass Sunstein (1993), os *framers* americanos depararam-se com duas concepções políticas, das quais uma deveria ser escolhida: a republicana e a pluralista. Na concepção republicana, os cidadãos estão dispostos a submeter seus interesses privados ao bem comum e as preferências pessoais são formadas no seio de um processo político democrático-deliberativo, que não fosse limitado ao mero ato de votar. A concepção pluralista enxerga a política como uma mediadora de

manutenção de estados autônomos evitava o risco da imposição, à revelia, de uma uniformidade inexistente. (BERGMAN 1990, 27-8) Pelo fato de o Estado não mais se sustentar em uma democracia direta corporativista, típica das constituições mistas do passado, a diversidade de experiências e opiniões seria estimulada em uma república grande. (SHKLAR 1990) Além disso, – e aqui se tem uma virada no que Montesquieu defendia – boas são as repúblicas grandes, pois nelas os representantes estão mais distantes e menos sujeitos aos interesses facciosos locais.

A corrupção converteu-se em facção e esta era um produto genuíno e complexo do exercício da liberdade. O republicanismo clássico não funcionava mais; construiu-se, então, o republicanismo moderno. Nele, uma república grande, em vez de ameaçar a liberdade e o exercício da virtude, garanti-los-iam. Apesar de Madison trazer o interesse para dentro da política republicana, “esta não é toda a história. As provisões estruturais da Constituição procuraram trazer uma representação com espírito público, garantir salvaguardas na sua ausência e assegurar importantes medidas de controle popular” (SUNSTEIN 1993, 185). Afinal, a ideia dos federalistas era consistente com uma postura dos representantes mais próxima da concepção republicana da política, em que o seu papel é filtrar os interesses particulares em busca do bem comum. Trata-se, evidentemente, de uma evolução dessa concepção.

Todo esse giro interpretativo indica que o pragmatismo próprio do institucionalismo, como se verá adiante, começa a ficar claro e a prevalecer. As instituições são válidas pelos efeitos benéficos que trazem no sentido de alcançar os objetivos que se perseguem, independentemente de qual caminho elas seguiram para surgirem. E, nesse sentido, os *checks and balances* passaram a ter o mesmo propósito republicano que sempre tiveram – garantir a liberdade e o autogoverno – em um contexto de justificação que não era mais o clássico, era moderno. A diferença é que o bem comum deixa de ser um produto natural de uma dada composição de uma constituição mista, passando a ser posicionado como o objetivo a ser perseguido pelas instituições (ROGERS 2008). A solução dada pelos federalistas, portanto, foi inovadora por um lado, mas corroborou a longa tradição republicana por outro:

Se os americanos foram compelidos a abandonar uma teoria do humanismo constitucional que relacionava as personalidades, conforme suas diversidades, ao governo diretamente, nem por isso eles desistiram de

interesses privados pré-existentes e cristalizados, um ambiente em que ocorre a barganha entre esses interesses e cada um deles luta conflituosamente para prevalecer sobre os demais. A importância dessa distinção será aprofundada na subseção 1.3.3.

perseguir uma sociedade política em que o indivíduo deve ser livre e conhecer-se em sintonia com a sociedade. (POCOCK 1975, 527)⁷²⁻⁷³

Os americanos, no final do século XVIII, reconstruíram sua sociedade com base nos princípios republicanos, esforçando-se para apagar todos os focos da monarquia. Os laços de sangue, de uma origem mítica comum, típicos da monarquia, deveriam ser substituídos por outro tipo de cimento social. Isso deu azo a todo o tipo de metafísica naturalista, cuja maior representante é a teoria do contrato social. Era a vida privada das pessoas, o viver doméstico em comunidade, que seria o responsável por preencher esse papel. Esse foi o espaço ocupado pelo liberalismo, que também fagocitou muitos dos princípios do republicanismo, embora com ele haja pontos de absoluta distinção. (WOOD 1990, 29-38)

O renascimento republicano na segunda metade do século XX – o neorrepublicanismo, de que se fala – possibilitou uma leitura da Constituição americana até então relativamente ignorada⁷⁴, mostrando as raízes do republicanismo cívico nos *Founding Fathers* e possibilitando um caminho de expressão aos críticos da hegemonia liberal no pensamento constitucional. (FALLON JR. 1988-9, 1695-7)

1.2.6. A manifestação das ideias republicanas no Brasil

As ideias republicanas não chegaram ao País de uma vez; elas vieram em ondas. Podem-se destacar algumas vagas que as trouxeram. Primeiramente, com a Independência do Brasil e a outorga da Constituição de 1824, intentou-se conceder – ou parecer conceder – ao povo o seu autogoverno, por meio da instituição da separação dos poderes, ainda que com a adoção da ideia moderna de poder moderador, inspirada em Benjamin Constant.⁷⁵ Outro movimento significativo da manifestação das ideias

⁷² Tradução livre do original: “*If Americans had been compelled to abandon a theory of constitutional humanism which related the personality to government directly and according to its diversities, they had not thereby given up the pursuit of a form of political society in which the individual might be free and know himself in his relation to society.*”

⁷³ Na visão de Pocock (1975), a permanência do republicanismo ocorreu tanto materialmente, por exemplo, com a ideia da separação dos poderes, quanto na própria linguagem, por exemplo, com a oposição entre corrupção e virtude, ainda que descasada do paradigma novo, que se tinha iniciado a ser tecido.

⁷⁴ Para Morton J. Horwitz (1987-8), essa mudança de concepção sobre a Constituição americana, embora teorizada na segunda metade do século XX, já podia ser observada na jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos a partir de 1937, quando surgiram decisões que não se coadunavam com a ideia de um Estado neutro, dando substância ao seu papel distributivo.

⁷⁵ Benjamin Constant inspirou-se na leitura que Montesquieu fez do regime inglês para defender que as ideias republicanas do autogoverno e da preservação da liberdade eram compatíveis com uma monarquia. (Ele já se autodenominava liberal.) Todavia, Constant estilizou a concepção de Montesquieu ao defender que, por serem os três poderes equivalentes, eles precisam de outro – um

republicanas foram as revoltas ou revoluções de meados do século XIX, como a Revolução Farroupilha (1835), no Rio Grande do Sul, e a Revolta Praieira (1848), em Pernambuco. A causa dessas revoltas, chamadas comumente de revoltas liberais, foi, sobretudo, a falta de autonomia no governo das províncias, que eram sufocadas por um poder imperial fortemente centralizador, e canalizou-se no papel aristotélico e maquiaveliano atribuído ao povo em uma república, qual seja, disposto a pegar em armas para defender sua própria liberdade.⁷⁶ Ainda houve uma forte ebulição dessas ideias, por óbvio, no período da Proclamação da República, em que os patrocinadores da república dividiram-se entre defensores de uma república democrática e defensores de uma república de viés mais aristocrático.⁷⁷ Talvez a maior bandeira da proclamação

quarto poder – que não seja ativo, mas neutro, para dirimir eventuais conflitos entre os outros. “O poder executivo, os poder legislativo e o poder judiciário são três instâncias que devem cooperar, cada um com sua parte, ao movimento geral: mas quando essas instâncias perigam cruzarem-se, entrechocarem-se e entravarem-se, falta uma força que lhes recolque em seus respectivos lugares. Essa força não pode estar dentro de um desses poderes, porque ele serviria para destruir os outros. Ele deve ser neutro, de qualquer sorte, porque sua ação deve aplicar-se necessariamente sempre que seja necessário que ela se aplique e para que ele seja preservador, reparador, sem ser hostil. A monarquia constitucional cria esse poder neutro na pessoa do chefe do Estado. O verdadeiro interesse desse chefe não é que um poder derrube o outro, mas que todos se apoiem, entendam-se e ajam em concerto. [Tradução livre do original: “*Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement general: mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entre-choquent et s’entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l’un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu’elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s’applique nécessairement partout où il est nécessaire qu’elle soit appliquée, et pour qu’elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile. La monarchie constitutionnelle crée ce pouvoir neutre, dans la personne du chef de l’Etat. L’intérêt véritable de ce chef n’est aucunement que l’un des pouvoirs renverse l’autre, mais que tous s’appuient, s’entendent et agissent de concert.*”] (CONSTANT 1815, 34-5) Embora se ouça dizer que a Constituição de 1824 distorceu a ideia de Constant, ao menos textualmente isso não parece ter ocorrido. Mesmo a manifestação mais radical do Poder Moderador, quando se permite ao Imperador dissolver a Câmara dos Deputados “(...) nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua” (art. 101, V), era prevista na obra de Constant (37).

⁷⁶ A Revolução Farroupilha ocorreu em um ambiente ideológico fortemente republicano no Rio Grande do Sul e reivindicava para si a imposição de tributos que era feita pelo poder central, que simbolizava o tolhimento de sua autonomia por um poder que não os governava de maneira própria. Era, portanto, uma revolta contra a dominação externa, impressa pela metrópole, em um primeiro momento, e pelo poder imperial, em um segundo. Conforme pesquisas históricas, seus líderes tinham uma ideologia conformada sincreticamente por autores clássicos republicanos (Cícero, Tito Lívio, Maquiavel, Montesquieu) e por autores mais recentes, jusnaturalistas e formuladores de uma metafísica do indivíduo (Locke, Rousseau e Bentham). (SPALDING 1963) A Insurreição Praieira foi um movimento capitaneado pela nova burguesia pernambucana, com o apoio de veículos de imprensa local, impulsionado pela ojeriza à dominação portuguesa e às estruturas monárquicas da antiga metrópole, que ainda moldavam a sociedade nesse período, em favor da instalação de uma república de fato, que promovesse ideais como a liberdade democrática, o sufrágio universal, além de, sobretudo, a autonomia em relação ao poder central. “Os deputados da Praia declaravam que a centralização imperial devorava a ‘substância nacional’ e que as províncias vegetavam em ‘condição mesquinha ... tratadas com desprezo pelos mandões de uma Côte madrastra e corrompida” (CARNEIRO 1960, 33).

⁷⁷ Segundo Luiz Roberto Lopez, havia quatro grupos em disputa ideológica no momento anterior à Proclamação da República: os que queriam uma república verdadeiramente democrática, como Silva

da república tenha sido o aumento dos poderes dos estados em se autogovernar, por meio da implantação do federalismo.⁷⁸

Apesar dessas e de outras manifestações progressivas das ideias republicanas ao longo da história do País, a análise aqui será concentrada na Constituição de 1988, que é a atualmente vivida. Trata-se da Constituição que teve a maior e mais aberta participação popular em sua formulação, além de instaurar o regime em que a tripartição de poderes foi desenhada da maneira mais fiel, com o Poder Judiciário, depois de mais de vinte anos, tendo alcançado uma posição de definitiva equivalência aos demais, simbolizado, principalmente, pelo seu papel de guardião da Constituição.

A promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988 representou o triunfo não só da linguagem comunitarista, mas de seus ideais, especialmente em face da ideologia liberal, com a qual disputou espaço nos meses de Assembleia Nacional Constituinte. Segundo Gisele Cittadino (2009), liberais e comunitaristas, embora compartilhem uma série de pressupostos, divergem quanto à ideia de pluralismo e de como o Estado deve e pode relacionar-se com essa característica marcante das sociedades contemporâneas. Para os liberais, o pluralismo consiste na multiplicidade de concepções sobre a vida digna e o papel do Estado, em face disso, é garantir o gozo individual de cada um sobre essa sua concepção e sintetizar a justiça em termos reconhecidos por todos. Os comunitaristas, todavia, pensam que a diversidade de identidades sociais e culturais não permite, em última instância, uma síntese plena que as contemple universalmente, ou seja, a conformação de uma sociedade, para os comunitaristas, não depende da abordagem imparcial do Estado em face de cada um desses grupos, mas do estabelecimento de uma relação dialógica entre eles e da fundação de uma comunhão moral, com valores concretamente reconhecidos por todos. Em vez de salientar a defesa do indivíduo contra o Estado, os comunitaristas apontam a importância dos indivíduos e dos grupos sociais envolverem-se com o governo de sua sociedade, para fins de preservação da sua própria pluralidade e, em última análise, da sua liberdade.

Jardim, os que almejavam uma república autoritária, mas social, como os positivistas, os defensores de uma república moralizada, representados por militares como Floriano Peixoto, e os que propugnavam uma república federalista, de caráter associado à primeira geração liberal e com apoio da aristocracia agrária. (1997, 14-5)

⁷⁸ Na síntese de Lopez, “o federalismo existente na Constituição de 1891 autorizava os Estados a terem os seguintes direitos: contrair empréstimos externos, constituir forças militares próprias, exercer a Justiça e cobrar impostos (exportação, bens imóveis, transmissão de propriedade, indústrias e profissões e imposto interestadual, tendo este último sido abolido por Getúlio Vargas)” (2000, 24).

(...) Os liberais preocupam-se em proteger as diversas visões substantivas individuais das interferências resultantes de qualquer processo deliberativo público. Daí a necessidade de que os direitos fundamentais limitem a soberania popular e a legislação democrática dela decorrente. Os comunitários, ao contrário, conferem prioridade à soberania popular enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, precisamente porque, segundo eles, a autonomia pública é mais adequada à existência dos diversos centros de influência social e poder político que configuram o pluralismo das democracias contemporâneas. (CITTADINO 2009, 6-7)⁷⁹

A Comissão Afonso Arinos, encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição, era tida, na imprensa e no meio político, como conservadora, em função de sua composição. No decorrer dos trabalhos da Comissão, todavia, a minoria progressista ocupou o espaço e determinou de maneira mais forte o anteprojeto elaborado. Os membros de direita não fizeram qualquer pacto entre si e, frequentemente, um ou outro conservador alinhava-se ao progressismo em algum assunto específico, o que gerou críticas mútuas entre os conservadores. Além disso, a própria participação dos progressistas na Comissão foi mais assídua e mais efetiva que a dos conservadores.⁸⁰

Ao cabo, apesar das acusações iniciais sobre o caráter da Comissão, seu produto foi considerado progressista e estampa viés notadamente comunitarista. De acordo com Gisele Cittadino (2009, 36-43), são três os elementos que indicam isso: a atribuição de um conteúdo ético à ordem jurídica, caracterizada pela incorporação de uma séria de princípios jurídicos, o seu complexo sistema de direitos fundamentais, que exibia procedimentos institucionais para concretizar essas garantias, e o papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal (STF) de garantir a preservação do caráter democrático-deliberativo da produção legislativa e de aplicar, concretamente, o conteúdo das normas constitucionais. Apesar de esse anteprojeto não ter sido enviado à Assembleia, o projeto que lá foi discutido e aprovado preservou esses três elementos.

A ideologia comunitarista brasileira é tributária do constitucionalismo português e espanhol, que, por sua vez, agregou o resultado dos debates americanos e alemães entre a visão formalista e a materialista da Constituição, tendo prevalecido esta, que estende a dimensão de intérpretes do texto constitucional e vincula-o a uma comunidade concreta, substantivamente definida. (CITTADINO 2009, 14-32) Isso ajuda a perceber

⁷⁹ Para um aprofundamento desse retrato mapeado do comunitarismo, v. GALUPPO (2004).

⁸⁰ É revelador do clima das disputas internas à Comissão a entrevista dada por Ney Prado à Folha de São Paulo em 19 de setembro de 1986, conforme reprodução de Gisele Cittadino (2009, 35): “Os chamados conservadores são homens com múltiplas atividades e não podem comparecer com assiduidade. E os progressistas, mais determinados, começaram a frequentar mais as reuniões. E ficou tão marcante a divisão que alguns conservadores até desistiram. Eles diziam: O que adianta ir se os nossos pontos de vista estão sendo triturados?”.

que há uma continuidade cultural e histórica nessas ideias. Mais do que isso, a relevância de se verificar a influência comunitarista no pensamento constitucional brasileiro é que essa corrente é fortemente vinculada ao republicanismo cívico.⁸¹ Isso esclarece, por exemplo, porque autores apontados como comunitaristas por Gisele Cittadino (2009), como Bruce Ackerman e Frank Michelman, são lidos por Daniel Vargas como baluartes do renascimento republicano no pensamento constitucional americano:

Os novos republicanos, em especial, buscam identificar, no sistema de governo, um espaço institucional adequado para a realização da comunidade, caracterizada (i) pela circularidade da produção do direito, (ii) pela ativa participação dos seus membros na determinação do interesse público, (iii) pela junção entre teoria e *praxis* no constitucionalismo e, por fim, (iv) pela concepção de uma autoridade justificada no interior dessa comunidade. (VARGAS 2005, 97)

Republicanos e comunitaristas opõem-se ao individualismo atomista próprio do liberalismo. A comunidade sempre precede o indivíduo, pois ele só é tal em função da coletividade em que se encontra. É aspecto central do republicanismo e do comunitarismo, também, a existência de um conjunto de virtudes de que devem dispor os cidadãos em prol da vida em comunidade e do autogoverno bem equilibrado, apesar de não haver pleno acordo entre as duas correntes sobre quais seriam essas virtudes e que extensão elas tomariam. (AGRA 2005, 100-4)

As ideias republicanas, quando alimentaram a discussão inicial sobre a constituição moderna, formaram-lhe a espinha dorsal e foram traduzidas em instituições jurídicas basilares para o Estado moderno ocidental. Sob uma perspectiva dogmática, ainda que sem realizar toda a ponte histórica aqui desenhada, Geraldo Ataliba (2007) sustenta que os princípios da república e da federação são os mais importantes no Brasil, sendo esta uma implicação necessária daquela.⁸² Lembra que ambos os princípios são pétreos, em virtude da disposição do art. 60, § 4º, da Constituição Federal

⁸¹ Luis Felipe Miguel vê o comunitarismo como uma subcorrente do republicanismo cívico. A vinculação entre um e outro é sintetizada por ele da seguinte maneira: “Tanto quanto a deliberacionista, a democracia republicana se situa, em primeiro lugar, no plano normativo. A política deve perseguir o bem comum, o que ecoa o Maquiavel dos *Discorsi*, sem dúvida o ‘herói’ desta corrente. Em *O príncipe*, por sua vez, somos constantemente lembrados daquilo que a política é. Mesmo sob o risco de simplificação excessiva, é possível dizer que a ponte que uniria os dois extremos – da realidade ao dever ser – seria o reavivamento do sentido de comunidade, com a reafirmação dos laços de solidariedade e identidade que ligam o indivíduo a seu grupo” (MIGUEL 2005, 24).

⁸² Geraldo Ataliba escreveu a obra original à luz da Constituição de 1967. Apesar disso, quase todas as instituições de que trata foram preservadas na Constituição de 1988, bem como as formas republicana e federativa. A versão da obra citada aqui foi atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, para manter-se totalmente coerente com a Constituição vigente.

(CF). Analisando a Constituição brasileira, aponta as instituições que são centrais ao republicanismo e nela encontram guarida.

A constituição, como produto da vontade popular, dá origem a uma ordem política guiada por pessoas eleitas pelo povo. O mandato é a instituição que confere eficácia à representação popular (CF, art. 1º, par. único). O órgão encarregado dessa representação tem o poder de legislar, ou seja, de criar as regras que vincularão toda a sociedade e o próprio Estado. Em uma república, a ordem normativa é criada, indiretamente, pelos seus próprios destinatários e o princípio da legalidade impera. Ao lado desse grande papel conferido ao Legislativo em uma república, existe a tripartição dos poderes (art. 2º). Essa construção tem o objetivo de preservar e homenagear a vontade popular, formalizando-a (Legislativo), efetivando-a (Executivo) e fiscalizando seu cumprimento (Judiciário).

A ideia de federação e de autonomia municipal (art. 34, VII, c), por sua vez, também são instituições republicanas: “(...) tudo o que puder ser feito pelos escalões intermediários (estados) haverá de ser de sua competência; tudo o que o povo puder fazer por si mesmo (municípios), a ele próprio incumbe” (ATALIBA 2007, 43). Ao cabo, ainda se pode destacar como instituição constitucional de matriz republicana a responsabilização dos representantes do povo. Diversamente de uma monarquia, os eleitos respondem pelos seus atos, seja via controle jurídico interno, seja via controle político externo, ao término do mandato, pelo resultado das urnas.

Antes do processo constituinte de 1987-8, no Brasil república havia existido apenas uma tentativa significativa de instituição de valores comunitários, ocorrida na década de 1930. (VIANNA e CARVALHO 2004) Nesse momento, tentou-se conduzir o ambiente privado a partir de justificações publicamente relevantes, por exemplo, condicionando o lucro à sua função social e conformando o mercado à harmonização dos conflitos nele existentes, especialmente em referência aos trabalhadores. Bem antes da instituição do regime militar, porém, esse movimento já havia fracassado, na medida em que as instituições não haviam sido capazes de lidar com todos os conflitos sociais que existiam, o que conduziu à privatização do espaço público, com cada grupo lutando cruamente pelos seus interesses.

De fato, a transição da ordem que, com todas as variações conhecidas, predominou entre 1930 e 1964, fortemente orientada por uma relação em que o público detinha primazia em relação ao privado, para uma outra, em que vigiam práticas sociais centradas quase exclusivamente no puro interesse, esvaziou o que havia de comunitário na sociabilidade, sem deixar substituto em seu lugar. (VIANNA e CARVALHO 2004, 218)

Segundo Luiz Werneck Vianna e Maria Alice Rezende de Carvalho (2004), em função desse histórico, o constituinte de 1988 não confiou apenas na democracia representativa. A Constituição Cidadã procurou radicalizá-la, fundando expressamente um Estado Democrático de Direito e munindo-o de instituições que criassem, no País, também um regime de democracia participativa, com *locus*, inclusive, em um novo Poder Judiciário, mais acessível, mais atuante, mais público e menos estatal. Um Estado, enfim, que deveria ter condições concretas de canalizar os conflitos sociais de forma republicana.

É nesse sentido que o pensamento constitucional brasileiro, de maneira mais clara em sua história recente, conecta-se a, e é parte de, toda a tradição republicana sobre a qual se debruçou neste capítulo até aqui. A partir de agora, serão condensadas as modas e as convergências dessa tradição para se construir, brevemente, as linhas básicas e as interfaces filosóficas do que é o republicanismo hoje.

1.3. O substrato republicano na contemporaneidade: o neorepublicanismo

1.3.1. O conceito de liberdade

Está claro que, no ideário republicano, a liberdade do cidadão representa o maior objetivo da atividade estatal e da vida em sociedade. Esse aspecto é apontado conscientemente como central desde o humanismo cívico. A questão, agora, é saber o que exatamente significa liberdade e o que ela tem a ver com a importância conferida pelos republicanos ao autogoverno.

Hoje, qualquer debate sobre o significado da liberdade tem de levar em consideração a análise tipológica empreendida por Isaiah Berlin em aula inaugural para a Universidade de Oxford em 1958, seja para afirmá-la, seja para refutá-la. Nessa aula inaugural, depois publicada em formato de ensaio intitulado *Dois conceitos de liberdade* (2002), Berlin resgata e aprofunda uma dicotomia trazida para a modernidade por Benjamin Constant na obra *Sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos* (*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*), publicada em 1819. Isaiah Berlin opõe duas concepções a respeito do significado da liberdade: uma a

que chama negativa, outra que denomina positiva.⁸³ A primeira aborda o problema com base na ausência de interferência de outros nas ações de um indivíduo, ao passo que a segunda deriva o conceito de liberdade de um desejo do indivíduo de ser senhor de si próprio.

O objetivo de Berlin, segundo ele mesmo, é atingir uma definição pura de liberdade, sem confusões conceituais. Ao cabo, chega à conclusão que apenas a liberdade negativa é capaz de fornecer tal precisão conceitual, ou seja, o indivíduo é livre à medida que não é coagido por outrem a fazer ou a deixar de fazer algo. A liberdade não deve ser medida pelo fato de uma pessoa poder fazer aquilo que quer, pois, nesse caso, poderia ser-se livre apenas extinguindo a vontade de fazer as coisas. (2002, 186)⁸⁴ “A liberdade, neste sentido, não possui nenhuma conexão lógica com democracia ou autogoverno”⁸⁵ (177). Skinner sublinha que o conceito negativo de liberdade é tradicionalmente liberal, sendo encontrado, já com bastante fidelidade, em autores como Hobbes e Locke (SKINNER, *The republican ideal of political liberty* 1990, 294).

Para Berlin, a liberdade positiva perde de foco o significado verdadeiro do termo e, em seu lugar, enaltece a independência e o autogoverno. O indivíduo é livre à medida que se envolve virtuosamente na vida política. No entanto, esses são outros bens e não necessariamente coincidem com o que o indivíduo quer para ele mesmo. Tratar liberdade como autogoverno ou independência seria impor um querer a outro indivíduo e forçá-lo a participar de algo que não deseja, ou seja, seria exatamente o tolhimento da liberdade em sentido negativo, seria interferir na atividade desse indivíduo. Não faz sentido forçar alguém a ser livre. (BERLIN 2002, 178-81)

Skinner (*The republican ideal of political liberty* 1990) desconstrói as críticas feitas à liberdade positiva e aponta que sua formulação não é racionalmente débil, mas apenas apoia-se em premissas aristotélicas, distintas das da liberdade negativa: o homem é um ser moral e naturalmente político e social, não estando ao seu alcance simplesmente abandonar essa condição. Diferentemente do que dizia Berlin, portanto, a liberdade negativa não é a única coerente.

⁸³ A liberdade negativa corresponde à liberdade dos modernos de Constant e a liberdade positiva, à dos antigos. Antes de Constant, também John Lind, em 1776, abordou o assunto em sua obra *Three letters to Dr. Price* (PETTIT, *Republicanism: a theory of freedom and government* 1997, 17).

⁸⁴ Trata-se de um ajuste conceitual bastante sutil, elaborado em crítica à definição de liberdade adotada por Mill, que muitas vezes não é captado por leitores qualificados de sua obra. Essa compreensão equivocada é exposta, a propósito, por Quentin Skinner (1998, 113-4).

⁸⁵ Tradução livre de: “*Freedom in this sense is not, at any rate logically, connected with democracy or self-government.*”

Na análise histórica da evolução das ideias republicanas, é comum traçarem-se pontes irrestritas com Aristóteles – Pocock (1975) fez isso – e, assim, associar a liberdade positiva com o republicanismo cívico. Conforme esclarece Frank Lovett (2010), trata-se de uma corrente interpretativa dessa tradição, comumente chamada de humanismo cívico⁸⁶, relacionada com o comunitarismo, porém com pouco apoio historiográfico, que aponta os ideais de exercício da virtude cívica e de participação política na *polis* como bens superiores, que caracterizam o realizar-se do humano, ou seja, a sua própria liberdade.⁸⁷ Hannah Arendt, quando lida a partir da tradição republicana, seria posicionada aqui.⁸⁸ É também comum lerem-se referências à liberdade positiva como liberdade neoateniense.

Skinner, porém, não alinha a liberdade republicana à liberdade de tradição aristotélica. Ele admite que os autores da tradição republicana vejam a lei como um instrumento para forçar as pessoas a serem livres e a exercerem sua virtude cívica, caso contrário a sociedade poderia colapsar. Em oposição à liberdade positiva, porém, argumenta que o republicanismo não impõe nenhum objetivo a ser perseguido pelo indivíduo, permitindo que ele mesmo faça suas escolhas. O que o republicanismo sustenta é que a república, na medida em que confere a titularidade do poder dispersamente a toda a comunidade, é a melhor forma de governo para se preservar a liberdade de cada pessoa, na medida em que se impede mais facilmente a liberdade do estado de se converter em servidão. Conclui, assim, que a liberdade republicana é negativa:

Como vimos, eles [os autores do republicanismo clássico] trabalham com uma visão puramente negativa da liberdade como ausência de impedimentos à realização dos fins escolhidos por nós. Ainda são explícitos ao complementar que nenhuma especificação pré-determinada desses fins pode ser dada sem violar a variedade inerente de aspirações e objetivos humanos. (SKINNER, *The republican ideal of political liberty* 1990, 307)⁸⁹⁻⁹⁰

⁸⁶ V. nota nº 14 *supra*.

⁸⁷ Além de Pocock, Jürgen Habermas (2002, 276) incorre na mesma imprecisão. Julga que o republicanismo é uma concepção sobre o Estado, sobre a política e sobre a democracia que depende da existência de cidadãos idealmente virtuosos, sempre dispostos a perseguir o bem comum, e que isso, portanto, impõe um peso muito grande ao indivíduo, tornando a teoria impraticável.

⁸⁸ N’A *condição humana* (2005), por exemplo, Arendt divide o homem em três esferas: labor, trabalho e ação. As duas primeiras são ligadas às suas necessidades, enquanto a última refere-se à integração do homem em seu meio social e político, único momento em que o homem atinge, de fato, sua liberdade, que consiste em, por meio da *vita activa* e do agir político, ser dono de seu próprio destino no seio da comunidade. Para uma leitura de Hannah Arendt como parte da tradição republicana, v. COHEN (1996).

⁸⁹ Tradução livre do original: “As we have seen, they work with a purely negative view of liberty as the absence of impediments to the realization of our chosen ends. They are absolutely explicit in adding, moreover, that no determinate specification of these ends can be given without violation the inherent variety of human aspirations and goals.”

O neorrepblicanismo não é uma simples repetição do humanismo cívico florentino nem da política aristotélica. Uma natureza humana coletivamente uniforme não é mais algo facilmente defensável e o indivíduo agora deve ter um lugar próprio na teoria. Há quem afirme que o neorrepblicanismo de autores como Skinner representa a inclusão de elementos liberais na tradição do humanismo cívico (FALLON JR. 1988-9).⁹¹ Embora isso possa ser parcialmente sustentado, essa formulação não é adequada, na medida em que o próprio liberalismo, que apenas surgiu como ideologia consciente nos últimos dois séculos, é uma releitura do repblicanismo clássico. A perspectiva liberal, como parte de nosso *Zeitgeist*, pode ter influenciado a interpretação histórica feita pelo neorrepblicanismo, mas a sua ideia de liberdade sustenta-se plenamente em fontes como Cícero, Tito Lívio e Maquiavel. Daí ser chamada de liberdade neorromana – até mesmo por oposição à denominação neoateniense.

A formulação mais clara e precisa da liberdade neorrepblicana foi feita por Philip Pettit. Em sua obra *Republicanism* (1997), defende a concepção de liberdade como ausência de dominação, criticando a divisão construída por Berlin. Para Pettit, o filósofo russo-britânico ignorou um terceiro conceito de liberdade, distinto de ambos

⁹⁰ De acordo com Ricardo Leite Pinto, o neorrepblicanismo apoia-se em críticas ao liberalismo, embora hoje haja iniciativas coerentes de aproximação entre as duas correntes. “Está hoje em crise a rígida dicotomia entre liberdade positiva e liberdade negativa, entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos proclamada por Benjamin Constant. O esforço de muitos é, como vimos antes, o de conciliar o liberalismo com o repblicanismo, ou o de propor uma espécie de terceira via entre ambos, uma democracia procedimental que concilie os direitos humanos e a soberania popular (...). Outros, porém, sustentam que haveria no campo repblicano um strong repblicanismo na linha do humanismo cívico aristoteliano, dificilmente compatível com os postulados liberais, e um repblicanismo clássico, coerente com a teoria da justiça liberal.” (R. L. PINTO 2001, 470)

⁹¹ Um dos autores que defende esse ponto de vista é Suri Ratnapala. Para ele, o liberalismo clássico não é o que Pettit chama de liberalismo, tendo, em verdade, muito mais a ver com o repblicanismo do que este admite: “É inconcebível que um autor com a erudição de Pettit tenha falhado em considerar a posição do liberalismo clássico sobre liberdade e constitucionalismo na distinção entre repblicanismo e liberalismo. A única explicação plausível é que o repblicanismo de Pettit é uma versão eclética que abraçou e internalizou muito da cultura que pode ser considerada classicamente liberal.” [Tradução livre do original: “*It is inconceivable that a writer of Pettit’s erudition could have failed to consider the classical liberal position on liberty and constitutionalism in distinguishing repblicanism and liberalism. The only plausible explanation is that Pettit’s repblicanism is an eclectic version that has embraced and internalised much of the scholarship that may be considered classically liberal*”] (RATNAPALA 2000, 264). Todavia, denuncia um dos maiores pontos de divergência entre o liberalismo e o repblicanismo, que, neste caso, também é associado ao comunitarismo, que é a relação dialógica do cidadão com o Estado e com o governo da comunidade. Para o liberalismo, o Estado é algo externo e a sua maior preocupação é criar instrumentos de defesa da sociedade contra ele, para que ela, por si só, promova as mudanças sociais, como se isso fosse, de fato, possível e observável: “Os liberais clássicos, geralmente, corroboram o princípio do dano de Mill e buscam instalar precauções específicas contra a invasão do espaço privado pelo estado na forma de liberdades civis básicas e de direitos de propriedade. Eles preferem mudanças sociais endógenas às mudanças provocadas pelo estado.” [Tradução livre do original: “*Classical liberals, generally endorse Mill’s harm principle and seek to install specific precautions against state invasion of private space in the form of basic civil liberties and property rights. They prefer endogenous social change to state engineered change.*”] (271)

que havia tratado: o da liberdade republicana. Imediatamente, aponta a falta de coerência na separação entre liberdade negativa e liberdade positiva feita por Berlin, na medida em que o “ter o domínio sobre si mesmo”, da liberdade positiva, não tem o mesmo valor modular que “ausência de interferência”. Com um giro linguístico simples, e dissolvendo a incoerência apontada, chega, sem maiores dificuldades, ao embrião da liberdade republicana:

Então, e se o conceito de liberdade intermediariamente possível consistir em ausência, assim como a concepção negativa, mas em ausência de dominação pelos outros, em vez de ausência de interferência? Essa possibilidade teria um elemento conceitual em comum com a concepção negativa – o foco na ausência, não na presença – e um elemento em comum com a positiva: o foco na dominação, não na interferência.⁹² (PETTIT, *Republicanism: a theory of freedom and government* 1997, 21-2)

Dominação e interferência têm definições distintas; a primeira pode ocorrer sem a segunda e vice-versa. Essas situações têm, portanto, uma diferença clara de tratamento quando analisadas sob a liberdade negativa de cunho liberal berliniana ou sob a liberdade republicana formulada por Pettit.

Para exemplificar um caso em que haja dominação, mas ausência de interferência, tem-se o célebre tema da relação entre escravo e senhor. O senhor domina o escravo, mas pode optar por interferir o mínimo possível em sua vida. Um senhor meramente benevolente ou, ainda, um escravo perspicaz, que saiba tratar o seu senhor de forma a nunca sofrer suas interferências, não representam ameaça à liberdade negativa de Berlin. Sob a visão republicana, esse escravo não é livre, porque seu senhor pode, a qualquer momento, imprimir seus caprichos e suas vontades sobre ele.

A ocorrência de interferência sem dominação tem o seu maior exemplo na relação entre lei e liberdade. Se a lei leva em consideração os interesses e as opiniões dos que são afetados por ela, há ausência de dominação, embora seja explícita a interferência da lei na vida das pessoas. Se, na visão liberal, a lei sempre representa alguma decapitação da liberdade do indivíduo, sob a concepção republicana de liberdade, ela tem o forte potencial de maximizar a liberdade, na medida em que, sendo elaborada de maneira não dominadora, tem o potencial de evitar a dominação de uns sobre os outros. (PETTIT, *Republicanism: a theory of freedom and government* 1997)

⁹² Tradução livre do original: “*So what of the intermediate possibility that freedom consists in an absence, as the negative conception has it, but in an absence of mastery by others, not in an absence of interference? This possibility would have one conceptual element in common with the negative conception—the focus on absence, not presence—and one element in common with the positive: the focus on mastery, not interference.*”

Dominação, portanto, não deve ser entendida como mera interferência de outro em minha esfera privada, mas como interferência *arbitrária*. Mas o que significa arbitrariedade? Significa a decisão de um agente com base única e exclusivamente no seu arbítrio, isto é, uma interferência arbitrária significa imiscuir-se na vida de outro conforme se queira ou não, a seu bel-prazer. O ato deixará de ser arbitrário à medida que, forçadamente, tiver de levar em consideração as opiniões relevantes e consistentes da pessoa que sofre a interferência. (PETTIT, *Republican political theory* 1997, 115)

Conquanto se garanta a não arbitrariedade da interferência, não haverá risco para a liberdade republicana. É aqui que se verifica a importância da participação política e de práticas democráticas para o republicanismo: elas têm o potencial de reduzir os impactos dominadores das normas que regem as pessoas.⁹³ O conceito republicano de liberdade, assim, parece ser o mais útil para o direito e para a política dentre os abordados aqui, pois é o único capaz de garantir, *prêt-à-porter*, uma coerência interna na hermenêutica constitucional e consequências eticamente satisfatórias na sociedade contemporânea.

A liberdade como ausência de dominação não é uma mera atualização em ideias humanistas ultrapassadas, para que se tornem mais palatáveis na atualidade ou para que se esquivem de críticas à ideia de liberdade positiva. Há referências textuais em autores clássicos que evidenciam o conceito de liberdade tal qual formulado pelo neorrepublicanismo de Pettit.

Ricardo Silva (2008), por exemplo, fundamentado em pesquisa historiográfica elaborada por Skinner, aponta que, no Código Justiniano, mais especificamente no *Digesto* nº 533, a carência de liberdade já é definida como estar submetido ao poder ou à vontade de outrem. Maquiavel, nos *Discursos* (1971), deixa claro que não se alinha a uma ideia de liberdade positiva e propugna pelo conceito de liberdade como ausência de dominação.⁹⁴ A transição da liberdade republicanamente negativa para a liberdade

⁹³ As implicações democráticas do republicanismo serão mais aprofundadas na subseção 1.3.3.

⁹⁴ Maquiavel, nos *Discorsi* (1971), não vincula o sumo da liberdade ao exercício virtuoso da participação política pelo cidadão, mediante o sacrifício de suas vontades e sua vida privada em prol do bem comum. No capítulo 16 do primeiro livro, associa-o ao usufruto da segurança e do estar-em-família – “aquele utilidade comum propiciada por uma sociedade livre não lhe é conhecida enquanto a possui: a de poder gozar livremente de suas próprias posses sem qualquer suspeita, sem duvidar da honra de suas esposas ou de seus filhos, nem temer por si mesmo; porque ninguém confessará ter uma obrigação com alguém que apenas não lhe ofenda” [tradução livre de: “(...) *quella comune utilità che del vivere libero se trae, non è da alcuno, mentre che ella si possiede conosciuta: la quale è di potere godere liberamente le cose sue sanza alcuno sospetto, non dubitare dell'onore delle donne, di quel de' figliuoli, non temere de sé; perché nessuno confesserà mai avere obligo con uno che non l'offenda*”] (54) –, ao passo que a liberdade é ter segurança contra a arbitrariedade da

liberalmente negativa, segundo Pettit, deu-se conscientemente por autores como Hobbes e Bentham. A partir deles, a lei deixa de ter um sentido constitutivo da liberdade, mas passa a ser, na mesma medida, anuladora da liberdade, o que inspirou a crítica dos teóricos neorromanos do século XVII (Republican political theory 1997, 117).

Apesar de, hoje, os autores do neorepublicanismo concordarem mais ou menos com o conceito analisado por Pettit, há diferenças de compreensão entre este e Skinner, por exemplo. Em seus primeiros trabalhos sobre o pensamento republicano, Skinner aborda o conceito de liberdade, definindo-o como ausência de dominação e de interferência. Conforma, assim, uma concepção híbrida e conceitualmente pouco clara, na medida em que dominação já significa interferência arbitrária. Então, não faria mais sentido simplesmente definir liberdade como ausência de interferência, assim como os liberais o fazem?

Pettit presume que essa definição tenha sido elaborada em face do receio de se concluir que a obediência a uma norma não arbitrária torna o indivíduo livre. Responde a isso afirmando que não nega que qualquer lei possa condicionar, de fato, o exercício da liberdade. O que ele ratifica é que ser dominado representa uma eliminação da liberdade, mas isso não significa que, em havendo liberdade, ela seja exercida de maneira mais ou menos plena. (PETTIT 2002)

Essas diferenças entre Skinner e Pettit vêm, contudo, diminuindo com o passar do tempo. Ambos constroem seus conceitos de liberdade de forma a dar mais importância ao *status* de ser livre do que propriamente ao exercício efetivo dessa liberdade – não que isso não seja relevante – e torná-la compatível com o pluralismo próprio das sociedades contemporâneas, em que não se pode, pacificamente, adotar uma concepção de bem unívoca; trata-se, portanto, de uma liberdade negativa.

Ainda mais recentemente, Skinner faz outro movimento importante em favor da convergência de suas formulações com as de Pettit. Em *Liberdade antes do liberalismo*, ele havia sustentado que os pensadores clássicos do republicanismo inglês do século XVII concebiam a liberdade individual tanto como ausência de dependência da vontade arbitrária de terceiros, quanto como ausência de interferência efetiva nas escolhas que um agente está apto a realizar. Pettit já havia solicitado a Skinner um esforço de simplificação do conceito de liberdade republicana, sugerindo-lhe manter como núcleo

autoridade, independentemente da atividade cívica – “mas quanto ao desejo do povo de recobrar sua liberdade, o príncipe, não sendo capaz de satisfazê-lo, deve examinar por quais são as razões o povo quer ser livre; e descobrirá que uma pequena parte dele deseja ser livre para comandar; mas todos os outros, que são infinitos, desejam a liberdade para viver em segurança” [tradução livre de: “*ma quanto all’altro popolare desiderio, di riavere la sua libertà, non potendo il principe sodisfargili, deve esaminare quali cagioni sono quelle che gli fanno desiderare d’essere liberi; e troverà che una piccola parte di loro desidera di essere libera per comandare; ma tutti gli altri, che sono infiniti, desiderano la libertà per vivere sicuri*”] (56).

definidor do conceito somente a primeira condição. A solicitação foi atendida por Skinner, com a justificativa de que, “como Pettit corretamente observa, a capacidade para engajar-se em interferência arbitrária depende da posse prévia de poder arbitrário”. E é “esta presença subjacente de tal poder que constitui a afronta fundamental à liberdade”. (R. SILVA 2008, 158)

Independentemente das nuances internas à liberdade neorromana ou se a ideia de participação política está dentro – liberdade positiva – ou fora – liberdade neorrepública – do conceito de liberdade, o fato é que todas as concepções que se autodenominam republicanas prezam pelo envolvimento do cidadão nos negócios do Estado. Para os teóricos da liberdade positiva, é isso o que significa, em essência, a liberdade do homem; perante outros, ele faz-se cidadão e floresce em todas as suas potencialidades por meio da ação política. Para os defensores da liberdade neorrepública, a participação política é a melhor forma de garantir a ausência de dominação e, por sua vez, garantir a liberdade do indivíduo.⁹⁵

1.3.2. A perspectiva institucionalista

No estudo da política, da liberdade e do autogoverno, a filosofia sempre foi permeada por uma divisão entre dois tipos de abordagem. Uma delas confere primazia à conduta dos indivíduos, sejam eles os governantes, sejam os cidadãos, ao passo que a outra concentra-se no estudo das instituições e de que forma elas conduzem ou relacionam-se com as decisões e a realidade política. O republicanismo também se deparou com essas duas frentes de análise em vários momentos. Um desses momentos foi ao estudar formas de conter a corrupção: é mais importante ter instituições fortes ou pessoas virtuosas no comando do governo?

Respondendo a essa pergunta, Skinner revela uma leitura que não será compartilhada por este estudo. Para ele, a tradição de pensamento republicano, incluindo-se expressamente Maquiavel e Montesquieu, “(...) proclama que não é tanto o maquinário do governo, mas o próprio *espírito* dos governantes, do povo e das leis o que mais precisa ser defendido” (1996, 66)⁹⁶. Há duas objeções a essa conclusão.

⁹⁵ Em função desse quadro de disputa intelectual, Mouritsen (2006) abandona as tentativas de construção de *grand theories* e trabalha com quatro elementos que são centrais à liberdade republicana. Conclui, portanto, que qualquer definição de liberdade republicana deve conter os seguintes elementos: (i) um artifício legal e institucional (direitos, liberdades e garantias), (ii) a existência de um espaço cívico, em que a cidadania possa ser, de fato, exercida, (iii) autonomia política, institucionalizada mediante mecanismos de autogoverno, e (iv) identidade cívica e patriotismo, que é o sentimento coletivo de participação em um empreendimento comum.

⁹⁶ Ao fazer essa declaração, Skinner revela, indiretamente, a síntese dos dois afluentes históricos de pensamento com os quais havia trabalhado – a *Ars Dictaminis* e a escolástica –, dando a entender

Primeiramente, ainda que esses autores republicanos tenham dito – e, de fato, disseram-no – que as instituições são ineficazes quando a corrupção torna-se a regra de conduta comum, em nenhum momento negam a importância preventiva e corretiva das instituições quando da ocorrência de casos de corrupção. Em segundo lugar, não se pode extrair da leitura dessas obras clássicas uma definição absoluta de que eles conferiram mais importância às pessoas ou às instituições, porque todas as análises são imbricadas e articuladas mutuamente. A partir desses argumentos, adota-se, aqui, neste trabalho, a visão alternativa à que Skinner expôs; em vez de um republicanismo personalista, o estudo desta dissertação será conduzido pela visão de um republicanismo institucionalista.

A personagem central da tradição republicana aqui estudada é Maquiavel. Este revolucionou o conceito de *virtù*, característica importante para o governante ou para o próprio povo em uma república, associando-o ao potencial de inovar em uma sociedade e à capacidade de dominar os caprichos da fortuna. Trata-se, portanto, de uma análise tipicamente personalista das repúblicas. Ao passo que seus primeiros trabalhos tinham esse viés predominante, Maquiavel foi migrando, em direção aos seus últimos trabalhos, para a ideia de que a ação de um indivíduo ou de um grupo é insuficiente para, por si só, promover transformações na sociedade e guiá-la de determinada maneira. (JURDJEVIC 2007)

Nessa evolução, Maquiavel deixa de concentrar sua atenção na cultura política, *stricto sensu*, para analisar as instituições políticas. Nos *Discursos* (1971), a grandeza de Roma é estudada a partir de sua dimensão institucional, focando-se em diversos aspectos: o arranjo de atribuição de poderes à plebe como forma de controlar o Senado, a institucionalização dos tumultos como forma de preservar a liberdade da república romana, a importância que a instituição de um ditador teve em momentos de crise, a útil relação do estado com suas instituições divinas, a relevância de o poder militar estar a cargo do povo, entre outros. Maquiavel ainda deixa claro que a queda da república romana poderia ter sido evitada se os legisladores criassem novas instituições para combater a corrupção, embora considerasse essa uma hipótese bastante difícil de ocorrer, em razão do contexto histórico.⁹⁷

que o republicanismo trata-se de uma continuidade da arte retórica em detrimento das ideias escolásticas.

⁹⁷ Lê-se no capítulo 18 do primeiro livro: “Era necessário, portanto, se Roma quisesse manter-se livre em sua corrupção, que ela, assim como havia feito novas leis no seu processo de vida, fizesse novas instituições” [tradução livre do original: “*Era necessario, pertanto, a volere che Roma nella*”

Essa visão evolutiva é perfeitamente coerente com a observação do próprio Skinner que o humanismo transitou sua atenção das virtudes do povo ou do bom governante, nos anos 1400, para, nos anos 1500, os arranjos institucionais que conduziam a vida política da cidade, que podem ser simbolizados pela mitificação da constituição de Veneza. Na obra *Discursus florentinarum rerum post mortem iunioris Laurentii Medices*, escrita entre 1520 e 1522, em que Maquiavel minuta um projeto para a reforma do governo florentino, estrutura uma república com divisões e instituições tipicamente venezianas. (SILVANO 1990)

Além de Maquiavel, Montesquieu, embora conferisse atenção à virtude, posicionando-a como o princípio das repúblicas, foi, por outro lado, o mentor da principal instituição republicana contemporânea: a tripartição dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Foi a sua construção institucional, e não a personalista, que alimentou as ideias da Revolução Americana e o constitucionalismo ocidental.⁹⁸

Portanto, como se observa, o republicanismo é, por sua própria evolução, perfeitamente compatível com uma visão institucionalista, que aqui será aportada por meio das ideias do neoinstitucionalismo histórico.

Em primeiro lugar, cumpre responder à seguinte pergunta: o que são instituições? Instituições são normas, padrões de comportamento, convenções – “oficiais ou oficiosas” (HALL e TAYLOR 2003, 196) –, protocolos, rotinas, processos, constantes de conduta, práticas organizadas ou, para resumir em uma única palavra, simplesmente regras.⁹⁹

corruzione si mantenesse libera, che, così come aveva nel processo del vivere suo fatto nuove leggi, l'avesse fatto nuovi ordini”] (MAQUIAVEL 1971, 62). Mark Jurdjevic conclui, definitivamente, que “Maquiavel trabalha, na maior parte, com a pressuposição de que o povo é perverso, egoísta e não confiável, e, assim, de que uma república sábia deveria estabelecer leis e instituições que obstruíssem esse comportamento para minimizar os efeitos ruins” [tradução livre do original: “*he operates for the most part on the assumption that people are wicked, self-interested and unreliable, and therefore that the wise republic should establish laws and institutions that obstruct such behaviour to minimise its bad effects*”] (2007, 1242).

⁹⁸ Não se aprofundará este assunto aqui, porquanto ele já foi suficientemente debulhado na subseção 1.2.5 *supra*.

⁹⁹ Trata-se de uma definição de instituição decantada a partir do neoinstitucionalismo histórico. Outras definições são possíveis a partir de diferentes concepções institucionalistas. Existe, por exemplo, o institucionalismo da escolha racional, que enfoca o papel das instituições em relação aos custos de transação, à economia política e à maximização da utilidade. Também existe o institucionalismo sociológico, cuja definição de instituição é significativamente mais ampla do que a aqui esposada. Segundo essa corrente, as instituições não são regras consciente, racional e pragmaticamente elaboradas, mas são fruto de práticas culturais. De acordo com Peter Hall e Rosemary Taylor (2003, 208-9), “(...) os teóricos dessa escola tendem a definir as instituições de maneira muito mais global do que os pesquisadores em Ciência Política, incluindo não só as regras, procedimentos ou normas formais, mas também os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que

Pressupõe-se que as instituições criem ordens de previsibilidade e componham a visão que se tem da política, bem como sua história e o seu caráter. Além disso, também se pressupõe que as regras sejam seguidas, na medida em que sua existência seja vista como legítima, correta e “natural”. A sua legitimidade, por sua vez, depende da visão que se tenha sobre elas: as instituições devem ser capazes de proporcionar processos cujos resultados não sejam predeterminados. Nesse sentido, as instituições simplificam a vida política, na medida em que a pré-organizam. (MARCH e OLSEN 2006) De maneira mais concreta, as instituições são relevantes para a política porque definem quem participa do jogo, condiciona as estratégias dos atores e influencia os próprios interesses e preferências desses atores. (STEINMO 2001)

As instituições são construções da mente humana e distinguem-se de organizações, embora na linguagem corrente o primeiro termo seja frequentemente utilizado em lugar do segundo. Um atributo particular das instituições é a sua dependência em relação à trajetória histórica percorrida (*path dependency*). Em razão disso, as instituições adaptam-se conforme seus precedentes e, também, têm sua evolução limitada pela sua própria história. (MORAN 2006)

Quando as instituições estão postas, os agentes adaptam-se a elas e, assim, sustentam sua continuidade. Por conseguinte, elas dependem de uma sustentação política, ruindo assim que o contexto se modifica e ela esvai-se. (THELEN 1999) Todavia, não se trata de um evento ordinário a mudança das instituições. As regras traduzem estabilidade e instituem um equilíbrio entre os atores que disputam ou interagem em determinada arena política. Novas instituições implicam a incerteza a respeito das estratégias a serem seguidas pelos atores, o que os faz relutar a essa mudança. (STEINMO 2001) Embora tendam à estabilidade, as instituições são sujeitas a mudanças ao longo do tempo. Essas mudanças, porém, não são necessariamente uma evolução para algo melhor.¹⁰⁰ (MARCH e OLSEN 2006)

De acordo com R. A. W. Rhodes (2006), o institucionalismo tradicional – o “velho” institucionalismo – tinha uma abordagem formal-legalista. Essa abordagem concentra sua análise nas regras e nos procedimentos legais e em seus impactos sobre o

forneem ‘padrões de significação’ que guiam a ação humana”. Para uma exemplificação dessa corrente, v. DELEUZE (2004). No *Oxford handbook of political institutions*, obra da qual se pesquisaram alguns capítulos para esta dissertação, há, ainda, o desenho teórico de outras concepções, como o institucionalismo construtivista (*constructivist institutionalism*) e o institucionalismo de rede (*network institutionalism*).

¹⁰⁰ Apesar da existência de momentos históricos que deponham contra isto, os regimes que se dizem democráticos têm demonstrado relutância e dificuldade em promover reformas e redesenhos institucionais.

caminhar de um regime democrático, enxergando o comportamento como uma função de determinada regra. Em sua pesquisa, utiliza a investigação histórica, na medida em que acredita que as instituições políticas são construtos originados de evoluções longas e relativamente inconscientes.

Para Yuxin Wu (2009), o institucionalismo “velho”, ao utilizar uma metodologia restritivamente indutiva, não raramente desconsidera aspectos relevantes que envolvem os eventos políticos.

(...) O institucionalismo superestima a instituição formal do direito e o seu passado histórico, mas negligencia a influência de instituições informais no processo decisório e no exercício do poder. Finalmente, o institucionalismo concentra-se no Estado, e não na sociedade, e é orientado para uma descrição estática da política, e não para analisar problemas.¹⁰¹ (WU 2009, 106)

O neoinstitucionalismo decorre de uma modificação dos métodos de pesquisa do institucionalismo tradicional mediante a integração de novos métodos. Esses novos métodos são a pesquisa histórica, a empírica, a comportamental, a processual, a sociológica, entre outros. Em função disso, não existe uma pesquisa institucional pura. Para o neoinstitucionalismo, as instituições são os objetos centrais da pesquisa política, porém também são analisados o comportamento e as preferências dos atores, ou seja, não afasta a relevância dos interesses e das condutas, embora não os aborde como determinantes: a história afeta as instituições e as instituições afetam a história. (WU 2009)

O neoinstitucionalismo não representa uma mudança total em relação ao “velho” institucionalismo; o que houve foi uma agregação de novos elementos por meio de novas disciplinas. O fato é que qualquer abordagem enxerga alguma correlação entre ideais e instituições, seja em maior, seja em menor grau. Os “velhos” institucionalismos, portanto, ainda são vivamente praticados. (RHODES 2006) O neoinstitucionalismo surgiu a partir de um descontentamento de perspectivas institucionais cujas análises limitavam-se a estruturas formais de governo. O novo institucionalismo procura desvendar como a política funciona na prática. (MARCH e OLSEN 2006)

Pode-se dizer que uma das mais conhecidas taxonomias do neoinstitucionalismo é a que foi realizada por Peter Hall e Rosemary Taylor (2003). Eles fazem a distinção entre três versões do neoinstitucionalismo e opõem o institucionalismo histórico ao

¹⁰¹ Tradução livre de: “(...) *institutionalism overemphasizes formal institution of law and its historical background, but neglects influence of informal institution on decision-making and exercise of a power. Finally, it is the state that institutionalism is centered with, but not the society, and it is the static politics of descriptive orientation, but not problem analysis orientation.*”

institucionalismo da escolha racional e ao institucionalismo sociológico. Qualquer linha de institucionalismo concorda com o fato de que as instituições são criações humanas que condicionam o comportamento humano. (SANDERS 2006)¹⁰² É, todavia, Sven Steinmo quem melhor esclarece as particularidades de cada uma dessas correntes.

Steinmo (2008) utiliza como critério de distinção a visão que cada uma delas tem do ser humano. Na perspectiva da escolha racional, o ser humano é individualista e utiliza a razão para calcular o custo-benefício de todas as suas decisões e condutas com o objetivo de maximizar os seus ganhos individuais. A cooperação só faz sentido, para esse indivíduo, se for melhor que não cooperar. O institucionalismo sociológico vê o ser humano como ser social e, portanto, seguir as regras é fazer o que é correto, o que lhe traz um sentimento de pertencimento.

O institucionalismo histórico tem uma visão mais ampla e defende que o comportamento da pessoa, do contexto e da regra.

(...) Não há como saber *a priori* o que exatamente estudar para desvendar as consequências das políticas. Um institucionalista histórico não acredita que os seres humanos sejam meros seguidores de regras ou simples atores estratégicos que usam as regras para maximizar seus interesses. (...) O que o institucionalismo histórico quer saber é por que certa decisão foi tomada e/ou por que ocorreu determinado resultado. (STEINMO 2008, 127)¹⁰³⁻¹⁰⁴

O institucionalismo histórico parte da ideia de que as relações humanas são mais bem compreendidas quando estudadas no âmbito das regras que as conduzem e conforme o seu contexto histórico. O foco de atenção do institucionalismo histórico é como, por que e em que circunstâncias as instituições são construídas, mantidas e adaptadas ao longo do tempo. Assim, as ideias têm um papel importante para o institucionalismo histórico, na medida em que elas são os motores das mudanças institucionais e, ao mesmo tempo, são os bastiões que mantêm as pessoas unidas em torno das instituições. (SANDERS 2006)

¹⁰² Para o neoinstitucionalismo aqui levado em consideração, não existe, por exemplo, um mercado naturalmente concebido, na medida em que a sua existência é precedida por um reconhecimento institucional, o que é um ato político que conforma parâmetros jurídicos para construir determinado conceito, ambiente ou arena. As chamadas instituições econômicas têm seu desenvolvimento fortemente dependente do ambiente política e jurídico em que se encontram. (MORAN 2006)

¹⁰³ Tradução livre de: "(...) *there can be no a priori way of knowing what one should study when trying to explain political outcomes. A historical institutionalist does not believe that humans are simple rule followers or that they are simply strategic actors who use rules to maximize their interests. (...) What the HI scholar wants to know is why a certain choice was made and/or why a certain outcome occurred.*"

¹⁰⁴ Enquanto o institucionalismo histórico faz uso de um modelo indutivo, tentando extrair explicações plausíveis para os fenômenos do mundo real, o institucionalismo da escolha racional tem um método dedutivo e procura descobrir se um modelo preconcebido tem aplicação prática. (STEINMO 2001)

O institucionalismo histórico é mais bem caracterizado como sendo uma abordagem do que uma teoria ou um método de estudo político ou jurídico. Antes de entrar em decadência logo após a segunda guerra mundial e de ressurgir na década de 1970, o máximo de perspectiva institucionalista que se tinha era o estudo e a formulação de constituições capazes de estruturarem boas sociedades. A queda da Constituição de Weimar, que havia sido obra da mais avançada arquitetura jurídico-política, para o surgimento de uma ditadura desmoralizou esse ramo de estudos. Com essa queda, chegaram ao primeiro plano os estudos behavioristas: o que importa é a microanálise dos comportamentos, aferidos mediante métodos rigidamente científicos, e não as instituições, que são meros detalhes. Também passaram a ter posição dominante as teorias holísticas, com macroperspectivas sobre problemas grandes e estruturais enfrentados pela maioria dos países do mundo moderno.

O institucionalismo histórico nasceu com pesquisadores que se preocupavam mais com resultados práticos do que com experiências excessivamente minúsculas a ponto de tangerem a insuficiência ou com visões demasiadamente amplas sem eficácia prática. Essa abordagem não tem preocupação em construir uma metodologia rígida e prévia, concentra-se no estudo de questões mundanas observáveis e pretendem relacionar instituições com seus impactos reais por meio de análise empírica; está mais preocupada em explicar do que em prever. (STEINMO 2008)

Tendo surgido em reação ao estruturo-funcionalismo, dele preservou a ideia de que o comportamento político coletivo é estruturado pelas regras de organização institucional, abandonando a crença em que o comportamento desses agentes é uma mera função das instituições. O Estado, sob esse ponto de vista, deixa de ser um polo neutro mediando conflitos entre particulares e passa a ser visto como uma variável essencial para a estruturação do conflito e para a sua resolução. (HALL e TAYLOR 2003)

Trata-se de um institucionalismo que leva a história a sério, porquanto percebe que os eventos políticos ocorrem em determinado contexto histórico, que os atores aprendem a partir da experiência e que o passado conforma as expectativas. Os acontecimentos políticos, portanto, não surgem do nada, mas estão relacionados a uma cadeia histórica de eventos. As ideias são os fatores que mais bem explicam a prática e a mudança das instituições, na medida em que representam soluções para problemas concretamente enfrentados; novas ideias, portadas por atores bem posicionados, são capazes de imprimir mudanças à prática institucional. (STEINMO 2008) “(...) Os

adeptos do institucionalismo histórico tentaram explicar como as instituições produzem esses trajetos, vale dizer, como elas estruturam a resposta de uma dada nação a novos desafios” (HALL e TAYLOR 2003, 200).

Os institucionalistas históricos ocupam-se pragmaticamente da relação entre instituições e os acontecimentos do mundo real, sem se preocupar com uma teoria rígida previamente aportada. A visão que têm das instituições não é totalizante; eles sabem que as instituições são apenas mais uma peça na complexa realidade. (STEINMO 2001) As instituições são o resultado de processos de disputa política que se dão em amplos desdobramentos temporais e relacionam-se mutuamente. (THELEN 1999)

Roberto Mangabeira Unger propõe um novo papel para o direito, diferente do que ele tem sido desde o século XIX, com base na ideia de observação, contestação e imaginação institucional – é nesse sentido que esta dissertação justifica-se como um trabalho jurídico, embora dialogue fortemente com a filosofia política e com a história. O autor critica o fetichismo institucional, que se caracteriza pela percepção de instituições abstratas – mercado, Estado, democracia – como construtos dados e imutáveis a serem preservados e perante os quais somos impotentes.¹⁰⁵ (UNGER 1996)¹⁰⁶

A imaginação institucional é o coração do experimentalismo democrático, que sintetiza o poder de qualquer um transcender contextos, circunstâncias, convenções ou instituições por meio da sua negação em pensamento ou em ato, estimulado pela imaginação e pela vontade. “Temos o poder de reimaginar e refazer. As instituições de uma sociedade são a sua fatalidade. A política transformadora é, como a arte, um antifatalismo, devolvendo-nos a liberdade a que renunciamos ou que esquecemos”¹⁰⁷. (UNGER e WEST 1998). O processo de reconstrução institucional exerce uma relação de mão dupla com nossos interesses e ideais. Estes funcionam como faróis que nos

¹⁰⁵ Mangabeira Unger, em sua obra *O direito e o futuro da democracia* (2004, 17), para opô-lo à ideia de experimentalismo democrático, assim define fetichismo institucional: “a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária”.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, contrários a esse fetichismo, manifestam-se discretamente March e Olsen (2006, 13): “O caráter adaptativo das regras (e, portanto, das instituições) é, todavia, ameaçado por sua estabilidade e confiabilidade. Embora violar as regras dificilmente seja uma boa ideia, às vezes o é; e sem experimentar essa possibilidade, a efetividade do conjunto de regras diminui com o tempo.” [Tradução livre do original: “*The adaptive character of rules (and thus of institutions) is, however, threatened by their stability and reliability. Although violation of the rules is unlikely to be a good idea, it sometimes is; and without experimentation with that possibility, the effectiveness of the set of rules decays with time.*”]

¹⁰⁷ Tradução livre do original: “*We have it in our power to reimagine and remake them. The institutions of a society are its fate. Transformative politics is, like art, an antifate, restoring to us a freedom we have renounced or forgotten.*”

guiam no mar de alternativas, ao mesmo tempo em que o próprio processo de reconstrução permite que sejamos um tipo de humanidade em vez de outro.¹⁰⁸

A imaginação institucional consiste em uma atitude de dois atos: mapeamento e crítica. “Sua tarefa é explorar o relacionamento entre os detalhados arranjos institucionais da sociedade conforme apresentados no direito e os ideais ou programas que esses arranjos concretizam ou frustram”¹⁰⁹ (1996, 20). O mapeamento é a investigação que traz elementos contra os quais se elaboram críticas e tem como objetivo retratar as instituições a partir de sua prática e de seu desenho jurídico. A crítica apontará as discrepâncias entre as instituições – “a vida como ela é” – e os ideais que as inspiram ou aos quais elas devem prestar homenagem.

1.3.3. A democracia neorrepublicana

A relação entre republicanismo e democracia modificou-se ao longo dos séculos. Os autores clássicos sempre demonstraram desconfiança na capacidade de o povo exercer o autogoverno por si mesmo e, por conseguinte, repúblicas aristocráticas tiveram um espaço significativo na tradição intelectual republicana. Maquiavel, Montesquieu e, sobretudo, os federalistas foram marcos de evolução e de convergência entre a ideia de república e de democracia.

Pode-se dizer que o neorrepublicanismo admite a impossibilidade da democracia direta – recepciona, portanto, a ideia de democracia representativa –, porém tenta resgatar a participação direta dos cidadãos que sempre caracterizou os governos republicanos. O contexto, todavia, é diferente. Por um lado, o Estado moderno conta com uma burocracia profissionalizada que, em si, naturalmente afasta o cidadão comum do governo. O burocrata profissional, por outro lado, não pode exercer o poder da mesma forma como se esperava que isso fosse feito nas repúblicas pré-modernas de constituição mista. Nelas, cada classe institucionalmente representada defendia os seus interesses em procedimentos coletivos de composição de interesses. O burocrata

¹⁰⁸ Para Unger, “os ideais e os interesses extraem sua essência, em boa parte, de seu cenário institucional implícito” (1999, 18). O papel da política seria, então, viabilizar a expansão da capacidade do ser humano reinventar e reinventar-se, mediante a revisão contínua das instituições e a consequente superação da dualidade entre estruturas e rotina. Há um evidente paralelismo entre a “capacidade negativa” da imaginação institucional de Unger e a noção de *virtù* maquiaveliana, conforme identificada na subseção 1.2.3.

¹⁰⁹ Tradução livre de: “*Its task is to explore the interplay between the detailed institutional arrangements of society as represented in law, and the professed ideals or programmes these arrangements frustrate and make real.*”

moderno age em nome de toda a sociedade, sem poder privilegiar indevidamente uma classe, um estrato ou um grupo social em detrimento de outro.

Na visão de John Schwarzmantel (2006), os republicanos do século XVIII viam com reservas a ampliação da participação popular, por receio de uma tirania do povo, um despotismo. É interessante destacar que, no surgimento do Estado moderno, a partir do século XIX, eventual democracia almejada pelas repúblicas não era propriamente neorrepublicana. O liberalismo de então via a democracia como o cumprimento de procedimentos e como o respeito a instituições formais, tais quais as eleições periódicas. Ainda tinha, por conseguinte, um caráter marcadamente aristocrático, que se manteve forte no pensamento político e constitucional até o século passado. Rejeitava-se a extensão dos direitos de cidadão a literalmente toda a população, sem distinções com base em sexo, etnia ou riqueza.

A partir do século XIX, esses direitos começaram a se ampliar e a república que era formalmente democrática passou a esforçar-se para sê-lo materialmente. Esse movimento transitou pela socialdemocracia e foi acompanhado por uma progressiva organização de setores da sociedade civil (sindicatos, organizações não governamentais, associações etc.), que buscava alguma participação efetiva no governo. (PEREIRA 2009, 185-8)

Hoje, a democracia é um atributo intensamente perseguido, ainda que apenas nominalmente às vezes, pelos regimes que se dizem republicanos. “Portanto, a disputa ideológica hodierna não tem tanto como objeto a oposição explícita entre democracia e antidemocracia, como ocorria até meados do século XX, mas sim a oposição entre diferentes conceitos de democracia.” (COUTINHO 2008) Que tipo de democracia, portanto, o neorrepublicanismo é capaz de oferecer?

Já foi visto que, para o neorrepublicanismo, a *raison d'être* do Estado é preservar a liberdade dos cidadãos, entendida como ausência de dominação. A melhor forma de se garantir isso é envolver, no grau maximamente viável, os próprios cidadãos no processo político, formulador e decisório de políticas públicas e do direito. Assim, a democracia do neorrepublicanismo tem esse objetivo.

O próprio Estado pode virar um agente de dominação. É perfeitamente normal que ele interfira na vida privada dos cidadãos, retratada pelos diversos âmbitos do direito contemporâneo. Se essa interferência for arbitrária, ter-se-á ausência de liberdade. Nesse sentido, o Estado não pode fazer uso de instrumentos facilmente manipuláveis e, para que isso seja garantido, Pettit (Republicanism: a theory of freedom

and government 1997) enxerga três condições: a existência de um império de leis e não de homens, ou seja, de um Estado de direito; a pulverização do poder por diferentes partes; e alguma resistência do direito às vontades da maioria.

Para aprimorar o caráter não dominador do Estado, na medida em que o poder decisório é mantido na mão de uma autoridade, Pettit propõe a ideia de democracia contestatória. Não é necessário que uma democracia preveja a necessidade de consenso para que uma norma seja considerada legítima ou não arbitrária, mas é imprescindível haver meios pelos quais o cidadão possa contestar, em diversos momentos, as decisões das autoridades.

Na busca pela concretização do modelo da democracia contestatória, é preciso ter uma base sobre a qual ocorra a contestação. Nesse sentido, de acordo com Cass Sunstein (1987-1988), existem duas concepções sobre a política em disputa: a concepção pluralista e a concepção do republicanismo cívico. À luz da primeira, a política é vista como a briga entre grupos de interesse que, para fazerem valer seus desejos, pressionam os agentes do Estado e, a partir disso, gera-se um equilíbrio. Essa visão nitidamente utilitarista da política trabalha com a ideia de agregação de preferências que têm natureza pré-política. A política, assim, padeceria do mal de atender aos grupos mais fortes, cujos interesses chegariam ao conhecimento do Estado.

Como alternativa à perspectiva pluralista, Sunstein aponta a concepção republicana da política, que se fundamenta em quatro compromissos fundamentais. O primeiro consiste na deliberação, entendida como uma postura crítica frente às vontades e aos atos postos, que devem ser submetidas a debate público. A deliberação pressupõe que as preferências não são exógenas à política e são passíveis de debate pelos cidadãos, na busca de uma resultante que seja boa para a comunidade em geral – esse, o concreto exercício da virtude cívica. O segundo compromisso político republicano trata-se de conferir igual acesso para todos aos processos deliberativos. O terceiro é o compromisso com o universalismo, ou seja, com o objetivo de sintetizar as diferentes concepções do bem comum em diálogos e em acordos pragmática e mutuamente satisfatórios, que não sejam formados pela barganha das partes. O último compromisso destacado por Sunstein é a ideia de cidadania e participação, concretizada na possibilidade real e efetiva de se exercer controle social sobre as práticas institucionais, não apenas com o

objetivo de evitar o surgimento de facções ou o uso indevido de cargos por representantes, mas como manilha de preservação da própria liberdade.¹¹⁰

Pettit advoga que a melhor base para sustentar sua ideia de democracia contestatória não é a de uma perspectiva pluralista da política, mas a de uma perspectiva republicana, uma “república de razões”, que pode ser sintetizada no conceito de democracia deliberativa ou participativa.¹¹¹ Trata-se tanto de tornar a democracia mais deliberativa quanto de tornar a deliberação mais democrática.¹¹² (PETTIT 2003) Em cada foro decisório, deve haver procedimentos por meio dos quais os cidadãos possam questionar e tecer considerações relevantes à matéria sendo decidida. Além disso, a democracia contestatória deve ter um caráter inclusivo, ou seja, as pessoas devem ser capazes de vocalizar e de serem ouvidas. Por fim, a democracia contestatória precisa de um lugar ou espaço em que as pessoas sejam ouvidas.

O que importa sob essa concepção é, precisamente, que a democracia provê um ambiente para a seleção das leis que assegura que as sobreviventes são geralmente satisfatórias; na medida em que as sobreviventes tenham sido capazes de sustentar-se em face das contestações contra si elaboradas, pode-se presumir que elas correspondem aos interesses e às ideias de boa parte das

¹¹⁰ Em outro texto (SUNSTEIN 1990), o autor identifica essas características presentes já nos debates e nas ideias dos *Founding Fathers*: “Os formuladores da Constituição beberam consideravelmente do republicanismo clássico, o que se refletiu especialmente na valorização da deliberação política, da virtude política, do debate político e da cidadania. Madison e Hamilton, em particular, enfatizaram a necessidade de deliberação entre os diferentemente situados. As instituições básicas da representação, dos freios e contrapesos e do federalismo são mais bem compreendidas sobre esse pano de fundo. Até mesmo os direitos individuais salvaguardados pela Constituição – o direito a ser julgado por um júri e os direitos de associação e de petição, por exemplo – devem-se, em grande parte, à tradição republicana. Os formuladores da Constituição dificilmente eram pluralistas no sentido de grupos de interesse, economistas do bem-estar social ou crentes em uma esfera pré-política de direitos privados. Eles eram republicanos, embora de uma nova estirpe; e também eram liberais.” [Tradução livre do original: “*The framers of the Constitution drew a considerable amount from classical republicanism, especially insofar as they placed a high premium on political deliberation, political virtue, political debate, and citizenship. Madison and Hamilton in particular emphasized the need for deliberation among the differently situated. The basic institutions of representation, checks and balances, and federalism are best understood against this background. Even the individual rights safeguarded by the Constitution – the right to a jury trial and the rights of assembly and petition, for example – owe a large amount to the republican tradition. The framers were hardly interest-group pluralists, welfare economists, or believers in a prepolitical sphere of private rights. They were republicans, albeit of a novel stripe; they were liberals as well.*”] (182)

¹¹¹ Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009, 188-97), democracia deliberativa e participativa são quase sinônimas. Deliberações são participações mais ampliadas. Diferem no fato de que a primeira pressupõe que todos os participantes do debate tenham condições de participação rigorosamente iguais e que se busquem e atinjam consensos. Isso ainda não existe em nenhum país do mundo. Dessa forma, a democracia participativa é valorizada pelo republicanismo. Se, por um lado, ela é menos exigente, por outro, é factível. Apesar de, ao cabo, ter um pensamento harmônico em relação a Skinner e a Pettit, Pereira (2004) estranhamente critica ambos os pensadores, chamando o primeiro de “republicano na defensiva” e acusando o segundo de desenvolver uma ideia pouco clara de liberdade, que lhe retirou toda a força do caráter republicano.

¹¹² Ao afirmar isso, Pettit deixa claro que tanto a democracia deliberativa quanto a participativa são valorizadas pelo republicanismo.

pessoas.¹¹³ (PETTIT, *Republicanism: a theory of freedom and government* 1997, 201)

Seguindo a mesma linha adotada por Pettit, John Maynor (2003, 146-73) identifica três pilares necessários para a concretização da democracia republicana: instituições próprias para a criação de uma democracia contestatória, educação cívica consistente e normas sociais republicanas. Sob a perspectiva de Maynor, este estudo concentrar-se-á sobre o primeiro dos pilares: a instituições democráticas que criam as condições para a concretização das ideias do neorrepublicanismo na atualidade, sobretudo do ideal de liberdade como ausência de dominação.¹¹⁴

A tecnologia institucional neorrepublicana evita a dominação por meio da inclusão dos cidadãos em diversas etapas da elaboração de políticas e de normas que afetem a sua liberdade. A separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos é a mais simbólica representação disso, todavia, mais além dessa visão tecnocrática, o povo propriamente deve ser, em última instância, um freio ou um contrapeso ao funcionamento das instituições. Consequentemente, o Estado neorrepublicano deve encorajar e criar condições para que o povo exerça esse papel em diversas dimensões, principalmente nos processos de produção de políticas.

Fazendo isso por meio da criação de uma arena pública, tem-se que os cidadãos serão premiados a justificarem publicamente os seus pontos de vista e as suas propostas. Essa justificativa, por óbvia, apenas será efetiva se tomar por base razões que sejam recebidas como legítimas pelos outros participantes do ambiente de discussão. Dessa forma, o arranjo institucional não apenas cria as condições para a participação política e a defesa da liberdade neorromana, mas conduz os cidadãos a portarem-se o mais próximo possível da imagem republicana de se por o bem comum à frente dos interesses particulares.

Nunca se terá uma política pública ou uma norma totalmente não-dominadora, mas as instituições republicanas e a participação popular contribuem para se chegar o mais próximo possível disso, à medida que rastreiem os interesses publicamente

¹¹³ Tradução livre do original: “*For what is important under that conception is precisely that democracy provides an environment for the selection of laws which ensures that survivors are generally satisfactory; to the extent that survivors have proved capable of withstanding the contestations made against them, they may be presumed to answer to the interests and ideas of people at large.*”

¹¹⁴ Em outro texto (2006), John Maynor identifica críticas à ideia de democracia contestatória de Pettit no sentido de que garantir a contestação dos cidadãos às decisões estatais é insuficiente para a realização da democracia republicana. A participação deve ser garantida não apenas *ex post*, mas nas próprias raízes do processo de elaboração política. Maynor responde a eles esclarecendo que a ideia de “contestatoriedade” não deve ser lida com essa restrição, mas como abrangendo todo o espectro de formulação e execução de políticas públicas.

legítimos dos cidadãos. “Não é suficiente confiar apenas em eleições periódicas como forma de expressão de preferências pelas pessoas”¹¹⁵ (MAYNOR 2006, 130). A verificação da ausência de dominação deve ocorrer na ponta da entrada (a formulação) e na ponta da saída (dos resultados efetivamente gerados) das políticas públicas. (BELLAMY 2008)

O rastreamento dos interesses dos cidadãos deve ocorrer em vários momentos. Primeiro, ele deve guiar as questões a serem, de fato, escolhidas pelo Estado para serem resolvidas, o que pode ocorrer por meio da elaboração de estudos ou publicações abertas e claras para a população manifestar-se. As questões levantadas pelos cidadãos devem ser, em seguida, respondidas fundamentadamente no âmbito do processo legislativo ou executivo e devem levar à elaboração inicial de políticas concretas. Essas propostas de políticas devem estar sujeitas a revisões e contestações da população; isso ocorre, frequentemente, por meio de consultas, audiências e debates públicos. Depois de formulada definitivamente a política, ela ainda deve estar sujeita a revisões periódicas. (MAYNOR 2003, 158-68)

A visão da democracia que se exhibe aqui é, portanto, baseada em procedimentos. Por meio de um processo não arbitrário de formulação e de verificação dos resultados das políticas públicas, pode-se tentar evitar que os seus efeitos concretos também não impliquem dominação. Nesse sentido, a democracia neorrepblicana não necessariamente garante resultados com os quais se concorde, mas garante que as discordâncias sejam manifestadas e tratadas de maneira igualitária e ética, na tentativa simultânea de conformação do bem comum. (BELLAMY 2008)

Qualquer forma de participação, bem como a formatação de qualquer arena política, não deve ser um ringue de luta livre, pois isso poderia levar à dominação, direta ou indireta, de uma parte sobre a outra. As partes mais fortes devem ser equiparadas às mais fracas por meio dos arranjos institucionais. O acesso ao processo deve ser minimamente igualitário, sem privilégios para qualquer uma delas:

Movimentos como esses também enfatizam a importância de escutar e engajar-se em um diálogo em que uma parte respeite os interesses da outra. Assim, um modelo republicano de contestação democrática que vise equalizar a relações de poder entre os agentes traz o benefício adicional de elevar o reconhecimento institucional que cada uma recebe das outras e do próprio Estado. (MAYNOR 2006, 137-8)¹¹⁶⁻¹¹⁷

¹¹⁵ Tradução livre de: “*It is not enough simply to rely on the people to express their preferences in periodic elections.*”

¹¹⁶ Tradução livre do original: “*Such moves also emphasize the importance of listening and engaging in a dialogue where each respects the interests of the others. Thus, a republican model of democratic*

Neorrepublicanismo e democracia, portanto, miram os mesmos objetivos: liberdade, autonomia e autogoverno. As instituições dos Estados modernos que se referem a essa tradição de pensamento – o Brasil aqui se inclui – têm o potencial e o propósito de estimular o comportamento social que homenageie esses objetivos. Mais do que direitos, a cidadania implica deveres para com os outros e a comunidade; as instituições também devem refletir isso.¹¹⁸ (SCHWARZMANTEL 2006)

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar, já para concluir a discussão deste capítulo, que a proposta do neorrepublicanismo é analisar e desenhar instituições tendo em mente essas características de viabilização da democracia.¹¹⁹ Até que ponto as instituições postas criam um ambiente para uma democracia participativa? Que outro tipo de arranjo institucional aumentaria a participação efetiva das pessoas no processo de produção de políticas públicas? Essas perguntas aplicam-se a qualquer tipo de política, inclusive às produzidas no âmbito da Administração Pública – aqui o destaque merece ser feito, na medida em que o foco de estudo desta investigação é precisamente esse.

Existem políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo? Não foi a própria tradição republicana que trouxe o desenho moderno da divisão de poderes, garantindo que quem produz as leis difere de quem as executa? Não seria coerente exigir o modelo da democracia contestatória precisamente na elaboração das leis, no seio do Congresso

contestation that seeks to equalize the power relationships between agents also has the added benefit of increasing the institutionalized recognition each receives from others and the state.”

¹¹⁷ Na síntese clara e precisa de Richard Bellamy, “os cidadãos de uma democracia devem afastar-se de seus pontos de vista prediletos e ter consciência de que seus concidadãos, na medida em que possuam visões alternativas, devem receber igual consideração e respeito” [tradução livre de: “*democratic citizens must step back from their own preferred views and acknowledge that equal concern and respect are owed to their fellows as bearers of alternative views*”] (2008, 168).

¹¹⁸ Schwarzmantel faz referência direta ao neoinstitucionalismo de Mangabeira Unger, revelando a conveniente complementariedade entre ambas as linhas de pensamento: “Novas instituições devem ser criadas para permitir um grau mais amplo de participação política. Isso conduziria a uma interação maior entre grupos particulares de forma a possibilitar transcender, não suprimir, identidades limitadas em um projeto de transformação democrática. No que se refere ao problema do agir, a ideia de um ‘experimentalismo democrático’ indica um possível caminho. Esse conceito foi retirado do teórico R.M. Unger.” [Tradução livre do original: “*New institutions have to be created to enable a wider degree of political participation. This would lead to more interaction between particular groups so that limited identities can be transcended, though not suppressed, in a project of democratic transformation. With reference to the problem of agency, the idea of ‘democratic experimentalism’ indicates a possible way forward. This concept is taken from the theorist R.M. Unger.*”] (2006, 152)

¹¹⁹ As palavras de John Maynor ilustram essa perspectiva: “(...) o escopo institucional e as consequências procedimentais da democracia contestatória devem estar sujeitos a uma revisão intrínseca, que se apoia na resiliência das instituições republicanas modernas, com a esperança de fortalecer seu funcionamento” [tradução livre de: “(...) *the institutional scope and procedural outputs of contestatory democracy must be subject to an inbuilt review that relies on the resilience of modern republican institutions with the hope of strengthening their accuracy*”] (2003, 157).

Nacional? Afinal, o Poder Executivo apenas executa as leis e, no máximo, regulamenta-as para sua boa e fiel execução.

Ao longo do século XX, dois movimentos administrativos orientaram a evolução do relacionamento entre Poder Legislativo e Poder Executivo no Estado de países ocidentais como Estados Unidos da América e Brasil: o agigantamento do Poder Executivo, ocupando espaços antes tidos como exclusivos, privativos ou, ao menos, primordiais do próprio Poder Legislativo, e o fenômeno da descentralização interna no próprio Poder Executivo.¹²⁰

Em específico, a passagem de matérias antes deliberadas pelo Legislativo para o Executivo não se deu pacificamente. Muitas discussões jurisprudenciais e doutrinárias ocorreram.¹²¹ Uma das questões levantadas é sintetizada abaixo:

Em 1789, a deliberação a respeito do estabelecimento de maior parte das políticas federais ocorria no Congresso. Duzentos anos depois, o Congresso havia transferido à burocracia federal grandes porções da sua autoridade para elaborar políticas relacionadas a muitos dos assuntos que se enquadram em sua competência estabelecida na seção 8 do artigo I. A necessidade de uma deliberação suficientemente consistente na criação de políticas públicas não diminui, independentemente de quem tem o poder legal para decidir. Hoje, as responsabilidades deliberativas são bastante aderentes aos departamentos e às agências – sejam ou não chamados de “independentes” –, que são ocupadas não por deputados ou senadores, mas por “diretores” e “funcionários” dos Estados Unidos.¹²² (LUNEBURG 1991, 370)

¹²⁰ De acordo com a análise de Peter Shane (2010), existem quatro posicionamentos doutrinários possíveis sobre essas questões no pensamento jurídico, resultados da combinação da resposta aos dois problemas apresentados. Em resposta ao poder do Congresso de delegar a elaboração de políticas ao Executivo, há quem defenda que esse poder deve ser pequeno e há quem julgue a possibilidade de ele ser grande. Em relação à capacidade do Congresso determinar qual entidade ou órgão do Poder Executivo passa a estar incumbido da tarefa, há quem acredite que isso é plenamente possível e há quem defenda que essa capacidade é pequena, esposando uma visão do Poder Executivo unitário. A visão do Poder Executivo unitário consiste em identificar o chefe do Poder Executivo como o chefe de toda a Administração Pública, inadmitindo ilhas isoladas de poder. Para Shane, a postura da doutrina dominante nos EUA consiste em admitir amplos exercícios de ambas as prerrogativas pelo Congresso Nacional, delegando ao máximo e restringindo o exercício da delegação por entidades específicas no seio do Poder Executivo. A postura jurisprudencial adotada no Brasil, que pode ser extraída do julgamento cautelar da ADIn nº 1668, é a de que o poder de “delegar” o poder normativo (no Brasil não se admite que isso seja uma delegação, mas que seja mero exercício do poder regulamentar do Poder Executivo ou, ainda, “sub-regulamentar”) é amplo, ao passo que é impossível isolar a entidade que recebeu a delegação da autoridade do chefe do Poder Executivo. Shane critica essa orientação por sua incoerência: “Esta é a receita para um desastre constitucional” [tradução livre de: “*This is a recipe for constitutional disaster*”] (2010, 106).

¹²¹ Para um excelente relato desses debates, v. LAENDER (2009).

¹²² Tradução livre do original: “*In 1789, deliberation over the establishment of most federal policy took place in Congress. Two hundred years later, Congress has transferred away to the federal bureaucracy large portions of its authority to make policy regarding the many subjects falling within the authority of the various heads of power set forth in section 8 of article I. The need for sufficient deliberation in the creation of public policy is not diminished, no matter who has the legal power to decide. Today deliberative responsibilities attach largely to departments and agencies – whether or not formally labelled ‘independent’ – which are populated not by Representatives and Senators, but by ‘officers’ and ‘employees’ of the United States.*”

Em virtude disso, nos EUA, os tribunais e o próprio Congresso passaram a exigir medidas específicas a serem seguidas pelas agências em sua produção normativa. Os procedimentos formalizaram-se significativamente, principalmente a partir da década de 1960. As agências tiveram de divulgar publicamente suas propostas para novas regras, com as devidas fundamentações e com espaço e tempo para comentários, estabelecendo-se um diálogo público com a sociedade, no qual a agência também responde aos argumentos apresentados e, até mesmo, evita contatos com interessados por fora do procedimento estabelecido. (DIVER 1981)

No Brasil, esse movimento de instituição de atribuições genéricas ao Executivo e de descentralização administrativa também pode ser verificado com a criação de mais de cento e cinquenta autarquias e fundações públicas ao longo do século XX, culminando na política de reforma do Estado da década de 1990, que instituiu, formalmente, agências reguladoras com expesso poder normativo.¹²³ A transferência – ou a formalização da transferência – de um poder normativo para o Poder Executivo desloca, conjuntamente, o foro de debates aos quais o processo administrativo de deliberação deve estar aberto, para o fortalecimento da legitimidade das normas produzidas e, em última análise, para a garantia da liberdade das pessoas afetadas pelos seus efeitos.

Essa transferência gerou uma discussão doutrinária até hoje não resolvida. Ela se trata de uma delegação do Congresso? A agência reguladora cria políticas no âmbito de suas normas e comandos, na medida em que autorizada pelo Congresso? Ou esses comandos e normas têm apenas dimensão interpretativa e regulamentar, limitando-se a concretizar as determinações suficientemente dadas pelo Poder Legislativo, e nada mais são que o exercício genuíno do Poder Executivo?

A doutrina da impossibilidade de delegação (*nondelegation doctrine* ou *delegation doctrine*, a depender do autor) argumenta que isso se trata de uma delegação. O Congresso, ao conferir poder normativo para que uma entidade regule um setor baseada nas diretrizes legais, está abrindo mão de exercer o seu poder e está passando-o a outro.

Um dos mais árdios defensores dessa tese é David Schoenbrod. O autor (1987) argumenta que não se trata de imputar ao Congresso Nacional todas as decisões

¹²³ Como esclarece Gierck Medeiros (2005), a instituição do modelo de agências reguladoras no País, ao final do século XX, não foi uma grande inovação, pois o Brasil já contava com organizações com atributos bastante similares desde o início do século.

normativas hoje elaboradas pelas agências do Executivo. A doutrina da impossibilidade de delegação não proíbe qualquer exercício normativo pelo Executivo nem enxerga cingidamente esse exercício como mero poder regulamentar. O que a *delegation doctrine* salienta é a necessidade da existência de critérios para identificar se a delegação é ou não é constitucional. Tais critérios, formulados a partir de decisões judiciais do Supremo Tribunal americano, são resumidos na existência de um “princípio inteligível”. Ou seja, o Executivo deve receber um comando claro e com conteúdo, ainda que principiológico, para exercer sua atividade normativa.

Todavia, Schoenbrod vai além em suas críticas, fazendo uso de argumentos oriundos da economia política. Para ele, o sistema de agências reguladoras com poder normativo desresponsabiliza indevidamente os membros do Poder Legislativo por suas decisões, figurando como uma forma de contornar a responsabilidade (*accountability*) que lhes é atribuída originalmente – o resultado das urnas. Além disso, os procedimentos do Poder Executivo não conseguem reproduzir com eficácia a tecnologia processual de aprovação e de reforma legislativa no combate à facciosidade, que, por evidências empíricas, atingem seus objetivos na prática.

Contrariamente à *nondelegation doctrine*, Eric Posner e Adrian Vermeule (2002) bradam a própria inexistência dessa doutrina, desenvolvendo o que chamam de “visão ingênua”.¹²⁴ Segundo eles, nenhuma lei é capaz de delegar o exercício do Poder Legislativo. Quando uma lei atribui ampla capacidade normativa ao Poder Executivo, este, ao cumpri-la, nada mais faz do que exercer seu Poder Executivo. O poder de legislar não é transferido. “Sob essa visão, pode-se dizer que o presidente estaria exercendo poder legislativo apenas se criasse regras legais impositivas *sem* autoridade constitucional ou legal”¹²⁵ (1725).

¹²⁴ “A impossibilidade de delegação não é nada mais que uma teoria controversa que existiu às margens do constitucionalismo do século XIX – uma teoria que não havia sido claramente adotada pelo Supremo Tribunal até 1892 e, mesmo após essa data, somente em *dictum*. A invocação dessa regra pelo Tribunal para invalidar duas normas em 1935 não foi nada além de uma aberração localizada, nada que justifique maior importância na doutrina do que, diga-se, a doutrina do *original package*, a doutrina das *irrebuttable presumptions* ou qualquer uma das tantas excentricidades constitucionais que poucos se preocupam em lembrar.” [Tradução livre do original: “*Nondelegation is nothing more than a controversial theory that floated around the margins of nineteenth-century constitutionalism – a theory that wasn’t clearly adopted by the Supreme Court until 1892, and even then only in dictum. The Court’s invocation of the rule to invalidate two statutes in 1935 was nothing more than a local aberration, no more to be taken as constitutionally fundamental than, say, the original package doctrine, the doctrine of irrebuttable presumptions, or any of a myriad other constitutional eccentricities that few now bother remembering.*”] (POSNER e VERMEULE 2002, 1722-3)

¹²⁵ Tradução livre de: “*On this view, the president can be said to exercise legislative power only when creating binding legal rules without constitutional or statutory authority.*”

Dan Kahan (1999) aprofunda as críticas à doutrina da impossibilidade de delegação, desqualificando os argumentos de que ela seria um instrumento de defesa da democracia. De acordo com Kahan, são tantos os conceitos e as dimensões possíveis de democracia e, ainda, são tantos os possíveis arranjos constitucionais práticos a partir de um conceito de democracia bem assentado que, para que algum argumento nesse sentido seja válido, ele deve ser profundamente desenvolvido e comprovado mediante evidências empíricas.

À luz de uma concepção republicana de democracia – em oposição a uma concepção pluralista –, por exemplo, Kahan mostra que tanto é possível sustentar que a delegação é ruim quanto boa. No republicanismo cívico, o Congresso, como casa do povo, é perfeitamente responsável e deliberativo, devendo ser o foro onde essas discussões e essas decisões ocorrem. Por outro lado, pode-se dizer que o Congresso é sujeito a todo o tipo de grupos de interesse e não é demandado tão fortemente quanto as agências o são para justificar detalhadamente as posições finais adotadas.

Schoenbrod (1999) responde que o desenho institucional da democracia a ser levado em consideração é o da própria Constituição e esta põe o exercício de criação normativa entre as atribuições do Congresso, mediante o processo legislativo. A valorização do processo legislativo também é o argumento usado por Robert Sarvis para aderir à *delegation doctrine*:

O poder de elaborar regras que governem indivíduos privados deve ser mantido nas mãos do Legislativo, onde foi conscientemente posto, porque o próprio desenho da legislatura instrumentaliza os limites da atividade legislativa. A importância de separar os poderes do governo e de constrianger a legislatura por meio da enumeração de competências, do bicameralismo e de outros mecanismos milita contra remover o poder e fazer as leis para agências administradas pelo departamento executivo.¹²⁶ (2006, 331)

Não se pretende extrair uma resposta ou síntese desse debate aqui. Ele foi trazido para demonstrar que o cerne da discussão encontra-se na legitimidade de uma agência representar ou não o interesse público e captar o bem comum, mediante processos de participação e validação popular de suas decisões. Os que aderem à *nondelegation doctrine* dizem que isso não ocorre e, por isso, as agências são ilegítimas. Os que defendem o modelo de agências dizem que isso não apenas ocorre, como as

¹²⁶ Tradução livre do original: “*The power to make rules governing private individuals ought to be kept in the hands of the legislature, where it was conscientiously placed, because the very design of the legislature is instrumental in limiting the bounds of legislation. The importance of separating the powers of government and reducing the legislature through enumeration, bicameralism, and other mechanisms militates against removing the law-making power to agencies administered by the executive department.*”

agências representam uma instância mais qualificada para promover uma democracia republicana do que o Congresso Nacional.

Mark Seidenfeld (1992) vê a consolidação histórica das agências reguladoras nos EUA como um movimento errático, que já teve três justificativas diferentes conforme o momento histórico. Logo que surgiram, eram vistas como agentes necessários para a execução das políticas elaboradas pelo Congresso. Essa explicação, todavia, não era convincente, porque entrava em choque com o fato de que elas exerciam papel criativo diante das diretrizes cada vez mais amplas e abstratas promulgadas pelo Congresso Nacional.

A segunda justificativa, portanto, surgida após o *New Deal*, aceita que as agências tenham ampla liberdade para definição de políticas e mesmo dos valores a serem concretamente perseguidos em cada política, porque reconhece que os setores sujeitos a regulação dependem de entes com expertise técnica relativamente isolados do jogo político que permeia os órgãos do núcleo do Poder Executivo.¹²⁷ Não tardou a ficar claro que a expertise técnica não era capaz de suprir, por si só, escolhas essencialmente políticas que as agências tinham de fazer na base de suas políticas, nem a transforma em um ente apolítico.

A partir disso, Seidenfeld aponta que, nas últimas décadas, ganhou força a visão da regulação com base em uma perspectiva pluralista da democracia. Sob essa visão, as agências funcionariam como equilibristas dos interesses privados pré-políticos que a circundam e apenas alterariam o *status quo* quando um desses grupos demonstrasse estar insatisfeito com a equação presente. Somente as agências teriam capacidade de atuar dessa maneira, pois são mais especializadas que o Congresso Nacional para o exercício desse mister.

Considerando todas essas justificativas como insuficientes e parciais, Seidenfeld propõe uma legitimação das agências com base no republicanismo cívico. Na medida em que as políticas e as normas de uma sociedade devem refletir algum grau de consenso político, deve-se permitir o acesso de todas as pessoas ao processo formulador. Isso não elimina a importância ou o papel dos grupos de interesse. Eles são peças fundamentais no processo deliberativo, mas a agência republicana considera todos os interesses com igualdade e não se limita a agir apenas quando incomoda, ou seja, não satisfaz apenas os interesses dos que têm poder de manifestar incômodo.

¹²⁷ Seidenfeld aponta que a *Federal Communications Commission* (FCC) surgiu nesse contexto de justificação (1992, 1519).

Para que a prática regulatória inclua interesses oprimidos, de grupos minoritários ou enfraquecidos, deve-se desenhar institucionalmente o processo com esse propósito. A estrutura do processo decisório é teorizada de diversas maneiras; são exemplos dessas abordagens a análise da comunidade política e a análise do espaço regulatório. Devem ser levados em consideração quem participa do processo e como isso ocorre, o quão fluido ou pré-definido é o processo, quais são os canais de entrada e de retorno da participação, entre outros. Essa estrutura irá conformar – não determinar – o resultado a ser alcançado e legitimá-lo. (BLACK 1997)

Não se pode negar que há exagero quando Seidenfeld afirma que “as agências administrativas (...) devem ser as únicas instituições capazes de preencher o ideal deliberativo do republicanismo cívico”¹²⁸ (1992, 1541). O que há por trás disso, no entanto, é a constatação de que as agências desempenham, acima de um papel técnico, um papel político. Dessa forma, o republicanismo cívico tem o potencial de enriquecer suas decisões e de torná-las compatíveis à tradição de pensamento que justifica a própria existência do Estado. Assim, renova a visão que se tem sobre o burocrata, enxergando-o não como um cientista platonicamente sábio, mas como um agente republicano que deve deliberar à luz do interesse público concretamente aferido por meio de processos participativos. (Harvard Law Review 1994) Partindo da premissa que as agências são uma realidade, cumpre arguir pela sua intensa legitimação, sempre propugnando maior abertura de seus procedimentos de produção normativa e de participação democrática.

¹²⁸ Tradução livre de: “*Administrative agencies (...) may be the only institutions capable of fulfilling the civic republican ideal of deliberative decisionmaking.*”

2. A globalização da governança

2.1. Do direito internacional ao direito global

2.1.1. Direito internacional: nascimento e evolução

Conforme se antecipou no capítulo anterior, a tradição republicana do norte da Itália na passagem da Era Medieval para a Modernidade – o humanismo cívico – entrou em franco declínio na segunda metade do século XVI. Esse pensamento representava uma contracultura praticamente brancaleônica em um período em que grandes impérios se consolidavam e conflitavam na Europa na disputa por riqueza, por terra e por prestígio. Apesar disso, o renascimento humanista trouxe a laicidade e a autonomia da política, movimentada pelo livre pensar, necessárias ao que viria ser o sistema internacional. (SHAW 2008)

O resultado dessa evolução política desde a Idade Média até o início da Idade Moderna foi a criação institucional do Estado-nação.¹²⁹ Essa figura representou a consolidação de nações em territórios definidos dotados de soberania interna (supremacia do poder estatal sobre os habitantes do território) e externa (posição de equivalência entre todos os Estados no sistema internacional)¹³⁰. O papel do Estado na economia aumentou significativamente, na medida em que passou a haver sob si um grande volume de transações, passíveis de serem manipuladas ou manobradas em prol do seu próprio fortalecimento. (AGUILLAR 2009) O relacionamento político entre as comunidades distintas, com ou sem uso da violência, foi um fenômeno que se fortaleceu a partir da Europa no século XVII, quando se afirmaram os Estados territorialmente definidos. O marco desse fenômeno foi a Paz de Westfália. (CASTRO 2005)

A Paz de Westfália foi um conjunto de tratados – de Münster e de Osnabrück – que selaram a paz na Europa após a Guerra de Trinta Anos, em 1648. Ela foi o reconhecimento mútuo, entre os Estados, de diversos princípios que regem as relações

¹²⁹ Embora seja essa a expressão utilizada por Aguillar, alguns autores apontam que isso, em verdade, é uma confusão. Assim, o que se teria no início da Idade Moderna seriam Estados territoriais soberanos. O Estado-nação, propriamente dito, apenas surgiria à beira da contemporaneidade, com as políticas de unificação cultural adotadas por diversos países.

¹³⁰ A expressão soberania externa pode causar má interpretação se for lida isoladamente, dando a entender que, na ordem internacional, existe um soberano. Em verdade, essa expressão deve ser interpretada com o recorte proposto entre parênteses.

internacionais e o direito internacional até hoje.¹³¹ Em síntese, tratou de conferir autonomia política a diversos Estados territoriais, diminuindo a influência da Igreja e afirmando sua soberania no plano internacional.

A política – que até então se estruturava por outros meios, essencialmente independentes do território, tais como laços de sangue e comunhão de valores religiosos – passa a estar determinada pelo território e, portanto, institucionalizada de forma a ser possível distinguir entre a política “interna” (ao território), regida pelas leis e pelos princípios religiosos autonomamente adotados pelo príncipe local, e a anarquia “externa”, vigente nas relações entre os Estados. O corolário é que a soberania é territorial: não há autoridade suprema fora dos territórios e, portanto, tampouco existe qualquer autoridade superior para regulamentar as relações entre os Estados territoriais. (CASTRO 2005, 102-3)

É a partir de então que se passa a falar de um direito internacional, tomando o lugar do direito das gentes (*jus gentium*), que era uma referência desde a Roma antiga. Todavia, o direito internacional, inicialmente, era uma adaptação do próprio *jus gentium* na tentativa de civilizar o modelo westfaliano e evitar que as soberanias internacionais entrassem em conflito armado. Posteriormente, adquiriu um caráter positivista e pragmático, buscando os mesmos objetivos. (CASTRO 2005)

A construção do direito internacional por doutrinadores e filósofos, ao longo dos séculos XVII e XVIII, assentou-se em princípios marcadamente republicanos. Esses princípios permitiram que tratados, costumes internacionais, opiniões de juízes e doutrinadores, entre outros, fossem tidos com valor legal, mesmo sendo ausente uma autoridade soberana no plano internacional. A Paz de Westfália foi o reconhecimento do direito à independência local, isto é, de não ser dominado e doutrinadores como Hugo Grócio, Emmerich de Vattel e Henry Wheaton enxergavam, no Estado, uma pessoa moral, com direitos e deveres para com os outros. Segundo esses autores, os Estados existiam para perseguir o bem comum internacional. A visão liberal sobre o direito das nações, posteriormente derivada, concentrava-se na concessão de direitos – direitos como trunfos – e não seria capaz de construir, por si só, um fundamento para a

¹³¹ Reconhecer o nascimento do direito internacional e de seus princípios no momento da Paz de Westfália se trata, em verdade, de uma simplificação arbitrária da história, para facilitar a construção de discursos analíticos presentes. Alguns princípios do direito internacional, como a estabilidade territorial e a solenidade dos tratados, já existiam antes de Cristo. Malcolm Shaw (2008, 13-8) aponta que, na Mesopotâmia (*circa* 2.100 a.C.) e no Egito antigo (*circa* 1.100 a.C), tratados já eram firmados entre cidades ou nações distintas para reconhecimento mútuo de territórios e para selar a convivência pacífica. Na Grécia antiga, também, tratados entre cidades-estados garantiam, em uma, direitos aos cidadãos de outra. A própria criação e expansão do *jus gentium* na Roma antiga, que perdurou no plano internacional até o surgimento do positivismo no direito internacional, é um fortíssimo elemento das relações jurídicas entre as nações e os cidadãos estrangeiros já presente muito antes de se falar em sistema internacional.

convivência harmônica internacional, teorizando, no máximo, a possibilidade de barganhas entre uns e outros. (SELLERS 2009)

Com o fim das Guerras Napoleônicas, no início do século XIX, formou-se o Concerto da Europa e, com ele, a primeira organização internacional (OI), a Comissão Central pela Navegação do Reno. Iniciaram-se, também, movimentos nacionais pela proibição da escravatura que alcançaram significativa projeção no plano global. (WOODWARD 2006)

A beligerância que o modelo westfaliano implicou e a crise econômica mundial da década de 1930 reforçou definitivamente a intervenção estatal direta na economia. Os Estados passaram a constituir empresas de forma a gerar empregos e a circular valores para reerguer os ciclos econômicos positivos nacionais. Nesse momento de crise, exacerbou-se a ideologia nacionalista – o Estado-Nação deveria ser protegido dos riscos e das pressões advindas do exterior – e, conseqüentemente, abriu-se espaço para o surgimento e a manutenção de regimes políticos autoritários. (AGUILLAR 2009)

O direito internacional não foi capaz de impedir nem a Primeira, nem a Segunda Guerra Mundial. Após a Primeira Grande Guerra, o projeto de paz internacional, agora patrocinado pelos Estados Unidos, sob a presidência de Woodrow Wilson, levou ao aumento da cooperação entre os países, simbolizado pela Liga das Nações, que vigeu de 1920 a 1946. Era o início da percepção de que um estado de natureza anárquico e violento no plano internacional tendia a prejudicar a todos. A Liga “(...) representou uma primeira tentativa concreta de mudança das práticas políticas típicas do modelo westfaliano” (CASTRO 2005, 113).

A Conferência de Paz realizada em Paris, em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, que deu origem ao Tratado de Versalhes e à Liga das Nações, também representou um marco para o reconhecimento das organizações não governamentais (ONGs) pelos organismos internacionais. As declarações de Woodrow Wilson referentes a essa Conferência são famosas por trazerem consigo uma mudança de perspectiva sobre as relações internacionais: “Todas as conferências internacionais anteriores basearam-se na autoridade dos governos. Esta, pela primeira vez, baseou-se na autoridade dos povos. É, assim, o estabelecimento triunfante dos princípios da democracia pelo mundo.”¹³² [WILSON *apud* CHARNOVITZ (2003)]

¹³² Tradução livre de: “*Every previous international conference was based upon the authority of governments. This, for the first time, was based on the authority of the peoples. It is, therefore, the triumphant establishment of the principles of democracy throughout the world.*”

A Conferência teve intensa participação de grupos privados e entidades não governamentais e esteve aberta às contribuições que eles pudessem oferecer. Sindicatos trabalhistas teceram recomendações e compuseram a comissão que redigiu a Parte XIII do Tratado de Versalhes. Organizações judias e sionistas tiveram notável influência nos dispositivos que tratavam de minorias. Grupos de mulheres fizeram recomendações que foram incorporadas ao texto final. A Cruz Vermelha conseguiu referência e determinação de apoio expreso no texto da Convenção da Liga das Nações.¹³³

Analisando em conjunto esses fatores, Steve Charnovitz (2003) enxerga um momento constitucional global na Conferência de Paris de 1919. Tratou-se de uma transformação na política mundial em que se abriram as decisões à participação e à contribuição da sociedade civil.

A Liga das Nações, depois de criada, foi abrindo-se progressivamente à participação de organizações não governamentais (ONGs). Esse movimento regrediu a partir da década de 1920, quando a Liga afastou suas operações das ONGs, sob a justificativa de que não queria arriscar desnaturar essas entidades impondo-lhes controles ou uma supervisão oficial. Só depois da Segunda Guerra Mundial, na Carta das Nações Unidas, as ONGs receberam reconhecimento amplo e formal.¹³⁴ (WOODWARD 2006)

A ascensão e a queda de Adolf Hitler por meio da Segunda Guerra Mundial devastou a economia da Europa e deu ao mundo um novo centro hegemônico do capitalismo: os Estados Unidos da América. Mais do que isso, aliás: mostrou cabalmente as fragilidades institucionais do Estado-Nação e de sua natural oposição ao resto do mundo, o que “(...) deu origem a um novo esforço de cooperação internacional para impedir o horror genocida das guerras e inaugurou um novo período na cronologia das relações internacionais. Nessa nova fase, a soberania nacional e os excessos nacionalistas passariam a ser relativizados” (AGUILLAR 2009, 53-4).

O recurso à criação de organismos internacionais com o objetivo de lidar com questões comuns a vários países é, portanto, relativamente recente, tendo se iniciado após a Primeira Guerra Mundial, com a Liga das Nações. O objetivo da Liga era mediar

¹³³ O artigo 25 da Convenção estabelecia que “os membros da Liga comprometem-se a encorajar e favorecer o estabelecimento, e cooperação das organizações voluntárias nacionais da Cruz Vermelha, devidamente autorizadas, que tiveram por fim o melhoramento da saúde, a defesa preventiva contra moléstias e o alívio do sofrimento no mundo”.

¹³⁴ Apesar desse reconhecimento, o realismo nas relações internacionais apenas passou a ser contestado de forma mais contundente a partir da década de 1970, quando se percebeu o influente papel que essas ONGs exerciam na política mundial. A superação do realismo será abordada logo abaixo.

as relações entre diferentes nações, resolvendo conflitos pacificamente. Para isso, deu-se origem a inúmeros outros organismos internacionais que lhe permaneceram vinculados.¹³⁵ A Liga foi substituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) após a Segunda Guerra Mundial e muitas das organizações outrora vinculadas à primeira passaram a referir-se à segunda.¹³⁶ Vários outros organismos ainda viriam a ser criados sob o sistema ONU. (KINNEY 2002)

O fortalecimento e a expansão da Organização das Nações Unidas, no segundo pós-guerra, bem como o relativo desprendimento¹³⁷ de que ela passou a gozar na ordem internacional, foram os grandes motores para a mitigação do positivismo estatalista no plano internacional.¹³⁸ As normas internacionais deixam de ser apenas mecanismos de autocontenção impostas pelos Estados a si mesmos e passam a ser comissivas, impondo comportamentos, refletindo o compartilhamento de outros valores, que passam a ser geradores de direito, e mitigando a ideia da vontade soberana estatal no plano mundial. (SOARES 2002, 127-9)

O florescimento da cooperação internacional, assim, levou ao crescimento de uma burocracia internacional, que se tem feito mais forte década após década. Um desses organismos é a Organização Mundial do Comércio (OMC), que se originou do novo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT – *General Agreement on Tariffs*)

¹³⁵ Entre as organizações criadas sob a Liga das Nações, destacam-se a Organização da Saúde, depois renomeada Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Mundial do Trabalho (OIT), o Comitê de Cooperação Intelectual, que, mais tarde, tornou-se a Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas (UNESCO), e o Comitê Nutricional que viria, posteriormente, a dar origem à Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO)

¹³⁶ O artigo 57 da Carta das Nações Unidas declara que “as várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63”; o artigo 58 completa com a constrição de que “a Organização fará recomendação para coordenação dos programas e atividades das entidades especializadas”.

¹³⁷ Por relativo desprendimento, entende-se o fato de que as agências especializadas da ONU não são meros braços de ação de um Estado. Quando um Estado adere a uma dessas organizações, compreende que sua vontade não prevalecerá necessariamente, ou seja, a organização se desprende, em parte, dele, para tornar-se o produto coletivo dos Estados que a alimentam.

¹³⁸ “A inovação introduzida no Direito Internacional no final da II Guerra Mundial com a criação das Nações Unidas não tinha parecido aos primeiros prudentes comentadores de tal monta que pudesse mudar a natureza inorgânica do Direito Internacional. A organização tinha sido considerada como um pacto entre os Estados membros, sustentado sim por instituições comuns, mas sem que estas pudessem se configurar como organismos acima dos Estados no plano geral. No entanto, bem cedo já se havia delineado uma discordância entre a tendência que considerava as Nações Unidas como um ordenamento particular entre os Estados membros, o que deixava inalterado o tradicional Direito Internacional comum, e aquela que entendia a organização como uma estrutura institucional do sistema geral, um complexo aparato de instituições que integrava o Direito Internacional comum.” (ZICCARDI 2005, 211)

and Trade)¹³⁹ e do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS – *General Agreement on Trade in Services*), firmados em 1994 na reunião de Marrakesh da Rodada Uruguai.

O GATT, que era um acordo relativamente desprestigiado e sem força num mundo em que a regulação estatal da economia era justificável por um sem-número de motivos plausíveis, voltou a ser objeto de interesse concreto pelos países. Na medida em que técnicas de exposição da economia nacional à competição estrangeira são adotadas internamente, passou-se a zelar mais para que as práticas comerciais adotadas pelos países se revestissem de maior respeitabilidade e seguissem os parâmetros de lealdade comercial fixados nos tratados comerciais internacionais. Na medida em que os mercados adquirem contornos planetários, em que as empresas competem em escala global, instâncias regulatórias nacionais de concorrência passam a ser insuficientes para dar conta de todos os interesses em jogo. (AGUILLAR 2009, 394)

Outro exemplo do aumento da cooperação internacional foi a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI). Até 1973, ele funcionou como polo de manutenção do câmbio fixo nas trocas internacionais, procurando preservar uma harmonia na continuidade dessas relações. Com a saída dos Estados Unidos do sistema de câmbios fixos e a natural migração para um sistema de câmbios flutuantes, o FMI reduziu-se a um organismo de apoio financeiro a países em crise.

Embora sua presença global tenha diminuído, ele não se tornou menos importante; pelo contrário, passou a ser mais intrusivo do que era antes. Como contrapartida à assistência financeira que proporciona, exige medidas de austeridade fiscal dos países beneficiados, limitando a alocação de verbas em políticas públicas, muitas das quais importantes para a melhoria da qualidade de vida da população – e para o próprio crescimento econômico – no longo prazo. O Banco Mundial, outra organização internacional, tem, atualmente¹⁴⁰, funções financeiras que se aproximam das possuídas pelo FMI, embora também tenham foco em políticas públicas setoriais específicas, sobretudo na área de infraestrutura.

O sistema ONU talvez seja a mais notória e complexa evidência da cooperação multilateral internacional na atualidade. Possui diversos órgãos autônomos que buscam aplicar seus princípios e regras, delimitando e condicionando os 192 países que a ele aderem. A ONU tornou-se reduto para que os países em desenvolvimento, marginalizados de outros organismos internacionais, encontrassem algum espaço

¹³⁹ O GATT existia desde 1947 e, em 1994, foi reformulado. Para Aguillar (2009, 391-2), essa reformulação acusou um desequilíbrio histórico nos temas eficazmente tratados pelo Acordo. Enquanto as barreiras alfandegárias de produtos manufaturados caíram significativamente, o mesmo não ocorreu com os produtos agrícolas, que, sendo de interesse dos países pobres e em desenvolvimento, ficaram marginalizados até então.

¹⁴⁰ Essa aproximação tem ocorrido a partir da década de 1980.

institucional para manifestação de suas ideias e posições. (AGUILLAR 2009) Entre os órgãos que compõem o sistema ONU, encontram-se a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) e a União Internacional de Telecomunicações (UIT).¹⁴¹

As OIs, que são, ao lado dos Estados, pessoas jurídicas de direito público, são estabelecidas mediante tratado internacional; geralmente têm corpo permanente de funcionários e seus membros são, em sua maioria, Estados nacionais.¹⁴² Eleanor Kinney (2002) identifica quatro tipos de OIs: (i) organizações do sistema ONU, geralmente assembleias com competências específicas ou dedicadas a temas pré-definidos (por exemplo, a Assembleia Geral e o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – Ecosoc); (ii) agências especializadas da ONU, que são organismos autônomos, mas vinculados ao sistema ONU; (iii) organizações regionais intergovernamentais, voltadas à resolução de questões que afetam determinada área do globo e compostas pelos respectivos países; (iv) organizações supranacionais, que detêm a soberania expressamente concedida pelas nações albergadas, como é o caso da União Europeia. Essas OIs podem ter autoridade para elaborar regras que vinculem os Estados-membros em várias dimensões. Além disso, podem ter, cumulativamente ou não, poder para resolver disputas entre países ou até mesmo entre indivíduos, como é o caso de tribunais internacionais e de organismos arbitrais.¹⁴³ (KINNEY 2002)

Embora seja o menos comum, o exemplo mais contundente do movimento de cooperação internacional é, sem dúvida, o quarto tipo indicado acima; em outras palavras, a União Europeia, que é sua a única manifestação até hoje. Oscar Vilhena Vieira (1999) cunha a expressão realinhamento constitucional para descrever o movimento de reconfigurações constitucionais nos Estados mundo afora em decorrência de pressões internacionais. Dentre os motivos apontados pelo autor que levam a esse realinhamento, destacam-se dois: a criação de blocos econômicos regionais e a

¹⁴¹ Trata-se de dois órgãos que se comunicam fortemente com dois setores regulados nacionais, conforme se aprofundará na seção 2.3 e no próximo capítulo.

¹⁴² Para a dogmática tradicional do direito internacional público, apenas Estados e organizações internacionais (OIs) têm personalidade jurídica internacional. “A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se *originária*, enquanto *derivada* a das organizações” (REZEK 2005, 151).

¹⁴³ Kinney (2002) destaca, ainda, a existência de redes transgovernamentais, que, embora não disponham de força vinculante em suas disposições, influenciam consideravelmente os Estados no desenvolvimento de políticas públicas. Essas redes internacionais de reguladores podem se dar no âmbito de organizações internacionais, no âmbito de acordos paralelos entre chefes de Estado ou entre plenipotenciários ou, ainda, fora de qualquer âmbito formal.

globalização econômica.¹⁴⁴ Enquanto a primeira se trata de uma ação deliberada de chefes de Estado para fortalecer a economia em dadas regiões, Vieira enxerga a segunda como uma ideologia retoricamente difundida para impor os interesses dos países desenvolvidos, sobretudo os Estados Unidos.¹⁴⁵

O modelo de integração regional surgiu com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, em 1951. Essa Comunidade evoluiu para a atual União Europeia (UE) passo a passo. Um momento relevante dessa jornada foi a assinatura do Tratado de Roma, em 1957, que dispôs sobre a instituição de um mercado comum das comunidades europeias – a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O Tratado de Roma trouxe uma série de novas instituições que passaram a compor e a operar sobre os países membros da Comunidade.

Apesar da ausência de uma constituição europeia, muitos Estados do continente têm transferido a esse organismo supranacional poderes soberanos e originariamente detidos por eles. Isso só é possível, porque as constituições nacionais vêm-no permitindo expressamente.¹⁴⁶ O que constitui, portanto, a União Europeia, além dessas autorizações, são os tratados que a criam e reformam. O Parlamento Europeu não pratica tantas atividades legislativas e executivas, que se concentram no Conselho de Ministros e na Comissão Europeia. A função do Tribunal de Justiça da União Europeia não é apenas verificar a “constitucionalidade” (compatibilidade com os tratados) da normatização secundária produzida pelos órgãos europeus, mas também “(...) fiscalizar

¹⁴⁴ É interessante também mencionar os estudos afins de Marcelo Neves (2009), que se debruça sobre o que chama de *transconstitucionalismo*, embora este conceito não venha a ser imediatamente utilizado neste trabalho. O transconstitucionalismo, tal como elaborado pelo autor, é um fenômeno que se dá em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos e é ocasionado pela “(...) relevância simultânea de um problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas” (NEVES 2009, 235). No transconstitucionalismo, portanto, não se parte de uma ordem jurídica específica, mas do problema em si, em uma abordagem tópica. Quanto maior é a integração da sociedade mundial, mais difícil é de os problemas serem tratados unicamente por uma ordem jurídica estatal, envolta em seus próprios limites territoriais, linguísticos e organizacionais, sem qualquer referência externa. O transconstitucionalismo pode ser observado em várias dimensões: no relacionamento entre o direito internacional público e o direito estatal, no diálogo entre o direito estatal e o direito supranacional, entre ordens jurídicas estatais distintas e, ainda, no que mais interessa aqui, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, isto é, entre Estados e ordens normativas construídas por atores ou organizações internacionais.

¹⁴⁵ A globalização econômica será tratada na próxima subseção.

¹⁴⁶ Vieira (1999) dá o exemplo do art. 24 da Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) – “A Federação poderá transferir, mediante lei, competências soberanas a instituições interestatais” –, mas também destaca que possuem disposições similares a constituição da França, da Itália e de Portugal. O autor aponta que, na Alemanha, houve, em 1993, o questionamento da constitucionalidade dessa emenda sob o argumento que essa transferência de poderes soberanos rompia com o princípio democrático, na medida em que a organização supranacional seria destituída de legitimidade. A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*).

a conformidade da legislação doméstica em face da legislação comunitária, inclusive a secundária” (VIEIRA 1999, 22).

Em função da doutrina da efetividade direta, os atos normativos europeus entram em vigor independentemente de ratificação ou internalização dos Estados e sobrepõem-se à legislação nacional. Isso significa que, em havendo conflito, prevalece a norma europeia, o que é coerente com a iniciativa dos Estados de transferirem a soberania em certos assuntos para a instância supranacional. No entanto, cabe ressaltar que os órgãos da União Europeia vêm exercendo suas competências de forma cada vez mais ampla, transbordando a delegação textual e direta, o que tem levantado questionamentos a respeito da legitimidade desse exercício.¹⁴⁷

A proliferação de organismos e de novos regimes internacionais tem levado a academia a repensar cortes epistemológicos e a identificar novos campos de estudo. Juristas, de um lado, e cientistas políticos e estudiosos das relações internacionais, de outro, possuem diferentes entendimentos sobre o significado de um regime e sobre as instituições internacionais.¹⁴⁸ Historicamente, todavia, relações internacionais e direito internacional não se distinguiam com tanta nitidez. Isso passou a ocorrer a partir da década de 1970, quando, motivados por uma abordagem mais propriamente científica, os teóricos das relações internacionais passaram a adotar, mais contundentemente, programas de pesquisa orientados por teorias específicas e voltados para aspectos mais empíricos. Trata-se da corrente realista. (KRASNER 2000)

O princípio do realismo é o de que os resultados da política e das relações internacionais são determinados pela distribuição do poder entre os atores. Ainda além, o neorealismo não atribuía qualquer importância ao direito internacional, na medida em que via suas regras, coerentemente, como produtos da composição de poderes no plano internacional; a modificação dessa composição implicaria a alteração do direito. De acordo com Stephen Krasner (2000), essa ideia, hegemônica por um bom tempo,

¹⁴⁷ Vieira esclarece que “o Tribunal de Justiça passou a entender, a partir dos anos 70, que a Comunidade poderia fazer uso de suas competências implícitas para levar a cabo sua missão. Diferentemente dos tratados internacionais que devem ser interpretados de forma a minimizar as limitações sobre a soberania nacional, no caso europeu decidiu-se pela concessão dessa liberdade. Assim, estabeleceu o Tribunal que há competências exclusivas e concorrentes, nestas últimas a legislação doméstica só prevalece enquanto não houver regulamentação comunitária. Mais do que isso, quando avocadas pela União tornam-se suas competências exclusivas. É o que se conhece como doutrina da *preempção* ou *apropriação*” (1999, 25).

¹⁴⁸ O estudo das relações políticas internacionais consiste na teoria das relações internacionais (TRI), que muitos consideram um subsistema da ciência política. (CASTRO 2005)

começou a ser contestada, a partir dos anos 1970, por duas outras correntes: o liberalismo e o construtivismo.

A ideia de coerção e de violência nas relações internacionais, que suporta a corrente realista, dá lugar, no liberalismo, a uma lógica negocial, em que o produto das relações internacionais é o resultado da barganha entre os atores. O fato de haver atores mais poderosos que outros não faz, na grande maioria das vezes, a relação descambar para a coerção, mas distribui o poder de barganha desigualmente entre eles. Como o liberalismo opera sob essa lógica, e não sob a lógica da soberania rigidamente westfaliana, admite outros atores no jogo, além dos Estados. O fato de o liberalismo carecer de instrumentos de verificação empírica foi superado com o institucionalismo neoliberal, que matematizou as relações internacionais a partir da ideia de falhas de mercado e da teoria dos jogos. Assim, para vencer essas falhas, os Estados criam instituições e organizações internacionais. O neoliberalismo, portanto, religou as relações internacionais ao direito internacional.

A outra corrente que buscou empreender essa religação é o construtivismo. Esta corrente não admite como estritamente pré-determinadas as preferências dos atores e aponta a importância da existência de uma comunidade internacional com valores compartilhados. Esses valores orientam os resultados. A sociedade internacional, dessa forma, não é apenas a soma caótica de várias sociedades nacionais. Ela tem valores, significados e identidades próprios. (KRASNER 2000) Trata-se de uma visão institucionalista mais próxima do institucionalismo histórico, que admite que os procedimentos e as formas do dia-a-dia dessa sociedade internacional têm um papel e podem fazer diferença. Em virtude de sua falta de instrumentos de verificação empírica, não é uma corrente tão popular quanto a neoliberal ou a realista.¹⁴⁹

2.1.2. Globalização

A partir do fim da bipolarização da geopolítica no mundo, com o término da Guerra Fria, as relações internacionais e o direito internacional aproximaram-se

¹⁴⁹ Stephen Krasner (2000), afinal, considera que o fato de as relações internacionais e o direito internacional não se religarem por completo não seja algo tão ruim, pois evidencia que são ciências com preocupações distintas. “A tarefa dos cientistas políticos é, primariamente, explicar o que existe e, a partir daí, explorar as possibilidades do que pode vir a ser. A tarefa dos advogados é, com mais frequência, elucidar não aquilo que existe, mas o que pode vir a ser”. [Tradução livre do original: “*The task of political scientists is primarily to explain what is and thereby to hint at what might be. The task of lawyers is more often to elucidate not what is, but what might be.*”] (99)

mutuamente e passaram a trabalhar com categorias que se comunicavam, fazendo uso, muitas vezes, de conceitos da filosofia política e da sociologia. Esse movimento marcou o que Barbara Woodward (2006) chama de passagem da internacionalidade para a globalidade. Enquanto a primeira trabalha com uma visão fragmentada das relações mundiais, contornadas pelas fronteiras dos Estados territoriais, a globalidade enxerga uma multiplicidade de relações de várias naturezas (políticas, sociais, econômicas e jurídicas) ocorrendo entre diversos níveis, a despeito das divisões formalistas entre Estados.

Globalização pode ter dois sentidos distintos: um mais amplo, referindo-se a uma integração social internacional e a uma aproximação, em todos os âmbitos, das pessoas e das culturas dos diferentes países, e um mais restrito, relacionado à política econômica ocidental após o término da Guerra Fria e à velocidade com que ela vem se alastrando no mundo voluntariosamente ou não. Embora ambos não sejam fenômenos novos, recentemente se tornaram mais agudos. O segundo fenômeno – a globalização econômica – é, em verdade, um recorte do primeiro, sendo frequentemente tematizado e criticado. Ele não ocorre por si só, no entanto; muito do seu espraiamento decorre de decisões políticas mais ou menos conscientes. (WOODWARD 2006)

A retórica da globalização econômica surgiu a partir da resposta, nas urnas, às crises dos anos 1970 e 1980 nos países centrais. Governos conservadores assumiram o poder em países centrais com o lema de tornar o Estado eficiente, reduzindo seu peso, para equilibrar as contas, e retirando sua intervenção na economia, para deixar o mercado funcionar. Esse, em uma frase, o epítome da ideologia neoliberal, que deu origem ao Consenso de Washington, receituário produzido pelo Banco Mundial, pelo FMI e por burocratas americanos, para estancar a inflação e estabilizar a economia dos países em desenvolvimento.¹⁵⁰ (VIEIRA 1999)

A onda de privatização ocorrida há algumas décadas em diversos países do mundo ocidental tem forte influência da globalização, entendida nesse sentido. As

¹⁵⁰ O “Consenso de Washington” foi uma expressão elaborada por John Williamson (1990) para referenciar uma lista de dez medidas recomendadas para que os países da América Latina lidassem com a crise fiscal pela qual passavam: disciplina fiscal, redução e priorização dos gastos públicos, reforma tributária, taxas de juros de acordo com o mercado, determinação das taxas de câmbio pelas forças de mercado, liberalização das importações, liberalização do investimento estrangeiro direto e, em um segundo plano, da circulação de capitais, privatização de empresas estatais, desregulação (eliminação das medidas regulatórias que impedem a mobilidade no mercado e o rápido investimento) e respeito aos direitos de propriedade intelectual. Com o tempo, o Consenso de Washington passou a se referir a uma radicalização dessas recomendações, em uma agenda neoliberal mais ampla.

pressões por eficiência econômica – e por competitividade – atingem entidades públicas e privadas, em um entremeado de fenômenos de diversas naturezas que desnacionalizam e desterritorializam os Estados. Assim como as empresas competem entre si, a globalização institui um regime de competição entre os próprios Estados pelos recursos disponíveis para investimento no mundo. É comum, nesse jogo, haver disputas pela redução da carga tributária ou das barreiras regulatórias. (AMAN JR. 2002) Outro efeito da globalização tem sido o aumento das disparidades econômicas no mundo; em outras palavras, ela tem beneficiado a poucos e deixado à margem muitos outros. (WOODWARD 2006)

Simultaneamente, os problemas que decorrem dessa nova ordem econômica transcendem as fronteiras de um Estado, exigindo e estimulando, ao lado da competição, uma cooperação transfronteiriça ou internacional. Um Estado globalizado deixa de ter sob seu monopólio a elaboração de políticas públicas, sendo forçado a barganhar e a formar parcerias com outros países. Existe a pressão compreensível para que os quadros regulatórios de diferentes países sejam, ao menos minimamente, harmonizados. Isso decorre da globalização e, ao mesmo tempo, estimula-a, porquanto cria as condições para uma organização global dos negócios praticados por empresas multinacionais, que se desenham em pós-fordismos multicontinentais.¹⁵¹ (AMAN JR. 2002)

As privatizações deram-se, anunciadamente, em face dos déficits fiscais estatais e das dificuldades de legitimar muitos dos gastos havidos com programas de bem-estar e com infraestrutura que poderia ser construída e mantida por entes privados, especialmente em face da má prestação dos serviços públicos e da ineficiência do Estado. A partir disso, muitos princípios empresariais passaram a ser aplicados na Administração estatal. Setores de serviço público, como o de telecomunicações e o de aviação civil, foram abertos à entrada de multinacionais mediante a instauração de regimes de prestação competitiva. Na medida em que haveria a entrada de grandes vultos de capital externo nos países, muitos procuraram padronizar um modelo regulatório, adotando uma agência reguladora para os setores liberalizados, com o

¹⁵¹ Embora não se refira expressamente ao pós-fordismo, Aman Jr. faz menção indireta a ele quando procura descrever a maneira de operação de corporações globalizadas: “As vezes é difícil saber onde se encontra o centro de determinada companhia, na medida em que ela é comumente formada de uma série de contratantes mundo afora, cada um desempenhando uma tarefa específica, com o melhor custo-benefício.” [Tradução livre de: “*Sometimes it is hard to know where the center of a particular company is, as it is, in many ways, made up of a series of independent contractors around the world, each performing a particular task in the most cost-effective way.*”] (2002, 1699)

objetivo de sinalizar um controle mais técnico do mercado, isolado de interferências políticas. (CÂMARA 1999)

Todavia, essas mudanças consistiram mais em uma reorganização da esfera pública e do seu relacionamento com a esfera privada, do que em uma desoneração de encargos da primeira. No período de privatizações, a relação entre gastos públicos e Produto Interno Bruto (PIB) pouco se alterou. Reformas regulatórias facilitaram a interpenetração de mercados nacionais, reconfigurando o relacionamento entre o público e o privado, entre o nacional e o internacional. Esta reconfiguração deu origem à diferenciação entre os termos regulação e governança. Enquanto o primeiro significa atuação legalmente determinada e formal, o segundo, surgido no contexto do Consenso de Washington e cunhado por representantes do Banco Mundial, tem conotação mais imprecisa e indica uma intervenção tecnocrática nas relações econômicas e sociais domésticas. (PICCIOTTO 2000)

Quando se fala em governança global em um contexto jurídico, faz-se referência aos instrumentos regulatórios existentes no nível pós-nacional, sejam eles regras vinculantes, não vinculantes ou outros tipos de instituições. Há visões pessimistas associadas a isso. Alguns julgam que o uso da expressão governança global vem para mascarar e amaciar o fato de ONGs internacionais privadas estarem tomando o lugar dos Estados na determinação das políticas públicas; a governança, assim, estaria substituindo o governo. Outros argumentam que a autoridade dos Estados no plano internacional está sendo corroída pelas empresas multinacionais e pelos grandes grupos econômicos, que possuem influência decisiva e acesso privilegiado em certos organismos internacionais, como a OMC, o FMI e o Banco Mundial. (WOODWARD 2006)

Ao criticar o avanço da ideologia neoliberal da globalização fundada em teóricos como Friedrich Hayek, Calixto Salomão Filho (1999) argumenta que a saída ideológica disponível passa, necessariamente, pela teoria jurídica. Calixto instrumentaliza as críticas tecidas pela Escola Ordo-liberal de Freiburg contra as teses hayekianas para concluir que o mercado, mesmo o mercado competitivo, é incapaz de gerar, por si só, objetivos jurídicos ou políticos a serem perseguidos pela sociedade. O que faz isso são os valores. Portanto, não é a melhor escolha para as políticas públicas simplesmente renderem-se ao eficiente mercado para que ele tudo lhes proveja. O direito tem o papel de, produzido democraticamente, provocar a perseguição de valores compartilhados pelo próprio mercado, ou seja, orientá-lo a objetivos republicanamente estatuídos. A

globalização, portanto, deve ser um fenômeno compreendido pelo direito. Só assim a coletividade será capaz de orientá-lo em vez de se submeter a ele.

2.1.3. Direito global

Nas últimas décadas, o constitucionalismo alcançou boa presença mundial. Muitos países enxergaram nesse modelo e em suas instituições – Estado de direito, limitação do arbítrio estatal, liberdade política, separação dos poderes, entre outras – um meio para o fortalecimento da sociedade e para a estabilização de expectativas que contente o maior número de pessoas possível. Em contrapartida, porém, parece haver uma sensação de esgotamento de suas possibilidades em face do aprofundamento da integração econômica internacional recente e da multiplicação de fontes normativas transnacionais. (VIEIRA 1999)

Fala-se, hoje, em um direito global, que escapa ao direito doméstico; o primeiro é conceituado negativamente por Sundfeld (1999), em comparação com o segundo. O direito doméstico tem suas fontes dentro do Estado (constituição, leis, decretos,...), ao passo que o direito global tem-nas fora (tratados, normas de organismos internacionais, pseudonormas). O direito doméstico, ainda útil e sadio, tem seu conteúdo assediado por pressões econômicas externas. As normas estatais agora não levam mais em consideração apenas aspectos internos, mas necessidades mundiais, porquanto os mercados estão cada vez mais globalizados. O fato de boa parte do poder econômico e político mundial estar concentrado nos EUA tem levado à incorporação de instituições típicas do *common law* em países com formação jurídica romano-germânica.

É patente que uma série de temas atuais é incapaz de ser tratada isoladamente por um país, seja ele desenvolvido ou em desenvolvimento.¹⁵² As instituições e as organizações que governam os temas de interesse de cada país são cada vez mais globais e o direito global opera de forma diferente que o direito doméstico. A regulação transnacional é composta menos de leis e mais de princípios – pode-se dizer que, em vez de um Estado de direito, tem-se um mundo de princípios. Embora princípios sejam considerados geralmente mais brandos que normas, não deixam de ter eficácia concreta. A preferência por princípios está no seu caráter mobilizador da opinião pública, na sua abertura, que permite que normas mais concretas sejam feitas sucessivamente, e na sua

¹⁵² Podem-se destacar temas ambientais, como aquecimento global, de infraestrutura, como a aviação civil internacional, e financeiros, como a presença global de empresas multinacionais e a livre circulação de capital pelo mundo.

generalidade, que os protegem contra os aspectos rapidamente cambiantes da economia internacional. (SCHEUERMAN 2002)

O acordo estabelecido entre Estados que os compelem a agir em determinado sentido, conformando o direito global, é comumente visto como uma renúncia voluntária à sua soberania. Em 1923, porém, o Tribunal Internacional de Justiça ofereceu uma nova visão sobre isso. No caso Wimbledon, afirmou-se que esse tipo de acordo, em vez de uma renúncia da soberania, é, precisamente, um exercício e uma afirmação dessa soberania.¹⁵³ Dessa forma, a concepção realista do direito internacional, que o vê como um instrumento para o alcance dos interesses dos países poderosos, contrasta com a visão alegadamente contemporânea de que o direito internacional funciona – e deve funcionar – como uma limitação na perseguição desses interesses. (WOODWARD 2006)

Analogamente à discussão empreendida pela *nondelegation doctrine*¹⁵⁴, quando dois ou mais Estados atribuem autoridade a um órgão internacional para tomar decisões e executar ações, pode-se dizer que há uma delegação internacional. Que tipo de autoridade pode ser concedida? Curtis Bradley e Judith Kelley (2008) identificam oito tipos de atribuições passíveis de serem delegadas.

A delegação legislativa envolve a atribuição de poderes para realizar ou emendar tratados, não se tratando de uma medida comum. A delegação adjudicativa concede o poder de o órgão resolver disputas por vários métodos. Pode haver a delegação de tarefas de monitoramento e aplicação de medidas, como a Organização para Proibição de Armas Químicas. Pode-se delegar também a atribuição de formulação de agendas, de pesquisa e recomendação, de implementação de políticas e pode haver, ainda, redelegações. Por fim, pode-se ter delegação regulatória, viés este que será aprofundado em seguida. Nessa modalidade de delegação, o órgão internacional incumbido tem o poder de elaborar normas administrativas vinculantes ou não, o que pode afetar obrigações internacionais.¹⁵⁵

¹⁵³ Giros lógicos como esse são comuns na análise jurídica e só fazem furtar-se artificialmente dos problemas concretamente postos, tentando resolvê-los com um passe de mágica. Outro exemplo disso foi tratado no debate da *delegation doctrine*, na seção 1.3.3 do capítulo anterior.

¹⁵⁴ Essa doutrina foi apresentada na seção 1.3.3 do capítulo anterior.

¹⁵⁵ Bradley e Kelley aprofundam as distinções entre esse tipo de delegação e a delegação legislativa: “Assim como ocorre no direito doméstico, pode haver alguma incerteza associada à distinção entre as delegações legislativa e regulatória. Quando a regulação se torna tão extensa ou removida do tratado original que se torna legislação? Isso pode ser relevante para o direito doméstico, que pode exigir um processo doméstico em particular para novos compromissos que se consubstanciem em tratados. Delegações regulatórias também podem levantar questões para estudiosos do direito a respeito de em que medida os conceitos de direito administrativo doméstico deveriam aplicar-se à

Em outras palavras, a governança e o direito global podem abranger um grande conjunto de atividades com o propósito de promover uma decisão coletiva a respeito de problemas que transcendem um único país.¹⁵⁶ (ESTY 2006) Confere-se especial atenção, neste trabalho, ao papel dessas entidades na elaboração de regras para a execução dos tratados, na formação de normas suportadas principiologicamente por esses documentos, na instituição de padrões a serem seguidos uniformemente pelos Estados-membros e na elaboração e harmonização de políticas compartilhadas por eles.

Bradley e Kelley (2008) ainda fazem uma análise de custo-benefício da delegação. Como benefícios, apontam a possibilidade de o Estado usufruir da especialização técnica que o organismo comporta, o caráter facilitador da cooperação internacional que as OIs detêm e a possibilidade de resolver disputas amigavelmente com outros países. Os custos identificados são, sobretudo, relacionados à perda da autonomia soberana do Estado, à impossibilidade de escolher sempre suas alternativas de políticas públicas preferidas, a exigência que lhe é imposta para cumprir com os compromissos internacionais e os custos de oportunidade do uso dos recursos disponíveis.

Ainda, muitas vezes, a delegação se processa sem que tenha havido efetivamente uma delegação. É o caso quando a governança no plano internacional não ocorre por meio de normas, mas de pseudonormas (*soft law*). O ponto fulcral é que, embora o *soft law* não seja formalmente reconhecido como fonte do direito, é encarado com bastante seriedade pelas partes envolvidas na sua formação. Produz, portanto, efeitos

arena internacional. Além disso, essas delegações pode ser de interesse aos cientistas políticos que estudem as circunstâncias sob as quais as instituições internacionais que se perdem dos seus mandatos originais.” [Tradução livre do original: “*As can be the case in domestic law, there may be uncertainties associated with the distinction between legislative and regulatory delegations. When does regulation become so extensive or removed from the original treaty that it amounts to legislation? This can matter to domestic law, which may require a particular domestic process for new treaty commitments. Regulatory delegations also may raise questions for legal scholars about the extent to which domestic administrative-law concepts should be applied to the international arena. In addition, such delegations may be of interest to political scientists studying the circumstances under which international institutions stray from their original mandates.*”] (2008, 14)

¹⁵⁶ Daniel Esty (2006) usa o termo governança supranacional em vez de governança global. Não se optou por ele nesta dissertação porque dá a entender que há uma instância formal e hierarquicamente superior ao Estado, o que não é o caso, exceto na União Europeia.

internamente.¹⁵⁷ A importância atual do *soft law* é grande principalmente na União Europeia, a ponto de, certas vezes, ele chegar a ser formalmente previsto.¹⁵⁸

Na medida em que os textos de *soft law* oriundos de organismos internacionais têm produção descentralizada e não se apoiam na soberania estatal – fazem-no, no máximo, indiretamente –, o positivismo estatalista perde lugar: há outras pessoas, que não os Estados, produzindo normas, ainda que suaves (*soft*), no direito internacional.¹⁵⁹ Constata-se que esses documentos levam à produção de direito não só no plano internacional, mas também internamente, seja quando recepcionados pelo Poder Executivo em sua praxe administrativa, seja quando utilizados pelo Poder Judiciário doméstico na resolução de uma contenda, seja quando apropriados pelo Poder Legislativo nacional.¹⁶⁰

A governança global, portanto, não se restringe às decisões e ao papel dos Estados no plano internacional. Ela conta com a atuação de outras pessoas jurídicas, OIs, pessoas individuais, ONGs, movimentos, redes de interesses, grupos despersonalizados etc. Essa percepção deu origem à ideia de comunidade jurídica global, que seria a comunhão de todo o mundo em torno de valores mutuamente

¹⁵⁷ Hartmut Hillgenberg (1999) chega ao ponto de contestar a atual dicotomia legal/não legal existente sobre os acordos firmados entre estados, na medida em que acordos feitos sob a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados diferem, em eficácia, muito em relação aos acordos qualificados como *soft law*.

¹⁵⁸ Foi o caso, por exemplo, de uma Comunicação expedida pela Comissão “Política fiscal na União Europeia – prioridades para os anos vindouros” em 2001, por meio da qual ela previu, expressamente, que “o uso de abordagens não legislativas ou ‘*soft legislation*’ pode ser um mecanismo adicional de se obter progresso no campo fiscal” [tradução livre de: “*the use of non-legislative approaches or ‘soft legislation’ may be an additional means of making progress in the tax field*”]. (SEN DEN 2005)

¹⁵⁹ O *soft law* representa um direito diferente do direito positivo. Por não ser vinculado a um Estado, não pode ser imposto diretamente (*enforced*) nem é obrigatório, embora o seu descumprimento possa traduzir-se em consequências negativas para o Estado “violador”. Destoando da maior parte da doutrina e da jurisprudência, Salem H. Nasser afirma peremptoriamente que tais documentos não são fontes do direito internacional, não possuindo sequer valor normativo, porquanto, para o autor, direito é algo necessariamente obrigatório e vinculante. Ainda que possua essa posição extrema, ele não nega que “esses fenômenos, como o direito, influenciam os comportamentos, organizam a sociedade e resultam da combinação de necessidades sociais, valores e relações de poder” (NASSER 2005, 160).

¹⁶⁰ “Vários exemplos podem ser dados que evidenciam a influência da *soft law* sobre a produção normativa dos Estados, como no campo dos direitos humanos, direito do consumidor, no direito ambiental, nos direitos do trabalhador, no combate ao tráfico internacional, na arbitragem internacional, as leis econômicas internacionais, entre outras, demonstrando que, se carecem de valor imperativo por um lado, por outro são inspiradoras da criação de legislações em várias áreas do direito e para a celebração final de vários Tratados internacionais de incontestável valor para humanidade, na busca de um mundo melhor.” (MENEZES 2003, 71)

reconhecidos e em prol do bem comum, em um movimento de progressiva constitucionalização do direito internacional.¹⁶¹ (WOODWARD 2006)

Podem ser identificadas, nesse sentido, quatro formas principais pelas quais o sistema ONU dialoga com a sociedade civil, representada por ONGs: estas podem ser consultoras da Ecosoc – existem hoje mais de 2.800 –, podem se credenciar no Secretariado para algum evento organizado pela ONU, podem acessar os diversos órgãos e agências especializadas da Organização por meio de seus próprios programas de credenciamento ou, ainda, podem associar-se ao Departamento de Informação Pública (DPI). (WOODWARD 2006) O foco do estudo se dará em duas das dezesseis agências especializadas da ONU. Essas agências têm um importante papel na formulação de normas e padrões globais.

Conforme já se afirmou, com a globalização, o exercício da autoridade pública não se restringe mais ao âmbito de Estados territorialmente definidos. Concorrem com eles organizações internacionais e supranacionais, além de organizações não governamentais que participam lateralmente de processos decisórios internacionais. Em face disso, esse exercício da autoridade pública requer novas formas de legitimação, diferentes das já tradicionalmente construídas no âmbito de Estados nacionais. A legitimidade, por sua vez, construída a partir da tradição republicana, vincula-se a autogoverno e a soberania, que implicam, necessariamente, transparência e responsabilidade (*accountability*), entre outros elementos. (DELBRÜCK 2003)

A popularização da palavra governança, nesse contexto, revela um efeito da própria globalização, como, inclusive já se indicou acima: a fragmentação da esfera pública, que se repartiu em diversas instâncias e redes mundiais de relacionamento político, muitas vezes descoordenadas. Vários teóricos tendem a enxergar essas instâncias como meros *loci* tecnocráticos e inofensivos, com funções administrativas ou

¹⁶¹ Citando Ernst-Ulrich Petersmann, Barbara Woodward apresenta um possível desenho desse cenário: “A constituição do Estado civil é, supostamente, republicana, portanto exigindo o consentimento de seus cidadãos, na condição de ‘sujeitos’ do Estado, em vez de o chefe (ou ‘dono’) do Estado para decisões importantes, como declaração de guerra. A constituição interestatal seria uma ‘federação de estados livres’ que não teria qualquer poder governamental como o de um Estado, mas, em vez disso, ‘teria sido concebida como uma ‘federação de pessoas’ com direitos humanos inalienáveis e governos constitucionalmente limitados e comprometidos com o Estado de direito e com a proteção dos direitos dos cidadãos interna e externamente” [tradução livre de: “*The civil state constitution was to be republican, thereby requiring the consent of its citizens, as ‘subjects’ of the state, rather than the head (or ‘owner’) of the state for important decisions, such as whether to declare war. The inter-state constitution would be a ‘federation of free states’ which would not have any government power like that of a state, but instead, ‘was conceived as a ‘federation of peoples’ with inalienable human rights and constitutionally limited governments committed to rule-of-law and to protection of citizen’s rights at home and abroad*”] (2006, 269).

facilitadoras das relações internacionais. Essa visão, contudo, mascara as feições políticas desses processos, que, em verdade, não são neutros.¹⁶² Enxergando-os também como processos de construção de decisões politicamente relevantes, que impactam a vida das pessoas, por mais que tenham conteúdo técnico, abre-se espaço para lhe justificar uma maior abertura e transparência, voltada a garantir uma participação democrática. Tratá-los como instâncias desinteressadas e neutras que gera decisões tomadas por uma elite tecnocrática termina por abrir o processo somente para quem tem acesso privilegiado à discussão e à tomada de decisão. (PICCIOTTO 2000)

Bryan Schwartz e Elliot Leven (1992), por exemplo, fazem um estudo empírico para verificar quais razões são ou não relevantes para que uma organização internacional seja efetiva, isto é, promovam políticas e decisões que, de fato, alterem o ambiente no qual operam. Um dos fatores que consideram é a existência de uma burocracia tecnicamente forte, que defina ações para o alcance dos objetivos da organização, em vez de uma entidade operada por políticos.¹⁶³ Por outro lado, acreditam que a organização pode ser mais efetiva se os seus países-membros forem democracias, na medida em que estarão acostumados a debater, a entrar em consensos e, eventualmente, a perder.¹⁶⁴

Com a globalização, porém, existe o risco de fragmentação social à medida que as pessoas abandonam sua comunidade pré-determinada, o que pode prejudicar possibilidades democráticas ou, no mínimo, exigir novos arranjos. Dessa forma, a partir da década de 1990, a necessidade de ampliação epistemológica do direito e das relações internacionais já era fortemente reconhecida na doutrina. Isso levou a inúmeras formulações de alternativas para tornar a política internacional mais inclusiva e garantir

¹⁶² Os organismos internacionais tinham, outrora, esse posicionamento quase unânime. No entanto, mais recentemente, “ao passo que as burocracias internacionais ainda preferem apresentar-se como possuindo um papel tecnocrático, elas aparentemente começaram a aceitar – talvez como resposta às críticas – que ele possui uma dimensão política, ao menos em termos de que suas políticas deveriam ser aceitas pelo público” [tradução livre de: “*while international bureaucracies still prefer to represent their role as a technocratic one, they apparently have begun to accept – perhaps in response to criticism – that it has a political dimension, at least in terms of the concern that their policies should be acceptable to the public*”] (PICCIOTTO 2000, 163).

¹⁶³ Os autores têm a mesma percepção de Schoenbrod (1987), conforme indicado no capítulo anterior: os políticos delegam o trabalho para burocracias com o propósito de se isentarem da responsabilidade por escolhas difíceis, que se refletiria no resultado das urnas.

¹⁶⁴ Além desses dois fatores, Schwartz e Leven fazem um estudo de outras onze variáveis, para verificar se, e em que medida, elas influenciam a efetividade da organização: volume de decisões, objetivo e subprogramas bem definidos, foco na resolução de questões pragmáticas e concretamente definidas, financiamento garantido, equilíbrio de poder entre os membros, rapidez na tomada das decisões, elevação progressiva do número de associados, autoridade legal para impor sanções, processos decisórios que não exigem unanimidade, liderança carismática e compartilhamento de valores comuns entre os membros.

mais legitimidade para o direito produzido a partir dela. A ideia de uma sociedade civil global ganhou apoiadores e presença nos debates acadêmicos e políticos.¹⁶⁵ (WOODWARD 2006)

2.2. Déficit democrático e direito administrativo

2.2.1. Déficit democrático

Foi noticiada, no início deste capítulo, a discussão sobre a legitimidade democrática da União Europeia (UE), pelas palavras de Oscar Vilhena Vieira. Tratar da legitimidade do exercício da autoridade pública na UE é diferente do que a tratar no resto do mundo. A UE exerce autoridade pública a partir de competências explicitamente delegadas pelos Estados-membros e isso é indiscutível. Em se tratando de organizações intergovernamentais e não governamentais no âmbito internacional, nenhuma delas tem jurisdição sobre ninguém, parecendo, de imediato, que não exercem autoridade pública, sobretudo quando comparadas às relações de supranacionalidade no âmbito da UE. Todavia, essa impressão não corresponde à realidade. (DELBRÜCK 2003)

A configuração internacional herdada da Paz de Westfália, com cada Estado exercendo sua soberania no âmbito internacional, coordenando-se com os outros voluntariamente e tendo o monopólio da personalidade jurídica nesse plano, está sob revisão. A profusa criação de entidades multilaterais intergovernamentais introduziu novos atores na política e no direito internacional, que não se limitam a fronteiras territoriais. Em tese, a autoridade exercida por essas entidades tem sua legitimidade apoiada em consensos e em atos não impositivos. (BRUNER 2008)

Porém, hoje há, sobretudo nos países emergentes, uma relativização da soberania nacional, instituição tão basilar ao direito internacional público. A dependência que muitos desenvolvem dos resgates financeiros de instituições como o FMI e o Banco Mundial impõe-lhes, por via colateral, limitações na governança política interna. A

¹⁶⁵ De acordo com categorização da ONU, a sociedade civil global abrange grupos representantes de fragmentos da população (mulheres, indígenas, homossexuais,...), associações profissionais e de empregados, organizações religiosas, academia, ONGs filantrópicas e movimentos sociais. Discute-se, no âmbito da ONU, se se devem abranger também atores privados com interesse eminentemente econômico.

política econômica nacional, teoricamente soberana, é ceifada por meios extrainstitucionais. (AGUILLAR 1999)

Embora a globalização requeira algum grau de sacrifício da autonomia, tem-se observado que o poder frequentemente se centraliza nos Estados Unidos ou em outra potência; a perda de autonomia é, afinal, dos outros. O comportamento dos Estados dominantes no plano mundial para com o direito internacional, assim, tende a oscilar entre uma postura instrumentalizadora, em que as instituições são usadas para satisfazer seus próprios interesses, e a desistência, em que o Estado simplesmente deixa de legitimar a instituição que não lhe satisfaz e abandona o regime cooperativo. (BRUNER 2008)

Muitas das organizações internacionais (OIs) desenvolvem políticas e adotam decisões que impactam os Estados nacionais vinculados, de alguma forma, a elas. O direito nacional desses Estados, portanto, recebe influxos – mais fortemente em alguns casos, menos explicitamente em outros – dessas organizações.

É possível perceber que, em muitos casos, o direito doméstico que parece ser genuinamente “feito em casa” é, na realidade, uma norma previamente trabalhada no âmbito das OIs por burocratas e especialistas internacionais e nacionais. Isso ocorre especialmente em relação às chamadas convenções-quadro que são emendadas continuamente, de acordo com os padrões do conhecimento especializado, no formato de protocolos ou recomendações, que, por sua vez, são implementadas, no seio doméstico, por meio de ordens executivas ou outras medidas regulatórias, abaixo do nível parlamentar, contornando o processo legislativo nacional.¹⁶⁶ (DELBRÜCK 2003, 35-6)¹⁶⁷

Um impulso significativo para o fortalecimento do papel regulador dos organismos internacionais foram os programas para integração econômica internacional: o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), a Comunidade Europeia (CE), o Mercado Comum do Sul (Mercosul) e o GATT, substituído pela OMC após a Rodada do Uruguai, em 1995, entre outros. O crescente papel da OMC no plano internacional se junta à posição fortalecida do FMI e do Banco Mundial, que se

¹⁶⁶ Tradução livre do original: “*In addition, one has to realize that, in many instances, domestic law that appears to be genuinely ‘homemade’ is actually nothing but a ‘rubberstamped’ regulation worked out at the level of IGOs by teams of international and national administrators (civil service). This is particularly true in the case of so-called framework conventions that are continuously amended according to the standards of expert knowledge, as either Protocols to conventions, or as recommendations that in turn are often implemented on the domestic level, through executive orders or other regulatory means, below the level of parliamentary legislation, thereby bypassing the national legislative process.*”

¹⁶⁷ Isso parece ser coerente com o papel das organizações intergovernamentais, porém se pode duvidar da relevância das organizações não governamentais (ONGs) internacionais no exercício de qualquer autoridade pública. Delbrück (2003), assim, esclarece que muitas delas têm participação privilegiada como consultoras especializadas em processos decisórios no âmbito das OIs, além de frequentemente figurarem como advogadas legítimas do interesse público internacional, ainda quem sem mandato democrático para isso.

avantajaram depois das crises financeiras internacionais da década de 1980, interferindo nas políticas domésticas mediante exigências de ajustes estruturais e de reestruturação das dívidas de países subdesenvolvidos.

A regulação internacional é, hoje, tão extensa que muitos estudiosos têm reconhecido que a autoridade regulatória não reside mais somente, ou soberanamente, no governo local ou nacional. Em vez disso, ela é compartilhada por uma combinação de entidades, incluindo governos, redes transgovernamentais e organização internacionais públicas, que constituem um complexo sistema de governança internacional.¹⁶⁸ (KINNEY 2002, 419)

O principal descontentamento com a globalização decorre da percepção de que os governos locais ou nacionais estão perdendo poder para órgãos reguladores internacionais. Isso se associa ao fato de que tais órgãos são, com frequência, inacessíveis aos cidadãos comuns e irresponsáveis (*unaccountable*) perante eles, ou seja, os processos mediante os quais eles elaboram suas políticas e regras não são democráticos. (KINNEY 2002)

A *globalização* é um fenômeno que tem dimensões cultural, econômica, ambiental e política. *Governança* refere-se a um processo decisório menos formal que um governo. A *globalização da governança* é um fenômeno que vem sendo debatido e criticado a partir de suas experiências e possibilidades (não) democráticas. Uma maior participação democrática nesses processos tem sido advogada pela academia, pela sociedade civil e mesmo pelas OIs. Há quem diga, hoje, que a democracia nos Estados nacionais estará fadada ao fracasso se não se dispuser de meios e de oportunidades concretas para efetivar uma participação nos processos decisórios globais.

O déficit democrático das OIs tem sido cada vez mais combatido. Já não é recente o slogan “*no globalization without representation*”.¹⁶⁹ Uma democracia global pressupõe que organismos internacionais sejam considerados distintos dos Estados que os criaram, formando um ambiente próprio de comunicação e de formação de sentido. Só a partir disso se pode perquirir o público apto a acessá-la democraticamente. Mas, afinal, em que exatamente consiste o déficit democrático?

Steve Charnovitz (2003) admite três sentidos possíveis para essa expressão. Déficit democrático pode se referir ao fato de os organismos internacionais não tratarem

¹⁶⁸ Tradução livre do original: “*International regulation is now so extensive that many scholars have recognized that regulatory authority no longer resides in only, or chiefly, national or local government, but rather is shared by a combination of entities including governments, transgovernmental networks, and public international organizations, which constitutes a complex system of international governance.*”

¹⁶⁹ Frequentes são as manifestações revoltosas contra a globalização econômica. Veja-se, por exemplo, CASTRO (2000).

igualmente todos os Estados que nele têm participação, dando oportunidades diferentes para eles se manifestarem e influenciarem suas decisões, conferindo, por exemplo, pesos diferentes aos seus votos.¹⁷⁰ Déficit democrático pode também significar que as OIs não exigem que seus membros sejam Estados democráticos. A outra visão possível, que nesta dissertação se adota, é a de que déficit democrático faz referência ao fato de os organismos internacionais funcionarem afastados do público que é afetado por suas decisões.

A extensão do poder atribuído a uma OI é condicionada por dois fatores: a eficácia legal de suas medidas e a independência gozada pelo organismo. Delegar poderes de elaborar regras vinculantes é mais forte do que delegar poderes para elaborar pseudnormas (*soft law*), por exemplo, que operam como mecanismos de pressão, o que também dependerá da possibilidade concreta de fazer valer a decisão. Além disso, quanto menos mecanismos de controle os Estados tiverem sobre a OI e quanto menos precisas forem suas atribuições, mais poderes de fato ela terá. (BRADLEY e KELLEY 2008) A combinação desses fatores pode parametrizar o déficit democrático experimentado.

O momento vivido atualmente pela governança internacional, em verdade, é paradoxal. Existe um conjunto de estudiosos e visões, agrupáveis sob o rótulo de teorias democráticas da governança global, que julga existir um déficit democrático na prática das OIs e de outras entidades internacionais com poder de influência nas políticas mundiais. Esse déficit democrático leva à produção de decisões no âmbito global que prejudicam Estados e indivíduos sem conferir-lhes possibilidade de mudar isso ou defender-se. Por outro lado, nunca antes se teve tamanha participação da sociedade civil nos organismos internacionais quanto hoje, o que, segundo Woodward (2006), deve-se aos seguintes fatores: evolução tecnológica das telecomunicações, dissolução da União Soviética, a expansão do sistema legal internacional para vários lugares, a entrada de novos países e de países em desenvolvimento na ONU e a insatisfação com a paralisia dos Estados individuais em relação a assuntos de interesse global.

De acordo com Sol Picciotto (2000), muitos dos que defendem uma democracia cosmopolita de matiz neokantiana, fundada no reconhecimento de direitos individuais e princípios de justiça, corroboram a infértil visão ultraliberal de que basta que não haja

¹⁷⁰ É o que ocorre, por exemplo, no Conselho de Segurança da ONU. Evidentemente, sempre existirá a pergunta: devem ser aplicadas aos Estados dentro de uma OI as mesmas regras de participação democrática aplicáveis aos cidadãos em um Estado?

intervenção nas relações internacionais que a persecução dos interesses individuais garante legitimação universal e a concretização da justiça. Em resposta a isso, asseve que “a democracia é muito mais que Estado de direito, que pode, ao máximo, prover um ambiente para resolver conflitos entre direitos individuais. São os processos políticos que devem decidir quem possui o direito”¹⁷¹ (165). A democracia, portanto, deve ser um instrumento conduzido pela política e pelo direito.

2.2.2. Direito administrativo global

As OIs e as redes transgovernamentais hoje lidam com inúmeros assuntos que são de interesse de todas as nações, visivelmente condicionando ou guinando as políticas internas dos países que se relacionam com esses órgãos. Isso tem levado a academia e a doutrina a desenharem um novo campo de estudos no direito internacional público: o direito administrativo global.

O surgimento dessa área de estudos representa uma mudança pouco banal no direito administrativo, na medida em que este sempre lidou exclusivamente com os processos e as políticas internas a um Estado soberano. O propósito de avançá-lo ao plano global é, precisamente, dispor de um instrumental para a análise e a construção de procedimentos de funcionamento e de elaboração de políticas desses órgãos, permitindo que eles tornem-se mais transparentes, acessíveis e participativos.

Três preocupações circundam esse tema: transparência, acessibilidade e responsabilidade (*accountability*). Transparência refere-se à possibilidade concreta de um cidadão obter informações claras e completas a respeito dos processos decisórios desses organismos e das políticas desenhadas por eles. Acessibilidade significa a possibilidade, geográfica e de compreensão, que indivíduos e a sociedade civil têm de participarem desses processos e colaborarem ativamente com a elaboração dessas políticas, conferindo-lhes uma legitimidade que compense a natureza não eletiva dos seus elaboradores. Complementarmente, reponsabilidade (*accountability*) refere-se, precisamente, às formas, alternativas às urnas, de responsabilização e de prestação de contas impostas aos burocratas das OIs e das redes transgovernamentais. (KINNEY 2002, 427)

¹⁷¹ Tradução livre de: “*Democracy is far more than the rule of law, which can at best provide a framework for adjudicating competing claims of right. Political processes must decide who should have what rights.*”

Para demonstrar a existência de um direito administrativo global, Sabino Cassese (2005) estuda a evolução da governança regulatória da pesca de atum no mundo ao longo de algumas décadas, com a formação de uma organização internacional para tratar do assunto e com sua atuação prática. Identifica, no curso da narrativa, todos os elementos tradicionais do direito administrativo – autoridade constituída, emanção de decisões sobre terceiros e resolução de conflitos entre atores do setor regulado – e percebe uma forte influência desse direito no Estado nacional.

Todavia o direito administrativo global difere em alguns aspectos fundamentais do direito estatal: não há exclusividade de regime, ou seja, podem existir inúmeros regimes que se sobrepõem a determinado fato jurídico; existe um forte papel da autorregulação, uma vez que não é possível distinguir claramente regulador e regulado; as decisões têm um caráter negocial maior do que no direito administrativo doméstico, porquanto este se apoia na soberania estatal, ao passo que o direito administrativo global depende do reconhecimento legítimo das partes interessadas; e não há distinção clara entre o público e o privado.

Existem milhares de organizações internacionais hoje no mundo, a maior parte delas criada nas últimas décadas do século XX, de forma que qualquer espaço da atividade humana está sujeita a uma regulação internacional. Trata-se de um complexo sistema que desenvolve significativa autonomia em relação aos Estados instituidores. Essa autonomia é compensada pela participação dos Estados-membros nos processos decisórios, mas os organismos frequentemente admitem membros não estatais. São funções comuns a esses organismos a cooperação, a harmonização e a padronização entre Estados.¹⁷² (CASSESE 2005)

A internacionalização da atividade administrativa – expressão que parece carregar um contrassenso – é verificada quando atividades até outrora exclusivas e típicas da Administração Pública nacional surgem além de suas fronteiras ou desconsiderando essas fronteiras. A norma que regulamenta essa atividade, portanto, deve seguir as máximas da legislação administrativa tipicamente nacional. Todavia, conforme já foi dito, o direito internacional tem muitas diferenças em relação ao direito nacional. Outras diferenças interessantes são a possibilidade de variação gradativa de

¹⁷² Cassese (2005) nota que existe o seguinte padrão na organização desses órgãos: um corpo colegiado que reúne todos os membros, um colegiado mais restrito, eleito pelo primeiro, uma secretaria, que contém um corpo técnico permanente, e comitês permanentes ou *ad hoc*, para lidar com temas específicos.

efeito vinculativo – *soft law, hard law* – e a composição de fontes do direito.¹⁷³ Nesse contexto, as normas internacionais secundárias surgem como uma formação jurídica intermediária, que acabam influenciando ou interferindo nos direitos nacionais. (AßMANN 2008)

Parte-se do pressuposto de que, quando o Estado decide abrir mão de um punhado de sua soberania para empoderar um organismo internacional, enxerga isso como uma operação de custo-benefício positivo. Em outras palavras, não cooperar pode levá-lo a ineficiências, a externalidades de rede negativas, à diminuição de seu bem-estar ou a outros fatores negativos que superaria se cooperasse. A partir disso, porém, surge outra ordem de problemas, para cuja resolução o direito administrativo pode colaborar.

Um desses problemas é a falta de mecanismos institucionais que garantam a responsabilidade das pessoas que ocupam os cargos de decisão em tais entidades. A ausência de eleições populares ou de um sistema de freios e contrapesos representa o afastamento potencial dessas pessoas em relação ao interesse público, o qual seria expresso por meio de uma pluralidade institucional ou por meio de um povo que as elegeu. Além disso, o afastamento dessas organizações em relação a uma comunidade específica prejudica a legitimidade democrática, porquanto esta exige certo grau de engajamento cívico e de identidade coletiva.

Outro fator que se deve ter em conta na decisão de cooperar é a perda de eficácia resultante do aumento dos custos de transação quando há necessidade de coordenação entre mais atores no âmbito de uma ampla cooperação: a solução intuitiva e comum de subdelegar o assunto a corpúsculos técnicos não ajuda a tornar a atividade do órgão mais transparente. Um excesso de limitação dos poderes soberanos dos Estados ainda pode ser um forte impeditivo à legitimidade das organizações internacionais; isso variará conforme a autoridade de decidir esteja no organismo ou nos Estados individualmente considerados e de acordo com a intensidade de vinculação das decisões internacionais. (ESTY 2006)

Em muitas áreas regulatórias, há entidades não estatais que possuem poder normativo ou alguma autoridade decisória. Embora sejam frequentemente instrumentalizadas por quem tem, circunstancialmente, mais poder de fato, é possível

¹⁷³ O rol de fontes de direito internacional pode ser identificado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e compreende convenções internacionais, costume internacional, princípios gerais de direito, decisões judiciais e doutrina dos publicistas mais qualificados.

exigir-se que essas entidades tenham uma abertura efetiva à participação da sociedade civil organizada. Reproduzindo trecho da obra *Global business regulation*, de John Braithwaite e Peter Drahos, William Scheuerman (2002) expõe o argumento de que a autorregulação internacional, com participação democrática e com a limitação dos Estados a um papel supervisor, é legitimamente possível. Se, por um lado, a globalização prejudica as instituições existentes, por outro, abre espaço para novos arranjos institucionais.

Uma questão preliminar, todavia, precisa ser respondida para evitar que se caia em contradição na busca por uma solução para o déficit democrático: deve-se abrir a participação nos processos decisórios para pessoas além dos Estados, que são os próprios membros da OI? Qualquer outro participante não estaria automática e inevitavelmente abarcado pelo Estado no qual se encontra? (CHARNOVITZ 2003)

A dogmática do direito internacional público não reconhece personalidade jurídica além do Estado e das organizações internacionais.

A percepção do indivíduo como personalidade internacional pretende fundar-se na lembrança de que certas normas internacionais criam direitos para as pessoas, ou lhes impõem deveres. É preciso lembrar, entretanto, que indivíduos e empresas – diversamente dos Estados e das organizações – não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com essa ordem.

(...)

Para que uma idéia científica – e não simplesmente declamatória – da personalidade jurídica do indivíduo em direito das gentes pudesse fazer algum sentido, seria necessário pelo menos que ele dispusesse da prerrogativa ampla de reclamar, nos foros internacionais, a garantia de seus direitos, e que tal qualidade resultasse de norma geral. Isso não acontece. (REZEK 2005, 153)

Em resposta, pode-se dizer que organizações não governamentais já têm participação garantida pela própria Carta das Nações Unidas.¹⁷⁴ Além disso, como cada Estado representa um ponto de convergência de todos os interesses e posições que contém, a maior participação de entidades que representam esses interesses e posições melhora a legitimidade das decisões tomadas. Participação democrática significa mais do que direito de petição; significa o direito de ser ouvido e de ser efetivamente levado em consideração. (CHARNOVITZ 2003)

¹⁷⁴ Dispõe o art. 71: “O Conselho Económico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efectuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso”.

2.2.3. Soluções neorrepublicanas para o déficit democrático

Apesar do avanço da comunicação e da produção jurídica no âmbito global, conferindo proeminência a OIs e a ONGs, o Estado continua sendo a instituição prevalecente. Os princípios do direito administrativo que fundamentam regras e procedimentos em agências ou outros órgãos nacionais podem ser utilizados para inspirar novos arranjos institucionais no plano global que lidem com o déficit democrático hoje verificado.

(...) Seja estreito ou seja largo o papel decisório atribuído a órgãos internacionais – apoiando meros intercâmbios intergovernamentais ou decisões plenas em âmbito supranacional –, essas organizações devem adotar os procedimentos básicos do direito administrativo para alcançar resultados melhores e gerar confiança pública nas escolhas que fazem e nas políticas que encaminham.¹⁷⁵ (ESTY 2006, 1495)

Ainda de acordo com Daniel Esty, o uso de tais procedimentos pode conferir aos produtos desses órgãos mais participação, racionalidade, clareza, estabilidade, neutralidade, equidade, eficácia, deliberação, eficiência e responsabilidade (*accountability*).

Para resolver o déficit democrático, Delbrück (2003) julga ser inviável transpor o sufrágio universal para o âmbito internacional, tanto por ser impraticável no curto prazo, quanto porque as diversas organizações que exercem autoridade pública internacionalmente em diferentes níveis carecem de formas e intensidades distintas de legitimação, que não necessariamente têm sua melhor solução residente nesse mecanismo.

Evidentemente, as soluções desenhadas para resolver o déficit democrático dependerão da concepção que se tem de democracia, de quão legítimas devem ser as OIs e de como isso é alcançado concretamente. Andrew Moravcsik (2004) critica autores que julgam existir um déficit democrático no ambiente normativo global com base puramente em concepções filosóficas ideais sobre a democracia e propõem soluções impraticáveis para esse problema onírico. De fato, um julgamento como esse deve estar comprometido com as possibilidades práticas de concretização de um regime democrático e com a factibilidade das eventuais soluções propostas. A observação empírica deve permitir a elaboração de críticas filosóficas, mas também pragmáticas. Para isso, análises comparadas são boas alternativas.

¹⁷⁵ Tradução livre de: “(...) *whether the decisionmaking role assigned to international bodies is narrow or broad – supporting mere intergovernmental exchange or full-scale supranational decisionmaking – these institutions must adopt basic administrative law procedures to achieve better results and bolster public confidence in the choices they make and the policies they advance.*”

Jost Delbrück (2003) aponta três visões possíveis para encaminhar o problema, baseadas em diferentes posições sobre a própria democracia: a liberal-democrática, a comunitarista radical e a democracia cosmopolita. A visão *liberal-democrata* é a que prevalece na UE. Trata-se de eleger representantes do povo por meio de eleições nacionalizadas, em vez de por meio de um sufrágio mundial. O *comunitarismo radical* valoriza a participação direta das pessoas no processo decisório, seja como representantes de interesses próprios, seja em nome de outros interesses que não podem se fazer presentes pessoalmente. Por fim, tem-se a visão da *democracia cosmopolita*, que não se vincula a nacionalidades nem a interesses individuais, mas aposta em uma rede de agências e fóruns internacionais e regionais que, integradamente, conforme uma comunidade universal.

Steve Charnovitz (2003), por sua vez, identifica três atitudes a respeito da possibilidade democrática em um plano global. Os *estado-centristas* argumentam que a democracia só é possível dentro de um Estado nacional; esse não é um padrão aplicável a organismos internacionais. Os *pessimistas* argumentam que, embora interessante e justificável, a abertura democrática de um organismo internacional não pode ser alcançada satisfatoriamente, portanto é esperado que haja mesmo um déficit democrático insolúvel. Os *reformistas* entendem que a abertura democrática desses processos é possível e requer uma transformação democrática que introduza eleições globais.

O autor, em seguida, sugere uma quarta atitude, a que chama *funcional*. Nesta visão, concorda-se com os reformistas a respeito da possibilidade de abertura democráticas das OIs, entretanto não se reduz essa abertura a processos eleitorais, abraçando também formas de participação nos processos decisórios. Não se pode, todavia, ignorar que o atual sistema internacional ainda é centrado no Estado e a solução democrática deve passar por essa percepção. Em sua perspectiva funcional, Charnovitz enxerga um papel especial para as ONGs: servir de ponte entre a sociedade ampla e os organismos internacionais, tráfegando informações e posições nos dois sentidos. As organizações não governamentais têm tido o importante papel de ampliar os limites de participação democrática nos processos de formulação de políticas no plano global. Há quem as veja como freios ou contrapesos em esquemas futuristas de separação de poderes pós-estatais. A sua atuação nas relações internacionais, como se viu no início deste capítulo, não é recente.

Daniel Esty (2006) apresenta, analiticamente, seis abordagens para legitimar as decisões e as políticas produzidas pelas OIs. A primeira delas – a legitimidade da democracia direta *rousseauuniana* –, embora seja difícil ser alcançada atualmente, sobretudo no plano global, pode ser fomentada por meio de instituições ou procedimentos que aproximem as pessoas comuns das discussões travadas no interior dos órgãos e criem vínculos de identidade entre elas e as que possuem poder decisório. A legitimidade *baseada em resultados* decorre da eficiência técnica do órgão em produzir bons resultados. Outro caminho é pelo simples *estabelecimento de uma ordem*: o fato de uma OI ordenar o que antes era caos pode funcionar como legitimação. Esty chama de *legitimidade sistêmica* a elaboração de arranjos institucionais que equilibrem os poderes decisórios no âmbito de um organismo – freios e contrapesos – e, por meio dessa tecnologia psicológico-administrativa, produzam resultados mais legítimos. A *legitimidade deliberativa* advém da possibilidade de outras pessoas poderem participar dialogicamente da elaboração das políticas e das decisões. Por fim, o autor menciona a *legitimidade procedimental*, que lhe parece a melhor, na medida em que permite o reforço de todos os outros cinco caminhos de legitimação apresentados. A legitimidade procedimental consiste em desenhar um processo que permita a concretização de todos os elementos presentes nesses caminhos.¹⁷⁶

Enfim, inúmeras são as concepções possíveis sobre a democracia e maiores ainda são os arranjos institucionais concretos que delas potencialmente derivam. Na tentativa de filtrá-los à luz da âncora conceitual desta dissertação, pode-se investigar que tipos de arranjos seriam coerentes com uma visão republicana sobre a liberdade e

¹⁷⁶ Nas palavras do autor, “o rigor procedimental é especialmente importante no domínio de políticas internacionais, em que a falta de fundamentos democráticos e de *accountability* política exigem um foco especial. Estruturas de produção normativa que exigem que decisores participem de um processo formulador aberto que lida com um plexo de visões e determina a existência de uma explicação pelas escolhas pode colaborar, em alguma medida, com as questões relacionadas à representatividade e à responsabilidade (*accountability*). Um processo que force os atores responsáveis por decidir a justificar suas análises, seus pressupostos e suas escolhas de políticas em face de pontos de vista concorrentes, a demonstrar que sua decisão é legal e racional e a submeter os seus produtos a revisão e a supervisão aumentará a legitimidade das políticas resultantes e a percepção dos ganhos sociais em termos de bem-estar” [tradução livre de: “*procedural rigor is especially important in the international policy domain, where the lack of democratic underpinnings and political accountability requires special focus. Rulemaking structures that require decisionmakers to engage in an open policymaking process that draws on a range of views and mandates an explanation for the choices made can go some distance toward addressing issues of representation and accountability. A process that forces decisionmakers to justify their analytic frameworks, assumptions, and policy answers against competing viewpoints, demonstrate that their choices are legal and rational, and subject their results to review and oversight will further enhance the legitimacy of policy outcomes as well as the prospect of social welfare gains.*”] (ESTY 2006, 1522)

sobre o papel do Estado. Viu-se, no capítulo anterior, em que consiste a ideia republicana de liberdade como ausência de dominação e de que forma o Estado pode procedimentalizar a elaboração de políticas e os processos decisórios no intuito de concretizar uma democracia deliberativa, com ampla participação pública e diálogo em todas as etapas de maturação. A abordagem republicana da globalização pode, por exemplo, levar a uma reformulação da concepção de separação de poderes, permitindo que seja criado um sistema de freios e contrapesos nas organizações regulatórias internacionais, mediante, por exemplo, a criação de um fórum que faça esse papel.¹⁷⁷ (SCHEUERMAN 2002)

O republicanismo pode ser capaz de reequilibrar o fato antiwestfaliano de o direito internacional ser feito, estritamente, pelos Estados e destinado não mais apenas aos Estados. Como antipoder, pode ser uma arma contra a dominação em âmbito internacional. Na medida em que a produção normativa dos Estados exige um processo que permita as pessoas contribuírem e reagirem à norma que será criada, também no ambiente internacional isso deve ocorrer.¹⁷⁸ (BESSON 2009)

De acordo com Clement W. Hudson (2006), o republicanismo global herdou do cosmopolitismo kantiano uma visão processual de que o mundo deveria passar por uma jornada paulatina de republicanização, ou seja, adotar a forma e os princípios de uma república é uma empresa consciente e racional.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰ No outro sentido, aparentemente

¹⁷⁷ “Associações de cidadãos têm, potencialmente, papel indispensável na democratização das decisões regulatórias. Sem assembleias populares vibrantes e poderosas nos níveis nacional e transnacional, porém, um poder político democraticamente responsável dificilmente terá sucesso em efetivamente orientar a regulação econômica global.” [Tradução livre do original: “*Citizen associations potentially have an indispensable role to play in democratizing regulatory decision making. Without vibrant and powerful popular assemblies at both national and transnational levels, however, democratically accountable political power is unlike to succeed in effectively overseeing global economic regulation.*”] (SCHEUERMAN 2002, 308)

¹⁷⁸ Samantha Besson resume o conceito de liberdade republicano (ausência de dominação) de forma bastante clara, permitindo que ele seja transposto ao âmbito internacional: “Em apertada síntese, ele corresponde a não estar sujeito ao desígnio arbitrário de outrem em um dado contexto normativo (*status*), mas também à capacidade de criar e de se tornar um membro pleno do ambiente de cooperação política no qual a vontade geral e esse contexto normativo são gerados (poder)” [tradução livre de: “*In a nutshell, it corresponds to the ability not to be subject to the arbitrary will of others in a given normative background (status), but also to the capability to create and to become a full member of the political co-operation scheme in which the common will and this normative background is generated (power)*”] (BESSON 2009, 209).

¹⁷⁹ “A republicanização, no sentido de Kant, implica o fato de a reforma política e social não pode ser localizada seguramente em um momento mitológico: o momento de fundação de uma república. Pelo contrário, a republicanização precisa ser compreendida com um processo social e político contínuo, com condições materiais – um processo que precisa ser renegociado de tempos em tempos à medida que os interesses e as circunstâncias mudam.” [Tradução livre do original: “*Republicanism, in Kant’s sense, implies that political and social reform cannot be safely located in a mythological moment: the moment of the founding of a republic. On the contrary, republicanisation needs to be understood as a continuing social and political process with material*”]

mais promissor, podem-se adotar, progressivamente, elementos cosmopolitas na relação entre o Estado e a sociedade, que são cada vez mais interpenetrados.

O cosmopolitismo discorda da visão comunitária de que se pode ter justiça somente no âmbito de uma comunidade que compartilha uma cultura, uma história e uma etnia. Para essa filosofia, todos são cidadãos do mundo. Na abordagem política do tema, pode-se, por um lado, procurar desenhar e fortalecer instituições capazes de lidar com os problemas que superam o ambiente da comunidade doméstica ou, por outro lado, buscar formular uma ação e uma cidadania política genuinamente em nível global. A primeira se trata de uma linha mais explorada, que encontra mais repercussão na experiência contemporânea, e por isso é a linha seguida aqui.

O relacionamento entre as instituições nacionais e as internacionais é uma preocupação central para os cosmopolitas. Frequentemente defendem a extensão das instituições nacionais para abarcar organismos internacionais, na busca por transparência, responsabilidade (*accountability*) e mais democracia na governança global. (QUILL 2006)

O cosmopolitismo republicano (ou republicanismo cosmopolita) deve se situar, portanto, entre a estreita percepção de direitos do liberalismo e as pesadas exigências de convivência política do comunitarismo. A primeira manifestação cosmopolita do republicanismo ocorreu, segundo James Bohman (2008), quando as nascentes potências europeias iniciaram a corrida imperialista, conquistando novas terras e fundando colônias descentralizadas. Republicanos anticolonialistas viam nisso um perigo para o controle do povo sobre a soberania estatal. A expansão da cultura e das garantias republicanas para além das fronteiras nacionais exigira instituições supranacionais. Entre elas, deve estar a possibilidade de os cidadãos iniciarem processos deliberativos e não apenas reagirem a eles.

Pensar o mundo a partir do republicanismo clássico não é nada natural nem se dá em perfeito acordo com essa tradição de pensamento, afinal *extra rempublicam nulla*

institutional conditions – a process that must be renegotiated over time as interests and circumstances change.”] (HUDSON 2006, 15)

¹⁸⁰ Para Lawrence Quill (2006), embora Kant seja um autor muito respeitado e tenha obras reconhecidamente magistrais, seus estudos a respeito do cosmopolitismo não deixam transparecer a mesma solidez. Em vários momentos, suas visões não parecem claras. Por exemplo, Kant, em uma obra, defende a existência de um Estado global, por ser a única saída para a governança mundial. Em obra posterior, no entanto, diz que uma instituição como essa seria inviável e melhor seria procurar uma alternativa. A confiança do filósofo prussiano nos efeitos benéficos do comércio e na liberalização econômica, outrossim, é altamente suspeita quando se verificam as desigualdades econômicas existentes entre os países no mundo hoje em dia.

justitia. O neorepublicanismo, porém, já dispõe de um instrumental bem afiado para fazer frente a essa tarefa. (LABORDE 2010) Essa visão renovada, diferentemente de sua formulação clássica, tem meios para lidar com a diferença e a pluralidade. Mesmo o republicanismo clássico, em diversas formulações, já via no conflito social institucionalizado a origem da liberdade. Portanto, um republicanismo cosmopolita deve focar-se em instituições que canalizem apropriadamente os conflitos mundiais e oriente-os a uma solução com a participação equilibrada de todos os envolvidos. (HUDSON 2006)

O cosmopolitismo republicano traz consigo uma consciência moral de ser membro de uma comunidade global, em que as fronteiras são arbitrárias, ou seja, existe uma condição humana compartilhada por todos. A ideia de direitos humanos busca ser a manifestação ética desse pressuposto filosófico.¹⁸¹ No entanto, o cosmopolitismo apenas alcança um grau jurídico-político quando construído a partir de um arranjo institucional. Não há cidadania sem instituições correspondentes.

Temos razões para preferir instituições regulatórias globais responsáveis e transparentes não porque já estejamos em um mundo moral, mas para que possamos estar em um mundo político. E as razões para preferirmos isso são, fundamentalmente, as mesmas pelas quais preferimos instituições responsáveis e transparentes no âmbito nacional ou em qualquer outro âmbito. Se nós, individual ou coletivamente, não temos controle sobre os poderes que moldam e influenciam nossas oportunidades de vida – se nós vivemos sujeitos a eles –, então somos escravos. Se os poderes que moldam e influenciam nossas oportunidades de vida têm alcance global, então assim deveria ser também o controle político sobre eles.¹⁸² (HALLDENIUS 2010, 25-6)

Nem todos os autores concordam com a ideia de um cosmopolitismo republicano. Francis Cheneval (2009), por exemplo, é cético em relação às possibilidades cosmopolitas em geral, inclusive as republicanas, e prefere um quadro de multilateralismo republicano, que se distingue tanto do plano doméstico quanto do

¹⁸¹ Uma teoria dos direitos republicana imprime aos direitos uma estrutura parecida com a atribuída à liberdade. O cidadão deve ter seu direito não como um favor; ele deve ser garantido por meio de instituições que o previnam de ser desprovido arbitrariamente. (HALLDENIUS 2010) Embora uma teoria dos direitos seja compatível com o republicanismo, os republicanos clássicos nunca utilizaram a linguagem de direitos individuais na relação do cidadão com o Estado. A liberdade republicana é anterior a uma teoria do direito. Em síntese, o republicanismo estatui que só se pode exercer a liberdade se se é uma pessoa livre – e não um escravo – e que só é possível agir como uma pessoa livre se, e somente se, vive-se em um Estado livre. (SKINNER 2010)

¹⁸² Tradução livre do original: “*we have reason to prefer global regulatory accountable institutions not because we are already in one (moral) world, but so that we can be in one (political) world. And our reasons to prefer that are, in principle and bare outline, the same as our reasons to prefer accountable institutions on the national or any other level. If we (individually or collectively) have no control over the powers that shape and influence our life opportunities – if we live by their mercy – then we are slaves. If the powers that shape and influence our life opportunities are global in their reach, then so must the political control of them be.*”

plano internacional. Trata-se de reforçar valores como cooperação e autogoverno sobre as organizações multilaterais, tais como os organismos internacionais.

Essa abordagem, todavia, não difere profundamente das abordagens cosmopolitas republicanas. Nela, as regras das relações multilaterais devem ser devidamente apropriadas pelos Estados nacionais, que permanecem como centros deliberativos. Mesmo as decisões tomadas a partir da instalação do mecanismo multilateral não devem perder de vista a ideia de consentimento soberano de cada Estado. Os cidadãos desses Estados são membros constitutivos desse ambiente político e não apenas portadores de direitos a serem reclamados e satisfeitos.

A saída republicana para a desigualdade nas relações internacionais aposta mais em uma (re)construção institucional do que em uma incremental mitigação da má distribuição da renda ou em um caminho direcionado à neutralização coercitiva dos fatores reais de poder. (LABORDE 2010)

Na visão neorrepública, um Estado – e seu povo – pode perder a liberdade quando o poder recai, ultimamente, em outro que não o seu próprio corpo de cidadãos ou quando se submete à vontade de outro Estado ou corpo político. Todavia, a ausência desses fatores não basta para que um indivíduo seja livre. “Você pode esperar reter sua liberdade individual se, e somente se, você viver como um cidadão ativo de um Estado que é completamente autogovernado e, conseqüentemente, nem dominador, nem dominado.”¹⁸³ (SKINNER 2010, 100) Muitos estados ou organizações internacionais, hoje, atuam como agentes de dominação.

Não é necessário que um Estado goze de uma soberania e de uma autodeterminação westfalianamente ilimitada para que seja livre; basta que ele não precise submeter-se à vontade arbitrária de outro Estado ou de outra instituição. Estados dominados externamente dificilmente conseguirão criar um ambiente de liberdade internamente, pois seu povo não terá aptidão de controlar o poder que lhe é exercido. (LABORDE 2010)

A liberdade republicana depende de um arranjo institucional na qual ela possa germinar. A lei, portanto, é uma das circunstâncias da liberdade, na medida em que ela estabelece os parâmetros de a interferência que eventualmente sofra não ser arbitrária.

¹⁸³ Tradução livre de: “*You can hope to retain your individual freedom from dependence on the will of others if and only if you live as an active citizen of a state that is fully self-governing, and is consequently neither dominating nor dominated.*”

Para que isso ocorra efetivamente, a lei deve ser feita em um Estado constitucional que garanta à comunidade o seu autogoverno. (HALLDENIUS 2010)

De acordo com Cécile Laborde (2010), algumas percepções podem ser imediatamente feitas a respeito das relações políticas internacionais, quando examinadas à luz da liberdade republicana: estados mais fracos podem sofrer dominação dos estados mais fortes sem que sofram interferência, a liberdade só será efetivamente alcançada em um ambiente institucionalizado eficaz e a ausência de dominação pode ser garantida por meio de processos que persigam os interesses concretos dos sujeitos potencialmente afetados por quaisquer decisões.

Um Estado apenas pode ser considerado representativo, no plano internacional, se dispõe de instituições que permitam ao seu povo ter razoável controle sobre suas ações, posições e decisões. Um regime internacional republicano deve evitar que Estados representativos sejam dominados – por qualquer outro ente – e deve abrir caminho para que outros Estados também sejam representativos.¹⁸⁴

Que entes têm o potencial de exercer dominação internacionalmente? Pettit (2010) identifica três grupos de entidades: outros Estados, entidades privadas com atuação além do âmbito doméstico (empresas multinacionais, movimentos terroristas, entre outros) e entidades públicas internacionais (organizações internacionais, por exemplo). Embora julgue que as organizações internacionais não sejam, atualmente, a maior fonte de dominação no plano internacional, o autor acredita que, nelas, haja um déficit democrático a ser vencido e que, caso não o seja, pode torná-las um agente de dominação.

Para solucionar o problema da dominação internacional, pode-se ter um regime constitucional sobre os Estados nacionais, porém, como já se viu, isso não está perto de ser uma alternativa concretamente viável. Outra solução seria confiar em organismos internacionais já existentes com boa representatividade, como as Nações Unidas; o problema seria garantir que a atuação desses organismos não seja arbitrária e, ao mesmo tempo, eficaz em evitar a dominação de um Estado por outro.

¹⁸⁴ “Eles serão considerados repúblicas, sejam ou não chamados com esse nome, em função de dois fatores: tanto porque seu povo está encarregado dos assuntos domésticos, em vez de uma elite ou facção, quanto porque ao seu povo é permitido manter esse controle por meio das relações mantidas com regimes similares.” [Tradução livre do original: “*They will count as republics, whether or not they embrace that title, on two counts: both because their publics are in charge on the domestic front, not some elite or faction, and because their publics are allowed to maintain such control by the relations sustained with similar regimes.*”] (PETTIT 2010, 88)

A solução mais interessante, segundo Pettit, seria prover um ambiente deliberativo interestatal no plano internacional, embora este não garanta a superação de todas as assimetrias de poder entre Estados. Esse ambiente poderia ser formado por um conjunto de agências e fóruns internacionais onde os Estados se encontrariam e discutiriam seus problemas concretos de forma racional e plena. Ele também deveria garantir uma forma de Estados mais fracos unirem-se para anular o poder dominador de Estados mais fortes.

A falta de um governo supranacional leva muitos doutrinadores a dizer que não existe um povo global e, portanto, qualquer tentativa de instituir governança nesse âmbito será frustrada. Ocorre que, à medida que instituições de democracia deliberativa garantam a participação igualitária de todos, esse povo global vai se conformando de maneira cada vez mais clara. Não há critério para se afirmar que o povo concreto e inconfundível deve vir antes das instituições.¹⁸⁵ (BOHMAN 2008)

Partindo da ideia de democracia deliberativa, Sol Picciotto (2000) infere várias oportunidades de rearranjo institucional de forma a garantir legitimidade democrática às decisões e às políticas produzidas no âmbito internacional. Percebe, por exemplo, que o fato de as organizações internacionais operarem canais descentralizados de decisão pode ser útil para a criação de um sistema de freios e contrapesos entre elas. Esses novos arranjos devem propiciar a participação dos cidadãos em processos deliberativos por meio de fóruns. Não se trata de instituir uma democracia direta, mas de reforçar o sistema representativo à luz de uma filosofia republicana de não dominação, evitando que as decisões e as políticas formuladas afastem-se do interesse público concretamente aferível e testado.¹⁸⁶

¹⁸⁵ De acordo com o autor, “um regime como esse concretizará a ausência de dominação robustamente não apenas nos Estados individuais, mas em toda a estrutura institucional que inclui, pelo menos, algumas instituições globais que desconsideram fronteiras e a qualidade de membros tais como fixados para os fins da liberdade comum. Conforme apontaram os anticolonialistas republicanos, as consequências estruturais de estender direitos apenas às comunidades políticas dentro de determinada fronteira são prejudiciais à democracia e levam, invariavelmente, a que as democracias sejam agentes de dominação” [tradução livre de: “*such a polity will realize nondomination robustly not merely in individual states, but in an overall institutional structure that includes at least some global institutions that do not regard current boundaries and memberships as fixed for the purposes of common liberty. As the anticolonial republicans have pointed out, the structural consequences of extending rights solely to bounded political communities is self-defeating for democracy and leads unavoidably to democracies becoming dominators (sic).*”] (BOHMAN 2008, 212)

¹⁸⁶ Picciotto, em verdade, não possui uma visão muito esclarecida sobre o republicanismo, compartilhando as críticas parciais de Habermas, conforme já indicado na nota de rodapé nº 87. O que se fez foi uma adaptação do seu pensamento à democracia implicada pelo neorrepublicanismo institucionalista, ambos bem coerentes.

Para a instituição de uma democracia deliberativa dessa dimensão, o autor enxerga a necessidade de existência de quatro princípios. A transparência é um princípio pouco presente no meio internacional, estando notavelmente insculpida no Tratado de Amsterdã, que estabelece a Comunidade Europeia. Ele refere-se ao poder de qualquer cidadão ter acesso aos documentos que tramitam nas organizações internacionais.

A responsabilidade (*accountability*), por sua vez, merece ser ampliada para outras formas que não por meio das urnas, na medida em que, assim como em agências reguladoras domésticas, os dirigentes não são escolhidos por meio do voto popular e têm mandato fixo. Além disso, muitas decisões não se dão somente em um órgão, mas ocorrem com a participação de vários.

Outro princípio é a responsabilidade em sentido estrito (*responsibility*), que também poderia ser denominada, sem perda ou confusão de significado, virtude cívica, no mais puro sentido humanista. Este princípio aponta para a necessidade de os agentes envolvidos nesses processos distanciarem-se de seus interesses privados que não encontrem respaldo na vontade coletiva, o que pode ser induzido pela exposição das razões de seus argumentos.

Por fim, o princípio do empoderamento (*empowerment*) procura garantir que haja uma efetiva participação no processo decisório, principalmente por grupos tradicionalmente excluídos desse tipo de processo. Todos os argumentos devem ser levados a sério pelos burocratas. A qualidade das decisões é proporcional à abertura do processo de formulação. (PICCIOTTO 2000)

Formulando sugestões um degrau abaixo, Daniel Esty (2006) apresenta o que denomina caixa de ferramentas para um direito administrativo global, isto é, um conjunto de alternativas institucionais com o objetivo de aumentar a legitimidade das políticas produzidas internacionalmente por esses organismos. Abrangem-se instrumentos de controle contra o desvio de interesse, formas sistemáticas e bem construídas de elaboração normativa, meios de participação pública e de dispersão do poder. Muitas das medidas sugeridas guardam coerência com a ideia neorrepublicana de liberdade e de autogoverno.

Para *prevenir* que as autoridades que detêm o poder decisório usufruam pessoalmente disso, o autor propõe auditorias regulares por entidades independentes para garantir a lisura dos processos de tomada de decisão. Além disso, sustenta que as autoridades devem declarar abertamente todo o contato recebido de interessados ou

lobistas e, até mesmo, recusar tais contatos se ocorrerem por meios informais, exigindo que eles sejam feitos por meio de procedimentos rigorosamente previstos.

Uma medida simples para fomentar a *boa elaboração de regras* é publicar propostas de políticas e de normas. Pô-las para revisão do público não apenas robustece as decisões, mas também reforça o papel das entidades interessadas da sociedade civil em contribuir e por em questão a matéria apresentada antes que ela se torne uma norma definitivamente aprovada. Outras formas de fomentar uma decisão mais responsável é divulgar as exatas pessoas encarregadas de decidir e exigir documentação de todo o processo e que a fundamenta.

Com o fito de atribuir *transparência* à produção normativa, é interessante que os procedimentos sejam os mais abertos e acessíveis quanto possível, com exceção de um caso ou outro em que seja justificado seu sigilo, em função da preservação da privacidade ou da segurança. Para alcançar isso, audiências públicas sempre aproximam os encarregados de decidir de um interesse publicamente aferido, seja isso para políticas em elaboração, seja para já elaboradas, funcionando, então, como pontos de checagem. É, também, relevante dispor de um lugar sempre acessível em que as opiniões possam ser registradas e onde elas fiquem acessíveis a outrem, permitindo um diálogo remoto entre o próprio público interessado. Para que as contribuições sejam suficientemente informadas, é importante que haja um esforço do órgão em apresentar os dados e os elementos úteis à formação de posição da forma mais objetiva e clara possível.

Por fim, Esty (2006) propõe mecanismos que *dispersem a autoridade e o poder decisório* vertical e horizontalmente, seguindo uma antiga máxima republicana, conforme longamente discutido no capítulo anterior desta dissertação. Autoridades que se sobrepõem no processo decisório podem fazer com que o resultado seja mais bem discutido e trabalhado internamente. Mecanismos periódicos de revisão das políticas emitidas também colaboram. O autor ainda propõe meios pelos quais a autoridade decisória em nível global possa abrir mão de decidir, passando esse poder para as autoridades nacionais em assuntos pouco pacíficos, ou pelos quais estas retirem o poder decisório daquela.

2.2.4. A indispensabilidade do direito administrativo doméstico

O maior problema de uma formulação institucional como essa no plano global é: o que, afinal, em nível internacional, substituirá o porrete (*big stick*) de uma autoridade

legislativa estatal? (SCHEUERMAN 2002) A multiplicidade das fontes do direito global e a ausência de uma autoridade unívoca ameaçam as bases do direito doméstico e atingem também o direito administrativo, à medida que tensionam a legalidade e a separação dos poderes:

Pela legalidade, diz-se, a Administração sujeita-se ao Parlamento; logo, à vontade popular. À medida que a lei vai perdendo seu posto de fonte primordial do direito administrativo, em favor das diretivas e de outras normas de origem externa, à medida que o Legislativo cede passo a órgãos internacionais (despidos de legitimidade popular), fragilizam-se as delicadas teias que sustentavam o direito administrativo: por um lado, a relação Legislativo/Administração, por outro, a relação lei/ato administrativo, justamente as que fazem do administrativo um direito subordinado. (SUNDFELD 1999, 166)

Para Sundfeld, porém, o direito administrativo não perde, afinal, suas bases, pois as medidas importadas continuarão se submetendo ao direito interno, não importando que não se trate de lei aprovada pelo Legislativo nacional. Fazendo um uso intuitivo da ideia de liberdade como ausência de dominação, porém sem elaborá-la completa e profundamente, argumenta que o Estado de direito pode abrir mão do Legislativo, se for preservada a restrição ao exercício arbitrário do poder pela Administração. A lei faz esse papel, mas outra instituição pode assumi-lo em seu lugar. Os Estados ainda detêm boa parte das rédeas sobre o seu próprio direito. Por isso, Eberhard Schmidt-Aßmann julga que “(...) essa internacionalização deveria ser vista com normalidade pelo Estado (...) e não como um desenvolvimento radical imiscuindo-se e usurpando o seu domínio”¹⁸⁷ (2008, 2068).

Os tratados internacionais e a legislatura nacional, portanto, ainda têm um papel relevante a desempenhar em relação a esse direito administrativo externo. São os tratados que conformam a autoridade para expedir normas secundárias e concedem-lhe a organismos. Isso significa que deve haver uma teorização da possibilidade de contestar normas que excedam os limites previamente estabelecidos, embora seja reconhecido que os tratados sejam, com frequência, suficientemente genéricos para albergar o maior número de casos relevantes vislumbrados. Igualmente, é a legislação nacional que faz a conexão institucional do direito internacional – seja primário, seja secundário – com o direito nacional, sob o manto da constituição.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Tradução livre de: “*such internationalization should be considered normality for a constitutional state (...) and should not be viewed as a radical development intruding into and usurping the state’s domain.*”

¹⁸⁸ De acordo com Celso Fernandes Campilongo (1999), a teoria do direito tem-se abalado com a globalização. A multiplicidade e a complexidade de relações jurídicas no plano global são tamanhas que muitos juristas têm procurado substituir o padrão piramidal de Kelsen, que identificava o direito

É nesse sentido que é ilegítimo a legislação nacional desresponsabilizar-se de acoplar elementos democráticos nesse trânsito. Em outras palavras, é melhor confiar em procedimentos e mecanismos nacionais para se obter alguma legitimidade democrática dessas decisões do que confiar plenamente em ONGs que atuam internacionalmente junto aos organismos internacionais. O ambiente normativo nacional deve lidar com o fato de que os organismos internacionais vêm, mais e mais, exercendo atividades tipicamente administrativas com efeitos externos que, não raro, interferem em políticas nacionais e pressionam o país para alterar ordenamentos internos. (AßMANN 2008)

Não é possível dizer que os Estados têm total domínio sobre as decisões das OIs em que participam, tampouco é correto pensar que não possuem qualquer controle sobre elas. Os comitês das OIs em que delegados nacionais têm participação carregam o importante papel de veicular as posições dos Estados e manter sob controle os processos de formulação de políticas e decisões.

O direito administrativo global depende do direito administrativo doméstico: “(...) os processos decisórios iniciam em nível global, com um exame preliminar ou uma decisão, e terminam em nível nacional, com uma decisão ou com a execução da decisão previamente tomada em âmbito global”¹⁸⁹ (CASSESE 2005, 682). É comum o papel regulador em nível global condicionar as opções disponíveis domesticamente. No plano da execução das medidas, entretanto, o Estado nacional retém, na maior parte das vezes, autonomia. Cassese delinea a delicadeza com que essa relação ocorre:

Esse tipo de decisão conjunta deixa os sistemas legais nacionais porosos. Ele os desagrega, minando o paradigma do Estado unitário, quando, por exemplo, é o sistema regulatório global que designa o órgão nacional competente com quem estabelecerá relações diretas. Ele penetra nos sistemas nacionais, que, então, perdem sua impermeabilidade ou exclusividade e são chamados a cooperar com a instância superior. Ele dá a volta nos Estados, na medida em que se destina aos cidadãos, às organizações e às empresas nacionais, alvos diretos das decisões globais. Por fim, ele fomenta a abertura lateral dos

com o Estado, por uma matriz em forma de teia de aranha, associando-se à ideia de pluralismo jurídico. Para o autor, essa mudança de perspectiva é indevida, porque o direito estatal, piramidal, não somente retém sua utilidade no novo momento, mas é um instrumento que merece ser fortalecido tanto para garantir a estabilização das expectativas no plano nacional, em face do lusco-fusco legal que os documentos oficiais internacionais representam, quanto para a própria preservação da democracia. A respeito do risco de se perder a democracia construída institucionalmente no âmbito nacional, Campilongo afirma, em linguagem luhmanniana, que “(...) a globalização pode ser portadora de uma contratendência evolutiva na diferenciação funcional entre política e direito. Nos Estados em que essa diferenciação é apenas parcial, com o predomínio do sistema político, a globalização bloqueia a diferenciação” (1999, 91).

¹⁸⁹ Tradução livre de: “(...) *decisionmaking processes begin at the global level, either with preliminary examination or a decision, and they conclude at the national level, either with decision or with the implementation of the global decision.*”

sistemas nacionais, que se tornam aptos a comunicar um com o outro mediante acordos equivalentes.¹⁹⁰ (CASSESE 2005, 683-4)

A separação entre direito internacional e direito doméstico torna-se cada vez menos clara, parecendo mais um gradiente contínuo. Em todo o caso, o direito administrativo global deve garantir, por um lado, o direito de participação do cidadão nos processos de tomada de decisões conjuntas e, por outro, o direito de se defender judicialmente das obrigações que lhe são impostas por essas decisões. A ausência de um quadro constitucional no âmbito global esvazia esses direitos, porquanto os retira do manto estatal, que os conseguiria garantir, e joga-os no vazio jurídico global. (CASSESE 2005) Uma possível saída para isso, que será posta em discussão no próximo capítulo, seria ter um amplo processo participativo interno para a formação da posição a ser adotada pelo país no plano global.

2.3. A governança setorial global

2.3.1. A aviação civil internacional

Pouco tempo depois de Santos Dumont exibir-se em voos autopropulsados em Paris e de o avião alcançar relativo conhecimento no mundo, diversos países iniciaram a regulamentar a atividade e não tardaram a coordenar-se internacionalmente em diversos níveis e com diferentes interesses.¹⁹¹ No entanto, foram as duas guerras mundiais, ocorridas na primeira metade do século XX, os eventos cruciais para o surgimento e o desenvolvimento do direito aeronáutico internacional.

A primeira teoria a respeito do espaço aéreo, não positivada, identificava-o como primariamente livre e apenas sujeito aos direitos dos Estados que buscassem sua autopreservação. Uma segunda enxergava a soberania estatal à extensão de seu território e mar territorial, até certa altura. Uma terceira teoria, similar à segunda, diferia desta apenas por não considerar a existência de qualquer limite vertical na extensão da

¹⁹⁰ Tradução livre do original: “*Joint decisionmaking renders national legal systems porous. It disaggregates them, undermining the paradigm of the state as a unity, as when, for instance, it is the global regulatory system that designates the competent national office to maintain direct relations with it. It penetrates into the national systems, which thus lose their impermeability or exclusivity and are required to cooperate with the higher level. It by-passes the States, insofar as it directly addresses national citizens, organizations and corporations, which become the targets of global decisions. Finally, it fosters the lateral opening of national systems, which become able to communicate with each other by means of equivalence agreements.*”

¹⁹¹ José Bogolasky (1978) cita, por exemplo, uma conferência aeronáutica internacional ocorrida em Santiago no ano de 1916, patrocinada pelo Aeroclub de Chile.

soberania. Uma quarta ainda acrescentava a esta um dever de servidão para a passagem de aeronaves não militares. Com a Primeira Guerra Mundial e a explicitação dos riscos trazidos pelo sobrevoo de aviões estrangeiros no território nacional, adotou-se costumeiramente a terceira teoria. Ao longo do tempo, acordos bilaterais vieram a mitigar esse princípio.

A aviação provou seu potencial militar pela primeira vez na Primeira Guerra Mundial. Esta também foi responsável por tornar os aviões meios de transporte técnica e economicamente acessíveis. No âmbito das negociações de paz, em 1919, foi assinada a Convenção de Paris para a Regulação da Navegação Aérea. Ela previa a instalação da Comissão Internacional para Navegação Aérea (CINA)¹⁹² e operou até o surgimento da Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), que lhe herdou os fundos e o Secretário-Geral. Na medida em que a CINA apenas atuava no âmbito do direito público, a Comissão, em sua sessão de 1925, instituiu o Congresso Internacional de Direito Privado do Ar (CIDPA) para que os Estados uniformizassem seu direito aeronáutico privado. Esta, por sua vez, formou a Comissão Técnica Internacional de Juristas Especialistas em Direito do Ar (CTIJEDA), que atuou minutando uma série de tratados e convenções entre 1925 e 1938.¹⁹³ (SASSELLA 1971)

Após a Segunda Guerra Mundial, foi assinada a Convenção de Chicago, que estabeleceu princípios comuns entre os países, reconheceu formalmente a soberania dos países em relação ao seu espaço aéreo e instituiu a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI). A Convenção de Chicago foi o resultado de uma convocação dos Estados Unidos a 54 nações aliadas – 2 não compareceram – após a Segunda Guerra Mundial. O principal objetivo era instituir uma organização que tivesse o poder de estabelecer padrões de segurança operacional (*safety*) para a navegação aérea mundial.

Não é, portanto, por acaso que uma das principais preocupações da regulação internacional da aviação civil, desde o início, tenha sido a segurança, o que não mudou durante o longo período da Guerra Fria. O primeiro encontro da Assembleia depois dos atentados de 11 de setembro de 2001 trouxe, definitivamente, o tema da segurança contra atos de interferência ilícita (*security*) para o primeiro plano das preocupações da Organização. Nunca antes aviões tinham sido usados como armas de destruição em massa. A Assembleia determinou que o Conselho elaborasse, nesse sentido, um plano

¹⁹² Em inglês, *International Commission for Air Navigation (ICAN)*.

¹⁹³ Ambos os órgãos também viriam a ter suas funções absorvidas pela Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) e deixaram de existir mais ou menos implicitamente

de ação. Além de recomendações dirigidas à segurança da aeronave e ao papel da tripulação, instituiu-se um programa de auditoria que ajudasse tecnicamente países que necessitassem, embora a Organização disponha de recursos financeiros limitados. (STIMPSON 2002)

Contudo, podem-se considerar os conflitos internacionais como pautas episódicas na OACI. Nesse longo período, a aviação deixou de ser, sobretudo, um instrumento de guerra para transformar-se, em essência, em elemento de trocas econômicas entre os países. (MILDE 1996) O transporte aéreo cresceu rapidamente no mundo. Em 1960, por exemplo, o número de passageiros transportados pelo ar representava o dobro do número de passageiros transportados por meio marítimo. (SASSELLA 1971)

A Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) – ou *International Civil Aviation Organization* (ICAO) – foi criada em 7 de dezembro de 1944 pela Convenção de Chicago, assinada por 52 países, tendo sido efetivamente instituída em 4 de abril de 1947, após a 26ª ratificação.¹⁹⁴ Na fundação dessa iniciativa de cooperação internacional, estava a preocupação com o fato de a aviação poder ser usada uma ameaça à segurança de todos. A ideia, portanto, consistia em aproximar os países, para garantir relações amistosas no âmbito da aviação civil.¹⁹⁵

Assim como na navegação marítima, em que o alto mar é o âmbito em que não há soberania de qualquer Estado, a soberania estatal restringe-se à projeção vertical de seu território e de seu mar territorial, com exceção do espaço extra-atmosférico. Toda aeronave, por sua vez, deve ter uma nacionalidade singular.¹⁹⁶ O sobrevoo de espaço aéreo alheio sem a devida autorização implica, por dedução, infringência da soberania estatal. Em razão de alguns casos em que foram desnecessariamente levados à morte centenas de civis pelo abatimento de aeronaves em espaços aéreos estrangeiros, emendou-se a Convenção de Chicago em 1984, incluindo-se o art. 3º *bis*, para restringir o uso da força em casos como esses.

Além da liberdade de sobrevoar o próprio território, a Convenção de Chicago traz o reconhecimento mútuo de outras quatro liberdades, compondo o chamado sistema

¹⁹⁴ De acordo com o sítio eletrônico da OACI, a Organização tão logo se instituiu, tornou-se uma agência especializada vinculada ao Ecosoc. (Organização de Aviação Civil Internacional 2010)

¹⁹⁵ A Convenção de Chicago não se trata da primeira ordenação internacional da aviação civil. O tema já havia sido abordado antes, na Convenção de Paris, de 1919, na Convenção de Havana, de 1928, e na Convenção de Varsóvia, de 1929 – esta vige até hoje. (REZEK 2005, 327)

¹⁹⁶ A ideia de que toda aeronave deve ter uma nacionalidade específica é distinta do que ocorre na navegação marítima, em que há embarcações com mais de uma nacionalidade, e era um princípio já consolidado antes da Segunda Guerra Mundial. (SASSELLA 1971)

das cinco liberdades. São elas a de realizar uma escala técnica quando necessário o pouso forçado, a de desembarcar cargas e passageiros provenientes do Estado nacional da aeronave, a de embarcar passageiros nas mesmas circunstâncias e, a mais ampla, a de embarcar e desembarcar passageiros e cargas oriundos e destinados de qualquer país signatário da Convenção.¹⁹⁷

O órgão máximo da OACI é a Assembleia, que, por disposição estatutária, deve reunir-se, pelo menos, uma vez a cada três anos, conforme convocação do Conselho.¹⁹⁸ Todo Estado signatário tem direito a ter um representante com direito a um voto na Assembleia, que decide por maioria simples. Ela tem a competência de aprovar emendas à Convenção.

A grande preocupação dos elaboradores da Convenção de Chicago foi, precisamente, como instituir uma harmonização internacional, em alguma medida, vinculativa, sem ferir o procedimento constitucional de internalização de normas e tratados internacionais dos Estados signatários, mas também sem precisar submeter-se ao longo processo de ratificação típico dos tratados internacionais. A saída foi fazer isso de forma razoavelmente leve, por meio do art. 37 da Convenção. (COOPER 1965)

O art. 37 da Convenção estabelece que todos os Estados signatários devem uniformizar, no mais elevado padrão, normas e procedimentos que facilitem a navegação aérea. Nesse sentido, a OACI tem expressa autorização para instituir e emendar normas e padrões em relação à comunicação aérea, aos aeródromos, ao controle de tráfego aéreo, ao licenciamento das equipes de operação e manutenção, à

¹⁹⁷ A OACI ainda indica a existência de quatro outras liberdades, estas além da Convenção de Chicago, reconhecidas em acordos bilaterais, totalizando nove: “o direito ou privilégio de transportar passageiros e carga, através do território do Estado de nacionalidade da aeronave, entre o território de dois outros Estados” (“*the right or privilege, in respect of scheduled international air services, of transporting, via the home State of the carrier, traffic moving between two other States*”), “o direito ou privilégio de transporte entre o território do outro Estado contratante e o território de terceiro Estado, sem continuar o serviço aéreo para o território do Estado de nacionalidade da aeronave” (“*the right or privilege, in respect of scheduled international air services, granted by one State to another State, of transporting traffic between the territory of the granting State and any third State with no requirement to include on such operation any point in the territory of the recipient State, i.e the service need not connect to or be an extension of any service to/from the home State of the carrier*”), “o direito ou privilégio de cabotagem em voos destinados ou provenientes do Estado de nacionalidade da aeronave (“*the right or privilege, in respect of scheduled international air services, of transporting cabotage traffic between two points in the territory of the granting State on a service which originates or terminates in the home country of the foreign carrier or (in connection with the so-called Seventh Freedom of the Air) outside the territory of the granting State*”) e o direito ou privilégio de cabotagem pura (“*the right or privilege of transporting cabotage traffic of the granting State on a service performed entirely within the territory of the granting State*”). (Organização de Aviação Civil Internacional 2004)

¹⁹⁸ A previsão de reuniões trienais consiste em uma alteração da previsão original da Convenção, que era anual, conforme se tratará em seguida.

navegabilidade, ao registro das aeronaves, ao compartilhamento de informações meteorológicas, aos livros de bordo, às cartas aeronáuticas, à aduana e imigração, bem como às aeronaves envolvidas em acidentes.¹⁹⁹

De acordo com Sassella (1971), as funções legislativas da OACI dividem-se em quase legislativas e pré-legislativas. As primeiras consistem na criação de normas técnicas, enquanto as segundas referem-se à minuta de convenções e tratados multilaterais. Na leitura do autor, estas têm o potencial de vincular os Estados, enquanto aquelas não possuem esse poder.²⁰⁰

Lia-se comumente o art. 37, na década de 1960, de forma a não considerar as normas técnicas vinculantes, embora anexas à Convenção. A Convenção não poderia explicitar que se tratava de uma delegação de poder, porque a própria natureza jurídica da OACI no plano internacional não estava resolvida²⁰¹ e porque muitos Estados não aceitariam submeter-se às normas produzidas por uma organização internacional. A saída criativa encontrada pela Convenção, portanto, diz, em vários sentidos, que as normas produzidas são vinculantes – são normas, afinal –, mas abre espaços para os Estados não as cumprirem. (COOPER 1965)

Qualquer Estado signatário que não cumpra ou resolva não cumprir alguma orientação normativa da OACI deve notificá-la das diferenças para com a regulamentação que adota. Se determinado Estado não notifica a Organização a respeito do não cumprimento de algum padrão, presume-se que o está cumprindo. Todavia, não é isso que ocorre. Em muitos casos, um Estado não segue o padrão estabelecido pela OACI nem a notifica disso. Não existem mecanismos pré-desenhados para se forçar algum país-membro a cumprir as normas publicadas.

Em função disso, Milde (1996) vê com bastante ceticismo as possibilidades de impor uma coordenação econômica internacional detidas pela Organização.²⁰² Deixando

¹⁹⁹ O arrolamento do art. 37 não é taxativo, estendendo a competência da OACI a “(...) todos os outros assuntos relacionados com a segurança, regularidade e eficiência de navegação aérea” [tradução livre de: “(...) *de tout autre sujet intéressant la sécurité, la régularité et l’efficacité de la navigation aérienne*”].

²⁰⁰ Sassella (1971) tem essa leitura não porque acredita que os anexos técnicos não sejam vinculantes, mas em função da previsão constante do art. 38 da Convenção, que permite aos Estados contratantes não os cumprirem se os considerarem impraticáveis, mediante a respectiva notificação.

²⁰¹ Isso apenas ocorreu em 1949, com o caso da reparação de danos sofridos a serviço das Nações Unidas. Neste caso, o Tribunal Internacional de Justiça reconheceu as Nações Unidas como sujeito de direito no plano internacional, permitindo-lhe a existência de pretensões jurídicas em relação a Estados. Para uma discussão mais profunda desse tema, v. AMERASINGHE (2005, 66-104).

²⁰² Milde dispara que “qualquer conquista emérita da OACI nos últimos 50 anos na normatização técnica não devem provar-se estarem mais em prática do que o provérbio ‘A roupa nova do rei’, com os políticos na Organização alegando, ou mesmo acreditando, enxergar algo que não existe” [tradução

o ceticismo de lado, porém, o autor reconhece que a unificação do direito aeronáutico internacional relacionado à *security*, ilustrada pelos diversos tratados assinados, tem sido um sucesso. Ainda segundo o autor, a OACI não tem sido capaz de formular parâmetros para uma regulação econômica global eficaz. Por outro lado, seu papel no desenvolvimento de requisitos técnicos comuns, consistentes nas normas e nos métodos recomendados anexadas à Convenção, é vital e tem sido bem desempenhado.²⁰³

Para ajudar a efetivar o cumprimento das normas e métodos recomendados (*standards and recommended practices* – SARPs), a OACI criou o Plano de Ação Estratégica (*Strategic Action Plan* – SAP), para cuja compreensão, segundo Abeyratne, “é necessário despistar o mito de que a soberania do Estado garante-lhe o direito absoluto de recusar-se a seguir suas obrigações internacionais encrustadas nos princípios do direito internacional” (1998, 121). O autor atribui às SARPs um caráter duplo: representam um limite máximo à imposição de padrões pelos Estados (caráter negativo) e indicam um caminho a ser seguido pelos Estados contratantes (caráter positivo).

A competência para aprovar as SARPs é atribuída ao Conselho. O Conselho é composto por 36 Estados e opera suas votações como a Assembleia, permitindo que outros Estados, além dos 36, participem sem direito a voto. Ele tem a competência, entre outras, de adotar e recomendar normas e padrões, designando-os como anexos à Convenção.²⁰⁴⁻²⁰⁵

livre de: “*any proud achievement of ICAO in the past 50 years in technical law-making may thus prove to be in practice no more than the proverbial ‘Emperor’s clothes’, with the politicians in ICAO claiming to see or even believing they see something which is non-existent*”, recomendando que a Organização procure recuperar esse déficit por meio da condução de “uma auditoria internacional sobre a execução das normas de segurança operacional e da introdução de uma política de plena transparência na auditoria, para o bem de todos” [tradução livre de: “*(...) an international audit on the implementation of air navigation safety standards and introduce a full transparency policy into the audit for the common good*”]. (MILDE 1996, 65) Stimpson (2002) constata que essas medidas vieram, de fato, a ser adotadas pela OACI, na medida em que tem sido prática comum a realização de auditorias nos países contratantes para verificar o cumprimento das disposições dos anexos técnicos.

²⁰³ Edward Stimpson (2002) concorda que a OACI tem sido bastante eficaz na adoção internacional de suas normas e métodos recomendados.

²⁰⁴ De acordo com o art. 90 da Convenção, “a adoção pelo Conselho dos Anexos descritos no artigo 54, alínea 1^a, necessitará dois terços de votos do Conselho em reunião convocada com tal finalidade e será em seguida, submetida pelo Conselho a cada Estado contratante. Qualquer anexo ou emenda de um anexo, tornar-se-á efetiva dentro de três meses, contados a partir da data em que forem, submetidos à apreciação dos Estados contratantes, ou findo um período mais extenso que o Conselho possa adotar, salvo se neste ínterim, uma maioria dos estados contratantes se manifestar sua desaprovação do Conselho” [versão vernácula de: “*l’adoption par le Conseil des Annexes visées à l’alinéa 1) de l’article 54 requiert les voix des deux tiers du Conseil lors d’une réunion convoquée à cette fin et lesdites Annexes sont ensuite soumises par le Conseil à chaque État contractant. Toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux États contractants ou à la fin d’une période plus longue fixée par le Conseil, à*”

O Conselho pode, também, criar comissões técnicas e regionais e deve fiscalizar o cumprimento da Convenção. Ele recebe a assessoria técnica da Comissão de Navegação Aérea, que recomenda ao Conselho a instituição de anexos à Convenção. Se o Conselho considerar que algum país não tem seus aeroportos com padrões de segurança e operação adequados, recomendará soluções para que ocorra a adequação, permitindo-se, eventualmente, a utilização de recursos financeiros da própria OACI.

A maior função regulatória da OACI é, de fato, a elaboração dos anexos técnicos à Convenção, competência atribuída ao Conselho. O Conselho também foi dotado de competência praticamente judicial, porquanto tem o papel de resolver divergências interpretativas entre os Estados-membros sobre a Convenção e sobre as normas técnicas. Ele é, por essas e outras, o órgão mais poderoso da OACI, embora a Assembleia seja o mais alto de todos.²⁰⁶ (SASSELLA 1971) O art. 50 da Convenção dispõe a respeito da composição do Conselho:

Ao eleger os membros do Conselho, a Assembleia deve garantir adequada representação: 1) aos Estados de maior importância para o transporte aéreo; 2) aos Estados, não incluídos por outro motivo, que contribuam sobremaneira com as providências relacionadas às facilidades para a navegação aérea internacional; e 3) aos Estados, não incluídos por outro motivo, cuja designação garantirá que as maiores áreas geográficas do mundo estejam representadas no Conselho.²⁰⁷

George Coddington Jr. (1965) destaca que, para evitar rugas com os Estados contratantes na aceitação do papel do Conselho, criou-se um procedimento complexo de consultas e pareceres para a formulação da norma.²⁰⁸ O procedimento para formulação

moins qu'entre-temps la majorité des États contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil”]. Os anexos à Convenção distinguem-se das emendas, que são tratadas no art. 94.

²⁰⁵ O fato de o poder de emitir normas residir no Conselho e não em um órgão pleno representa, segundo George Coddington Jr. (1965), uma “variação interessante”. Um anexo técnico é adotado quando aprovado por dois terços dos membros do Conselho em reunião convocada especialmente para isso; torna-se efetivo três meses depois de aprovado, exceto se a maioria dos Estados contratantes desaprovar a decisão.

²⁰⁶ De acordo com Michael Sassella (1971), o Conselho da OACI destoa dos Conselhos de outros órgãos: “Parece que o Presidente do Conselho da OACI tem mais poderes que seus correspondentes em outras agências especializadas e, até mesmo, – diz-se – que o próprio Secretário-Geral da OACI” [tradução livre de: “*It would seem that the Council President of ICAO has more power than his counter-powerful in other specialized agencies, and he is also said to be more powerful than the ICAO Secretary General*”].

²⁰⁷ Versão vernácula de: “*En élisant les membres du Conseil, l'Assemblée donne une représentation adéquate: 1) aux États d'importance majeure dans le transport aérien; 2) aux États, non inclus à un autre titre, qui contribuent le plus à fournir des installations et services pour la navigation aérienne civile internationale; 3) aux États, non inclus à un autre titre, dont la désignation assure la représentation au Conseil de toutes les grandes régions géographiques du monde.*”

²⁰⁸ O autor retrata o procedimento utilizado, por exemplo, na elaboração do Anexo 1 à Convenção: “Esse processo inicia com a preparação de uma minuta trabalhada pelos especialistas no próprio Secretariado da OACI. Ele é transmitido à Comissão de Navegação Aérea, um corpo de doze especialistas na teoria e na prática da aeronáutica escolhidos pelo Conselho, para exame. Se a minuta é aprovada por esse corpo, uma reunião da Divisão Técnica é convocada. Uma reunião da

das SARPs é, hoje, regulamentado pela Resolução A36-13, de 2007. Nessa Resolução, há uma previsão genérica de que, no processo de validação dessas normas, a OACI deve utilizar, da melhor maneira possível, o trabalho de outras organizações de padronização reconhecidas. Há a previsão específica no sentido de que todo Estado contratante deve ser consultado antes de um anexo técnico ser adotado, tendo um prazo de três meses para manifestar-se.

Não há qualquer menção específica a um processo mais amplo de participação da sociedade civil. As poucas menções, em outras resoluções da Assembleia, à possibilidade de participação de entes não estatais restringem-se, via de regra, à indústria e a outras organizações internacionais. Embora a sociedade civil organizada não tenha canais nem experiência evidenciada de participação na elaboração normativa, organizações da indústria têm forte presença na OACI – mais de 50 atuam como observadoras em muitas reuniões, frequentemente participando ativamente de comitês. (STIMPSON 2002)

Um desafio existente para a OACI é conseguir maior participação dos Estados no processo de formulação das SARPs, o que fortaleceria e legitimaria o papel regulatório da Organização, que já vem sendo ameaçado pela proeminência de outros órgãos, de abrangência regional.²⁰⁹ A própria OMC tem presença significativa nas trocas comerciais do setor a partir da inclusão do anexo sobre serviços de transporte aéreo no GATS. A necessidade de maior participação na regulação internacional da

Divisão Técnica da OACI é, em verdade, uma conferência aberta a especialistas técnicos de qualquer Estado-membro que queira participar e a observadores de organizações internacionais e de Estados não membros convidados pelo Conselho. Todas as observações e sugestões da reunião da Divisão Técnica são encaminhadas à Comissão de Navegação Aérea. Essa Comissão, então, tem o papel de minutar a versão final das normas e dos métodos recomendados, que é submetida ao Conselho para adoção.” [Tradução livre do original: “*This process begins with the preparation of a working draft by specialists within ICAO’s own secretariat. It is transmitted to the Air Navigation Commission, a body of twelve experts in the science and practice of aeronautics chosen by the Council, for examination. If the draft is approved by this body, a Technical Division meeting is called. An ICAO Technical Division meeting is actually a conference open to the technical experts of any Member State which cares to participate and to observers from international organizations and non-member states invited by the Council. All observations and suggestions from the Technical Division meeting are forwarded to the Air Navigation Commission. The commission then has the task of drafting the final version of the international standards and recommended procedures, which is submitted to the Council for its adoption.*”] (CODDING JR. 1965, 150)

²⁰⁹ Entre os órgãos de natureza regional, pode-se destacar a Comissão Latino-americana de Aviação Civil (CLAC), surgida em 1973, a partir da Segunda Conferência de Autoridades Aeronáuticas da América Latina. Seu Estatuto foi promulgado no País por meio do Decreto nº 77.076, de 23 de janeiro de 1976. A CLAC foi estabelecida apenas como um órgão consultivo, cujas recomendações sujeitam-se à aprovação de cada membro em sua individualidade. Desde o início, porém, ela se manteve sintonizada à regulamentação emanada da OACI, o que foi importante para que a América Latina tivesse uma presença mais influente nesse órgão. (BOGOLASKY 1978)

aviação civil já estava bem retratada na obra de Henri Wassenbergh, escrita em 1970 e aqui resumizada por Abeyratne:

A proposta de Wassenbergh impõe aos Estados uma responsabilidade internacional inafastável diante de seus cidadãos, exigindo que os Estados alinhem suas políticas locais para que estejam consoantes à política internacional, garantindo, assim, aos cidadãos certa participação no processo de formulação normativa internacional.²¹⁰ (1998, 140)

Existe uma dissonância no fato de que os Estados consideram não vinculativos os anexos técnicos à Convenção de Chicago, ao passo que muitos desses documentos utilizam um vocabulário que retrata um comando vinculativo para com os Estados. De fato, um número considerável de Estados membros da OACI não participam da atividade de formulação das SARPs nem as adotam internamente. A resposta para esse problema talvez esteja no fato de que o “clube” responsável por elaborar tais normas carece de representatividade e, portanto, de legitimidade. O argumento juridicamente coerente utilizado por Abeyratne para legitimar esse papel do Conselho não é convincente no plano político (grifo ausente no original): “Os anexos são adotados pelo Conselho, que é apontado pela Assembleia da OACI, o órgão que governa a Organização. Assim, os anexos emanam da mais alta autoridade da OACI.”²¹¹ (ABEYRATNE 1998, 141)

Afora isso, concorda-se com o autor quando ele atribui natureza legislativa aos anexos técnicos a partir da interpretação da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça. Segundo ele, do princípio insculpido no Tratado da OACI de que os Estados devem harmonizar-se internacionalmente derivam obrigações costumeiras, as quais se tornam *jus cogens*. Os Estados, assim, têm o dever para com o mundo de aderir a esse princípio. “Está claro que, ao adotar os anexos e ao incluí-los SARP, a Assembleia da OACI garante que o Conselho segue uma prática costumeira do direito internacional que atribui às SARP a eficácia de princípios legais.” (ABEYRATNE 1998, 145) De fato, a Resolução nº A1-31 da OACI, já definia o termo Padrão (*Standard*) com um caráter vinculativo, diferentemente da sua definição de Prática Recomendada (*Recommended Practice*). Embora a Resolução tenha sido revogada, as definições

²¹⁰ Tradução livre do original: “Wassenbergh’s proposal imputes to States an ineluctable international responsibility towards their citizens, requiring States to align their local policies to be in consonance with international policy, thereby assuring citizens a certain participation in the international law making process.”

²¹¹ Tradução livre de: “Annexes are adopted by the Council which is appointed by the ICAO Assembly, the governing body of ICAO. As such, the Annexes emanate from the highest authority in ICAO.”

permaneceram insertas na Resolução nº A36-13.²¹² Complementando esses argumentos com citações de diversos autores, Abeyratne conclui que, sim, as SARPs possuem natureza legislativa – isto é, de norma de conduta obrigatória – e o Conselho da OACI tem poder de legislar. José Alvarez também não se ilude:

As SARPs da OACI abarcam um sem-número de assuntos, de controle de passaportes às características das aeronaves modernas. Como muitos produtos jurídicos de OI, a eficácia das SARPs não é evidente se elas forem enxergadas a partir de sua natureza não vinculativa. Com efeito, a constituição da OACI não indica que as SARPs são vinculativas e apenas sugere que os membros avisem a organização quando decidirem não lhes aderir. Entretanto, por várias razões – da incorporação forma ao direito nacional aos ditames da indústria da aviação comercial – essas SARPs são efetivamente vinculativas e devem-no ser mais do que muitos tratados vinculativos. Alguém provavelmente descobrirá que não tem permissão para pousar em um aeroporto internacional a não ser que sua aeronave ou seu piloto esteja de acordo com as SARPs relevantes.²¹³ (ALVAREZ 2008, 604)

A Assembleia da OACI, embora considerada o órgão mais alto por reunir a totalidade dos países contratantes, não é o mais poderoso.²¹⁴ Muitas das competências mais importantes – legislativas e judicativas – residem no Conselho, órgão de composição mais restrita e pouco sujeito ao controle da Assembleia. Isso resulta no fato de que a maior parte dos Estados (157, o que corresponde a 82,6% dos países membros da Organização) não tem a mesma oportunidade de contribuir e de participar na

²¹² “a) **Norma** – qualquer especificação de características físicas, configuração, material, desempenho, pessoal ou procedimento, cuja aplicação uniforme seja reconhecida como necessária para a segurança ou regularidade da navegação aérea internacional e à qual os Estados convenientes conformar-se-ão de acordo com a Convenção; b) **Método Recomendado** – qualquer especificação de características físicas, configuração, material, desempenho, pessoal ou procedimento, cuja aplicação uniforme seja reconhecida como desejável no interesse da segurança, da regularidade ou da eficiência da navegação aérea internacional e à qual os Estados convenientes empenhar-se-ão para conformar-se de acordo com a Convenção.” [Tradução livre de: “a) **Standard** — any specification for physical characteristics, configuration, material, performance, personnel or procedure, the uniform application of which is recognized as necessary for the safety or regularity of international air navigation and to which Contracting States will conform in accordance with the Convention; in the event of impossibility of compliance, notification to the Council is compulsory under Article 38 of the Convention; b) **Recommended Practice** — any specification for physical characteristics, configuration, material, performance, personnel or procedure, the uniform application of which is recognized as desirable in the interest of safety, regularity or efficiency of international air navigation and to which Contracting States will endeavour to conform in accordance with the Convention”.]

²¹³ Tradução livre do original: “ICAO’s SARPs cover a number of matters from passport control to the safety features of modern aircraft. Like many IO legal products, the efficacy of SARPs is not evident from their finally non-binding nature. Indeed, ICAO’s constitution does not indicate that SARPs are binding and only suggests that members ought to warn the organization when they choose not to abide by them. Yet for a number of reasons – from formal incorporation into national law to the dictates of the commercial aviation industry – these SARPs are effectively binding and may be more so than many a binding treaty. You may find that you are not permitted to land at an international airport unless your aircraft or your pilot complies with the relevant SARPs.”

²¹⁴ O reconhecimento da supremacia da Assembleia é muito mais doutrinário do que propriamente uma disposição explícita na Convenção de Chicago. De fato, não há, material ou formalmente, qualquer confirmação disso na Convenção.

elaboração das SARPs. Trata-se de um arranjo que contradita as ideias mais básicas da tradição do pensamento republicano, que esteve na gênese do Estado moderno e do próprio direito internacional. O *popolo* assiste à aristocracia governar, sem maiores meios de participar do governo.²¹⁵ (FOSSUNGU 1998)

A propósito, dos atuais Estados-membros da OACI, que somam 190, 72,6% não tiveram a oportunidade de discutir o texto da Convenção originalmente. Desde a sua aprovação, as disposições constitucionais da OACI pouco mudaram. Uma das mudanças, a propósito, reduziu ainda mais o poder de a Assembleia influenciar a condução dos trabalhos da Organização, ao alargar o prazo entre as reuniões, antes anual, para trienal. De acordo com Michael Milde (1996), houve, nas últimas décadas, uma estagnação nos trabalhos da Organização que implicou a interrupção da evolução do marco legal internacional da aviação civil. Um dos elementos que contribuiu para isso, segundo o autor, foi o fato de a OACI ter sido presidida por apenas três pessoas diferentes desde que foi criada até 1996.²¹⁶

De fato, presidiram a Organização, até hoje, o americano Edward Warner (1947-57), o argentino Walter Binaghi (1957-76), o libanês Assad Kotaite (1976-2006) e o mexicano Roberto Kobeh González (a partir de 2006). À luz do que se estudou no capítulo anterior, essa falta de rotatividade não se coaduna com os princípios republicanos. A filosofia republicana aduz que a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa por muito tempo conduz, invariavelmente, em maior ou em menor grau, a desvios de poder. O funcionamento das instituições deve ocorrer pelo reconhecimento comum da sua legitimidade e não pela confiança nas pessoas que as conduzem.

Os encontros da Assembleia da OACI, que originalmente eram anuais, passaram a ser trienais a partir da 14ª reunião da Assembleia, em 1962, por meio de uma fórmula considerada capciosa por Peter Fossungu (1998). Para dar a impressão de que a Assembleia não teria perdido influência ou poder, as reuniões ordinárias, antes anuais,

²¹⁵ A Assembleia tem um papel passivo diante das SARPs. Se silenciar, elas se mantêm, tendo poder apenas de recusar alguma delas, o que nunca ocorreu.

²¹⁶ “Se, por um lado, possa ser considerado uma questão de orgulho e estabilidade o fato de, em 50 anos, a OACI ter tido somente três presidentes, por outro, a falta de alternância é indicativa de uma ausência de coragem inovadora ou poder ser uma manifestação de uma necessidade desmedida de preservar o *status quo*.” [Tradução livre do original: “While it may be considered a matter of pride and stability that in 50 years ICAO has had only three Presidents, on the other hand, the lack of turnover may be indicative of a lack of innovative courage, or it may be a manifestation of an over-anxious need to preserve the status quo.”] (MILDE 1996, 62) Edward Stimpson tem uma visão diferente: “Uma grande parte do sucesso da OACI deve-se à sua liderança. Houve apenas três presidentes do Conselho em sua história” [tradução livre de: “A large part of ICAO’s success has been due to its leadership. There have been only three Presidents of the Council in its history”] (2002, 13152).

passaram para “no máximo” trienais. Em outras palavras, o dispositivo permite mais reuniões em um triênio.²¹⁷ Ocorre que, na prática, isso se tornou sujeito à conveniência do Conselho. A Assembleia não pode autoconvocar-se. É o Conselho que tem o poder de convocá-la, e não o contrário. Para a Assembleia autoconvocar-se, é necessário que a convocação seja subscrita por, pelo menos, um quinto da totalidade de seus membros – e isso ocorre, nominalmente, para reuniões extraordinárias, demonstrando que as reuniões ordinárias são apenas de três em três anos, ocorrendo em um intervalo menor somente se o Conselho quiser.²¹⁸

Isso gera um círculo vicioso de esvaziamento da Assembleia e de centralização das atividades da OACI no Conselho: muitos assuntos têm de ser, ainda, delegados ao Conselho, porque não podem esperar três anos para uma reunião da Assembleia. Cai a representatividade da Assembleia, a natureza da representação se modifica, ficando mais afastada do mérito dos temas, e o órgão tem sua influência progressivamente reduzida sobre a Organização. Por esse motivo, Fossungu (1998) tacha a Assembleia de o menos supremo dos órgãos supremos na ONU. Essa ilegitimidade de que padece a OACI é *sui generis* no Sistema. A Assembleia, ao cabo, resume-se a eleger uma nova

²¹⁷ De acordo com Peter Fossungu (1998), essa mudança foi feita a partir de propostas de um plenipotenciário português, que salientou a dificuldade financeira de delegações internacionais deslocarem-se anualmente da Europa para Montréal, onde assiste a sede da OACI. Além do argumento financeiro, entre outros, foi considerado que a competência legislativa é *exclusiva* do Conselho – o próprio Conselho já declarou isso algumas vezes – e que não se abalaria com a redução na frequência dos encontros da Assembleia.

²¹⁸ Assim dispõe o art. 48 da Convenção de Chicago: “A Assembleia se reunirá, ao menos, uma vez a cada três anos e será convocada pelo Conselho em data e lugar apropriados. Reuniões extraordinárias poderão ser feitas em qualquer data, por convocação do Conselho ou a pedido dirigido ao Secretário Geral formulado por um número de Estados convenientes igual a, pelo menos, um quinto do número total de Estados.” [Tradução livre de: “*L'Assemblée se réunit au moins une fois tous les trois ans et est convoquée par le Conseil en temps et lieu utiles. Elle peut tenir une session extraordinaire à tout moment sur convocation du Conseil ou sur requête adressée au Secrétaire général par un nombre d'États contractants égal au cinquième au moins du nombre total de ces États.*”] Fossungu asseriu que mesmo as reuniões extraordinárias acabam se sujeitando à vontade do Conselho: “O incidente com o KAL 007 ocorreu em 1º de setembro de 1983; qualquer um esperaria que uma Assembleia suprema seria convocada a qualquer momento ou antes de 20 de setembro de 1983 (a data de sua 24ª Sessão Ordinária). Quando uma Sessão Extraordinária teve de ser convocada a respeito do mesmo incidente sete meses mais tarde (e com um Sessão Ordinária no meio), isso menospreza o sentido de uma Sessão Extraordinária e do Órgão que a realiza. Por que uma Sessão não ocorreu quando ela deveria ter ocorrido? A resposta é certamente encontrada no não exercício, pelo convocador, dos seus poderes de manobra ou do não cumprimento de seus deveres – nomeadamente, o de convocar.” [Tradução livre do original: “*The KAL 007 incident took place on September 1, 1983, one expects that a supreme Assembly would convene any time on, or before, September 20, 1983 (the date of its 24th Ordinary Session). When an Extraordinary Session had to be convened regarding the same incident seven months later (and with an Ordinary Session in-between), it mocks both the very concept of an Extraordinary Session and the Organ holding it. Why was a session not held when it should have been held? The response is certainly found in the convenor's non-exercise of its gear-like powers or non-performance of its duties – namely convening.*”.] (1998, 43)

composição do Conselho e aprovar seu orçamento trienal, carimbando eventuais produtos gerados por ele e dispor de algumas linhas políticas básicas para as atividades da Organização. (SASSELLA 1971).²¹⁹

2.3.2. As telecomunicações globalizadas

A percepção da necessidade de coordenação internacional no setor de telecomunicações aflorou paralelamente às comunicações telegráficas entre países, dois séculos atrás. Questões como compatibilidade de padrões tecnológicos entre sistemas nacionais distintos, linguagens a serem utilizadas na transmissão, divisão de receitas entre operadores de países diferentes, horário de funcionamento dos postos telegráficos, entre outras, confluíram para a criação da União Internacional de Telégrafos no dia 17 de maio de 1865, por meio de uma convenção entre vinte Estados europeus. Apesar do restrito número de membros, a inclusão participativa das colônias e dos operadores telegráficos na organização conferiu-lhe, desde logo, caráter global. (MACLEAN 2008)

Posteriormente à criação da União Internacional de Telégrafos, as evoluções tecnológicas subsequentes relacionadas a telecomunicações foram sendo tratadas institucionalmente de forma diversa e *ad hoc*. A telefonia foi incluída entre as competências da União Internacional de Telégrafos em 1885, mas foi criada a União Radiotelegráfica Internacional em 1908 para lidar com o telégrafo sem fio. Havia, ainda, três órgãos independentes de padronização: o Comitê Consultivo Internacional do Telefone (1924), o Comitê Consultivo Internacional do Telégrafo (1925) e o Comitê Consultivo Internacional do Rádio (1927). A União Internacional de Telecomunicações (UIT) propriamente dita resultou da combinação da União Internacional de Telégrafos e da União Radiotelegráfica Internacional, em 1934²²⁰; em 1947, tornou-se parte do sistema ONU. Os comitês consultivos, ligados à nova organização, foram sendo remodelados e correlacionados até se chegar ao desenho atual da UIT, uma organização

²¹⁹ “Em face desse pano de fundo, as duas cabeças do monstro OACI são facilmente compreendidas. Os Estados-membros que não estão no Conselho não são uma parte do ‘núcleo’ ou do ‘clube’. Sua presença é apenas necessitada para conferir-lhe a conveniência da universalidade; e eles têm de ser apartados do negócio da aviação que pertence somente ao Clube.” [Tradução livre do original: “Against this background, the two-heads of the ICAO monster are easily understood. Non-Council member States are not a part of the ‘nucleus’ or ‘club’. Their presence is only needed to give it the universality decorum; and they have to be restricted from the aviation business that is solely the Club’s.”] (FOSSUNGU 1998, 28)

²²⁰ Manteve-se o mesmo acrônimo do inglês *International Telegraph Union* (ITU) para *International Telecommunications Union* (ITU)

quase federativa, composta de três setores. (União Internacional de Telecomunicações 2010)

A UIT é, assim, uma agência especializada da ONU, comumente apontada como a organização internacional mais antiga do mundo.²²¹ Na UIT, todos os países convenientes possuem igual direito de manifestação e voto. Isso a tornou uma organização razoavelmente popular entre os países em desenvolvimento, que também recebem assistência da Organização.

A União Internacional de Telecomunicações tem papéis na governança internacional das telecomunicações que variam em intensidade. Alguns são mais leves e voluntários, ao passo que outros são vinculativos e podem ser exercidos à revelia de alguns Estados membros; os documentos que produz transitam, portanto, do *hard law* para o *soft law*. Podem-se destacar quatro funções principais da UIT: regulação das telecomunicações internacionais, regulação do espectro de radiofrequências e das posições orbitais, padronização técnica e assistência ao desenvolvimento.

Um papel original da UIT é o de emitir e revisar o Regulamento das Telecomunicações Internacionais (RTI), que coordena políticas e regulamentos nacionais. O RTI hoje é considerado, quase unanimemente, obsoleto e ineficaz. Ele tinha o objetivo de coordenar os monopólios nacionais no estabelecimento de rotas de troca de tráfego e na tarifação desses serviços mútuos. Como essa regulamentação hoje caiu em desuso, muitos países em desenvolvimento perderam a fonte de financiamento que o sistema de remuneração de tráfego internacional propiciava.²²² Enquanto a UIT tenta manter seu papel de coordenação por meio de fóruns não vinculativos, alguns membros da organização clamam pelo restabelecimento da eficácia do RTI.

Hoje, a maior função da UIT consiste em administrar o uso do espectro radioelétrico e das posições orbitais para lançamento de satélites. O Regulamento de Radiocomunicações (RR) contém milhares de páginas e é constantemente atualizado nas Conferências Mundiais de Radiocomunicações. Essas decisões da UIT são bastante cobiçadas pelo setor privado, pois tem fortes implicações comerciais para a indústria. Elas são adotadas por meio de procedimentos sujeitos a frequentes e fracassadas tentativas de alteração. Trata-se de uma das atividades da UIT hoje que resguarda maior legitimidade.

²²¹ Em relação a isso, há controvérsias. V. subseção 2.1.1, a respeito da fundação da Comissão Central pela Navegação do Reno, em 1815.

²²² Os problemas relacionados à remuneração do tráfego internacional serão detalhados abaixo.

O maior volume de produção documental da organização refere-se à atividade de normalização técnica, que garante a interoperabilidade entre equipamentos, redes e serviços. As Recomendações produzidas, embora não tenham caráter vinculativo, são atentamente observadas. Como as Recomendações relativas a sistemas e serviços que fazem uso de radiofrequência e a remuneração internacional podem vir a ser incluídas em normas vinculativas, são consideradas Recomendações quase regulatórias. As Recomendações são desenhadas comumente pelas próprias empresas que produzem equipamentos e proveem serviços. A UIT, portanto, é tecnicamente dependente dessas empresas.

As atividades de assistência ao desenvolvimento são as mais procuradas por países pouco desenvolvidos. Elas não impõem qualquer obrigatoriedade e não possuem grande impacto no mercado mundial de telecomunicações. (MACLEAN 2008)

O direito internacional das telecomunicações tem, geralmente, origem convencional e os princípios são negociados no âmbito da UIT.²²³ A Constituição da Organização reconhece o direito de todo Estado regulamentar suas próprias telecomunicações. Boa parte da doutrina jurídica entende que o respeito do Estado aos princípios internacionalmente reconhecidos e às normas internacionais decorre, precisamente, do exercício da sua soberania. Blaise Tchikaya (1998), porém, é direto ao argumentar que há, de fato, uma perda da plenitude da soberania estatal nas telecomunicações. Internacionalmente, o Estado precisa entrar em negociações com outros países nesse setor e é comum utilizar-se das organizações internacionais como *medium* nesse processo.

A competência legislativa da UIT é precipuamente exercida pela Conferência de Plenipotenciários, que se reúne a cada quatro anos. Também exercem competência legislativa as Conferências Mundiais de Telecomunicações Internacionais, que reveem o

²²³ Isso não significa dizer que a UIT seja a única organização internacional que crie direitos no âmbito das telecomunicações. A Assembleia Geral da ONU, por exemplo, já emitiu uma série de resoluções que influenciaram o direito internacional das telecomunicações por meio do reconhecimento e da positivação de princípios. Isso ocorreu com o princípio da liberdade de manifestação, com o comando para que a UIT garantisse o uso pacífico e a exploração justa e igualitária das órbitas satelitais entre todos os países do mundo e com a bandeira de cooperação para que todo o mundo pudesse usufruir de infraestrutura e de serviços modernos de telecomunicações. (TCHIKAYA 1998) Ressalta-se que, assim como ocorre com a OACI, a UIT submete-se ao art. 63 da Carta das Nações Unidas: “1. O Conselho Econômico e Social poderá estabelecer acordos com qualquer das organizações a que se refere o Art. 57, a fim de determinar as condições em que a organização interessada será vinculada às Nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral. 2. Poderá coordenar as atividades das organizações especializadas, por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembleia Geral e aos membros das Nações Unidas.”

RTI (art. 25), as Conferências Mundiais de Radiocomunicações, que reveem o RR e são subsidiadas tecnicamente pelas Assembleias de Radiocomunicações (art. 13), as Conferências Mundiais de Normalização das Telecomunicações (art. 18) e, de forma mais restrita, as Conferências Mundiais de Desenvolvimento das Telecomunicações (art. 22). A organização divide-se em três setores: Setor de Radiocomunicações (UIT-R), Setor de Normalização (UIT-T) e Setor de Desenvolvimento (UIT-D). Esses diversos setores são fortemente compartimentados, com lógicas próprias de funcionamento e de deliberação, quase que como feudos distintos, o que já rendeu muitas críticas à Organização.²²⁴

A UIT é constituída por uma Constituição e por uma Convenção. Esta detalha as regras de funcionamento daquela, que traz os fundamentos da Organização. Somam-se a esses atos os Regulamentos Administrativos, especialmente o RTI e o RR, que possuem caráter vinculativo (art. 4º da Constituição da UIT). Em outras palavras, esses Regulamentos possuem valor de tratado internacional. Além disso, as Resoluções, as Recomendações e os Votos são imediatamente aplicáveis de pleno direito. A relativa ousadia dos instrumentos da UIT, remexendo explicitamente na ideia de soberania estatal no plano internacional, implica, segundo Tchikaya (1998, 40-1), o fato de haver muitas reservas aos textos da Constituição e da Convenção.

Em diversos momentos nos atos constitutivos da UIT, fica claro o desejo de uma participação universal de todos os países-membros nas atividades da organização, o que é garantido especialmente nas Convenções Mundiais. Do ponto de vista da filosofia republicana, ainda que não sejam claras as portas institucionais para a participação da sociedade civil, a garantia de igualdade entre todos os membros da Organização da possibilidade de participar na criação das normas e das políticas é digna de nota.

O Conselho é um órgão com composição mais restrita que possui um papel muito mais administrativo e executivo do que legislativo. Ele compõe-se de 46 membros, todos de Estados diferentes, em base proporcional à representação dos continentes. A sua missão é adotar as medidas que facilitem a execução dos atos, regulamentos e decisões dos órgãos e das convenções da UIT.

A UIT funcionava, aparentemente, de forma bastante satisfatória quando as empresas de telecomunicações consistiam em monopólios controlados direta ou indiretamente pelo governo. A Organização funcionava como um fórum de acordos

²²⁴ As críticas, por sua vez, já levaram a algumas mudanças, alavancadas especificamente pelo Relatório Warren, publicado em abril de 1991. (TCHIKAYA 1998)

bilaterais e multilaterais entre essas empresas. Com a liberalização do setor e o surgimento de novos serviços a partir da década de 1980, a UIT começou a perder espaço para outros fóruns de negociação.²²⁵ (MACLEAN 2008)

Peter Cowhey (1990) entende que os Estados são pouco tendentes a aceitar um regime internacional que não leve em consideração os interesses nacionais. Assim, segundo o autor, é o equilíbrio do poder de mercado dos diferentes Estados que conduz ao esvaziamento e ao surgimento de organizações e de instituições internacionais. A UIT funcionou, durante muito tempo, como uma coordenação internacional de monopólios nacionais, portanto se trata de uma organização e de um regime construídos tomando-se por pressuposição a ideia de que telecomunicação é um monopólio natural. Para se iniciar uma reforma internacional no setor, o primeiro alvo de ataque foi essa crença. As empresas nacionais prestadoras de serviços de telecomunicações e, muitas vezes, também de serviços postais e telegráficos não tratavam seu serviço como comercial, mas como um serviço de natureza estatal e monopolista.

A UIT reinou soberana por décadas como a organização mais importante no âmbito internacional. A primeira contestação da sua posição, segundo Cowhey (1990), foi a criação da Intelsat, em 1964, uma espécie de consórcio internacional dedicado a produzir e lançar satélites, além de intermediar a comercialização de capacidade satelital. A Intelsat, porém, não funciona como a UIT; em vez de tomar por base o critério de um país, um voto, confere pesos diferentes aos votos dos diferentes países conforme o uso percentual do sistema de satélites, o que favorece as nações industrializadas. A abertura comercial dos serviços de telecomunicações em vários países e as possibilidades tecnológicas criadas a partir da digitalização tornaram-se ameaças ao Setor de Normalização da UIT, o que levou este órgão a incentivar o projeto da Rede Digital de Serviços Integrados (RDSI), para convergir todos os novos serviços.

A assinatura do acordo no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) trouxe fortes mudanças na governança internacional dos serviços de telecomunicações. Foi um marco divisório entre o monopólio, estatal ou fortemente regulado pelo Estado,

²²⁵ De acordo com Don MacLean (2008), a pauta dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que buscava transformar telecomunicações em um negócio privado, sujeito à livre concorrência, não era benéfica aos países em desenvolvimento, que vivia outra realidade econômica. A oposição desses países foi simbolizada pelo relatório da Comissão Matiland, *The missing link*, de 1984, relacionada à própria UIT, porém independente, que identificou os maiores desafios para o desenvolvimento das telecomunicações como sendo a garantia do serviço universal nos países em desenvolvimento, cuja modernização de infraestrutura deveria ser feita em parceria com (subsidiada por) países desenvolvidos. V. União Internacional de Telecomunicações (1984).

e a liberalização para atuação de empresas privadas. O Acordo sobre Telecomunicações Básicas, concluído em 15 de fevereiro de 1997 e situado como um anexo ao GATS, mudou a perspectiva sobre os serviços de telecomunicações, que passaram a ser serviços prestados globalmente em bases comerciais.²²⁶ Muitos países em desenvolvimento resistiram, em um primeiro momento, a fazer parte do acordo. Em virtude disso, as negociações procuraram estabelecer garantias, ainda que demasiadamente abstratas, em prol desse grupo de países, como acordos de transferência de tecnologia e de cooperação técnica.²²⁷

Cada Estado comprometeu-se com um próprio calendário de liberalização do setor. Ainda que muitos países não se tenham comprometido com muitas medidas de liberalização, estão sujeitos aos princípios básicos prescritos no quadro geral do GATS. Esses princípios remontam aos já previstos no GATT, entre os quais o da nação mais favorecida e o da transparência na regulação setorial. É vedado aos Estados estabelecerem mais restrições do que as que já possuem no momento da adesão ao Acordo. O grande objetivo do Acordo era permitir concorrência livre e igualitária entre empresas estrangeiras e nacionais, sobretudo quando as nacionais tenham sido tradicionalmente monopólios. O que atraiu os países em desenvolvimento, em verdade, foi o anunciado eldorado de investimentos estrangeiros que receberiam.²²⁸ (GUERMAZI 2008)

Uma das consequências disso foi o abalo sofrido no sistema de remuneração de tráfego internacional (*international accounting rate system*). Em síntese, pode-se definir

²²⁶ A Rodada do Uruguai iniciou as negociações por meio da liberalização dos serviços de valor adicionado e, posteriormente, estendeu-se aos serviços básicos de telecomunicações. O Acordo, afinal, retira de sua égide os serviços de televisão por cabo e de radiodifusão.

²²⁷ Ainda assim, de acordo com Boutheina Guermazi (2008), apesar de 60% da participação no Acordo ser de países em desenvolvimento, eles representam apenas 22% dos países presentes na UIT.

²²⁸ “À luz da grande necessidade de dinheiro para atualizar sua infraestrutura e deparando-se com a insuficiência dos recursos financeiros internos e com a inadequação dos mecanismos internacionais de assistência e de empréstimos, os países em desenvolvimento são propensos a acreditar que convidar investidores estrangeiros aos seus mercados é a maneira mais conveniente de desenvolver o setor de telecomunicações. Alguns autores chegam a dizer que, ao entrar nas negociações a respeito dos serviços de telecomunicações, os países em desenvolvimento sabiam bem que os benefícios reais do regime derivam da abertura de seus mercados à importação em vez de abrir a oportunidade para que seus prestadores atuem em mercados estrangeiros como exportadores de serviços.” [Tradução livre do original: “*In light of the huge need for capital to upgrade their infrastructure, and faced with the insufficiency of internal funding as well as the inadequacy of international borrowing and aid mechanisms, developing countries are likely to find that inviting foreign investors into their market is the most convenient way to develop their telecommunications sector. Some authors even argue that when entering into basic telecommunications negotiations, developing countries knew well that the real benefits from the regime are derived from opening their markets to imports rather than opening up the opportunity for their providers to serve foreign markets as service exporters.*”] (GUERMAZI 2008, 205)

esse sistema como um mecanismo de acerto de contas entre o tráfego sainte e entrante dos diferentes países, sendo a remuneração devida a um país pelo uso da sua rede de para a terminação do tráfego originado em outro país. Esse sistema, estabelecido no Regulamento das Telecomunicações Internacionais (RTI), provê tarifas consideráveis, que, de certa forma, sempre promoveram uma transferência de recursos de países mais ricos para países mais pobres, na medida em que os mais ricos geram mais tráfego que os países em desenvolvimento. As tarifas são estabelecidas em acordos bilaterais e, de forma sistemática, nunca tomaram por base os custos efetivos do uso dessas redes. Com a abertura do mercado internacional, a OMC e a UIT passaram a defender um sistema baseado em custos, ainda que seja uma transição lenta e gradual, o que não tem ocorrido naturalmente.²²⁹

Essa discussão sobre o sistema de remuneração de tráfego internacional é uma clara sinalização do policentrismo regulatório que se formou no setor de telecomunicações em nível internacional. A UIT sempre regulamentou o assunto, mas a inclusão do acordo em telecomunicações no âmbito do GATT deu fundamento jurídico e político para que a OMC passe a tratar do tema. Quem deve conduzir as reformas necessárias nesse sistema, afinal?²³⁰

Muitos dos princípios da OMC em geral, aplicáveis ao GATT, foram estendidos, também, em maior ou menor medida, ao acordo em telecomunicações. Esse acordo teve de, cuidadosa e lentamente, esculpir a cultura então existente de refração dos Estados a abrirem seus mercados de telecomunicações. Na maior parte dos países, a infraestrutura confundia-se com o próprio país, sua soberania e sua segurança

²²⁹ O regime de remuneração de tráfego internacional de acordo com as normas da UIT, em tese, fere as normas do GATS, porquanto discrimina o mesmo serviço conforme sua nacionalidade de origem. Embora nunca se tenha conseguido chegar a um novo acordo a respeito desse regime, as dinâmicas de mercado vêm-no corroendo. Novas tecnologias de troca de tráfego e de desvio do sistema padronizado de remuneração já vêm, naturalmente, pondo em desuso o RTI e as Recomendações da UIT a esse respeito. (GUERMAZI 2008)

²³⁰ Assinado o acordo no âmbito do GATS, a UIT não tardou e publicou, em 1998, a Recomendação D.140, que estabelecia uma reformulação das tarifas internacionais de remuneração de tráfego com base na teledensidade dos países. O acordo GATS, por sua vez, reconhece formalmente a autoridade internacional da UIT, mas faz isso exclusivamente no estabelecimento de padrões técnicos de compatibilidade e de interoperabilidade: “Os membros reconhecem a importância de normas internacionais para a compatibilidade e a interoperabilidade global das redes e dos serviços de telecomunicações e comprometem-se a promover essas normas por meio do trabalho de órgãos internacionais relevantes, incluindo a União Internacional de Telecomunicações e a Organização Internacional para a Normalização” [tradução de: “*Members recognize the importance of international standards for global compatibility and inter-operability of telecommunication networks and services and undertake to promote such standards through the work of relevant international bodies, including the International Telecommunication Union and the International Organization for Standardization*” (art. 7, (a), do Anexo sobre Telecomunicações)].

estratégica. Assim, o acordo em telecomunicações não entrou propriamente no GATS, mas situou-se como um anexo a ele. (COLLINS 2000)

No que se refere à atividade de padronização técnica, os processos morosos e burocráticos da UIT começaram a gerar descontentamentos de forma mais explícita a partir da década de 1980.²³¹ Peter Cowhey chega a afirmar que o Setor de Normalização das Telecomunicações da UIT (UIT-T), antes denominado Comitê Consultivo Internacional Telefônico e Telegráfico (CCITT), funcionava como um cartel²³² e restringia o acesso ao mercado de maneira bastante engenhosa:

Ela (a UIT) legitimava o controle do mercado mundial por burocracias nacionais especializadas ligadas a políticas de comunicação e delegava a maior parte do trabalho técnico e comercial sensível à CCITT, que, por sua vez, delegava-o às empresas monopolistas estatais e às empresas privadas de operação nacional reconhecidas com a AT&T e a Western Union International. Somente firmas licenciadas para entrar poderiam operar no mercado e, de fato, as mesmas empresas dominavam o trabalho da CCITT. Em síntese, o regime delegava o poder para um grupo particular de burocracias governamentais especializadas e criava um sistema quase corporativista de entrada no mercado e de representação no processo decisório. O sistema de normas, regras e procedimentos decisórios, logo, elevava as barreiras à entrada para qualquer um que ousasse desafiar o sistema.²³³ (COWHEY 1990, 181-2)

²³¹ A padronização, que consiste na garantia de compatibilidade entre diferentes elementos funcionais, pode ser alcançada por meio de cinco processos distintos. Existem padronizações (i) adotadas internamente às empresas, (ii) adotadas em conjunto entre duas ou mais empresas, (iii) fixadas por uma empresa líder de mercado, depois ou não de um período de competição de padrões, (iv) fixadas pelo governo em seu papel regulador e (v) produzidas por organismos internacionais especializados. Os três primeiros processos resultam em padronizações *de facto*, ao passo que os dois últimos, em padronizações *de jure*. (JAYAKAR 1998)

²³² Peter Cowhey chega a afirmar que o Setor de Normalização de Telecomunicação da UIT (UIT-T), antes denominado Comitê Consultivo Internacional Telefônico e Telegráfico (CCITT), funcionava como um cartel: “Até esse momento, a UIT soa, particularmente, como uma organização anêmica, técnica e fastidiosa. Mas, sob os seus auspícios, o CCITT agiu virtualmente como um cartel telefônico para as empresas monopolistas nacionais. As regras da CCITT a respeito do comércio internacional de serviços de telecomunicações eram quase absolutas, mesmo não sendo direito internacional vinculativo. Elas eram a âncora de um regime que facilitava barganhas bilaterais entre monopólios, reforçava os monopólios nacionais e limitava os direitos das empresas privadas no mercado global. Em resumo, a visão convencional de que o regime de telecomunicações era, primariamente, um exercício tecnocrático no âmbito de uma colaboração técnica estava errada.” [Tradução livre do original: “*So far, the ITU in particular sounds like a fairly anemic, technical, and dull organization. But under its auspices, the CCITT acted as a virtual telephone cartel for the PTTs. The CCITT rules for international commerce in telecommunications services were almost absolute even though they were not binding international law. They were the anchor of a regime that facilitated bilateral monopolistic bargains, reinforced national monopolies, and limited the rights of private firms in the global market. In short, the conventional view of the telecommunications regime as primarily a technocratic exercise in technical collaboration was wrong.*”] (COWHEY 1990, 176)

²³³ Tradução livre do original: “*It legitimated the control of the world market by specialized national bureaucracies tied to communications policy, and it delegated most of the sensitive technical and commercial work to the CCITT, which in turn delegated it to the PTTs and the recognized private operating authorities (RPOAs) such as AT&T and Western Union International. Only firms licensed for entry could operate in the market, and as a practical matter these same firms dominated the working of the CCITT. In short, the regime delegated power to a particular group of specialized*

Muitas organizações de padronização com caráter regional surgiram então, com propostas de trabalho mais eficientes. Krishna Jaykar (1998) menciona, a título de exemplo, o americano *Standards Committee T1*, o Comitê de Tecnologia de Telecomunicações (CTT) japonês e o Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações (ETSI – *European Telecommunications Standards Institute*). A regionalização da governança não tem ocorrido somente no âmbito da normalização tecnológica, mas nas atividades comerciais de maneira geral, sobretudo por meio de blocos econômicos, que têm sido instituições aceitas, por exemplo, pela OMC, embora contradigam princípios do GATT.

A principal demanda da atividade padronizadora antes da liberalização do setor no mundo era a estabilidade dos padrões adotados. Em virtude disso, os processos de negociação eram complexos e duravam longo tempo, com o objetivo de se alcançar um consenso sólido entre todos os participantes, processo esse que levava, algumas vezes, mais que cinco anos. As rápidas demandas na evolução tecnológica decorrentes do ingresso de empresas privadas e da convergência tecnológica, a necessidade por uma estabilidade nas normalizações deu lugar à rapidez e à flexibilidade da normalização técnica. Os padrões têm sido cada vez mais estabelecidos pelos próprios grupos industriais e também são usados como barreiras à entrada por blocos econômicos, que instituem padrões exclusivos ou diferenciados. Enfim, o fato é que diferentes atores estão fixando padrões à margem dos processos, das instituições e das organizações tradicionalmente seguidas.

Um aspecto significativo das organizações regionais de padronização é que elas são dominadas por países economicamente desenvolvidos. Mesmo no passado, os países em desenvolvimento tinham presença e autoridade limitadas nas decisões técnicas da UIT, em razão da natureza intensiva em conhecimento das deliberações. Todavia, eles tiveram sucesso em usar sua vantagem numérica a seu favor nos fóruns de decisão políticos da UIT, como as Conferências de Plenipotenciários e as Conferências Administrativas. As organizações regionais de padronizações não dispõem de mecanismos capazes de acomodar as necessidades do mundo em desenvolvimento. Um regime policêntrico de fixação de padrões propensamente reduz ainda mais o poder de negociação desses países.²³⁴ (JAYAKAR 1998, 725)

government bureaucracies and created a quasi-corporatist system of market entry and representation in decision making. The regime's system of norms, rules, and decision-making procedures thus increased barriers to entry to anyone who might contemplate challenging the system."

²³⁴ Tradução livre do original: "A significant feature of RSOs is that they are dominated by economically developed countries. Even in the past, the developing countries had limited presence and authority in the technical decisionmaking of the ITU, because of the highly knowledge-intensive nature of the deliberations. However, they had succeeded in turning their numerical strength to their advantage in ITU's political decisionmaking for a like the Plenipotentiary Conferences and the Administrative Conferences. The RSOs do not offer mechanisms to accommodate the needs of the developing world.

As alternativas mais eficientes são, assim, comumente buscadas em detrimento de uma participação mais ampla de Estados e da sociedade civil nos processos de normalização. Quando esses processos descartam a soberania do Estado, porém, descartam a sua própria legitimidade. A importância da participação dos Estados nesses procedimentos era praticamente dada, na medida em que as empresas de telecomunicações que exploravam os serviços em regime de monopólio eram estatais ou fortemente supervisionadas pelos Estados. A UIT, por exemplo, apenas aceitava como membros as empresas estatais de telecomunicações e as empresas de exploração reconhecidas pelos Estados. Isso começou a mudar precisamente quando o setor de telecomunicações iniciou seu processo de globalização e transnacionalização.²³⁵

As desvantagens dos processos de normalização da UIT em relação aos desses órgãos são resumidas por Jayakar (1998): embora a estrutura do processo seja filosoficamente parecida em todos os órgãos, a criação de grupos de estudo na UIT só pode ser feita pelas conferências mundiais, que ocorrem de quatro em quatro anos e, assim, torna moroso o processo decisório; a UIT é ainda muito voltada para empresas nacionais monopolistas em um modelo antigo e ultrapassado e tem dificuldade em lidar com uma pluralidade de atores ombreado com os Estados; a UIT é uma instituição grande e tem pouca flexibilidade em face das organizações paralelas menores.

Todavia, o autor salienta que, mais do que simplesmente serem estabelecidas, o valor das padronizações está no fato de serem aceitas pelo maior número de entidades e pessoas quanto possível. Nesse aspecto, nenhuma das organizações promove uma participação e detém uma legitimidade perante os Estados que sejam equiparáveis à

A polycentered standard-setting regime is likely to reduce the negotiating power of the developing countries even more.”

²³⁵ O processo de normalização de telecomunicações na UIT funciona da seguinte forma. Grupos de estudo formados no âmbito da UIT-T produzem propostas de recomendações que são submetidas à avaliação nas conferências mundiais de normalização com, no mínimo, quatro meses de antecedência. Caso não haja consenso, as diferentes opiniões são submetidas à conferência, juntamente com eventuais perguntas que indiquem estudos mais profundos que mereçam ser feitos. As recomendações produzidas a partir disso não têm caráter vinculativo – força de tratado –; são consideradas opiniões de especialistas e uma necessária coordenação entre os atores do mercado. (JAYAKAR 1998) Apesar disso, as recomendações, de fato, têm relativa força cogente, porque quem não as seguir tenderá a sofrer os efeitos deletérios da externalidade de rede. (COWHEY 1990) Quando não se chega a consenso, não é publicada uma recomendação, mas um relatório de múltiplos padrões. Os longos e tortuosos processos de normalização são fruto da história da Organização e de seu propósito de incluir todos os interessados e ponto de vista. A reconhecida falta de eficiência desses processos levou a própria UIT a modificá-lo paulatinamente. Krishna Jayakar (1998) aponta como mudanças, nesse sentido, a criação das recomendações provisórias, adotadas enquanto o longo processo de normalização não se concluí, a aceitação como membros de entidades privadas e organizações não governamentais, o que ocorreu em 1994, a maior integração entre os três setores da UIT, entre outras.

UIT. O esvaziamento da UIT, portanto, vem trazendo eficiência, porém a custo da legitimidade dessas decisões.²³⁶

A organização enfrentou – e ainda enfrenta – dificuldades em tornar seus processos mais porosos à participação de atores não estatais, que hoje são igualmente protagonistas nas telecomunicações internacionais. O esvaziamento da UIT, porém, acaba por prejudicar significativamente os países em desenvolvimento, que veem a organização como um espaço onde suas palavras são ouvidas e suas necessidades são consideradas. “Onde antes havia um lugar único e aberto para todos os países dedicado à governança das redes eletrônicas globais, agora parece haver um vazio de governança global dentro do qual um arranjo complexo e confuso de atividades locais ocorre sem qualquer coerência ou coordenação.”²³⁷ (MACLEAN 2008, 90)

A metáfora construída por David Souter para descrever o universo da governança internacional na área de telecomunicações atualmente é deveras reveladora:

Ele (esse universo) contém um grande número de centros de gravidade (ou de influência) distintos – gigantes que giram lentamente, como as instituições das Nações Unidas, inclusive a UIT, e novatos dinâmicos, porém instáveis, como os diversos fóruns para a governança (ou, no mínimo, coordenação) internacional da Internet –, muitos dos quais estão separados uns dos outros por anos luz em termos de pensamento, estilo e formas de trabalho. Há, até mesmo, “buracos negros” nos quais questões relacionadas a tecnologias, a corporações e a políticas desaparecem ocasionalmente.²³⁸ (SOUTER 2008, 432-3)

²³⁶ “A comunidade internacional ainda procura um princípio organizacional que confira legitimidade às decisões dos organismos colaborativos no mundo globalizado. No sistema do Estado-nação, o princípio legitimador dava-se em virtude da soberania estatal e os órgãos internacionais como a UIT obtinham sua legitimidade a partir da participação quase universal dos Estados. Os que falam da globalização argumentam que o Estado-nação está cada vez mais sob ataques. Na normalização das telecomunicações internacionais, o surgimento de organizações de caráter regional como desafiadoras da UIT revela que isso, de fato, pode estar certo.” [Tradução livre do original: “*The international community is still reaching for an organizing principle that can confer legitimacy on the decisions of collaborative bodies in the globalizing world. In the nation-state system, the legitimizing principle was provided by the ideal of state sovereignty and international bodies like the ITU gained their legitimacy through near-universal participation by the states. The proponents of globalization argue that the nation-state is increasingly under attack. In international telecommunications standardization, the rise of regional organizations as challengers to the ITU signify that this may indeed be so (sic).*”] (JAYAKAR 1998, 737)

²³⁷ Tradução livre do original: “*Where once there was a single forum for governing global electronic networks open to all countries, there now appears to be a global governance void within which a complex and confusing array of local activities take place without any overall coherence or ‘top-down’ coordination.*”

²³⁸ Tradução livre do original: “*It contains a large number of diverse centers of gravity (or influence) – slowly evolving giants like the United Nations institutions, including the ITU, and dynamic but unstable newcomers like the Internet’s diverse forums for international governance (or at least coordination) – many of which are light years apart in thinking, style, and ways of working. There are even ‘black holes’ into which technologies, corporations, and policy issues occasionally disappear.*”

Embora não seja suficientemente representativa, a UIT é a organização internacional que conta hoje com o maior número de participantes: além dos 192 países-membros, há 687 entidades não estatais associadas. A UIT não confere participação específica aos órgãos reguladores nacionais, mas, holisticamente, aos países dentro dos quais estão esses órgãos. A organização tem princípios fortemente republicanos, na medida em que, em última instância, todas as atividades, inclusive as que não impõem obrigação propriamente, passam pelo controle formal de todos os Estados. A perda de eficiência que isso gera é compensada pelo alto grau de legitimidade de boa parte das suas decisões.²³⁹

De acordo com Don MacLean (2008), a UIT sofre do mal oposto ao que sofre a OACI. Ela exacerba o princípio da soberania e do autogoverno dos Estados, impondo até mesmo em processos e em decisões que, a rigor, não o exigiriam. O resultado disso é o não atendimento às exigências de participação mais ativa da iniciativa privada, que passa a procurar outros fóruns internacionais.²⁴⁰

Além de a iniciativa privada considerar-se marginalizada, as decisões no setor de telecomunicações e de tecnologias da informação e comunicação (TICs) em geral, no plano internacional, sempre tiveram pouca participação relativa dos países em desenvolvimento. Isso não gerava muitas preocupações, porque essas decisões eram vistas como o exercício de uma atividade eminentemente técnica. A partir da década de 1990, porém, passou-se a ressaltar a importâncias das TICs para o desenvolvimento

²³⁹ Saliente-se que essa não é uma posição pacífica. É comum ouvir-se que muitas das delegações destacam representantes de empresas para sustentar posições na UIT em nome do país. Em função da falta de controle de que autoridade especificamente fala pelos países, as nações mais poderosas transformam os debates em barganhas de posições de natureza tipicamente pluralista, em vez de abordá-las como deliberações republicanas em prol do bem comum. O resultado disso é a dificuldade de diálogo e a submissão de nações menos poderosas ou menos preparadas para o debate. O aspecto material das discussões, portanto, ainda se mostra significativamente falho, embora, de fato, as instituições para que esse diálogo ocorra estejam postas e, como quaisquer instituições, sejam passíveis de aperfeiçoamento.

²⁴⁰ “Os problemas fundamentais que a UIT enfrenta (...) reside no quadro institucional do órgão – nas suas bases jurídicas, nas estruturas organizacionais, nos procedimentos formais de decisão e nos métodos de trabalho – que impede o progresso por impor restrições decorrentes do princípio da soberania em áreas em que elas não fazem mais sentido, em função das mudanças que ocorreram no ambiente de governança global. A saída para isso, de forma simples, é redesenhar esses elementos do modelo de governança da UIT de maneira que a forma siga a função.” [Tradução livre do original: “(...) *The fundamental problems facing the ITU (...) lie in the union’s institutional framework – in its legal foundation, organizational structures, formal decision-making procedures, and working methods – which block progress by imposing constraints derived from the sovereignty principle in areas where they no longer make sense, given the changes that have taken place in the global governance environment. The way forward, simply put, is to redesign these elements of the ITU governance model in a manner that allows form to follow function.*”] (MACLEAN 2008, 113)

econômico e social²⁴¹, a partir de quando a ausência dos países em desenvolvimento nos debates passou a ser mais sentida.

Em 2002, foi publicado o estudo *Louder voices* (MACLEAN, SOUTER, et al. 2002), encomendado pela Força-Tarefa em Oportunidades Digitais promovida pelos países do G8 (*G8 DOT Force*). O estudo faz um diagnóstico da participação efetiva dos países em desenvolvimento nos processos de decisão internacionais na área de TICs.

O estudo constata que, de todas as organizações que atuam na governança das telecomunicações no cenário internacional, a UIT é a que possui a maior diversidade de instrumentos (regulamentos, padronizações, coordenação política e assistência ao desenvolvimento) e a que atua no maior número de segmentos dessa governança (trocas comerciais internacionais, uso compartilhado de recursos, desenvolvimento de tecnologia e serviços e aplicação das TICs em projetos de desenvolvimento sustentável). O estudo *Louder voices* aponta uma série de outras organizações nesse sentido e posiciona-as nesse espectro, mostrando que, individualmente consideradas, possuem alcance mais limitado.²⁴² (MACLEAN, SOUTER, et al. 2002, 10-8) Nesse universo internacional da governança, há, por exemplo, entidades nitidamente intergovernamentais, como a UIT, e entidades não ou semigovernamentais, como a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*).²⁴³

²⁴¹ David Souter (2008) destaca dois eventos que marcaram a guinada no debate sobre TICs de técnico para socioeconômico: o *G8 DOT Force*, instituído em 2000, que consistia em uma Força-Tarefa em Oportunidades Digitais promovida pelos países do G8 e produziu o relatório *Louder voices*, identificando fraquezas e motivos da não participação dos países em desenvolvimento nos processos decisórios internacionais, e a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (*World Summit on the Information Society – WSIS*), que ocorreu em dezembro de 2003 e em novembro de 2005, com o objetivo de reforçar os vínculos entre políticas de TICs e políticas de desenvolvimento.

²⁴² Entre as organizações estudadas estão a OMC, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*) e o Banco Mundial.

²⁴³ A ICANN representa um caso à parte de déficit democrático. Christopher Bruner (2008) compara-a às agências de regulação de risco creditício. Ambas representam uma forma de exercício centralizado de poder e têm sua legitimidade não apenas resultada do conhecimento técnico que carregam, mas, especialmente, do endosso que recebem para atuar do Estado americano. Embora lá situadas, suas decisões impactam praticamente todo o mundo. Para Bruner, a legitimidade público-privada que essas entidades detêm é paradoxal e insustentável. Elas nasceram com natureza privada, continuam sendo privadas, mas foram incorporadas em algum quadro regulatório de natureza pública. Elas funcionam como “porteiros”, ou seja, instâncias pelas quais se tem de passar para acessar um determinado mercado; suas políticas são, por conseguinte, públicas, pois têm impacto geral. Essa combinação tem trazido questionamentos a respeito de sua legitimidade e de sua responsabilidade (*accountability*). A ICANN não possui nem o *soft power* próprio da emissão de pseudonormas (*soft law*) – suas decisões e padronizações são efetivamente vinculantes –, nem poder público propriamente dito (*hard power*) para emitir regras (*hard law*) – como entidades privadas, estão sujeitas ao fim do cancelamento que receberam do Poder Público. Sua legitimidade, portanto, deriva, hibridamente, de um regimento político, conforme seria uma entidade pública, e de sua

De acordo com o estudo, participar efetivamente dos processos decisórios não significa viajar para a reunião oficial, votar na sessão e voltar para casa. Significa participar das reuniões preparatórias, de encontros informais, dos intervalos para o café, entre outros, com uma equipe capacitada, com objetivos e métodos claros de trabalho. Antes de efetivamente ter um papel ativo na governança internacional da TICs, porém, devem ser apontadas questões prioritárias, consolidadas as visões dos diferentes atores-chaves e cristalizada a posição do país a ser propagada e negociada internacionalmente.

Um problema identificado em boa parte dos países é a dificuldade de acessar os debates com clareza, na medida em que as questões fundamentais a serem decididas, bem como suas implicações, não são explícita e analiticamente postas pelas próprias entidades internacionais. Outra deficiência clara, talvez a principal, que implica pouca participação dos países em desenvolvimento nesses processos, é a carência de instituições e processos domésticos que busquem a participação e a conexão de atores nacionais na formação de posicionamento de boa parte desses países.²⁴⁴ (SOUTER 2008) Não foi por outro motivo que uma das recomendações do *Louder voices* consistiu em criar um modelo de procedimentos internos por meio dos quais os países pudessem alimentar sua participação nos fóruns internacionais. (MACLEAN, SOUTER, et al. 2002, 26-8)

A maior necessidade de velocidade nos processos de decisão internacional, à medida que são empurrados pelas necessidades comerciais e pela lógica de mercado, tem levado a uma progressiva preferência por mecanismos de *soft law*, em detrimento

reputação, conforme seria no seio das relações privadas. O argumento de Bruner é que a convivência desses dois formatos de legitimação em uma mesma entidade, em vez de reforçarem-nos mutuamente, destroem-nos: a legitimação via reputação não ocorre, porque suas regras são automaticamente vinculantes no meio que regula, nem a legitimação via regimento político, na medida em que o governo sempre mantém uma distância da entidade para não desfazer sua fisionomia e substância autorreguladora. (BRUNER 2008) O estudo dos problemas de legitimação dessa natureza, focados nas agências de risco e no sistema financeiro, tem ocorrido com alguma popularidade no Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília; v. NEIVA (2008) e PINHEIRO (2009)

²⁴⁴ “Essas fraquezas nos processos políticos internos – nacional e regional – são fatores causadores mais significativos da pobre participação política de países em desenvolvimento do que fraquezas nos *processos políticos internos* – sobre os quais houve relativamente poucas reclamações pelos entrevistados do *Louder Voices*. Contudo, há, sem dúvida, problemas para os países em desenvolvimento – e, de fato, para quaisquer países com delegações pequenas ou capacidade técnica e política limitada ou ambos – na forma como as organizações internacionais estruturam seus processos decisórios.” [Tradução livre do original: “*These weaknesses in internal – national and regional – policy processes are more significant factors in leading to poor policy participation by developing countries than weaknesses in international policy processes – about which there were relatively few complaints by Louder Voices interviewees. Nevertheless, there are undoubted problems for developing countries – and, indeed, for any countries with small delegations or limited technical and policy capacity or both – in the way that many international organizations structure their decision making.*”] (SOUTER 2008, 446)

aos de *hard law*. As pseudonormas, embora menos eficazes, possuem processos mais rápidos de elaboração, em face da ausência de uma série de requisitos processuais tradicionais dos organismos internacionais. Isso acaba por trazer ainda mais dificuldades à participação de países tradicionalmente excluídos desses processos.

3. A importação normativa: processos e riscos nos setores regulados da aviação civil e das telecomunicações

3.1. As instituições republicanas brasileiras no relacionamento com o ambiente normativo internacional

Até aqui se observaram, em trilhas históricas separadas, mas com alguns pontos de tangência, duas torrentes institucionais. De um lado, pôde-se ver como as ideias republicanas ganharam autonomia e abstratividade no norte da Itália, ao lusco-fusco da Idade Média, e influenciaram decisivamente a evolução institucional dos Estados nacionais da Europa, dos Estados Unidos e do Brasil. De outro lado, foi possível enxergar as repercussões institucionais do instável fenômeno da globalização, com a proliferação de organismos internacionais, cada um tornando-se um centro de influência distinto, e sua produção normativa intensa e relativamente caótica que, por vezes, ignora processos, organizações e instituições tradicionalmente postas de legitimação do direito. Neste momento, estão postas as condições para analisar o encontro entre essas duas trajetórias institucionais no Brasil contemporâneo.

O ideal republicano de liberdade e de autogoverno, com o propósito de constituir um Estado livre, deu origem a uma plêiade de instituições que permanecem vigentes até hoje, em maior ou menor medida, tendo passado por mais ou menos alterações no curso da história. Alguns exemplos clássicos são a separação dos poderes, o sufrágio popular, o direito de ser votado e a alternância do governo; outros exemplos mais modernos são o processo administrativo, o direito a voz do cidadão perante o Poder Executivo e as instituições que concretizam a ideia de democracia participativa ou deliberativa. Todas essas instituições se tornaram basilares para o Estado republicano contemporâneo.

Além delas, existem outras, menos sublinhadas na literatura, que detêm o propósito de preservar o Estado livre diante do ambiente externo. Essas instituições garantem, entre outras liberdades, que as posições, os atos e os compromissos do Estado brasileiro para com o meio internacional tenham sido suficientemente debatidos e deliberados com algum grau de participação popular e de legitimidade. A inexistência dessas instituições levaria à sumária sujeição do Estado e do povo brasileiro ao ambiente exterior, a outros Estados e a outras forças externas com potencial de

dominação.²⁴⁵ O País perderia a liberdade republicana, isto é, cairia em condição análoga à de escravo, na medida em que estaria sujeito a interferências arbitrárias na condução comum de sua história e de suas decisões.

Pode-se afirmar que o arranjo institucional que carrega mais explicitamente esse fardo de proteção da liberdade republicana é o *iter* para internalização de tratados ancorado no texto constitucional. No Brasil, a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais é privativa do Presidente da República e ainda se sujeita ao referendo do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Esses condicionamentos buscam garantir que as normas internacionais adotadas internamente pelo País não tenham menos legitimidade que as normas nascidas internamente.

A primeira fase nesse processo – em verdade, uma fase preliminar – é a da negociação do tratado internacional, em que seus termos são discutidos em todos os âmbitos – materialmente, formalmente e constitucionalmente. Isso ocorre, com frequência, por meio de conferências internacionais às quais comparecem delegações nacionais e por meio de grupos de trabalho multidisciplinares domésticos. A assinatura do tratado representa o primeiro passo na expressão do consentimento e é dado pelo chefe de Estado, pelo chefe de Governo, pelo ministro das relações exteriores, pelo chefe da missão diplomática ou por outro plenipotenciário, que porte uma carta de plenos poderes. Com a assinatura, em rigor, o comprometimento está perfeito e o tratado de condições de vigência imediata. Todavia, isso gera obrigações somente entre os signatários e ainda não internamente.

A Constituição Federal é clara ao atribuir ao Congresso Nacional – a casa do povo – o poder de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I).

A carta não inova por mencionar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. A prática recente, alcançando até os primeiros anos do novo século, prova que o governo e o parlamento brasileiros assim entendem: até mesmo tratados bilaterais para a mera dispensa de vistos em passaportes tem (*sic*) sido regularmente submetidos à aprovação do Congresso. (REZEK 2005, 60)

A aprovação do Congresso Nacional deve dar-se tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal e, se exitosa, resulta em um decreto legislativo.

²⁴⁵ Alguns exemplos de instituições com esse propósito são o procedimento de internalização de tratados internacionais, a proibição de estrangeiros alistarem-se como eleitores, a proibição de partidos políticos receberem recursos financeiros do exterior e o condicionamento da propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.

O Congresso pode adotar reservas à vigência de dispositivos do tratado no País, acrescentando-as às eventualmente já feitas pelo chefe do Poder Executivo. Em seguida, concluída a etapa parlamentar, o Presidente da República está livre para ratificar e promulgar o tratado, garantindo-lhe vigência na ordem interna mediante a sua publicação em decreto. Confirmar um tratado internacional pressupõe, assim, a presença necessária de três atos marcantes: a assinatura do tratado, a aprovação pelo Congresso e a ratificação pelo Presidente da República. (REZEK 2005)

A Constituição traz poucas disposições acerca da internalização de tratados, de forma que boa parte do direito relativo a esse tema é construído pela doutrina e pela jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal manifesta posição estável de que o tratado internalizado no País alcança validade, eficácia e autoridade de lei ordinária, submetendo-se ao texto constitucional e permanecendo de igual para igual com outras leis federais. É, inclusive, passível de revogação quando lei posterior contradi-lo, conforme RE 80.004.

Na ADI 1.480, o Min. Celso de Mello deixa claro que a concepção dualista sobre o direito internacional enxerga este e o direito interno como independentes e separados por limites claros. Isso, segundo o relator, reflete-se na existência de um procedimento especial para a internalização dos atos internacionais. Trata-se de uma visão dualista moderada, que não exige a promulgação de lei, mas o respeito a um *iter* procedimental insculpido na Constituição. A visão dualista opõe-se à perspectiva monista, que identifica um *continuum* entre as ordens interna e internacional.²⁴⁶⁻²⁴⁷

A dogmática jurídica não tem evitado, contudo, que a economia, a política e o direito internacional influenciem, de fato, o direito nacional, buscando vias transversas de manifestação, algumas mais discretas, algumas mais explícitas. Segundo Oscar

²⁴⁶ A resistência do Brasil em deslocar sua cultura no sentido do monismo pode ser simbolizada pela redação dada ao § 3º do art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Essa alteração constitucional foi impulsionada por um grande desejo de parte da comunidade nacional de conferir mais força aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, equiparando-os a emendas constitucionais. O procedimento exigido, afinal, para isso foi duramente criticado, porquanto exige praticamente o mesmo rito previsto para aprovar emendas constitucionais comuns. Segundo os críticos, o conservadorismo ufanista na política brasileira tornou insossa a referida alteração constitucional.

²⁴⁷ Segundo Gustavo Binenbojm (2000), a visão exposta pelos tribunais brasileiros foi considerada, pela doutrina, como monista moderada, embora aqueles a referenciassem como dualista moderada. Isso ocorre porque o monismo moderado e o dualismo moderado são versões híbridas de posições doutrinárias originais, desenhadas com critérios distintos. Enquanto o dualismo moderado concentra-se no fato de que a incorporação do tratado ao direito interno dispensa uma lei, adstringindo-se, entretanto, a um caminho processual apropriado, o monismo moderado salienta o fato de que o tratado equipara-se hierarquicamente a uma lei ordinária, estando sujeito ao mesmo regime de vigência – submissão à Constituição e revogabilidade pelo direito interno.

Vilhena Vieira (1999), os movimentos reformistas do Estado brasileiro dos anos 1990 foram resultados da importação das medidas do Consenso de Washington.²⁴⁸ Mudou-se o conceito de empresa nacional, flexibilizaram-se os monopólios estatais na prestação de serviços públicos e promoveram-se ou planejaram-se reformas estruturais, tudo com o objetivo alegado de criar condições adequadas para que o capital transnacional pousasse e se aninhasse no País.²⁴⁹

A evolução do direito administrativo acompanha as nuances da relação entre Estado e mercado. Boa parte do direito administrativo atual, por exemplo, é fruto da tentativa do Estado de regular setores econômicos específicos, como os de serviços públicos e infraestrutura. (AMAN JR. 2002) A redução do papel prestacional do Estado e o correspondente aumento de seu papel supervisor da iniciativa privada implicou a adoção do modelo de agências reguladoras – autarquias em regime especial – debruçadas sobre setores específicos da economia que se liberalizavam.²⁵⁰ Duas delas serão foco de estudo neste capítulo: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Carlos Ari Sundfeld (2006), advogado atuante nos processos de reforma do Estado brasileiro da década de 1990, concorda, em boa parte, com Oscar Vilhena Vieira, na medida em que admite que o modelo adotado é apropriado a um regime de privatização e que o seu propósito inicial consistia em conferir segurança aos investidores estrangeiros. Acrescenta, ainda, o elemento, já abordado ao final do primeiro capítulo, de que o Estado necessitava de mais agilidade para normatizar setores econômicos, não podendo apoiar-se única e exclusivamente em disposições legais.

²⁴⁸ Uma abordagem interessante e atual acerca das implicações do Consenso de Washington para o pluralismo institucional e para o multiculturalismo, v. KELLEY (2010).

²⁴⁹ Para tratar apenas de algumas, a Emenda Constitucional (EC) n° 5, de 15 de agosto de 1995, permitiu a exploração do serviço local de gás canalizado por empresas privadas, a EC n° 6, do mesmo dia, removeu a exclusividade de exploração minerária e de potenciais de energia hidráulica por empresas brasileiras de capital nacional e deixou de tratar mais beneficentemente as empresas de capital nacional de pequeno porte, a EC n° 8, também promulgada no mesmo dia, permitiu que empresas privadas explorassem serviços de telecomunicações e a EC n° 9, de 9 de novembro de 1995, flexibilizou o monopólio da União sobre atividades relacionadas à exploração de petróleo e de minerais nucleares. Nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld (1999, 161), “os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão”.

²⁵⁰ A legislação brasileira exibe vários outros exemplos, como a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Portanto, a agência surge como o instrumento de exercício da atividade normativa de conjuntura.²⁵¹

Alexandre Santos Aragão constata que, de fato, o objetivo das leis instituidoras das agências é ser vaga, fazendo menção a princípios abstratos de pouca densidade normativa e conferindo “(...) um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador” (ARAGÃO 2000, 287). Também como apresentado no debate do primeiro capítulo, para compensar a deslegalização das matérias e a ampliação dos papéis do Poder Executivo por meio das agências reguladoras, aportaram-se significativas instituições de matiz republicano nessas recém-surgidas organizações. Audiências e consultas públicas, por exemplo, têm o propósito de garantir a oxigenação democrática dessas normas, a abertura cognitiva e a participação popular no processo de formulação. De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (2005, 57), são as instituições dessa natureza que permitem a identificação dos interesses reais da sociedade, na ausência dos quais a norma seria ilegítima.²⁵² O panorama das agências reguladoras no direito brasileiro permite enxergá-las, por conseguinte, como burocracias democrático-deliberativas, no sentido neorrepblicano. Elas são organizações criadas e preparadas para exercer esse papel, para constituir esse espaço.

Em alguns casos, a agência reguladora também passou a atuar de maneira efetiva nas pontes políticas e jurídicas com o ambiente internacional. Como se viu no capítulo anterior, não se pode confiar cegamente na legitimidade democrática das normas produzidas pelos organismos internacionais. A maior parte deles exhibe problemas de falta de abertura processual e de falta de participação, quando não de esvaziamento. Uma perspectiva democrático-deliberativa deve oferecer oportunidades amplas para a

²⁵¹ “O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a paulatina diminuição da emissão de poluentes. É preciso impor graus *crescentes* de restrições à emissão de poluentes, e para isso a lei é insuficiente. Ninguém imagina que o legislador vá cuidar de regular o nível de emissão de poluentes no bairro do Maracanã no ano de 1998; e em janeiro de 1999 editar outra lei para estabelecer que já é hora de diminuir ainda mais o nível de emissão; e nova lei para voltar atrás. É viável supor que o *legislador* possa fazer isso, dedicando-se, ele próprio, a um verdadeiro gerenciamento normativo da realidade? Seria míope imaginá-lo. Nem o modo de produção de normas que conhecemos – que fez nascer o Código Civil – nem o modelo tradicional de solução de conflitos – o do julgamento de ações judiciais pelo Judiciário – bastam nos novos tempos.” (SUNDFELD 2006, 28)

²⁵² Aguillar (1999) ainda aponta que um tema cada vez mais presente nas discussões jurídicas atualmente é a participação popular em setores regulados, propiciando um controle social dos serviços públicos. Assim, é dever do Estado criar condições para a aproximação do usuário do serviço – o cidadão – desmistificando obstáculos técnicos e fomentando uma representação qualificada desse segmento.

participação política e deve ensejar arranjos institucionais que estimulem essa participação. A distância a que as instituições internacionais posicionam-se do cidadão comum tornam-nas, naturalmente, pouco propícias a concretizarem uma democracia deliberativa.²⁵³ (MORAVCSIK 2004)

A saída para esse problema tem de passar pelo direito nacional, pois ainda é ele que pode garantir a existência e o funcionamento de instituições democrático-deliberativas. A proposta deste capítulo é estudar de que forma a agência reguladora atua como espaço republicano na formação e na internalização de normas, decisões e pseudonormas oriundas de organizações internacionais. Ou seja, de que forma ela replica o papel que lhe foi atribuído na formação de normas domésticas para o plano internacional.

Uma visão como essa sobre a agência reguladora traz-lhe várias implicações, que serão desvendadas ao longo deste capítulo. Uma implicação basilar dessa perspectiva é que os delegados de cada país enviados para representá-lo em deliberações nos organismos internacionais não devem gozar – como de fato gozam hoje – de mais discricionariedade para decidir do que a discricionariedade que possuem nos processos de decisão no próprio país. Ou seja, cada plenipotenciário deve estar aberto à opinião pública e deve mediá-la republicana e deliberativamente antes de adotar uma posição. Ele deve, portanto, estar exposto a essas opiniões.²⁵⁴ (CHARNOVITZ 2003)

3.2. Aviação civil

3.2.1. Histórico do setor e criação da agência reguladora

Embora tenha sido iniciada em 1927, a aviação comercial regular no Brasil iniciou sua expansão após a Segunda Guerra Mundial, estimulada pela compra de

²⁵³ Além de tratar de uma concepção de democracia deliberativa e de uma visão pluralista, conforme já abordado na seção 1.3.3, Moravcsik (2004) trata de uma concepção libertária e de uma ideia socialdemocrata a respeito da política. A concepção libertária argumenta que o único propósito da democracia é proteger o cidadão das interferências sempre nefastas do Estado para que ele retenha sua liberdade e persiga seus fins com plena discricionariedade. Para a exposição genuína dessa posição, v. HAYEK (1990). A socialdemocrata é focada nos resultados da política, que devem focar na distribuição igualitária das riquezas de uma sociedade. “Enquanto os libertários valorizam a liberdade sobre a igualdade, os socialdemocratas propugnam o oposto.” [Tradução livre de: “*While libertarians prize liberty over equality, social democrats espouse the opposite.*”] (MORAVCSIK 2004, 341)

²⁵⁴ Charnovitz (2003) ainda radicaliza essa visão ao julgar que os plenipotenciários devem estar abertos até mesmo às ideias e às opiniões trazidas pelas entidades de outros países e nacionalidades. Assim, cada delegado funcionaria como um representante de todo o mundo.

aeronaves americanas então excedentes. Até a década de 1950, cerca de 300 localidades eram servidas no País e, em 1960, o País detinha a segunda maior rede de transporte aéreo comercial do planeta. Era, no entanto, um período em que o setor crescia e evoluía à margem de uma intervenção regulatória profunda do Estado. Na tipologia usada por Fernando Herren Aguillar, pode-se dizer que foram trinta anos de regulação desconcentrada, em que “há uma íntima correlação entre os interesses dos capitais privados e o desenvolvimento dos serviços públicos no Brasil (...)” (AGUILLAR 2009, 123).²⁵⁵

Após uma retração na demanda, ocorrida na passagem da década de 1950 à de 1960, em virtude da melhor estruturação da malha rodoviária do Sudeste, pode-se dizer que houve o início da regulação estatal do setor:

Para driblar a crise, as empresas aéreas e o governo brasileiro realizaram três reuniões, chamadas Conferências Nacionais de Aviação Comercial (CONAC). A I CONAC foi realizada em 1961, e as demais, em 1963 e 1968. Dessas conferências resultaram políticas de estímulo à fusão de empresas, além da implantação do regime de competição controlada, condicionado ao interesse público. O governo passou a regular fortemente as atividades das companhias aéreas, desde a escolha de linhas até a fixação do valor dos bilhetes. (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social 2002, 1)

Iniciava o período da “competição controlada”. (A. V. OLIVEIRA 2007) Em 1963, por meio da Lei nº 4.200, de 5 de fevereiro, o governo federal criou a Rede de Integração Nacional (RIN), com o objetivo de estimular o tráfego aéreo comercial regular em localidades com baixo ou médio potencial de tráfego. Esse estímulo dar-se-ia por meio de uma subvenção financeira do quilômetro voado. Em razão da baixa dotação orçamentária, o programa não foi eficaz e extinguiu-se em 1969. (VELÁSQUEZ 2004, 9-10)

Em 1975, somente 92 localidades eram servidas regularmente por aviação comercial. (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social 2002) Criou-se, então, nesse ano, a chamada Aviação Regional. O Decreto nº 76.590, de 11 de novembro, instituiu a divisão do país em regiões, dentro das quais seriam operados linhas e serviços aéreos para atender a localidades de médio e baixo potencial de tráfego (art. 1º). Essa medida é considerada “a primeira intervenção de fôlego na organização” do mercado da aviação civil (SALGADO 2003, 13), comumente apontada como o nascedouro da regulação no setor.

²⁵⁵ No período, a navegação aérea era regida pelo Código Brasileiro do Ar (CBAr), instituído pelo Decreto-lei nº483, de 8 de junho de 1938. As disposições do então CBAr tinham um caráter muito mais próximo de uma codificação civil das liberdades aeronáuticas do que de um estatuto jurídico de um serviço público.

As linhas aéreas regionais, compreendidas pelos Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional (SITAR), então criados, não se confundiam com as linhas aéreas nacionais. Em cada região, havia uma, e somente uma, empresa que operava as linhas regionais.²⁵⁶ Essas linhas eram, por sua vez, subsidiadas pelos recursos advindos da cobrança de um adicional tarifário de até 3% nas passagens aéreas das linhas nacionais. Essa clara delimitação evitava que mercados considerados regionais sofressem competição de empresas atuantes em mercados nacionais e vice-versa. Subjacente a isso estava uma visão de que a concorrência poderia levar a uma desestabilização na prestação do serviço de aviação civil, que era – e ainda é – um serviço público.

O mercado da aviação civil no Brasil foi duramente regulado até o final da década de 1980. Em 1989, o Poder Concedente instituiu, pela primeira vez, uma política de flexibilização tarifária, deixando de atuar como o rígido fixador de tarifas.²⁵⁷ A V CONAC, ocorrida em 1991, teve um grande papel em definir os novos rumos da abordagem regulatória do setor. (GROSSI 1998) Pouco a pouco, foram sendo adotadas medidas que incentivaram a competitividade no mercado da aviação civil.

Trata-se de um período onde governo e agentes setoriais estavam fortemente influenciados pelo fortalecimento do ideal do neoliberalismo em nível mundial, bem como pelas percepções quanto aos efeitos que as restrições que a política de regulação estrita então vigente acarretavam na dinâmica do mercado. (A. V. OLIVEIRA 2007, 27)

Em 15 de setembro de 1992, o Ministério da Aeronáutica tentou instituir uma minirreforma no modelo regulatório e emitiu as Portarias nº 686/GM5 e nº 687/GM5. Essas portarias permitiram que empresas aéreas de voos regulares operassem tanto linhas aéreas nacionais quanto regionais. No entanto, impôs limites à expansão das empresas que se caracterizassem como nacionais (que operassem somente linhas nacionais). Para ser considerada empresa de caráter regional, a empresa tinha de operar, preponderantemente, linhas aéreas regionais. Em contrapartida, foram criadas linhas aéreas especiais, que eram ligações diretas – sem escalas e sem conexões – entre São

²⁵⁶ De acordo com os dados pesquisados pelo estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (2002), as empresas eram as seguintes: Nordeste Linhas Aéreas Regionais S.A. (região correspondente à SUDENE), Rio-Sul Serviços Aéreos Regionais S.A. (Região Sul e parte do RJ, do ES e de SP), TABA Transportes Aéreos da Bacia Amazônica S.A. (Região Norte), TAM Transportes Aéreos Regionais S.A. (MS, parte de MT e de SP) e VOTEC Serviços Aéreos Regionais S.A. (GO, DF, triângulo mineiro e parte do PA e do MA).

²⁵⁷ De acordo com Lúcia Helena Salgado (2003), em um primeiro momento, era estabelecido um limite de variação de 50% para menos e 32% para mais nos valores das tarifas; em seguida, o limite de desconto foi elevado a 65% e foi excluído o teto tarifário; ao cabo, em 2001, as tarifas domésticas deixaram de ter qualquer controle.

Paulo (Congonhas), Rio de Janeiro (Santos Dumont), Belo Horizonte (Pampulha) e Brasília (Juscelino Kubitschek). Com exceção da ligação entre Congonhas e Santos Dumont, todas as outras linhas aéreas especiais deveriam ser operadas apenas por empresas aéreas regionais. Tratava-se, assim, de uma compensação entre linhas de alta rentabilidade e linhas aéreas regionais, com menor densidade de tráfego.²⁵⁸

Na prática, esse novo arranjo institucional desfez os SITAR. O adicional tarifário, porém, continuou a ser cobrado das linhas aéreas nacionais e especiais, subsidiando algumas das linhas aéreas regionais. Posteriormente, a Portaria nº 5/GM5, de 9 de janeiro de 1998, eliminou a exclusividade de operação das linhas aéreas especiais por empresas aéreas de caráter regional. Para evitar a superconcentração das rotas, impôs limites de participação no mercado às empresas.²⁵⁹ Esses limites deixaram de ter validade a partir da publicação da Portaria nº 569/GM5, de 5 de setembro de 2000. (SALGADO 2003)

Essa Portaria, de fato, dá mais um passo para a liberalização do setor. Ela mantém a divisão entre linhas nacionais, especiais e regionais, porém exigia, para a concessão de uma linha aérea, a “observação dos seguintes aspectos: I - a capacidade de apoio da infra-estrutura aeronáutica; II - a expansão da oferta de opções aos usuários; e III - o estímulo à competição entre as empresas aéreas” (art. 7º). Com essas restrições para a entrada no mercado, buscava-se manter, no mínimo, a diversidade de linhas existentes à época. A isso se associava o fato de ser garantido a uma empresa ou grupo, no máximo, 37% dos *slots* de cada aeroporto. A desativação de linhas aéreas, por sua vez, também dependia do atendimento de certos requisitos.²⁶⁰

Em síntese, Eduardo Augusto Guimarães destaca duas medidas que romperam com o modelo regulatório anterior, aumentando a competição no setor:

²⁵⁸ À época, Vasp, Varig e Transbrasil eram empresas aéreas nacionais. Esse arranjo institucional permitiu que empresas de caráter regional, como TAM e Rio-Sul, ganhassem escala e competissem em outras áreas do País. De acordo com Alexandre Oliveira, “(...) a política de ‘4 companhias nacionais e 5 companhias regionais’ dos anos 1970 foi oficialmente extinta e, a partir de então, a entrada de novas operadoras passou a ser estimulada, o que resultou em uma onda de pequenas novas companhias aéreas entrantes no mercado (por exemplo Pantanal, Tavaj, Meta, Rico, etc), algumas oriundas de empresas de táxi aéreo” (2007, 28).

²⁵⁹ “As empresas de transporte aéreo regular poderiam alocar nas linhas aéreas especiais o máximo de 35% do total de assentos.km por elas efetivamente ofertados e nenhuma empresa regular poderia deter mais de 50% do total da capacidade ofertada nas ligações especiais.” (SALGADO 2003)

²⁶⁰ Os requisitos eram previstos no art. 15: “Art. 15. A autorização para a operação de linha aérea doméstica poderá ser cancelada quando: I - deixar de ser executada em um período superior a trinta dias; II - não atingir 75% (setenta e cinco por cento) do percentual de vôos previstos no respectivo HOTRAN, durante o período de 03 (três) meses consecutivos; III - não for implantada no prazo de 15 (quinze) dias, a partir da data prevista para o início das operações; IV - for constatado, através de estudo específico, a operação inadequada do serviço; e V - deixar de cumprir as leis e os regulamentos do Comando da Aeronáutica.

- a) a revisão de normas associadas aos conceitos de linhas domésticas nacionais, regionais e especiais, que arrefeciam a competição em rotas específicas, e a eliminação de disposições normativas que criavam barreiras à entrada de novos concorrentes no setor (notadamente através das portarias 005/GM5, de 9/01/98, 504/GC5, de 12/08/99, 676/GC5, de 20/10/99, 692/DGAC, de 20/10/99, e 569/GC5, de 05/09/00); e
- b) a liberação das tarifas, muito tímida no início da década, mas gradual a partir de 1998 (através da Portaria 701/DGAC, de 30/12/98, Resolução nº 7 do Conac, de 28/03/01, e Portaria 672/DGAC, de 16/04/01) para concluir pela completa eliminação de qualquer controle em 2001 (Resolução nº 8 do Conac, de 09/08/01). (GUIMARÃES 2003, 8)

De acordo com os dados compilados por Lúcia Helena Salgado (2003), essas reformas sucessivas foram capazes de elevar o fluxo de passageiros.km de 11,8 milhões (1992) para 20,5 milhões (2000), a uma taxa de 9% ao ano, superior à expansão da economia nacional. Contudo, ao final da década de 1990, houve uma grave crise no setor, que reduziu a frequência de voos e deixou muitas localidades desatendidas, resultado da crise cambial, do fato de muitas empresas aéreas terem obtido decisões judiciais desonerando-as do pagamento do adicional tarifário²⁶¹ e da saída de operação de algumas companhias de grande porte. (L. N. SILVA 2006)

A abertura setorial da década da passagem da década de 1990 para o novo século encontrou uma indústria ineficiente e pouco produtiva, na medida em que a regulação não instituiu um forte regime competitivo. Com a instalação de um ambiente competitivo, alcançaram-se enormes ganhos para os usuários, sobretudo relacionados aos preços das passagens aéreas e à frequência de voos. As empresas, em geral, tiveram de se adaptar a essa nova realidade, apesar de ter havido casos em que isso não ocorreu.²⁶² (GUIMARÃES 2003)

Em face da crise, o Comandante da Aeronáutica emitiu a Portaria nº 243/GC5, de 13 de março de 2003, com o objetivo emergencial e provisório de “promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado”. Comandava-se que

²⁶¹ Varig e Vasp obtiveram decisões liminares em 1999; Transbrasil, Rio-Sul, Nordeste e TAM, em 2001 (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social 2002). O adicional tarifário foi estabelecido por meio do Decreto nº 76.590/1975: “Art. 6º Fica estabelecido um adicional de até 3% (três por cento), a incidir sobre as tarifas de passagens aéreas das linhas domésticas, para crédito do Fundo Aeronáutico, em conta vinculada ao Departamento de Aviação Civil, com destinação específica aos Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional, para suplementação tarifária de suas linhas”. O argumento de ser, juridicamente, uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) é o que fundamenta as decisões judiciais favoráveis ao não recolhimento dessa quantia pelas companhias aéreas.

²⁶² De acordo com Eduardo Augusto Guimarães, “esse é o caso a) da empresa estatal, na qual a rentabilidade não aparece, em geral, como o objetivo central e que, de resto, conta com apoio financeiro, subsídio e outras vantagens e compensações supridas pelo governo; b) de empresa vista como “representante do país” (*national champion*), que também tende a esperar apoio e subsídio governamental; e c) de empresa onde funcionários e sindicatos têm participação ativa, direta ou indireta, no processo de gestão, uma vez que o ônus do processo de ajuste tende a incidir também, e de forma significativa, sobre os empregados” (2003, 3).

o Departamento de Aviação Civil (DAC) promovesse medidas que adequasse a oferta das empresas à demanda disponível no mercado por meio da racionalização das linhas aéreas e da restrição da importação de aeronaves comerciais.

A Portaria nº 731/GC5, de 31 de julho de 2003, por sua vez, incluiu na Política para os Serviços de Transporte Aéreo Comercial do Brasil o que, quatro meses antes, era apenas emergencial e provisório. A Portaria direcionava o Estado no sentido de atuar como um moderador diante do transporte aéreo nacional, para evitar a então “(...) competição danosa e irracional, com práticas predatórias de conseqüências indesejáveis sobre todas as empresas (...)”. O diagnóstico era que havia um excesso de oferta e as empresas não seriam capazes de se autorregular para reduzi-la a patamares compatíveis com a demanda. Em outras palavras, a percepção era de que todas iriam cometer um inadvertido e inevitável suicídio coletivo, devendo o Estado intervir na entrada de novas empresas e acompanhar os reais custos do setor para evitar “(...) abusos, a cartelização e o *dumping*” (*sic*).²⁶³

Dentro desse complexo, incremental e errático cenário de liberalização, o Governo Federal propunha a criação de uma agência reguladora para o setor, que passaria a ter um novo e mais estável marco regulatório.²⁶⁴ As companhias, a indústria e parte dos atores políticos envolvidos no processo de discussão desse novo marco defendiam uma maior flexibilização, conferindo às empresas aéreas plenos poderes para determinação de preços e quantidades, na medida em que sujeitas a competição:

Assim, o objetivo das transportadoras é o de melhorar o sistema de gerenciamento de resultados, o “Yield Management”, onde pagam mais os passageiros que compram as passagens sem antecedência e pagam menos aqueles que planejam suas viagens antecipadamente. Esse mecanismo acaba por elevar a abrangência do sistema.

Do ponto de vista do Governo como dos usuários (reais e potenciais) do modo aéreo de transporte, no que concerne a questão da liberação de tarifas, a preocupação é de que esta poderá produzir “*dumping*” ou “cartel”, tão combatido por todos e importante papel do órgão regulador (*sic*). (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social 2001, 2)

Essa é uma estratégia típica de maximização da eficiência e diminuição de custos em um ambiente fortemente competitivo no setor de aviação civil. Outra estratégia é, por exemplo, o sistema *hub-and-spoke*. Esse sistema consiste em reduzir o número de voos diretos, para trabalhar com aeroportos-polos, para a redistribuição de

²⁶³ Inúmeros autores criticaram essas medidas do Estado, tachando-as de irracionais e retrógradas. V., por exemplo, GUIMARÃES (2003), SALGADO (2003) e L. N. SILVA (2006).

²⁶⁴ A Agência Nacional de Aviação Civil foi prevista no art. 21 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, embora apenas tenha sido criada seis anos mais tarde.

passageiros (*hubs*). Aumentam-se, em contrapartida, o volume de escalas e conexões. (GUIMARÃES 2003)

Havia, porém, uma resistência quase unânime à liberalização internacional, para que empresas estrangeiras prestassem livremente seus serviços no Brasil. A chamada política de “céus abertos”, bastante propalada pelos americanos e europeus, que possuíam mercados mais maduros e próximos da saturação, era geralmente refutada em virtude dos diferentes custos em que incorrem empresas brasileiras e empresas estrangeiras. O argumento consistia em que essa liberalização criaria uma competição desigual e injusta.²⁶⁵

A discussão a respeito da desregulação era havida no âmbito da OACI, do GATS e defendida pelo Consenso de Washington desde os anos 1980. O Consenso de Washington e a renovação do GATT e do GATS tinham por objetivo criar condições harmonizadas para que o comércio de bens e serviços entre diferentes países ocorresse de maneira equânime, suportada por medidas de abertura comercial e de desregulação. A ideia era que um sistema de trocas internacionais harmonizado induziria à eficiência econômica e à melhor competição, na medida em que bens, serviços e capitais teriam livre mobilidade para fluir de um lado a outro. Como já se apontou, muitos países resistiam a um sistema completamente aberto de trocas econômicas, porquanto isso teria o potencial de radicalizar as desigualdades já existentes entre os atores envolvidos nessas relações econômicas.

O princípio da livre mobilidade – o ápice do movimento de desregulação – foi instituído juntamente com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por meio da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Segundo esse princípio, uma empresa concessionária do serviço de aviação civil pode iniciar a prestação do serviço em qualquer rota ou linha área, a qualquer momento, bem como deixar de prestá-lo quando bem entender. Para isso, basta uma notificação à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).²⁶⁶ A livre mobilidade, porém, não foi plena, na medida em que a operação de

²⁶⁵ O preço do combustível era cerca de 20% maior no Brasil em relação aos Estados Unidos, as peças e partes de reposição importadas recebiam alta tributação e passavam por um processo longo e burocrático antes de ficarem disponíveis para as empresas, o custo do seguro da aeronave era mais alto no Brasil, a taxa anual de juros para financiamento de capital de giro no Brasil era cerca de duas vezes e meia maior que nos Estados Unidos, a carga tributária no Brasil era de 34,8%, contra 7,5% nos EUA e 16% na Europa e havia maior vulnerabilidade geral ao câmbio nas empresas brasileiras em relação às estrangeiras. (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social 2001)

²⁶⁶ O princípio da livre mobilidade consta do § 1º do art. 48 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005: “Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado

empresas estrangeiras no País depende de tratados bilaterais e recíprocos com outros países. Ainda assim, teve efeito devastador, tanto positiva quanto negativamente.

Os impactos positivos são inegáveis e claramente perceptíveis. A competição foi radicalizada e, juntamente com ela, vieram todos os seus benefícios ao usuário e à sociedade. Em relação à tarifa média de 2004 (R\$ 501,17), a tarifa média de 2010 (R\$ 278,21) representou uma queda de 44,5%.²⁶⁷ (Agência Nacional de Aviação Civil 2011) A relação passageiro.km dos voos domésticos, em 2004, era 28,3 milhões, ao passo que, em 2009, foi 56,9 milhões. (Agência Nacional de Aviação Civil 2009).

Negativamente, em contrapartida, o princípio da livre mobilidade representou a última pá de cal sobre qualquer possibilidade de subsídio cruzado entre linhas aéreas superrentáveis e linhas deficitárias. Isso tensionou ainda mais o caráter jurídico de serviço público detido pelo transporte aéreo regular, conforme disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).²⁶⁸ Logo após a criação da ANAC, Josef Barat (2005) destacou o conflito:

Além da complexidade sistêmica, a aviação civil tem características híbridas de atividade econômica e serviço público, o que torna peculiar a sua regulação. A operação do transporte aéreo de passageiros envolve o cumprimento de frequências, horários, requisitos de segurança e qualidade, monitoração de resultados e garantias de funcionamento regular. No entanto, trata-se, também, de uma atividade econômica exercida por empresas privadas num ambiente altamente competitivo. (...) Mas não se pode perder de vista tratar-se de uma regulação também capaz de impedir a competição predatória em prejuízo da qualidade e da segurança.

Muitas linhas aéreas deixaram de existir, deixando sem atendimento dezenas de cidades. De 1998 a 2008, pode-se dizer que houve, nesse sentido, uma retração de cerca de 20% no setor. Em todo o País, 44 aeroportos foram fechados por ausência de

expedidas pela ANAC.” Apesar disso, Josef Barat (2006) defendia, logo após a aprovação da lei, um gradual afrouxamento da regulação econômica anteriormente existente, que consistia em fixação de banda de variação de preços, índices de aproveitamento e correlação entre preço e aproveitamento, produtividade da mão-de-obra, desempenho financeiro, entre outros.

²⁶⁷ Os valores estão atualizados pelo IPCA. É verdade que boa parte da redução em 2010 deveu-se à forte valorização do real à frente do dólar. No entanto, não mascara a tendência real: em 2009, o valor correspondia a R\$ 340,26, que representava redução de 35,8%.

²⁶⁸ O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), aprovado pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, dispõe o que segue: “Art. 174. Os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (artigos 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (artigos 180 a 221). Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.” Por sua vez, a própria Constituição Federal atribui à União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, c). Carlos Ari Sundfeld e Jacintho de Arruda Câmara esposam esse entendimento doutrinário a respeito dos serviços de transporte aéreo e de infraestrutura aeroportuária, lendo como implicação necessária decorrente da titularidade estatal serem eles serviços públicos: “Essa especial sujeição aos poderes do Estado se vislumbra com o tratamento constitucional e legal dado à matéria: ambas as atividades foram classificadas como de ‘titularidade estatal’ – ou ‘serviços públicos’, para usar a expressão jurídica tradicional.” (SUNDFELD e CÂMARA 2008, 7)

empresas aéreas interessadas em operar; o número de microrregiões cobertas decresceu de 166 para 131. A região mais atingida pelo desvanecimento dos serviços aéreos foi a Norte. No período, houve uma redução de 13 no número de aeroportos em operação com voos regulares – 17 encerraram operação e 4 novos iniciaram. Em 2008, ao todo, operavam 46 aeroportos na região Norte. (OLIVEIRA e SILVA 2008)

Atualmente, em síntese, a regulação da aviação civil é altamente seletiva: concentra-se nos recursos escassos ou com potencial de atribuir poder de mercado (*slots* e infraestrutura aeroportuária, por exemplo) e nas variáveis não observáveis pelo usuário do serviço de transporte aéreo (aspectos relacionados à segurança, por exemplo). A Agência Nacional de Aviação, em tese, sequer elabora políticas para o setor, para isso existindo o Conselho de Aviação Civil (CONAC), previsto no Decreto nº 3.564, de 17 de agosto de 2000 e hierarquizado à ANAC pelo art. 3º da Lei nº 11.182/2005, e a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, recém-criada por meio da Medida Provisória nº 517, de 18 de março de 2011. Para reproduzir o infeliz chavão, a ANAC trata-se de um órgão técnico.

3.2.2. Instituições republicanas no âmbito da ANAC

A Agência Nacional de Aviação Civil dispõe de, pelo menos, três instituições em particular para construir canais de diálogo com a sociedade com o interesse de setores afetados pelas suas normas. São elas a consulta pública, a audiência pública e o Conselho Consultivo.²⁶⁹ A ANAC foi criada em um momento em que o arranjo institucional típico de uma agência reguladora já era uma realidade teórica e prática, na medida em que já experimentada em outras agências.²⁷⁰ As instituições de feição republicana já eram consideradas uma exigência do modelo.

A consulta pública e a audiência pública são previstas no art. 107 do Regimento Interno da ANAC, aprovado pela Resolução nº 110, de 15 de setembro de 2009.²⁷¹ Elas se situam como uma etapa do processo decisório da Agência, que garante a publicidade

²⁶⁹ Além dessas, há os tradicionais meios e garantias constitucionais de abrir a Agência à responsabilidade perante a sociedade em geral. Podem-se levantar, a título de exemplo, o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, *a*), o mandado de segurança e o *habeas data* (CF, art. 5º, LXIX), a ação civil pública (CF, art. 129, III) e a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII). Estes, porém, não serão abordados aqui.

²⁷⁰ Em 2005, ano da criação da ANAC, já existiam, por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

²⁷¹ Essas instituições já se encontravam previstas nos regimentos internos anteriores.

de todos os processos em curso na Agência, exceto os que possam violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém. Quando da criação da ANAC, já havia uma clara percepção doutrinária de que “as consultas e audiências públicas são procedimentos vinculados e obrigatórios, pelos quais se desenvolve a participação dos agentes regulados, por meio das etapas de propositura, de discussão e de decisão dos atos regulatórios” (MENEZELLO 2002, 130).

O Regimento Interno exige a realização de consulta ou audiência pública no curso do processo decisório quando a matéria em discussão implicar um ato normativo que afete direitos de empresas e de trabalhadores do setor, de usuários do serviço de aviação civil e da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica. No entanto, a Lei nº 11.182/2005, que instituiu a ANAC, exige audiência pública nesses casos. Em síntese, como se trata de uma Agência responsável por regular o setor de aviação civil, praticamente todas as resoluções que elaborar deveriam passar por uma audiência pública. Por isso, o número de audiências realizadas é significativamente maior ao número de consultas públicas.

Na prática, porém, a exigência legal de audiência pública foi vista como um desagradável empecilho, tendo havido um “ajuste semântico” na regulamentação. A Instrução Normativa da ANAC nº 18, de 17 de fevereiro de 2009, que trata dos procedimentos a serem adotados em caso de audiência ou consulta pública, cria a categoria das audiências presenciais e a das audiências não presenciais. Estas se processam como uma consulta pública típica de outras agências reguladoras. Além disso, a relativa discricionariedade conferida pela Lei para realizar ou não uma audiência pública para determinada minuta de resolução – e a falta do detalhamento regulamentar do critério a ser utilizado para essa escolha – faz o número de resoluções aprovadas ser significativamente maior do que as audiências e as consultas públicas realizadas.

Estas instituições possuem os seguintes objetivos, de acordo com o art. 107 do Regimento Interno da ANAC:

- I - recolher subsídios para o processo decisório da Agência;
- II - assegurar aos agentes e usuários dos respectivos serviços o encaminhamento de seus pleitos e sugestões;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, os aspectos relevantes da matéria objeto da audiência pública; e
- IV - dar publicidade à ação regulatória da Agência.

A consulta e a audiência pública são mecanismos institucionais que canalizam a participação da sociedade civil organizada e desorganizada. Não se exige o

preenchimento de certos requisitos subjetivos para que alguém exponha suas opiniões por meio dessas instituições. O cidadão comum, enfim, tem o direito de participar como cidadão e não necessariamente como representante necessário de alguma entidade regulada nem precisa justificar vestibularmente seu interesse específico no setor (no caso de um usuário, por exemplo).

A audiência pública, em verdade, abarca um procedimento de consulta pública, em que são encaminhadas, formalmente, contribuições e sugestões por escrito. Todas as sessões presenciais são gravadas e ficam acessíveis posteriormente a quem solicitar. Elas são dotadas de algumas formalidades, na medida em que as entidades presentes apenas podem manifestar-se depois de inscritos e durante o período de tempo determinado pelo Presidente da Mesa. A consulta pública, por outro lado, tem aplicação mais ampla, podendo ser realizada por órgãos específicos para permitir a participação e colher subsídios e informações de atores setoriais e da sociedade civil.

Sua prática demonstra que elas, de fato, funcionam como um freio (*check*) sobre o órgão regulador. Todas as contribuições aportadas são hercúlea e individualmente respondidas e a Agência apresenta o motivo que a levou a aceitar ou a recusar a contribuição. Não é, portanto, trivial que o órgão regulador adote posturas obscuras, à luz de motivações que não queria expor, na medida em que é obrigado a fundamentar cada posição sua em face de outras posições publicamente declaradas.

A presença de cidadãos desvinculados de qualquer interesse corporativo no processo evidencia que há uma ponte concreta com a esfera pública.²⁷² Além disso, a obrigatoriedade de disponibilizar em seu sítio na rede mundial de computadores os atos normativos objetos de audiência ou consulta pública, imposta à Agência pelo seu próprio Regimento Interno, potencializa a participação e, mais do que isso, a qualidade da participação.

Todas as contribuições feitas permanecem públicas para serem examinadas não só pela Agência, mas por qualquer outro interessado, inclusive outra pessoa ou entidade que haja contribuído. Essa possibilidade de um participante observar os argumentos do outro é positiva e estreitamente conexa a um ambiente democrático-deliberativo ou

²⁷² Há mesmo consultas públicas em que o número de contribuições de cidadãos individuais e de associações cujo objeto é, à primeira vista, desvinculado do setor (associações de moradores, por exemplo) representa a maior parte dos aportes. Foi caso, por exemplo, da consulta pública aberta em 19 de novembro de 2008, com o objetivo de revogar a Portaria 187/DGAC, de 8 de março de 2005, que impunha uma série de limitações operacionais ao aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro.

participativo, conforme sustentado no primeiro capítulo. Isso traz, ao menos, duas grandes vantagens ao debate público.

A primeira vantagem é o fato de o diálogo, direto ou indireto, entre os atores na arena comunitária, permitir uma espiral positiva na evolução da compreensão dos problemas postos em discussão. Argumentos, contra-argumentos, sínteses e antíteses permitem, mais tímida ou mais explicitamente, a centrifugação de uma maiêutica que decanta, para o órgão regulador, os substratos e os indícios de qual medida mais se aproxima do bem comum. Além disso, sedimenta-se uma cultura de participação cidadã, em uma linha bastante aristotélica, no sentido de que a ética só se adquire pela prática, isto é, o comportamento apenas se adquire pelo próprio comportamento.²⁷³ Em outras palavras, a cultura de participação se reforça à medida que a participação se intensifica.

A outra vantagem ao próprio debate público que pode ser apontada na forma como a discussão é estabelecida no âmbito das consultas e audiências públicas da ANAC inter-relaciona-se, em alguma medida, à primeira vantagem apresentada. Ela consiste na pressão positiva para que os participantes justifiquem suas posições ou proposições com fundamento em argumentos reconhecidos publicamente. Argumentos que representem interesses econômicos individuais ou que justifiquem posições radicalmente corporativas tendem a ser menos legitimados no próprio debate. Isso, mais uma vez, evita que o órgão regulador – em verdade, o polo deliberativo da discussão, pois é quem terá a palavra final – perca-se em argumentos e posições publicamente pouco consistentes.

A abertura do processo de produção de políticas públicas desde o seu início é, conforme já salientado, primordial para a concepção neorrepublicana de democracia contestatória, tal como elaborada por Pettit (*Republicanism: a theory of freedom and government* 1997). O rastreamento dos interesses dos cidadãos, na busca pelo bem comum, deve estar na raiz da conformação das normas. Isso também traz a benesse de permitir igual acesso a todos à possibilidade de ser ouvido, no sentido de que a instituição de canais formais para a realização dessa comunicação desativa ou enfraquece os canais informais que, de outra forma, seriam o caminho seguido pelos grupos de interesse com poder suficiente para conseguir essa abertura.

Um aspecto, porém, deve ser ressaltado para evitar que a consulta e a audiência pública recaiam em uma lógica pluralista em vez de republicana. O compromisso do

²⁷³ Essa percepção sobre a prática ética consta da *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES 2002).

órgão regulador não deve ser apenas (re)equilibrar, em um esquema negocial, os interesses que se apresentam conflitantes no setor. Isso invariavelmente marginalizaria os grupos que, mesmo com a abertura democrática dos procedimentos, não fossem capazes de organizar-se e manifestar-se. Assim, a Agência nunca pode considerar as razões apresentadas pelos interessados nesses procedimentos como suficientes para fundamentar uma decisão política. O mérito defendido por cada participante deve ser considerado um indício e ser submetido a uma reflexão crítica pela própria burocracia.

Afora a audiência e a consulta pública, outra instituição relevante na modulação republicana do processo decisório é o Conselho Consultivo da Agência. Esse órgão tem a função de assessorar a diretoria – não tem, portanto, competência decisória propriamente dita. A lei instituidora da ANAC faz uso de uma linguagem nitidamente republicana para defini-lo como o “órgão de participação institucional da comunidade de aviação civil na Agência” (Lei nº 11.182/2005, art. 20).²⁷⁴ Uma linguagem liberal pura possivelmente não salientaria esse aspecto e tenderia a enxergar esse órgão como um *bunker* da sociedade dentro da Agência.

O Conselho Consultivo da ANAC exerce sua atribuição de assessorar a Diretoria emitindo pareceres sobre os assuntos submetidos à sua análise, além de avaliar e posicionar-se sobre os relatórios anuais da Diretoria e poder exercer outras atividades que ela atribuir-lhe. É à Diretoria que compete aprovar o Regimento Interno do Conselho Consultivo. Ao Diretor-Presidente da Agência, que também presidirá o Conselho Consultivo, cabe designar os seus dezoito membros oriundos da sociedade.

A Agência Nacional de Aviação Civil foi instalada, de fato, no dia 20 de março de 2006 e o Conselho Consultivo teve sua instalação aprovada mais de um ano mais tarde, pela Resolução da ANAC nº 11, de 10 de julho de 2007. O Regimento Interno do Conselho ainda levou mais de um ano a partir da sua instalação para ser aprovado pela Diretoria da Agência, o que ocorreu mediante a Resolução nº 60, de 20 de novembro de 2008.

O Conselho Consultivo da ANAC, no exercício de suas competências, é muito dependente da Diretoria da Agência, que termina por controlar a sua efetividade. Uma série delas só pode ser exercida sob provocação da própria Agência. No seio de um processo de elaboração normativa, por exemplo, o órgão não pode opinar nos autos,

²⁷⁴ A existência de um Conselho Consultivo, com essa mesma definição, foi, como se verá, uma inovação da Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) no âmbito da Anatel.

exceto se solicitado pela Diretoria. Para agir voluntariamente, deve contentar-se, genericamente, em “propor diretrizes, oferecer subsídios e contribuir para a implementação da Política de Aviação Civil” e “propor ações que contribuam para a defesa do usuário do transporte aéreo e a adequação da regulação técnica e econômica da aviação civil e da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária” (art. 6º, I e VIII, do Regimento Interno do Conselho Consultivo). A redução da efetividade do Conselho Consultivo também é agravada em função da periodicidade – trimestral – de suas reuniões.

Exceto este problema, pode-se dizer que o Conselho Consultivo trata-se, efetivamente, de um órgão voltado à participação da sociedade, porquanto o único representante do Estado é, além do Presidente, um membro indicado pelo Comandante da Aeronáutica. De acordo com o § 2º do art. 34 do Regulamento da ANAC, aprovado pelo Decreto nº 5.731/2006, o Conselho Consultivo é composto por membros indicados por organizações representativas dos seguintes segmentos da sociedade:

- I - três representantes das empresas de serviços de transporte aéreo;
- II - um representante das empresas de serviços aéreos especializados;
- III - quatro representantes dos usuários de serviços aéreos;
- IV - dois representantes dos exploradores de serviços de infra-estrutura aeroportuária;
- V - dois representantes da aviação geral, aeroclubes e aerodesporto;
- VI - dois representantes da indústria aeronáutica e de manutenção aeronáutica;
- VII - dois representantes dos trabalhadores do setor;
- VIII - um representante das instituições de formação e adestramento de pessoal destinado à aviação civil; e
- IX - um representante das empresas prestadoras de serviços auxiliares.

As portas de entrada para o Conselho Consultivo da ANAC são cuidadosamente segmentadas conforme os feixes de interesses econômicos vinculados ao setor da aviação civil. Os trabalhadores são apartados da indústria, que se distingue das empresas prestadoras de serviços, que, por sua vez, se dividem em quatro segmentos. Os canais possíveis para a participação da sociedade civil organizada, em definição mais restrita²⁷⁵, são dois: por meio da representação dos usuários dos serviços aéreos e por meio de representantes da aviação geral. Há uma ausência notável de representantes da sociedade civil mais ampla, sobretudo da academia e de outros setores da economia. Apesar disso, a forma de segmentação ainda é bastante conectada à tradição republicana.

²⁷⁵ Considera-se definição mais restrita, aqui, a que expele os que possuem interesse econômico direto no setor, conforme o entendimento comumente esposado pela ONU, já apontado na nota de rodapé nº 165.

Na experiência histórica republicana apresentada no primeiro capítulo, pôde-se ver claramente que a representação da sociedade, no paradigma de um sistema misto de inspiração romana que persistiu razoavelmente até a Revolução Americana, dava-se mediante a segmentação do corpo social em, pelo menos, dois grupos: a pequena elite letrada, rica e, supostamente, virtuosa, e o povo. A coordenação institucional do governo significava a coordenação política desses dois grupos. Assim o foi na república romana, nas repúblicas do norte da Itália ao cabo da Baixa Idade Média e nas composições políticas anglo-saxãs, a partir de quando o modelo passou a ser contestado.

Como se viu, a segmentação social não se mostrou uma alternativa bem-sucedida nas repúblicas norte-americanas. A inexistência de uma elite natural corroe qualquer possibilidade de divisão social. O indivíduo, portanto, foi reduzido ao próprio indivíduo e não mais visto como representante de um grupo social. Por outro lado, a defesa de interesses segmentados suprimiu a ideia tradicional de que qualquer iniciativa nesse sentido seria a corrupção da virtude republicana. O interesse, agora legítimo, passou a servir, de alguma forma, como critério de distinção e agrupamento da representação. Isso se reflete em muitas estruturas organizacionais contemporâneas, entre as quais o Conselho Consultivo da ANAC.

A dificuldade se manter um órgão como esse, em que os membros não são originariamente vinculados à Agência e possuem outras atribuições profissionais concomitantes – estas, as que os sustentam –, é o risco de vê-lo esvaziado tecnicamente por uma falta de continuidade dos trabalhos. Houve uma preocupação regimental em reduzir esses riscos ao se atribuir à Assessoria Técnica da Diretoria da ANAC o papel de secretariar executivamente o Conselho Consultivo (art. 19, VII).

Além dessas três instituições – a audiência pública, a consulta pública e o Conselho Consultivo –, cumpre destacar a relevância das atribuições do CONAC. O CONAC possui, estatutariamente, um rol de competências relevantes e fundamentais no setor da aviação civil, entre as quais propor o modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária ao Presidente da República, aprovar as diretrizes de suplementação de recursos para linhas aéreas e aeroportos e aprovar o plano geral de outorgas de linhas aéreas.

Um aspecto interessante na comparação da estrutura e da composição da ANAC com a do CONAC é a desigualdade na existência de instituições tipicamente republicanas de promoção da participação política. O CONAC compõe-se exclusivamente de Ministros de Estado, além do Comandante da Aeronáutica. Nem o

Presidente nem qualquer outro membro da ANAC tem assento estatutário no CONAC²⁷⁶, que delibera mediante Resolução – a ser seguida pela ANAC.

A ANAC, por outro lado, como já se mostrou é dotada de várias instituições que garantem uma permeabilidade das suas decisões à participação social. Porém, a ANAC tem, supostamente, um papel técnico. A diretriz propriamente política de suas atividades é dada pelo CONAC, que não possui pontes institucionais com a Agência que garantam o aproveitamento do caráter republicano desta àquele. Parece haver, portanto, alguma inversão ou, ao menos, uma incoerência entre os papéis de cada um dos dois órgãos e suas aberturas republicanas.

Verificando mais de perto a atuação histórica do CONAC, contudo, pode-se perceber que ele não é um órgão de funcionamento permanente ou mesmo periódico. O Conselho de Aviação Civil não emitiu quaisquer resoluções nos anos de 2000, 2001, 2002, 2004, 2005 e 2006. Em 2003, emitiu 17 e, 2007, 26, sendo 13 entre 20 e 30 de julho.²⁷⁷ Ainda, de acordo com Rodrigo Pinto de Campos (2008), as resoluções do CONAC possuem prescrições genéricas que sequer podem ser consideradas fixação de política pública; elas referem-se a situações concretas e representam tentativa de intervir nas atividades do órgão regulador.

Em termos práticos, assim, a elaboração das políticas públicas para o setor termina por ocorrer no âmbito da própria Agência, de forma desorganizada e pouco clara. Na ausência de diretrizes políticas a serem efetivamente seguidas, as decisões supostamente técnicas da Agência bambeiam a esmo ou assumem escolhas políticas que

²⁷⁶ O Diretor-Presidente da Agência é, no entanto, convidado permanente do Conselho, assim como o Presidente da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e o Diretor-Geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (Decea).

²⁷⁷ “Deveras, o Brasil viveu, a partir do acidente que envolveu o vôo GOL 1907, em 29.09.2006, uma crise sem precedentes no serviço de transporte aéreo de passageiros. O chamado ‘apagão aéreo’ teve sua fase mais aguda daquela data até 30.03.2007, quando um motim generalizado de controladores de vôo paralisou, por quase 12 horas, o tráfego de aviões no Brasil. Durante todo o período, o Governo Federal foi fortemente instado pela Sociedade a tomar medidas concretas a fim de superar a crise, mas revelou-se incapaz de dar uma resposta a contento. Ainda assim, transcorreram alguns meses de suposta calma até que o problema recrudesceu, em virtude do acidente com o vôo TAM 3054, em 17.07.2007, no Aeroporto de Congonhas. As circunstâncias nas quais ocorreu a tragédia – por envolverem suspeitas de má gestão do aeroporto mais movimento do País e de falhas da ANAC no exercício de sua atividade fiscalizatória – aliadas à comoção nacional causada pela morte de 199 pessoas apenas 9 meses e 18 dias após o evento anterior, que já havia vitimado outras 154, tornaram insustentável a letargia em que se encontrava mergulhado o Poder Executivo. Entendeu-se oportuno, então, reativar o CONAC e fortalecer o seu papel institucional, a fim de contrapô-lo à Agência Reguladora, àquela altura enfraquecida politicamente e gozando de péssima imagem junto à opinião pública. Daí o porquê da intensa produção de normas a partir de julho de 2007.” (CAMPOS 2008, 166-7)

não ficam evidentes no corpo de seu processo decisório nem são postas em discussão mediante as instituições republicanas de participação da sociedade.

3.2.3. A ANAC e as normas internacionais

Existe uma relação íntima entre o direito aeronáutico nacional e o direito internacional. Além de serem constantes as pontes com os organismos internacionais, como a OACI, na condução do setor no País, o direito aeronáutico internacional é amiúde objeto de convenções internacionais e acordos bilaterais, que seguem os trâmites constitucionalmente previstos para a integração ao ordenamento jurídico pátrio. No plano internacional, negociam-se, com frequência, ainda, liberdades de voo e de prestação de serviços reciprocamente entre países. O peso dos tratados e das normas internacionais na regulação setorial brasileira é tão grande que o CBA, antes mesmo de dizer a que veio, estabeleceu: “Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar”.

Há uma série de tratados, convenções e protocolos internacionais em que o Brasil é ou foi parte no setor da aviação civil. Destaca-se, em primeiro lugar, a Convenção de Varsóvia, de 1929, a primeira a unificar regras para o transporte aéreo internacional. Limitando a responsabilidade do transportador em caso de acidente, podem-se citar o Protocolo de Haya, de 1955, o Acordo de Montreal, de 1966, a Convenção da Guatemala, de 1971, e os Protocolos de Montreal I, II, III e IV, de 1975. A Convenção de Roma, de 1933, e seu Protocolo Adicional, de 1938, assinado em Bruxelas, trataram dos danos causados por aeronaves em terceiros, na superfície. A Convenção de Roma e a de Genebra, de 1948, abordaram o direito de propriedade sobre as aeronaves, sobretudo em case de execução de garantia real. Mais recentemente, houve mais atenção à proteção contra ataques e interferências ilícitas a voos, aeroportos e instalações de auxílio à navegação aérea, refletida nas Convenções de Tóquio, de 1963, de Haya, de 1970, e de Montreal, de 1971. Houve, ainda, o Acordo entre o governo brasileiro e o governo americano para a promoção da segurança da aviação, celebrado em Brasília, em 22 de março de 2004.

De todas as convenções internacionais de que o País é parte, a mais relevante é, sem dúvida, a Convenção de Chicago, de 7 de dezembro de 1944, que foi promulgada no País pelo Decreto nº 21.713, de 17 de agosto de 1946. Essa Convenção foi um marco

para a cooperação internacional na aviação civil e criou a Organização de Aviação Civil Internacional. Essa Organização, conforme já apresentado, por sua vez, é o principal polo de governança do setor em plataforma global. A ratificação da Convenção pelo Brasil implicou a aceitação de todas as suas cláusulas – não houve reservas – e de toda a normatização (e pseudonormatização) secundária, as SARPs, nos termos do art. 37 da Convenção²⁷⁸. A vinculação do País a esses documentos e a relevância atribuída a eles é refletida, por exemplo, nos considerandos do Decreto nº 54.203, de 23 de agosto de 1964²⁷⁹, e no rol de competências da ANAC²⁸⁰.

Discutindo se os anexos técnicos produzidos pelo Conselho da OACI possuem aplicabilidade direta na ordem jurídica portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia (2005) firma o entendimento de que eles não configuram normas jurídicas internacionais plenas e carecem de cogência perante os Estados e suas ordens jurídicas. O Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa argumenta que a imposição de simples obrigação de notificação aos Estados, existindo a possibilidade juridicamente prevista de não cumprimento, e o fato de consistirem em relações jurídicas entre a OACI e um Estado específico, não se estendendo à coletividade dos convenientes, retiram dos anexos técnicos a eficácia normativa necessária para a incorporação na ordem jurídica interna.²⁸¹ Não se admite que sejam recepcionados automaticamente,

²⁷⁸ Esse dispositivo foi objeto de discussão na subseção 2.3.1 desta dissertação.

²⁷⁹ O Decreto nº 54.203/1964 determina a observância, no Brasil, das Normas e Recomendações constantes da 5ª edição do Anexo 9 à Convenção da Aviação Civil Internacional, que dispõe sobre a facilitação do transporte aéreo. Lê-se, no primeiro considerando: “ATENDENDO a que, nos termos da Convenção da Aviação Civil Internacional, formada em Chicago em 1944 e promulgada pelo Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, o Brasil se comprometeu a observar as Normas e Recomendações internacionais que, sob a denominação de Anexo à Convenção, forem adotadas com aprovação da maioria dos Estados contratantes, ressalvada a faculdade de cada um notificar as diferenças com que as observará nos casos em que colidirem com a sua legislação ou não as considerar convenientes aos interesses nacionais”.

²⁸⁰ O art. 8º da Lei nº 11.182/2005 atribui à ANAC, entre outras, a competência de “(...) promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil (...)”. Em relação a disposições internacionais acerca de segurança, admite-se, quando muito, que a ANAC delibere tecnicamente acerca da interpretação das normas e recomendações internacionais.

²⁸¹ Ressalte-se que, da Constituição portuguesa, consta o seguinte dispositivo: “As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”. Gouveia (2005) ainda complementa, justificando porque não se aplica tal dispositivo constitucional: “a normatividade dos anexos técnicos está estritamente dependente da actividade colaborante dos Estados, para quem a própria Convenção de Chicago remete a solução jurídica de se conseguir a harmonização da regulamentação técnica internacional. A este mesmo resultado chega o Parecer nº 30/90 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República: ‘As disposições emanadas no seio da Organização de Aviação Civil Internacional, assim, necessitarão de regulamentação interna concordante com a sua própria regulamentação para que o sistema instituído se revele eficaz e aplicável: as especificações da Organização de Aviação Civil Internacional não são, de acordo com este sector doutrinal, ipso facto, aplicáveis no território dos Estados contratantes’”.

mas se admite que sejam transformados em regulamentos administrativos emanados pelo órgão regulador da aviação civil português.

A internalização dos anexos técnicos à Convenção de Chicago não ocorre da mesma forma que os tratados. O meio pelo qual elas são integradas ao direito nacional, porém, apenas se tornou explícito a partir de 21 de maio de 2008, com a Resolução da ANAC nº 30. Esta norma instituiu o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC), que tem por objeto “as normas e procedimentos recomendados pela Organização de Aviação Civil Internacional – OACI, contidos nos Anexos à Convenção sobre Aviação Civil Internacional e aplicáveis às matérias de competência da ANAC (...)” (art. 2º), buscando cumprir o art. 37 da Convenção.²⁸² O RBAC deve ser submetido a consulta ou audiência pública (art. 7º). No entanto, até recentemente, havia casos – alguns dos quais ainda resistem – em que normas e recomendações da OACI produzem efeitos no Brasil e condicionam os atos da Administração Pública sem terem sido submetidos a um procedimento contestatório realmente aberto.²⁸³ Ainda que uma resolução da ANAC incorpore uma norma da OACI ao direito brasileiro, o fato de o documento já ser reconhecidamente uma norma aplicável ao País não confere margem para não a cumprir. A legislação brasileira, em muitos casos, adota essa abordagem para com os documentos da OACI, como se o único caminho fosse cumpri-los. Veja-se, nesse sentido, o disposto no CBA:

Art. 94. O sistema de facilitação do transporte aéreo, vinculado ao Ministério da Aeronáutica, tem por objetivo estudar as normas e recomendações pertinentes da Organização de Aviação Civil Internacional - OACI e propor aos órgãos interessados as medidas adequadas a implementá-las no País, avaliando os resultados e sugerindo as alterações necessárias ao aperfeiçoamento dos serviços aéreos.

Já se viu que a produção normativa no âmbito da OACI não é dotada de uma participação democrática exemplar, na medida em que carreada pelo Conselho sem canal institucional com a sociedade civil, o que lhe retira muito da parca participação dos próprios Estados convenientes e, conseqüentemente, muito da sua eficácia. Uma saída para esse beco de ilegitimidade em busca da concretização de um processo republicano de produção normativa lida necessariamente com dois momentos: o

²⁸² Trata-se dos Anexos nº 1 (Licença de Pessoal), 5 (Unidades de Medida a serem Usadas em Operações em Voo e no Solo), 6 (Operação de Aeronaves), 7 (Marcas de Nacionalidade e Matrícula de Aeronaves), 8 (Aeronavegabilidade de Aeronaves), 9 (Facilitação), 14 (Aeródromos), 16 (Proteção Ambiental), 17 (Segurança: Proteção da Aviação Civil Internacional contra Atos de Interferência Ilícita) e 18 (O Transporte Seguro de Produtos Perigosos pelo Ar).

²⁸³ Podem ser verificados, inclusive, casos em que portarias do Departamento de Aviação Civil (DAC) remetiam a normas emitidas pela *Federal Aviation Administration* (FAA), entidade reguladora do setor nos EUA, recepcionando automaticamente também todas as alterações posteriores.

momento posterior à formulação da norma ou do método recomendado, consubstanciado na efetiva internalização da norma ou pseudonorma no País, mas também o momento anterior, de articulação e debate preliminares à própria formação do documento na OACI.

Em relação a isso, é ao CONAC que compete “estabelecer as diretrizes para a representação do Brasil em convenções, acordos, tratados e atos de transporte aéreo internacional com outros países ou organizações internacionais de aviação civil” (art. 2º, I, do Decreto nº 3.564/2000). Essa competência, todavia, tem sido parcamente exercida. As únicas manifestações do Conselho em relação a isso tratam das operações internacionais de empresas aéreas brasileiras, estabelecendo diretrizes para a regulação da ANAC no âmbito interno e na atuação da Agência e dos delegados brasileiros no cumprimento e na formalização de acordos bilaterais internacionais em que se transem direitos de voo.²⁸⁴ Em nenhum momento, o CONAC estabeleceu orientações a respeito da abordagem a ser seguida pela ANAC ou pelo País na leitura, no cumprimento ou na recepção dos anexos técnicos da Convenção de Chicago ou em sua atuação na OACI.²⁸⁵

Para auxiliar a atuação da Agência na OACI, foi criada, recentemente, por meio do Decreto nº 6.055, de 6 de março de 2007, a Delegação Permanente do Brasil junto à Organização de Aviação Civil Internacional. O objetivo disso foi dar mais um passo no processo de desmilitarização da Agência, na medida em que a referida Delegação seria o ponto oficial de comunicação com a OACI, teria membros civis e militares em composição praticamente paritária²⁸⁶ e, finalmente, estaria submetida à coordenação do Ministério das Relações Exteriores (MRE), o que antes não ocorria. Essa medida denota a crescente relevância que o Brasil vem atribuindo à Organização e, por outro lado,

²⁸⁴ Em relação aos direitos de voo, saliente-se o papel do Plenário da ANAC, que, segundo o art. 103 do Regimento Interno, tem competência para “(...) apreciar as matérias relacionadas com aviação civil internacional que subsidiarão as decisões da Diretoria”. Trata-se de um ambiente de concertação internacional, frequentemente ocorrido em um processo de audiência aberto à participação das empresas aéreas brasileiras, para negociação bilateral internacional com outros países – e com empresas de outros países – de direitos recíprocos de voo, como frequência semanal, capacidade, limites tarifários entre outros.

²⁸⁵ De acordo com o art. 8º, II, da Lei nº 11.182/2005, compete à Agência “representar o País junto aos organismos internacionais de aviação civil, exceto nos assuntos relativos ao sistema de controle do espaço aéreo e ao sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos”.

²⁸⁶ “Art. 2º O Chefe da Delegação Permanente do Brasil junto à OACI dispõe de um Assessor de Transporte Aéreo Internacional, indicado pela Diretoria da ANAC, e de um Assessor de Navegação Aérea Internacional, indicado pelo Comando da Aeronáutica, de acordo com o Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006” (Instrução Normativa nº 16, de 18 de dezembro de 2008).

também a relevância atribuída a uma instância preliminar de formação de posição brasileira, mediante um debate informado do próprio País.

Recebidos os documentos da Delegação Permanente do Brasil junto à OACI, a Superintendência de Relações Internacionais da ANAC classifica-os em informativos (divulga orientação relativa à aviação civil, informa sobre as atividades da OACI ou convida para ou solicita a participação em atividades da OACI) ou consultivos (proposta ou adoção de emenda a algum Anexo). No caso de documentos consultivos, são etapas necessárias a distribuição, a emissão de parecer e a consolidação de uma resposta final, sinalizando a posição do Brasil ou, se for o caso, a adoção ou não da emenda.

3.2.4. Estudo de casos

3.2.4.1. Infraestrutura aeroportuária

Uma das facilidades essenciais para que haja aviação civil é a existência de infraestrutura aeroportuária apta e compatível para pousos e decolagens. Existe, assim, uma série de requisitos de segurança operacional (*safety*) e de segurança contra atos de interferência ilícita (*security*). As exigências de *safety* e *security* dos aeródromos constam do Anexo 14 à Convenção de Chicago. Abordam-se, entre outros temas, as condições geográficas em que deve ser situado um aeródromo, as ações e os equipamentos de combate a incêndio e de outras emergências, as características das pistas, as operações de remoção de obstáculos, a padronização dos sinais visuais, os sistemas elétricos e as cores das luzes a serem utilizadas.²⁸⁷

A ANAC define requisitos para os aeródromos por meio do RBAC nº 154, aprovado pela Resolução nº 93, de 11 de maio de 2009. Até a publicação dessa Resolução, entretanto, a norma que regia os projetos de aeródromos e que fundamentava a atividade de fiscalização era o próprio Anexo 14 – em inglês. O RBAC nº 154 representa mais propriamente uma tradução de diversos elementos do Anexo 14, embora não trate de todos os temas que são abordados nesse documento.²⁸⁸

²⁸⁷ Para uma leitura do Anexo 14, v. <http://pt.scribd.com/Annex-14-ICAO/d/5509407> (último acesso em 19 de março de 2011).

²⁸⁸ As contribuições à audiência pública que originou o RBAC nº 154, bem como a resposta a elas, não estão disponíveis para consulta pelo sítio eletrônico da ANAC e as solicitações dirigidas à Agência não foram respondidas, portanto não se pode ver, com mais detalhes, se houve propostas que

Em maio de 2009, equipe encarregada do Programa Universal de Supervisão da Segurança Operacional (USOAP), da OACI, auditou diversos aspectos da aviação civil brasileira. Verificou-se o cumprimento do Anexo 6 (operações de aeronaves), do Anexo 8 (certificação de aeronavegabilidade), do Anexo 11 (serviços de tráfego aéreo), do Anexo 13 (investigação de acidentes aeronáuticos) e do Anexo 14 (aeródromos). Era grande a expectativa diante dessa auditoria, porquanto havia mais de nove anos da última vez que ela tinha ocorrido:

A Organização Internacional de Aviação Civil (Oaci, na sigla em inglês) se prepara para uma nova auditoria do sistema de aviação civil do País. (...) Sem entrar em detalhes por ainda estar vinculado à Anac, Allemander avalia que o Brasil corre o risco de ser rebaixado na classificação internacional para a categoria 2, o que automaticamente congelaria novas frequências para o Exterior. “E se formos para a categoria 3, não podemos sobrevoar esses territórios e os países passam a desaconselhar nossas empresas aos passageiros”, alertou. “Mas o problema não é a companhia aérea e nem seus serviços prestados (no caso da Tam)”, disse. Por dedução lógica, os problemas poderiam ser relacionados à segurança do espaço aéreo, infraestrutura aeroportuária e à regulamentação do setor. (NIEMEYER 2008)

Em 2008, uma série de aeroportos já havia sido interditada pela ANAC, muitos deles no interior da Amazônia.²⁸⁹ A alegação da Agência foi comum a praticamente todos: falta de segurança operacional, causada pelo descumprimento às regras setoriais (o Anexo 14). Entre os motivos concretos, estavam a existência de lixão próximo à pista, a falta de lâmpadas no balizamento da pista, a ausência de veículo, equipamentos e pessoal do Corpo de Bombeiros dedicados ao aeródromo, a deterioração das cercas que circundam a pista e a inexistência de equipamentos de raios X.

Por meio da Resolução da ANAC nº 84, de 11 de maio de 2009, foi aprovado o Programa de Segurança Operacional Específico da Agência Nacional de Aviação Civil (PSOE-ANAC), que passou a integrar o Programa Brasileiro para a Segurança Operacional da Aviação Civil (PSO-BR), convênio entre a ANAC e o Comando da Aeronáutica. O PSO-BR foi motivado por uma iniciativa da OACI que emendou os Anexos 6, 11 e 14 e buscou harmonizar internacionalmente os requisitos de gerenciamento de segurança operacional. O PSOE-ANAC instituiu uma série de regras para a segurança operacional da aviação civil, com o propósito de alcançar Níveis Aceitáveis de Segurança Operacional (NASO). “O estabelecimento de NASO busca o alinhamento com as normas da OACI e a adoção de uma abordagem de regulação

destoavam do teor original do Anexo 14 e quais os fundamentos utilizados para a incorporação ou recusa.

²⁸⁹ Entre os aeroportos interditados, estavam os de Itaituba, Altamira, Parintins, Coari, Eirunepé, Borba, Manicoré, Humaitá, Lábrea, Fonte Boa, Barcelos, Santa Isabel do Rio Negro e São Paulo de Olivença. V., por exemplo, Portal ORM (2008) e Diário do Amazonas (2008).

baseada na definição de requisitos atrelados ao desempenho do gerenciamento da Segurança Operacional” (art. 4º, parágrafo único)

Em 2009, igualmente, mais de cem aeroportos foram interditados, também por razões relacionadas à segurança operacional. De acordo com Solange Vieira, então diretora-presidente da Agência, “a Anac endureceu, sim. A gente tem, na verdade, feito cumprir as exigências. Uma auditoria internacional no ano passado nos cobrou isso. Procuramos sentar com o governo do estado, que, junto com o governo municipal, tem a responsabilidade de buscar as soluções. Tão logo elas são alcançadas, liberamos o aeroporto para tráfego” (Anac fechou mais de cem aeroportos em 2009 por não cumprirem condições de segurança 2010).

A forte atuação da Agência na Amazônia para fazer valer as regras da OACI provocou um estardalhaço social e político. A Região Amazônica é altamente dependente do transporte aéreo para que a população exerça seu direito de ir e vir. Em algumas áreas, o único modal de transporte capaz de interligá-las ao resto do Brasil com certa segurança e eficiência é o aéreo.²⁹⁰ Em outubro de 2009, os governadores dos estados da Amazônia Legal reuniram-se e divulgaram a Carta de Macapá, na qual se lia, entre as decisões tomadas, “indicar a revisão imediata pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil dos critérios de homologação dos aeródromos da Amazônia e que a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), em conjunto com os governos estaduais, promovam melhorias e ampliação da infraestrutura aeroportuária em operação”. (O Globo 2009) Senadores e deputados de estados do Nordeste também fizeram manifestações, sublinhando o fato de que os aeroportos interditados eram de extrema importância para a Região, que obtém boa parte de sua renda da atividade turística.

No País, portanto, é e sempre foi aplicado, direta ou indiretamente, o Anexo 14 da Convenção de Chicago para fixação dos requisitos operacionais dos aeroportos. Todavia, a aplicação razoavelmente irrefletida dessa norma tem levado a interdições de aeroportos. Os requisitos de segurança operacional do Anexo 14 são reconhecidamente elaborados para aeródromos de grande porte, notadamente de perfil internacional. A exigência dos mesmos requisitos operacionais para aeroportos pequenos, com baixa

²⁹⁰ Cite-se como exemplo simbólico o município de São Gabriel da Cachoeira (AM), localizado no extremo noroeste do País, que apenas pode ser acessado por via fluvial ou aérea. Há, porém, sérias restrições ao acesso por meio da navegação fluvial: além das quedas d’água desprovidas de eclusas no trajeto a Manaus, é impossível chegar ao município por meio das embarcações convencionais regulares em épocas de vazante do Rio Negro (setembro a março).

densidade de tráfego, parece desproporcional. A própria ANAC tem manifestado essa compreensão, embora as regras permaneçam as mesmas até hoje:

Solange Vieira, diretora-presidente da Anac, explicou que a agência tem se esforçado para minimizar e reduzir as exigências dos aeroportos de pequeno porte para que não haja interrupção de voos. A avaliação de nível de risco e de movimento dos aeroportos pequenos (especialmente no Norte e no Nordeste), segundo ela, é feita de modo que, mesmo com poucos recursos financeiros, eles possam se adequar às normas, que quase sempre têm grau de exigência para aeroportos de movimento muito grande. (Anac fechou mais de cem aeroportos em 2009 por não cumprirem condições de segurança 2010)

O meio fundamental pelo qual a União, que é a autoridade federativa competente para explorar os serviços de aviação civil, cria condições para que aeroportos menores e com poucos recursos cumpram as regras estabelecidas é o Programa Federal de Auxílio a Aeroportos (PROFAA), cujos recursos originam-se do adicional de 50% sobre as tarifas aeroportuárias.²⁹¹ Todavia, a magra aplicação dos seus recursos não tem sido proporcional à arrecadação, em função de constantes reservas de contingência.²⁹² Isso tem impedido que pequenos aeródromos cumpram as pesadas exigência operacionais.

Em audiência pública realizada em 2009, a ANAC debateu os Critérios Regulatórios para a Implantação, Operação e Manutenção dos Serviços de Prevenção, Salvamento e Combate a Incêndio em Aeródromos Públicos Civis (SESCINC). A proposta de norma objetivava readequar as exigências de resposta a emergência (contraincêndio) para aeródromos menores. No Relatório de análise das contribuições referentes à audiência pública, ficou clara a existência de contribuições que clamavam pelo respeito ao Anexo 14 da Convenção de Chicago, fundamentando-se no fato de a SARP ter força normativa e dever ser seguido pelo País, principalmente quando tem caráter de garantia ao consumidor de requisitos mínimos de segurança.

A resposta da ANAC afirmou a competência soberana do Brasil para reger seu próprio espaço aéreo e os serviços que dele façam uso e salientou que o marco regulatório deve promover equitativamente a prosperidade e a integração nacional, na medida em que não ponha em risco a segurança de cidadãos. afirmou que as normas da OACI são aplicáveis quando praticável, existindo o procedimento do art. 38 que permite que o Estado dissinta desses documentos. Concluiu frisando textualmente que

²⁹¹ A aplicação dos recursos do PROFAA é feita de maneira repartida, conforme o art. 1º da Lei nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992: 80% são diretamente pelo Governo Federal, no sistema aeroviário de interesse federal, e 20% são destinados à aplicação nos Estados, em aeroportos e aeródromos de interesse regional ou estadual, bem como na consecução de seus planos aeroviários.

²⁹² De acordo com Daniel Alves da Cunha (2009, 4), entre 1994 e 2007, arrecadaram-se R\$ 949,5 milhões destinados ao PROFAA e foram utilizados somente R\$ 385,2 milhões (cerca de 40% do arrecadado).

a adoção de diferenças em normatização técnica nacional em relação aos padrões estabelecidos pela OACI fica a critério do Estado brasileiro, desde que devidamente motivadas e embasadas em estudos técnicos para cada matéria especificamente (...), chegando-se à conclusão de que a prática da aplicação proporcional de requisitos de segurança operacional é adequada viabilizando economicamente a operação do transporte aéreo brasileiro sem deixar de lado aspectos relacionados à segurança operacional (Agência Nacional de Aviação Civil 2009, 34).

A audiência pública resultou na Resolução nº155, de 6 de outubro de 2009. Ela trabalha com a divisão de aeródromos em quatro categorias, às quais se imprimem diferentes exigências de resposta a emergência: Classe I (menos de 100.000 passageiros anuais), Classe II (entre 100.000 e 399.999 passageiros anuais), Classe III (entre 400.000 e 999.999 passageiros anuais) e Classe IV (1.000.000 de passageiros anuais ou mais). Aos aeródromos de Classe I, por exemplo, estabeleceu-se a possibilidade de atribuir a operação do SESCINC à Guarda Municipal.

O caso das normas de aeroportos é bastante ilustrativo dos efeitos perversos que pode ter a importação inadvertida ou pouco refletida de normas internacionais. Ele evidencia também que a ANAC possui instrumentos institucionais para passar a lidar com as SARPs de forma razoavelmente republicana, porquanto a primeira transformação material das regras da OACI ocorreu à luz desse novo arranjo institucional. Ainda há etapas na formulação das SARPs que não estão propriamente de acordo com uma democracia contestatória ou participativa, entretanto a Agência possui as ferramentas para atuar como uma instância burocrática democrático-deliberativa em face da normatização internacional e preservar a liberdade republicana no setor de aviação civil brasileiro.

3.2.4.2. Sistema satelital de controle de tráfego aéreo

A OACI dirige uma mudança global no controle de tráfego aéreo. Essa mudança implica o abandono dos atuais sistemas baseados em radares terrestres e a utilização de sistemas que fazem uso de satélites para essa tarefa, os Sistemas de Comunicações, Navegação e Vigilância – Gestão do Tráfego Aéreo (CNS/ATM – *Communications, Navigation, Surveillance Systems – Air Traffic Management*). Por operarem tecnologicamente de forma distinta, terem custos diferentes e se tornarem viáveis mediante o uso de modelos diversos, essa mudança traz impactos para todos os países que fazem uso de radares.

Os novos sistemas visam a mitigar problemas surgidos decorrente do aumento dos voos ocorrido mundialmente nas últimas duas décadas. No Brasil, por exemplo, o tráfego anual de passageiros no aeroporto de Congonhas passou de cerca de 4 milhões em 1994 para mais de 12 milhões em 1999; no aeroporto de Guarulhos, em 2001, eram 11 milhões de passageiros e, em 2009, 21 milhões (Agência Nacional de Aviação Civil 2009). Pelo fato de a infraestrutura aeroportuária não ter se expandido no mesmo ritmo que o número de voos, os atrasos em pousos e decolagens tornaram-se mais constantes. Em função disso, os custos por voo das companhias aéreas têm-se elevado, principalmente em razão do maior consumo de combustível.

Os CNS/ATM fazem uso dos Sistemas Globais de Navegação por Satélite (GNSS – *Global Navigation Satellite Systems*)²⁹³, que, integrados a outros sistemas, de satélite geostacionário e terrestre, permite uma troca de informações acurada a respeito da aeronave e do voo.²⁹⁴ Nas aproximações de pouso, em um raio de cerca de 37 km, a comunicação com a aeronave é complementada por um pseudosatélite, posicionado em terra, que garante ainda mais precisão na informação de posicionamento. O objetivo da combinação de vários sistemas distintos é garantir precisão nas informações de aeronavegabilidade, atendendo a requisitos da OACI.²⁹⁵

O plano de adoção dos CNS/ATM começou a ser desenhado a partir de 1981 e previa um cronograma de trinta anos (até 2010) até a realização total de seu ciclo de implantação. Em 1988, o plano foi concluído. A OACI promoveu, em maio de 1998, no Rio de Janeiro, a Conferência Mundial para Implantação dos Sistemas CNS/ATM. Mais de cem países enviaram representantes. Em face da atitude dos EUA de disponibilizar gratuitamente o GPS para OACI e para os CNS/ATM, a Europa, a Rússia e os países em desenvolvimento recearam estar conferindo aos EUA posição dominante nessa área econômica. As conclusões da Conferência, portanto, foram no sentido de realização de mais estudos. (MONSERRAT FILHO 1998) No entanto, o Presidente da República

²⁹³ O GNSS abarca o *Global Positioning System* (GPS), americano, o *Global'naya Navigatsionnaya Sputnikovaya Sistema* (Glonass), russo, e o *Galileo*, europeu.

²⁹⁴ O Sistema de Acréscimo de Desempenho Baseado em Satélite (SBAS – *Space-Based Augmentation System*) é o mecanismo que garante a correção da posição da aeronave, alimentando-a com os dados da estação terrestre, por meio do satélite geostacionário. (CHUJO e WALTER 2006)

²⁹⁵ Segundo a explicação de Amália Chujo e Fernando Walter, “um sistema DGNS que atende normas e recomendações de segurança no transporte aéreo deve cumprir os parâmetros de desempenho RNP (*Required Navigation Performance* – Requisito de Desempenho de Navegação) padronizados pela ICAO: acurácia (maior exatidão), integridade (confiabilidade), disponibilidade (acurácia somada à integridade em qualquer instante) e continuidade (disponibilidade sobre um intervalo de tempo determinado)” (CHUJO e WALTER 2006, 4).

assumiu, na Convenção o compromisso de implantar os novos sistemas no Brasil. (SIQUEIRA 2005)

A Portaria nº 778/GC5, de 5 de outubro de 2001, emitida pelo Comandante da Aeronáutica, fundamentou-se na referida Convenção para aprovar uma política nacional para os CNS/ATM e definir uma estratégia para a sua implementação no País. Entre os objetivos da Política, consta o de “implementação dos sistemas CNS/ATM no Brasil, *consoante com os compromissos já assumidos com a comunidade internacional de aviação civil*” (III, 4 – grifos ausentes no original) e, entre suas estratégias, “apoiar os esforços da OACI na implementação dos sistemas CNS/ATM, utilizando, no que couber, as ‘Normas e Métodos Recomendados’ daquela Organização” (IV, 2).²⁹⁶

Victor Carvalho Pinto elogia os CNS/ATM:

O sistema permitirá que todo o globo terrestre seja monitorado. Além disso, ampliará a digitalização e a automação de processos, tornando a aviação mais precisa e segura. O resultado será um aumento na capacidade do espaço aéreo, cujo uso não mais estará limitado às atuais aerovias. Em consequência, haverá maior flexibilidade na escolha das rotas, o que permitirá a escolha de trajetórias mais diretas entre origem e destino, o que contribuirá para reduzir atrasos, economizar combustíveis e diminuir a poluição. (V. C. PINTO 2008, 55)²⁹⁷

A adoção de CNS/ATM, portanto, daria uma sobrevida às infraestruturas aeroportuárias brasileiras superlotadas, sem que a elas imponham-se obras de ampliação. Contudo, para que esse sistema seja implantado de forma a substituir o atual sistema de radares terrestres utilizados no controle de tráfego aéreo, seria necessária a disponibilidade de um satélite geoestacionário.

Atualmente, os radares possuem utilidade civil e militar. O próprio controle de tráfego aéreo é realizado por uma estrutura militarizada, composta de servidores de carreira militar.²⁹⁸ A utilidade nomeadamente civil – porque relacionada à aviação civil – consiste no controle de tráfego aéreo, ao passo que a utilidade militar apoia-se no fato

²⁹⁶ A Política foi detalhada operacionalmente pela Portaria DECEA nº 109/DGCEA, de 20 de outubro de 2006, que aprovou a edição do Programa de Transição do SISCEAB utilizando o conceito de Sistemas CNS/ATM.

²⁹⁷ José Monserrat Filho (1998) tem a mesma percepção acerca dos CNS/ATM e, em 1999, apontava as deficiências do sistema de radares terrestres que poderiam ser corrigidas com a proposta: “Ele não é, nem pode ser global, como se impõe hoje. Não tem ponto de apoio nos oceanos, que ocupam a maior parte da superfície do planeta. Tampouco tem pontos de apoio nas regiões inóspitas e remotas grandes florestas, cadeias de montanhas, áreas pouco habitadas, etc. Ademais, não tem apoio nos países pobres, sem recursos para construir toda a infra-estrutura necessária. O radar instalado na ilha de Fernando de Noronha, por exemplo, capta os sinais de um avião só até o meridiano 10. A partir dali, a posição do aparelho é seguida pelo controle, em terra, com base em dados fornecidos pelo próprio piloto, via rádio.”

²⁹⁸ Apesar dos movimentos no sentido da desmilitarização da aviação civil, a Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, reforçou a carreira militar de Controladores de Tráfego Aéreo, criando mais cem cargos efetivos.

de eles permitirem o controle do espaço aéreo de quaisquer aeronaves, monitorando eventuais invasões no País. A finalidade militar só tem efeito se o sistema de controle encontra-se completamente operado nacionalmente. Em função disso, há uma forte resistência à utilização de uma infraestrutura estrangeira para o controle do tráfego aéreo, na medida em que a atividade é fortemente ligada à segurança nacional e a estratégias de defesa. Logo, tem-se feito um movimento no governo brasileiro para que sejam adquiridos e lançados satélites geoestacionários brasileiros com o propósito, entre outros, de aplicação em controle de tráfego aéreo.²⁹⁹

Tele.Síntese – Há um acordo internacional que vence em 2010, que diz respeito a tráfego aéreo. O Brasil precisaria ter um satélite geoestacionário, caso contrário, terá que alugar a capacidade de algum satélite estrangeiro. Esse acordo internacional tem prazo para vencer?

Pietroluongo – É o sistema CNS/ATM, novo sistema de controle de tráfego aéreo a ser adotado internacionalmente por meio de acordos internacionais estabelecidos no âmbito da ICAO (*International Civil Aviation Organisation*), organismo internacional que controla o tráfego aéreo. O Brasil tem um compromisso, a partir de 2010, de fazer parte desse sistema CNS/ATM e, para isso, precisa de um satélite geoestacionário. Mas se o país não tiver satélite, terá que alugá-lo, para fazer parte desse sistema. (NEPOMUCENO 2006)

O custo de lançamento de um satélite geoestacionário é comumente estimado entre US\$ 300 e US\$ 350 milhões. Saliente-se que o sistema de radares terrestres não seria abandonado, porquanto ainda seria de utilidade militar. Lançar um satélite geoestacionário brasileiro, portanto, traz nítidos encargos gravosos ao patrimônio nacional. O que está havendo, portanto, é a imposição de uma obrigação – lê-se assim – pela OACI, sem que seja obedecido o rito previsto no art. 49, I, da Constituição Federal.

Não houve qualquer documento normativo no plano internacional que tenha sido internalizado por meio de um procedimento contestatório ou participativo a ponto de se fixar republicanamente o compromisso para com a adoção dos CNS/ATM. Tampouco será o compromisso transposto por meio de RBAC, na medida em que não se trata de anexo técnico à Convenção de Chicago. Ainda, a decisão pela destinação de um satélite geoestacionário nacional a esse sistema, que já se fundamenta em uma política ilegítima do ponto de vista democrático-deliberativo, tende a ser puramente militar e governamental, apoiada em temerários argumentos de que se trata de uma obrigação que deva ser cumprida pelo País, sem ser submetida a qualquer procedimento republicano de verificação de sua legitimidade ou necessidade interna.

²⁹⁹ Prevê-se que o controle do tráfego aéreo seja feito por meio da banda C (4-8 GHz) e por meio da banda L (1-2 GHz).

3.3. Telecomunicações

3.3.1. Histórico do setor e criação da agência reguladora

Pode-se apropriar da tipologia proposta por Fernando Herren Aguillar (2009), já anunciada para descrever o início da relação entre o Estado e o setor de aviação civil no Brasil, com o objetivo de esquematizar as fases da evolução regulatória dos serviços de telecomunicações no Brasil. Apontam-se, assim, três fases: fase da regulação desconcentrada, fase da regulação concentrada e fase do Estado Regulador.³⁰⁰

A partir da Constituição de 1934, já se previa que a União teria alguma competência relacionada aos serviços de telecomunicações.³⁰¹ A primeira linha telegráfica do Brasil foi instalada em 1852, tendo sido o telégrafo logo operado diretamente pelo Estado, por meio da Diretoria Geral dos Telégrafos Elétricos.³⁰² A telefonia iniciou seu percurso no País em 1877, não demorando a alcançar as principais cidades e capitais das províncias. Inúmeras concessões eram dadas no período, em caráter local e interurbano. Não havia, no Brasil, uma grande empresa monopolista de telefonia, como a que logo se formou nos EUA.³⁰³

A densidade telefônica era de 1 telefone para cada 100 habitantes e a exploração do serviço estava distribuído por pouco mais de 100 empresas, em sua maioria de âmbito local ou regional, algumas mantidas pelos governos municipais. A *Companhia Telephonica Brasileira – CTB* detinha 78% dos aparelhos instalados no eixo Rio-São Paulo, enquanto a *ITT* e a *Bond and Share* detinham 12% dos aparelhos instalados, operando no Rio Grande do Sul e na Bahia. (ARANHA 2005, 69)

Antes da Constituição de 1967, no entanto, a competência da União restringia-se a serviços interurbanos e os serviços locais e intraestaduais recaíam na competência dos municípios e dos estados. O avanço da União sobre o setor de telecomunicações

³⁰⁰ Embora a tipologia evolutiva também esteja descrita na obra *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*, citada aqui, Márcio Iorio Aranha e Gustavo Kaercher Loureiro (2009) trabalharam com essa proposta, tendo-a extraído da obra *Controle social de serviços públicos*, do mesmo autor.

³⁰¹ A categoria própria de serviços telecomunicações apenas foi coagulada na Constituição de 1967. Até lá, os serviços eram tratados evolutivamente: telégrafo, radiocomunicação, radiodifusão e telefonia.

³⁰² O telégrafo, desde cedo, foi encarado pelo Estado como instrumento essencial para a integração nacional. A invasão do Mato Grosso pelo Paraguai, em 1865, levou seis semanas até ser noticiada à capital; a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, levou um mês para ser comunicada à capital de Mato Grosso. Diante dessas dificuldades e da necessidade republicana de se conformar concretamente um povo nacional, uma das primeiras medidas foi estender as redes telegráficas ao oeste brasileiro. Isso foi feito sob a liderança do Mal. Cândido Rondon ao longo de cerca de duas décadas no início do século XX, percorrendo os estados de Mato Grosso, Rondônia e Amazonas. (DIACON 2006)

³⁰³ Para uma concisa apresentação da história do Sistema Bell (nascimento, evolução e queda), v. HUBER, KELLOG e THORNE (1999, 11-27).

iniciou-se de maneira mais sistematizada com o Governo Vargas, que expediu regulamento para a telefonia de longa distância. A falta de sistematicidade no controle e nas concessões, juntamente à ausência de parâmetros para gerir os contratos, levou ao congelamento de tarifas, à paralisia na expansão dos serviços de telefonia e à multiplicação de sistemas isolados uns dos outros.

O descontentamento gerado com os serviços, cada vez mais débeis, a partir disso levou a União a tentar ocupar cada vez mais espaços na regulação dos serviços e das empresas concessionárias a partir do Governo Juscelino Kubitschek. A criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e a expedição do Decreto nº 790, de 27 de março de 1962³⁰⁴, e do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT – Lei nº 4.117, de 27 de março de 1962), até hoje vigente, foram sintomáticas.

O término da fase da regulação desconcentrada – e o início da fase da regulação concentrada – foi marcado pela Constituição de 1967, publicada no início do Governo Militar. Estabeleceu-se como competência da União a exploração de todos os serviços de telecomunicações, podendo fazê-lo indiretamente, mediante outorga. A concretização dessa nova disposição constitucional deu-se com a criação das Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), pela Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972. A empresa constituiu-se em *holding* de empresas estaduais que prestavam os serviços de telecomunicações em caráter local. (LAENDER 2009)

Quando da publicação da Constituição de 1967, a Embratel vinha ampliando suas operações e, poucos anos depois, havia criado uma rede de comunicação de longa distância no País, interligando todos os estados. Ainda foi assumindo os serviços de longa distância internacional, à medida que os contratos de concessão das empresas privadas iam-se expirando. Em face dos bons resultados alcançados com a Embratel nos serviços de longa distância o Governo Federal passou a preocupar-se com os serviços locais de telefonia. A Telebrás assumiu esse olímpico empreendimento e sextuplicou o número de linhas fixas no período de vinte anos, promovendo um ambiente propício ao desenvolvimento tecnológico nacional e à indústria brasileira. (ARANHA e LOUREIRO 2009)

Todavia, a partir do final da década de 1970, o sistema público de telecomunicações começou a sofrer dificuldades de operação. A criação da Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST) retirou da empresa muito da sua autonomia

³⁰⁴ Esse Decreto, publicado no Governo Parlamentar brasileiro, ampliava as competências da União para regular os serviços de telefonia por propor uma nova leitura de sua competência constitucional.

administrativa e financeira. O afã de controlar a inflação por meio de ajuste fiscal e a imposição de limites de investimentos à empresa, mesmo possuindo recursos para isso, impediu a continuidade da expansão do Sistema Telebrás. A demanda por telefonia foi longamente represada, paralisou-se a evolução tecnológica nos serviços, as tarifas foram congeladas.

A miríade de problemas que assolavam a Telebrás – e outras empresas estatais – destruiu-lhe a reputação técnica e política, desenhando-se como única alternativa a progressiva privatização da prestação dos serviços. A reação da Assembleia Nacional Constituinte a esse movimento encrustou no art. 21 do texto promulgado a exigência de que a concessão de serviços *públicos* de telecomunicações fosse feita somente a empresas sob controle acionário estatal. Isso, todavia, não barrou absolutamente a intenção do Governo de ampliar a participação de empresas privadas no setor, de forma que os serviços *privados* de telecomunicações começaram a se multiplicar na regulamentação. (ARANHA 2005)

O inevitável, todavia, aproximava-se. No início da década de 1990, a Telebrás foi autorizada a reduzir o número de suas subsidiárias e planejou-se uma licitação para a outorga do Serviço Móvel Celular (SMC), que, depois de atrasos, iniciou em 1992. A saída do Presidente Collor descarrilhou, parcial e temporariamente, o trem das privatizações.

Se no ambiente interno as pressões privatizantes arrefeceram, no cenário internacional elas caminhavam para seu ápice. A cartilha do Estado mínimo passou a integrar o programa de organismos internacionais de apoio e fomento como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – FMI. Um dos exemplos mais significativos foi *Memorando de entendimentos relativo à reestruturação do setor de telecomunicações* assinado nos estertores do Governo Collor, em 25 de dezembro de 1992, pelo Ministro dos Transportes e Comunicações e pelo representante do Banco Mundial para a América Latina e Caribe. O memorando incluía subcapítulo específico destinado a resumir o compromisso do governo brasileiro na privatização do Sistema Telebrás. Entre as chamadas *boas práticas* difundidas sobretudo pelo Banco Mundial, estavam: a venda à iniciativa privada do controle sobre as empresas do setor; a liberalização do setor e sua abertura à competição; a instituição de uma *agência reguladora independente* para orientar o setor e preservar a competição. (LAENDER 2009, 190-1)

Saía de cena a fase da regulação concentrada e introduzia-se a fase do Estado regulador. As pressões internacionais para privatização e abertura do mercado à globalização desembocaram na Rodada do Uruguai do GATT, que gerou o GATS.³⁰⁵ Uma das medidas negociadas era a eliminação de barreiras não tarifárias à importação

³⁰⁵ Para uma melhor descrição desse acordo, v. subseção 2.3.2.

de serviços e à prestação transnacional de serviços. A monopolização *ex lege* de determinado serviço era considerado uma barreira não tarifária.

“Flexibilizou-se” o monopólio estatal das telecomunicações por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o art. 21 da Constituição para possibilitar que a União explorasse direta ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou autorização, serviços de telecomunicações “(...) nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. A primeira medida adotada, porém, não foi a privatização do Sistema Telebrás, mas a licitação de novos blocos para o SMC.

A Lei Mínima (Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996) instituiu um regime jurídico de exploração específico para o SMC, o Serviço Limitado, o Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite e o Serviço de Valor Adicionado (SVA)³⁰⁶. As empresas subsidiárias do Sistema Telebrás foram autorizadas – e assim procederam – a separar empresarialmente suas operações móveis e fixas, mantendo o SMC em pessoa jurídica distinta da que prestava o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STF). Ainda se estatuiu que “o Poder Executivo, quando oportuno e conveniente ao interesse público, determinará a alienação das participações societárias da TELEBRÁS, ou de suas controladas, nas empresas constituídas na forma do artigo anterior [prestadoras do Serviço Móvel Celular]” (art. 6º). A Lei ainda atribuía as funções de órgão regulador ao Ministério das Comunicações (MC) enquanto não era criada a Comissão Nacional de Comunicações (CNC).³⁰⁷

Nas telecomunicações, o Estado regulador instaurou-se definitivamente, de fato e de direito, com a Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997). A Lei reestruturou completamente a institucionalidade do setor e dos serviços de telecomunicações. O grau alcançado na mudança de paradigma foi a não adesão à dicotomia binária serviço público/serviço privado. A LGT inovou ao criar uma distinção matricial: interesse coletivo/interesse restrito. Isso possibilitou a criação de

³⁰⁶ Diferentemente dos outros serviços citados, o Serviço de Valor Adicionado (SVA) não se constitui serviço de telecomunicação. No Regulamento dos Serviços Limitados de Telecomunicações (Decreto nº 177, de 17 de julho de 1991), ele era definido como “serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios e/ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação da informação”. Ele foi trazido ao campo normativo brasileiro como um conceito-guarda-chuva para englobar principalmente os chamados Serviços de Informações, que eram de âmbito de prestação limitado, embora tivessem acesso à rede pública de telecomunicações.

³⁰⁷ A Comissão Nacional de Comunicações (CNC) nunca foi criada. Como órgão regulador, criou-se a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da LGT.

uma grande complexidade de regimes de prestação de serviços, na medida em que, por exemplo, os serviços de interesse coletivo podem ser prestados em regime privado.

À Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi atribuída a competência de organizar os serviços de telecomunicações, criando suas modalidades, detalhando os seus regimes, sua política de outorga, as responsabilidades do prestador e os direitos dos usuários. A ela se atribuiu, também, de acordo com o art. 19 da LGT, entre outras competências, a fiscalização da prestação dos serviços, a implementação da política nacional de telecomunicações, a administração do espectro de radiofrequências e do uso de órbitas satelitais, a expedição de normas técnicas e certificação dos equipamentos de telecomunicações utilizados no País e a resolução de disputas entre prestadoras de serviços de telecomunicações. A Agência ainda passou a figurar como Poder Concedente – para fins da concessão dos serviços prestados em regime público – e como instância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A Administração prestacional dava lugar à Administração reguladora e, nessa transição, antes de terem seu controle acionário vendido à iniciativa privada, as subsidiárias da Telebrás foram obrigadas a firmar contratos de concessão com a Anatel (art. 207). A privatização do Sistema Telebrás propriamente dita ocorreu em 1998, por meio do agrupamento das empresas estaduais em três lotes para prestação de serviço telefônico fixo local.³⁰⁸ Além disso, a Embratel também foi privatizada para prestação de serviços de longa distância e de transporte.

O objetivo da Administração foi ter três empresas distintas prestando serviço telefônico fixo local no País. Em um segundo momento, foi licitada autorização para cada uma das Regiões do Plano Geral de Outorgas (PGO – aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998) com o objetivo de inserir uma competidora prestando serviço em regime privado, chamada empresa-espelho.³⁰⁹ Uma nova tentativa de

³⁰⁸ O Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, estabeleceu que comporiam a Região I os estados de MG, RJ, ES, BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, PA, AP, AM e RR, a Região II o estados do RS, SC, PR, MS, MT, GO, TO, RO, AC e DF e a Região III o estado de São Paulo. De acordo com a pesquisa empreendida por Márcio Iorio Aranha, o objetivo era equilibrar as Regiões I, II e III, de forma que a primeira respondia por 37% do PIB nacional e a segunda, embora restrita a 25%, “(...) seria compensada por sua posição estratégica fronteiriça com os países do Mercosul e sua alta taxa de crescimento do setor de telecomunicações” (ARANHA 2005, 103). São Paulo representava 36% do PIB.

³⁰⁹ De acordo com Benedicto Porto Neto, a inserção homeopática de novas prestadoras representava uma medida de assimetria regulatória plenamente justificável: “Então, o modelo se estrutura numa tentativa de equilíbrio entre universalização e competição. Para viabilizar estas duas metas concomitantes o sistema jurídico introduz um conceito denominado de assimetria regulatória. O prestador que sucede às empresas do sistema TELEBRÁS possui, por si só, uma série de vantagens. Dispõe, por exemplo, de uma rede instalada, uma carteira monumental de clientes, um fluxo de

implantar competição foi feita com a autorização posterior de empresas-espelinhos, até que, finalmente, em 2001, as autorizações para a prestação do serviço telefônico fixo em regime privado foram definitivamente liberalizadas. Esperava-se, ainda, que cada concessionária competisse com a concessionária de outra região lá atuando como autorizatárias. Os resultados esperados, porém, não foram alcançados a contento.

Desde a privatização, outros serviços de interesse coletivo foram criados e obteve-se a progressiva entrada no mercado de empresas privadas, prestando-os em regime privado. Podem-se resumir os serviços em quatro grandes gêneros: telefonia fixa, telefonia móvel, comunicação de dados e televisão por assinatura. O SMC foi extinto e as empresas que o prestavam migraram para o regime do Serviço Móvel Pessoal (SMP). Além disso, foram licitadas mais bandas de radiofrequência, que permitiram a entrada de novas competidoras na telefonia móvel. Hoje, há locais no País com até cinco prestadoras competindo entre si.

O grande serviço de comunicação de dados atualmente existente – o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) – representa a primeira tentativa de um processo inconcluso de convergência do quadro regulatório. Esse serviço teria um regime capaz de suportar qualquer serviço fixo de tráfego de dados existente. É ele que funciona como suporte ao acesso à Internet em banda larga e hoje existem mais de 2.300 empresas autorizadas a prestá-lo.

Os serviços de televisão por assinatura talvez sejam os que tenham o regime mais complexo dos aqui apresentados. Os regimes de prestação distinguem-se conforme a tecnologia utilizada, em um resíduo grotesco de uma regulamentação antiga e descoordenada.³¹⁰ Talvez sejam os serviços em que ainda há mais problemas de competição.³¹¹

caixa assegurado, uma inserção de mercado, uma marca, entre outras. A concorrência insere-se, aqui, por meio da inserção de uma nova prestadora, mas esta não possui uma rede, uma marca, uma clientela, um fluxo de caixa para se financiar; situação, esta, que impossibilita a competição.

A regulação é assimétrica, à medida que esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar o serviço ao habitante dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu as empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge, aqui, a competição. Esta empresa que assumiu o sistema TELEBRÁS tem vantagens competitivas mas, no entanto, terá o ônus de universalizar o serviço.” (PORTO NETO 2006, 307)

³¹⁰ Há obrigações, por exemplo, relacionadas ao conteúdo da programação e à formação do capital da empresa que variam conforme o serviço específico. Cada serviço define-se por sua tecnologia: satélite, micro-ondas, cabo ou UHF (*Ultra High Frequency*).

³¹¹ Iniciativas de destaque ensaiam a mudança desse quadro. Citem-se, por exemplo, a recente revisão do planejamento de outorgas para o Serviço de TV a Cabo pela Anatel e a homérica tramitação do Projeto de Lei que cria o serviço de acesso condicionado, unificando os regimes legais e infralegais existentes (PL 29/PLC 116)

O fato é que, hoje, o setor de telecomunicações passa a organizar-se cada vez menos pelo serviço específico e cada vez mais pela capacidade de oferecer pacotes de serviços.³¹² A tendência de consolidação empresarial é mundial e, no País, ela propiciou a criação de três grandes grupos e de duas empresas de porte médio que ainda não se agruparam de forma significativa.³¹³ A Agência exerce o controle regulatório prévio sobre as consolidações empresariais no setor de telecomunicações e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) exerce o controle concorrencial *ex post*.

Hoje, o modelo regulatório vem sofrendo contestações e tem estado sujeito a muitas reflexões críticas. Em primeiro lugar, o modelo de regulação assimétrica supostamente escolhido no processo de liberalização do setor³¹⁴ vem começando a mostrar sinais de insustentabilidade no longo prazo. A compensação entre vantagens competitivas e obrigações de universalização tende a desequilibrar-se à medida que a convergência tecnológica permite a formação de outros grandes grupos empresariais diferentes da concessionária regional. Esses grupos vêm promovendo um forte ataque aos mercados geograficamente atraentes e, assim, no processo competitivo, vêm reduzindo os preços dos serviços para o cidadão. O grupo da concessionária, por sua vez, continua monopolista nas outras áreas em que não há competidores, que são, supostamente, menos atraentes. Ou as metas de universalização têm se tornado pesadas demais para o grupo da concessionária carregar, ou está havendo uma justiça social às avessas, em que os cidadãos menos favorecidos economicamente pagam o preço pelo monopólio enquanto os domicílios mais abonados usufruem dos preços baixos propiciados pela competição.³¹⁵

³¹² Esses pacotes são comumente chamados de *triple play* (telefonia fixa, banda larga e televisão por assinatura) ou de *quadruple play* (telefonia fixa, banda larga, televisão por assinatura e telefonia móvel).

³¹³ *Grosso modo*, podem ser apontados os seguintes grupos: Oi, Telmex, Telefonica, TIM e GVT.

³¹⁴ V. nota de rodapé nº 309.

³¹⁵ A inadequação desse modelo já era antevisto na própria Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, que encaminhou o Projeto da LGT ao Presidente da República, para posterior envio ao Congresso Nacional. Esse documento compara cinco modelos de financiamento das obrigações de universalização, dos quais aqui se destacarão três: (i) ao tratar da hipótese de *subsídios implícitos no preço de venda das empresas* (as obrigações de atendimento seriam impostas às atuais empresas estatais e, no momento de sua privatização, o comprador descontaria, do preço a ser por ele pago, o correspondente ao déficit em que incorreria futuramente com o cumprimento da obrigação), a Exposição de Motivos considerou-a de difícil operacionalização; (ii) ao abordar a possibilidade de existência de *subsídios cruzados internos à empresa*, em que o mercado rico financiaria o mercado pobre, salientou que isso é insustentável em um mercado competitivo; e (iii) ao mencionar a *criação de um fundo específico* para financiamento, por todo o setor, de metas de universalização, considerou-a a opção mais recomendável. O modelo adotado até hoje, porém, combinou essas três hipóteses, sendo que a terceira, a única considerada recomendável à época, embora instituída, nunca se efetivou.

Em segundo lugar, a plasticidade da LGT vem permitindo uma contínua aproximação, em seus efeitos práticos, entre o regime privado e o regime público. Os serviços de interesse coletivo prestados em regime privado não são sujeitos a obrigações de continuidade, mas seus regulamentos dispõem acerca de exigências similares e frequentemente também possuem planos de metas de qualidade elaborados pela Agência a serem cumpridos. Eles também não são sujeitos a metas de universalização, mas tem sido cada vez mais frequente a imposição de compromissos de abrangência em editais para a autorização de serviços que dependem do uso de radiofrequência.

Também vêm testando a consistência do modelo a relevância considerável que o acesso à Internet em banda larga está acumulando, tornando-se forte candidato a ser um próximo serviço essencial, e os impulsos e a frustração do Poder Executivo de querer exercer um papel mais relevante no direcionamento político do setor e não possuir canais institucionais para isso.³¹⁶ Desde 2007, o Poder Executivo tem promovido políticas que dão a entender que a regulação do setor não vem acompanhando suas prioridades. Naquele ano, por exemplo, a intervenção da Casa Civil no processo de execução do 2º Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU – aprovado pelo Decreto nº 4.769, de 27 de junho de 2003), resultante no Decreto nº 6.424, de 4 de abril de 2008, tem demonstrado que redes de banda larga vêm adquirindo caráter de essencialidade, sem que a regulação da Agência tenha promovido qualquer evolução nesse sentido. Outra iniciativa que demonstra isso é o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL – Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010) e a reativação da Telebrás, medidas ocorridas por meio de processos decisórios coordenados pela Presidência da República e pela Casa Civil.

3.3.2. Instituições republicanas no âmbito da Anatel

A institucionalização da Agência Nacional de Telecomunicações ocorreu em meio a várias garantias processuais e instituições republicanas. A Anatel serviu – e ainda serve – de modelo para muitas outras agências reguladoras criadas posteriormente. Pode-se dizer que sua criação serviu como um laboratório bem sucedido para uma renovação das instituições republicanas no Brasil; foi uma nova onda e uma

³¹⁶ Procurou-se resolver essa angústia governamental no setor elétrico, por exemplo, por meio da recuperação, pelo Ministério de Minas e Energia, do poder concedente e, com ele, de algumas competências antes atribuídas à Aneel, entre as quais, por exemplo, a realização das licitações e a celebração dos contratos. (ARANHA e LOUREIRO 2009)

nova perspectiva que se formou sobre a Administração Pública, o seu papel e suas responsabilidades democráticas.

Desde o seu anteprojeto, ainda sob a ousada configuração como Ofício Brasil de Telecomunicações³¹⁷, já se previa a transparência e o alto grau de participação popular no funcionamento do órgão regulador. O projeto concebido pelo Sundfeld Advogados previa um grupo de dirigentes que não poderiam ser exonerados *ad nutum*, submeter-se-iam a uma quarentena quando deixassem o cargo e – um atributo fortemente republicano, pois garante a alternância do poder – não poderiam ser reconduzidos. Eles reunir-se-iam e deliberariam em sessões abertas. Além disso, a normatização produzida pelo Ofício Brasil de Telecomunicações seria construída mediante procedimentos de participação democrática. O órgão regulador teria o papel, inclusive, de elaborar as políticas públicas para o setor. (PRATA, BEIRÃO e TOMIOKA 1999)

A decisão política de não inovar na categoria jurídica da Agência, instituindo-a como espécie do gênero autárquico, não significou a perda dos atributos originalmente planejados. Foram mantidas, por exemplo, ainda que formalmente, a independência administrativa, a ausência de subordinação hierárquica, o mandato fixo e a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira (LGT, art. 8º, § 2º).

Ao motivar o desenho institucional do órgão regulador, a Exposição de Motivos nº 231/MC, de 10 de dezembro de 1996, registrou contundentemente a preocupação com a sua responsabilidade na prestação de contas (*accountability*) de ações tomadas com base em objetivos previamente definidos pelo Governo, sujeitas a controles subsequentes para comprovação do atingimento desses objetivos. Teve-se, ainda, uma preocupação explícita e central na formulação de mecanismos de pesos e contrapesos que evitassem que a decisão do órgão perseguisse outros fins que não o bem comum. Declarou-se fundamental que a Anatel

disponha de regras e controles internos para limitar o poder das pessoas individualmente, de maneira a dificultar o comportamento oportunista e inibir ações indesejáveis por parte de operadoras e grupos de interesse. Exemplos dessas regras e controles são: decisão colegiada; processo de decisão variável em função do impacto da decisão (maior o impacto, maior o envolvimento colegiado na decisão); utilização de grupos consultivos; adoção do mecanismo de submeter a consulta pública os assuntos de maior relevância, antes da tomada de decisão; e período de carência entre a tomada de uma decisão e sua entrada em vigor, dando oportunidade às várias partes afetadas de se manifestar.

³¹⁷ O Ofício Brasil de Telecomunicações constituía-se em uma nova categoria jurídica de entidade estatal, não estando ao regime comum das autarquias. Não seria parte integrante da Administração Pública, teria caráter fiducial e seria dotado de um alto grau de independência, incluindo financeira, não dependendo de recursos orçamentários do Poder Executivo.

O propósito da existência de claras regras processuais na Administração Pública é (i) proteger os administrados, garantindo-lhes que terão voz antes de tomada a decisão administrativa, e (ii) permitir que a Administração adote uma decisão mais bem informada, na medida em que houve a sua oxigenação com opiniões e posturas diversas, manifestadas no processo. (MELLO 2009, 490-1) Quando a Agência foi criada, ainda não era uma praxe nos órgãos e entidades da Administração a existência de normas processuais claras ou padronizadas. Frequentemente os cidadãos que procuravam as portas do Poder Executivo enxergavam pouco ou quase nada da tramitação dos processos em que eram partes. A Constituição Federal já havia estendido o princípio do devido processo legal à esfera administrativa, mas isso ainda não se tinha concretizado de forma notória no então kafkiano ordenamento administrativo.³¹⁸

O primeiro ato normativo da Agência, a Resolução nº 1, de 17 de dezembro de 1997, cuidou de aprovar seu Regimento Interno. Este já previa várias instituições, procedimentos, etapas e prazos que viriam a ser consagrados cerca de um ano mais tarde, com a sanção da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal até hoje.³¹⁹ Nesse sentido, pode-se dizer que o Regimento Interno atual mantém um perfil próximo ao primeiro, exibindo um rico inventário de formas republicanas.

As instituições republicanas da Agência não se resumem a canais de participação política da população na formulação normativa setorial. Houve um ganho significativo na transparência dos procedimentos de outorga de serviços e de atribuição faixas de radiofrequência. Aos serviços prestados em regime privado, a autorização transformou-se em ato administrativo vinculado, não sujeito a juízo de conveniência e oportunidade pelo órgão³²⁰; aos prestados em regime público, foi estabelecida como necessária a realização de licitação para a escolha da empresa privada a tornar-se concessionária. A

³¹⁸ De acordo com Carlos Ari Sundfeld (Processo e procedimento administrativo no Brasil 2006, 20-4), no Brasil, o tema do processo administrativo apenas ganhou maior relevo a partir da década de 1970, tendo ficado boa parte do século XX relegado como simples formalidade ou solenidade de cumprimento opcional pela Administração e irrelevante para a validade dos atos administrativos. O processo administrativo passou, então, a ser normatizado cada vez mais. O assunto foi definitivamente adensado com dois eventos: a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Geral de Processo Administrativo Federal.

³¹⁹ O Regimento Interno atualmente vigente foi aprovado pela Resolução da Anatel nº 270, de 19 de julho de 2001.

³²⁰ A LGT, nos arts. 132 e 133, condiciona a emissão de autorização para prestação de serviço em regime privado apenas ao preenchimento de requisitos objetivos (existência de projeto técnica e juridicamente viável e, quando for o caso, disponibilidade de radiofrequências) e subjetivos (ser empresa brasileira, não ter estado sujeita a determinadas punições pela Administração, dispor de capacidade técnica, econômica, financeira e estar adimplente com o fisco, além de não existir sobreposição de outorgas para o mesmo serviço na mesma área).

evolução na transparência dos processos de outorga de direito de uso de radiofrequência pode ser aferida comparando-se com a (in)existência dos mesmos procedimentos no âmbito do MC, divisão essa gerada pela sujeição dos serviços de radiodifusão ainda ao Ministério. No âmbito da Agência, frequentemente ocorrem licitações para atribuição de faixas de radiofrequência e, nos muitos casos em que o espectro não mais representa um bem tão escasso e está sujeito à solicitação de uso por uma prestadora em específico, faz-se, ao menos, um chamamento público.³²¹ No âmbito do MC, há serviços de radiodifusão que, até hoje, ainda são atribuídos com base no puro arbítrio da Administração.³²²

As instituições tipicamente republicanas de participação democrática previstas no âmbito da ANAC consistem em uma evolução – ou involução – das instituições que foram concebidas na criação da Anatel. Esta também é dotada de instrumentos como consultas e audiências públicas, além do Conselho Consultivo. A Anatel também conta com o Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações (CDUST), criado em 1999 e reativado recentemente.³²³ Há aspectos institucionais no modelo da Anatel que não foram preservados na ANAC e representaram uma perda de garantias republicanas; outras representaram um ganho.

Diferentemente do que ocorre na ANAC, à Agência não se exige, em lei, a realização de audiências públicas, embora elas ocorram com frequência na discussão de matérias com razoável impacto regulatório. Por outro lado, não se submete ao juízo do Administrador realizar ou não uma consulta pública. Em vez de restringir a exigência deste procedimento a casos que preencham certos requisitos – sempre sujeitos a manobras argumentativas –, a LGT é taxativa ao determinar que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca” (art. 42). Todos os documentos com eficácia normativa, portanto, devem passar pelo procedimento.

³²¹ Como a licitação é a regra para autorizar o uso de radiofrequências, o chamamento público funciona como uma etapa preliminar ao procedimento licitatório, destinado a verificar sua inexigibilidade e a apurar o número de interessados na exploração de serviço ou uso de radiofrequências (Regimento Interno, art. 46, *caput*).

³²² Este certamente não é mais o caso das grandes operações de radiodifusão comercial, mas é o caso ainda, por exemplo, da Radiodifusão Educativa. A esse respeito, v. LIMA (2007).

³²³ O Conselho de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações (CDUST) foi criado pela Resolução nº 107, de 26 de junho de 1999, para assessorar o Conselho Diretor em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações dos direitos dos usuários.

Consultas públicas não são apenas feitas para as resoluções da Agência. A LGT exige também, em seu art. 89, que, quando da realização de licitação para escolha de uma concessionária, seja submetida a críticas e sugestões do público a minuta de instrumento convocatório. Outros editais de licitação, comumente realizados para outorga de direito de uso de radiofrequência, também têm suas minutas submetidas a consulta pública, de acordo com o que define o art. 10 do Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, aprovado pela Resolução da Anatel nº 65, de 29 de outubro de 1998.

A consulta pública, prevista em lei, foi ampliada no Regimento Interno, abrangendo não só os atos normativos, mas qualquer outro que envolva interesse relevante. O prazo mínimo para a consulta pública é de dez dias, devendo a Agência aplicar o princípio da proporcionalidade na fixação do prazo para cada caso. Embora seja perceptível que isso não ocorre de forma coerente – não é raro casos mais simples ou menos impactantes submeterem-se a períodos mais longos de consulta do que casos mais complexos ou relevantes³²⁴ –, a previsão de um prazo mínimo é uma garantia republicana que a Administração não pode combalir.

Os atos normativos, segundo o Regimento Interno, são as resoluções, portanto são estas cujas minutas submetem-se ao rito da consulta pública.³²⁵ A iniciativa do procedimento normativo na Anatel, caracterizada como uma minuta de resolução, não é privativa, podendo ser de algum órgão da Agência, de algum membro do Conselho Diretor, do Poder Executivo, do Conselho Consultivo ou de qualquer pessoa física ou jurídica, na medida em que analisada previamente pelo órgão competente para a matéria. “O Conselho Diretor é obrigado a, antes de editar a resolução, examinar as

³²⁴ Um caso notório em que isso ocorreu foi o prazo total de menos de 45 dias concedidos à Consulta Pública nº 23/2008, que propunha a revisão do Plano Geral de Outorgas do Serviço Telefônico Fixo Comutado (PGO-STFC), destoando de prazos maiores conferidos a propostas aparentemente menos relevantes, como, por exemplo, a Consulta Pública nº 755/2006, que veiculou proposta de alteração no Plano Geral de Autorizações do Serviço Móvel Pessoal (PGA-SMP) e durou cerca de 70 dias.

³²⁵ A qualificação jurídica da resolução como o instrumento normativo da Anatel, como já se disse, implica o fato de elas sempre serem submetidas a consultas públicas. No entanto, isso não tem evitado casos em que outros tipos de atos, não sujeitos a consulta pública, tenham nítido caráter normativo. Isso ficou bem evidente, por exemplo, quando na emissão do Despacho nº 172/2004/PBCP/SPB, no âmbito de um processo administrativo concreto, que determinou aos grupos Telemar, Brasil Telecom e Telesp que disponibilizassem aos grupos Embratel e Intelig, *bem como a qualquer outra prestadora que solicitasse*, “(...) os elementos desagregados da rede de acesso local do STFC sob as modalidades de Compartilhamento do Enlace Local (*Line Sharing*) e Desagregação Plena do Enlace Local (*Full Unbundling*)”. São também notórios casos, aqui não especificados, em que ofícios circulares são encaminhados a prestadoras veiculando normas de conduta a serem cumpridas, fundadas ou não em dispositivos normativos propriamente ditos.

críticas e sugestões encaminhadas em virtude da Consulta Pública, devendo expor em documento próprio as razões para a adoção ou não das medidas (...)” (art. 50).

A execução dessa tarefa pela Agência tem demonstrado significativa evolução ao longo do tempo. A partir de 1999, por exemplo, quase todas as consultas públicas realizadas constam registradas em seu sítio da Internet, com o texto original, as contribuições recebidas e, algumas vezes, a resposta às contribuições. A indisponibilidade da resposta da Agência às contribuições ainda é um elemento que prejudica a formação de uma espiral participativa e o caráter republicano do procedimento. A cultura de participação é dificultada em razão do fato de a ausência de resposta induzir o cidadão ao pensamento de que a contribuição foi em vão. Esvai-se o caráter republicano, na medida em que não se pode averiguar se as decisões normativas da Anatel apoiam-se ou não em razões publicamente reconhecidas. Apesar disso, a partir da análise das respostas disponíveis, é notório o aumento da densidade das fundamentações da Administração para acatar ou não alguma contribuição. Inicialmente, pouco mais de uma linha era dispensada para justificar, em termos abstratos, o não acolhimento ou a recepção. Nas consultas públicas mais recentes, porém, as fundamentações têm-se mostrado cada vez mais concretas, o que evidencia a progressiva abertura argumentativa e deliberativa do órgão.

Outro instrumento republicano de participação e debate político na formação dos atos normativos da Agência é a audiência pública. Trata-se de um procedimento voluntário – não é vinculado legal ou normativamente a qualquer iniciativa ou ato – orientado ao debate oral de matéria de interesse geral. A convocação para uma audiência pública é feita, pelo menos, cinco dias antes de ocorrer e configura-se uma reunião pouco formal. O debate é posteriormente registrado e disponibilizado para o público na Anatel. Embora a realização de audiências públicas seja meramente voluntária, elas são frequentemente realizadas por ocasião de consultas públicas relacionadas a minutas de regulamento ou de decretos.

O Conselho Consultivo da Anatel tem previsão em lei, assim como o da ANAC. O Conselho Consultivo desta foi definido nos mesmos termos em que havia sido a criação original na LGT (art. 33), isto é, como “(...) o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência”. Entretanto, apenas o Conselho Consultivo da Anatel teve seu desenho institucional bem delineado em lei, conferindo mais garantias ao funcionamento desse mecanismo de contrapeso político potencialmente poderoso.

Compõem o Conselho Consultivo da Anatel representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas associações ou sindicatos empresariais do setor, por associações ou entidades defensoras dos direitos dos usuários e por entidades gerais da sociedade civil. É visível a maior abertura do Conselho Consultivo da Anatel para a participação de segmentos que são, analogamente, alijados do órgão correspondente na ANAC.

Por um lado, o Conselho Consultivo da Anatel projeta a importância transversal que o setor de TICs vem adquirindo na sociedade contemporânea. A telecomunicação não é mais vista como um serviço em si mesmo, para o qual se debruçam apenas as atenções dos atores tecnicamente vinculados especificamente ao setor. Ela é vista hoje, sobretudo em função da popularização da Internet, como um instrumento mais amplo para a cidadania, o crescimento econômico e a democratização de oportunidades econômicas e educativas. A inserção como membro do Conselho Consultivo de, genericamente, entidades representativas da sociedade é um forte reconhecimento dessa transversalidade.³²⁶

Por outro lado, a inserção de representatividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo arrisca desvirtuar o propósito do Conselho Consultivo como entidade de representação direta de interesses socialmente difusos. Esse risco fica ainda mais evidente quando a regulamentação previu que esses representantes ocupariam seis das doze vagas no Conselho. Pela força dos mecanismos institucionais republicanos de freios e contrapesos já existentes, parece prescindível a ocupação dessas vagas por esses poderes; eles possuem outros mecanismos, institucionais e não institucionais, de exercer influência sobre as decisões da Agência. Em seu lugar, seria bem-vinda uma maior segmentação de interesses específicos do setor de telecomunicações, como bem desenhado no Conselho Consultivo da ANAC.

Uma crítica já realizada ao Conselho Consultivo da ANAC foi que ele tem caráter de assessoramento ao Conselho Diretor, no entanto se submete demasiadamente a ele, dependendo largamente de sua provocação para agir. Nesse sentido, o Conselho Consultivo da Anatel é dotado de maior independência e maior influência, porquanto a lei já lhe garante manifestações, prévias ao encaminhamento ao Poder Executivo, no curso do processo de formulação do PGO, do PGMU, de qualquer outra política

³²⁶ A forte restrição dos interesses aptos a participarem do Conselho Consultivo da ANAC revela, em face disso, a pouca percepção da transversalidade do setor de aviação civil, que também possui um papel importante no desenvolvimento econômico regional, nacional e internacional.

governamental de telecomunicações e na instituição ou eliminação de serviço prestado em regime público.³²⁷

O CDUST foi criado diante da percepção de que o usuário é o elo mais fraco do setor, merecendo, assim, um espaço institucional maior. Todavia, seu funcionamento tem sido bastante irregular desde a sua criação, o que enfraquece significativamente sua influência nas decisões da Agência. O Conselho, que é secretariado pelo Chefe da Assessoria de Relações com os Usuários, é composto por servidores da própria Agência e por representantes dos usuários segmentados pelos serviços de telefonia fixa de uso coletivo e de uso individual, de serviços móveis, de serviços de comunicação de massa, de outros serviços, além de representante de entidade de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações.

Diversamente do que se dá no setor de aviação civil, a Agência Nacional de Telecomunicações não se sujeita a políticas públicas emitidas por um órgão específico. A produção de políticas é difusa e isso é retratado no próprio art. 1º da LGT: “Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações”.³²⁸ O papel do Ministério das Comunicações na elaboração de políticas de telecomunicações ficou fortemente retraído após a criação da Anatel. Decisões com intenso teor político que precisavam ser tomadas no setor eram feitas – e ainda o são, de certa maneira – de forma embutida na aparência técnica da regulação feita pela Agência. A ausência do exercício, pelo Ministério, de seu papel formulador, perdurou até 2003, quando foi criada, no MC, a Secretaria de Telecomunicações. A esta se incumbiu, entre outras, a atividade de “formular, propor políticas e diretrizes, objetivos e metas, relativos aos serviços de telecomunicações” (art. 11, I, da Estrutura Regimental do Ministério das Comunicações, aprovada pelo Decreto nº 4.635, de 21 de março de 2003).

O Ministério, então, não tardou a formular um conjunto de políticas públicas de telecomunicações e veiculá-las por meio do Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003. Todavia, a competência do MC para isso não é propriamente exclusiva. Essa difusão de polos produtores de políticas pode ser apontada, como já dito, na troca de metas de

³²⁷ Além dessas competências específicas, o art. 35 da LGT ainda define como competência do Conselho Consultivo apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informação e fazer proposição a respeito do exercício das competências do Conselho Diretor.

³²⁸ Há, todavia, pontes institucionais específicas que inserem, por exemplo, o Poder Executivo nas políticas setoriais. É o caso do PGO, do Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) e da criação de novo serviço prestado em regime público (LGT, art. 18).

universalização, de 2008, e no PNBL, de 2010. Evidentemente, essa dispersão prejudica o acompanhamento, pelos cidadãos, dos processos de produção de políticas públicas, notadamente quando insere órgãos pouco preparados institucionalmente a prover uma abertura participativa.

Ministério das Comunicações, Casa Civil e Presidência da República carecem notadamente de garantias republicanas como a consulta e a audiência pública. Apesar disso, não se mostram insensíveis quanto à necessidade de embebedar suas decisões com o debate público. Em 24 de abril de 2008, o MC lançou consulta pública destinada a rever as políticas públicas de telecomunicações (Ministério das Comunicações 2008). Ao cabo de 2009, foi organizada a 1ª Conferência Nacional de Comunicação (Confecom), que convocou a sociedade civil organizada para discutir e deliberar acerca de uma série de temas no plano da política de comunicações.³²⁹ No acompanhamento, no debate e na formulação das ações do PNBL, foi criado o Fórum Brasil Conectado, voltado a promover o diálogo da sociedade civil organizada com os órgãos governamentais.³³⁰

3.3.3. A relação da Anatel com a normatização internacional

Pôde-se verificar que, no setor de telecomunicações nacional, a busca por meios de legitimar a produção de políticas e de normas infralegais é intensa. Isso tem ocorrido por meio de consultas públicas, audiências, conselhos, conferências e fóruns. Em que medida essa preocupação é capaz de se imprimir às normas e pseudonormas internacionais no momento em que elas passam a vigor no País?

Já se viu que a UIT atua de duas formas na cooperação internacional no setor de telecomunicações. Ela emite regulamentos administrativos³³¹, que são vinculantes a todos os países convenientes e, também, chancela ou formula recomendações relacionadas à normalização de redes e equipamentos de telecomunicação, para garantir-lhes interoperabilidade. As decisões a UIT a respeito da alocação de determinada faixa do espectro de radiofrequências ou sobre a padronização de

³²⁹ A respeito dos debates, das deliberações e dos encaminhamentos da Confecom, v. Ministério das Comunicações (2010).

³³⁰ Para mais detalhes acerca do Fórum Brasil Conectado, v. Presidência da República (2010).

³³¹ Conforme se mostrou na subseção 2.3.2, os dois principais regulamentos administrativos são o Regulamento das Telecomunicações Internacionais (RTI) e o Regulamento de Radiocomunicações (RR).

determinado protocolo de comunicação possuem tremendo impacto sobre os mercados; a pena da Organização é capaz de definir vencedores e perdedores em escala global.

A coordenação internacional feita pela UIT é essencial para o setor e um instrumento imprescindível para as telecomunicações contemporâneas. Se realizada de maneira aberta, participativa e transparente, o tipo de atividade desempenhada pela UIT leva a fortes e legítimas decisões que facilitam o acesso de todos os países às telecomunicações, permitindo que as trocas internacionais de informações ocorram de maneira transparente e a baixo custo para todos e que a indústria de equipamentos e aparelhos de telecomunicações tenha escala suficiente para induzir o barateamento dos terminais e colaborar para a massificação dos serviços. Todavia, se essa atividade não for desempenhada de forma inclusiva e participativa, com o forte envolvimento de todos os atores globais que, por essência, serão impactados pelas deliberações, ela torna-se um instrumento de dominação.

Com o propósito de garantir a legitimidade dessas decisões, tendo por incerta a legitimidade dos procedimentos internacionais de criação normativa, o CBT dispunha:

Art. 2º Os atos internacionais de natureza normativa, qualquer que seja a denominação adotada, serão considerados tratados ou convenções e só entrarão em vigor a partir de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Parágrafo único. O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da assinatura, os atos normativos sobre telecomunicações, anexando-lhes os respectivos regulamentos, devidamente traduzidos.

Art. 3º Os atos internacionais de natureza administrativa entrarão em vigor na data estabelecida em sua publicação depois de aprovados pelo Presidente da República (art. 29, al).

Esses dispositivos são perfeitamente alinhados à concepção republicana de Estado livre e às instituições criadas para concretizá-la no País. Sendo o Congresso Nacional o epicentro do autogoverno e considerando que o procedimento de internalização de tratados é o que confere legitimidade democrática à vigência dos atos internacionais no País, a previsão do uso desse instrumento para as normas da UIT ou de quaisquer outros organismos internacionais mostra-se coerente.³³² Ao CONTEL competia estudar os temas debatidos em reuniões internacionais e sugerir e propor

³³² Antes da promulgação do CBT, esse era o procedimento utilizado para os regulamentos da UIT, conforme demonstra o Decreto nº 48.700, de 4 de agosto de 1960, que aprovou os Regulamentos Telegráfico e Telefônico anexos à Convenção Internacional de Telecomunicações. O próprio veto do Presidente João Goulart ao art. 3º, posteriormente revigorado pelo Congresso Nacional, declarava: “Os atos internacionais, firmados que são por delegações plenipotenciárias, ficam sujeitos, de acordo com a Constituição, ao *referendum* do Congresso. Não interferem em matéria administrativa, como é óbvio” (Mensagem nº 173, de 1962).

diretrizes para as delegações brasileiras, além de opinar antes da aprovação dos atos internacionais pelo Presidente da República.

De acordo com o que já se apontou, a LGT, juntamente com a EC nº 8/1995, promoveu e consolidou definitivamente a descentralização regulatória e a deslegalização de uma série de temas no âmbito das telecomunicações. Esse movimento não deixou incólume a relação jurídica do Estado brasileiro com o mundo. A Lei Geral trouxe, também, uma clara mudança na abordagem dos documentos normativos internacionais.

A polarização entre assessoria interna e representação do Brasil em fóruns internacionais inverteu-se. Se, antes, a representação dava-se univocamente pelo Poder Executivo com a assistência do órgão setorial, agora compete à Agência representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo.

A atividade de gerir a alocação e as condições de uso do espectro de radiofrequências, por outro lado, passou a estar expressamente conferida à Anatel. A ela compete elaborar o plano de atribuição, destinação e distribuição de faixas de frequências no Brasil, observando os compromissos internacionais. Apesar disso, a regulamentação internacional continua sendo determinante, conforme revela o art. 161 da própria LGT (grifo ausente no original): “A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou *o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine*”.

Como passou a ser tratada a internalização dos atos normativos internacionais com o novo Estatuto? O tema caiu em um limbo jurídico, na medida em que a LGT não o tratou expressamente. Ainda dificulta encontrar uma resposta para essa questão o fato de o CBT não ter sido totalmente revogado e de não terem sido apontados quais dos seus artigos continuam ou não vigendo. A Lei nº 4.117/1962, em verdade, foi revogada, porém a Lei nº 9.472/1997 ressalvou “(...) a matéria penal não tratada nesta Lei e (...) preceitos relativos à radiodifusão”. Em rigor, portanto, os dispositivos da CBT que tratam das relações normativas internacionais do Brasil não estão mais vigentes – exceto, talvez, no que se refira à radiodifusão.

A Constituição e a Convenção da UIT foram promulgadas, pela primeira vez, no País, por meio do Decreto nº 41.949, de 2 de agosto de 1957. A sua última versão foi promulgada pelo Decreto nº 2.962, de 23 de fevereiro de 1999. Assim como na

internalização da Convenção de Chicago, não houve reservas ao texto e o Brasil aderiu, portanto, a todas as suas cláusulas. Diferentemente daquela, porém, a Constituição da UIT atribui expressamente caráter vinculativo aos Regulamentos Administrativos. A promulgação dos atos constitutivos da UIT, portanto, implicam, ao menos em tese, a aceitação de todos os seus procedimentos e dos atos vinculativos subsequentes, previstos nas disposições constitucionais.

A Anatel incorpora as Resoluções do Mercosul ao ordenamento jurídico nacional por meio de suas próprias Resoluções, que passam por consulta pública.³³³ Isso, todavia, não ocorre explicitamente com os Regulamentos nem com as Recomendações da UIT. Viu-se que a UIT tem procedimentos que parte considerável da doutrina reconhece como democráticos. No entanto, conforme se pautou a discussão a respeito dos anexos técnicos da Convenção de Chicago, a sociedade nacional precisa ter meios concretos de participação na formulação dessas normas desde o seu início. A partir do momento em que a Agência adquiriu poder normativo sobre o setor econômico de telecomunicações, posicionou-se como burocracia democrático-deliberativa setorial, criando o espaço para a ampla participação dos cidadãos nas suas decisões. Viram-se os mecanismos institucionais que concretizam isso para os atos gerados internamente. Como essa exigência institucional passou a ser exercida para as normas e pseudonormas da UIT?

Em 28 de janeiro de 1999, a Resolução da Anatel nº 95 criou as Comissões Brasileiras de Comunicações (CBCs), com o objetivo de fazer a Administração brasileira atuar coordenada e integradamente nos foros internacionais de telecomunicações, respondendo às questões de interesse nacional. Um ano mais tarde, republicou-se seu Regimento Interno (Resolução nº 214, de 16 de fevereiro de 2000), que foi revogado pelo Regimento aprovado pela Resolução nº 347, de 22 de agosto de 2003, vigente até hoje. Entre as atividades desempenhadas pelas CBCs, estão o estudo de questões e a preparação de propostas de contribuição ou das posições brasileiras em fóruns internacionais e o acompanhamento e a colaboração com os trabalhos da UIT, da Comissão Interamericana de Telecomunicações (Citel), do Mercosul, da OMC, do Fórum da Governança da Internet (IGF – *Internet Governance Forum*), da ICANN, da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP) e do Foro Latino-americano de Entes Reguladores de Telecomunicações (Regulatel).

³³³ V., por exemplo, a Resolução da Anatel nº 41, de 24 de julho de 1998, a Resolução da Anatel nº 219, de 24 de março de 2000, e a Resolução da Anatel nº 336, de 24 de abril de 2003.

A larga atuação das CBCs em fóruns internacionais, que, antigamente, resumiam-se praticamente à UIT, revela a constelação de organismos internacionais com poder de regulação sobre o setor de telecomunicações. Em 18 de abril de 2008, sua estrutura organizacional foi alterada, por meio da Resolução nº 502. Existem hoje quatro CBCs. A CBC 1 (Governança e regimes internacionais) participa e posiciona o Brasil nos fóruns deliberativos internacionais de normalização, desenvolvimento, políticas de telecomunicações e acordos comerciais internacionais, coordenando-se internamente com o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). A CBC 2 (Radiocomunicações) tem atuação voltada à gestão e à utilização do espectro de radiofrequências, participando preponderantemente dos órgãos competentes da UIT e do Mercosul. A CBC 3 (Normalização de telecomunicações), que atua sobretudo no UIT-T, na Citel e no Mercosul, colaborando com a fixação de padrões e a interoperabilidade de redes e equipamentos. A CBC 4 (Desenvolvimento das Telecomunicações) trabalha com assuntos relacionados ao desenvolvimento das telecomunicações nacionais e ao desenvolvimento do País por meio das telecomunicações, contribuindo, por exemplo, com a CPLP e com outros países em desenvolvimento.³³⁴

As CBCs não são compostas apenas por membros oriundos da estrutura estatal, estando abertas à participação de pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, conforme dispõe o Regimento Interno (V, 2): “A participação nas CBCs será aberta aos segmentos público e privado com interesse direto no setor de telecomunicações, assim como a especialistas que possam prestar colaboração nesta área”. Todavia, como se nota, a acessibilidade à participação não é a mesma da que ocorre em uma consulta ou em uma audiência pública. Qualquer participante deve ser previamente aprovado, sob o crivo de ter ou não interesse direto no setor de telecomunicações. Não há definição para “interesse direto”, mas, hoje, participam das CBCs, basicamente, entidades acadêmicas e empresas, além de funcionários do Estado.

As CBCs encarnam, mal ou bem, o papel institucional do órgão regulador no contexto de uma democracia contestatória de cunho republicano. Elas são canais de formulação e de participação prévia. Isso permite que a decisão gerada internacionalmente, vinculativa ou não, carregue uma maior legitimidade quando

³³⁴ Eventualmente são criadas CBCs Temporárias, que visam a preparar a posição brasileira para certas ocasiões, frequentemente relacionadas à ocorrência das Conferências Mundiais da UIT.

aplicada no País, porquanto já esperada, refletida e posicionada no mapa regulatório dos atores setoriais.

Não há, por outro lado, registro recente de uma aplicação imediata de algum documento internacional no País, por mais que tenha caráter vinculativo. Frequentemente, porém, as recomendações de normalização e o Regulamento de Radiocomunicações da UIT orientam a atividade de certificação e homologação da Agência e pré-condicionam a alocação e a regulamentação de faixas do espectro de radiofrequências.

3.3.4. Estudo de casos

3.3.4.1. *International Mobile Telecommunications (IMT)*³³⁵

O padrão *International Mobile Telecommunications* (IMT), cunhado no âmbito do Setor de Radiocomunicações da UIT (UIT-R) e refletido no Regulamento de Radiocomunicações (RR) e em recomendações, talvez seja o exemplo mais claro do impacto das decisões da União Internacional de Telecomunicações no País. A criação do IMT fundamenta-se na ideia de uma padronização mundial de protocolos, de faixas de frequência e de políticas regulatórias que levasse a um ganho de escala na produção de equipamentos – sobretudo, estações rádio base e estações terminais – e a uma convergência de fabricantes, tecnologias e operadoras.³³⁶ Essa harmonização permitiria a rápida disseminação dos serviços móveis em função do baixo custo de produção alcançado e induziria à diminuição do hiato entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

O IMT é objeto de deliberação a cada duas Conferências Mundiais de Radiocomunicação (CMRs). A concepção do padrão iniciou-se em 1994, sob o nome *Future Public Land Mobile Telephony System* (FPLMTS). Foram, então, prospectadas dezenas de tecnologias que poderiam ser avalizadas pelo padrão. O desafio consistia,

³³⁵ O relato e a análise deste caso não seriam possíveis sem a valiosa colaboração do colega Maximiliano Salvadori Martinhão.

³³⁶ Embora o trabalho sobre o *International Mobile Telecommunications* (IMT) tenha sido conduzido principalmente no UIT-R, que é responsável pelo estabelecimento dos planos de radiofrequência e pela fixação de certos padrões de equipamentos de rádio, também houve o envolvimento com o UIT-D, que desenvolveu manuais para países em desenvolvimento realizarem as transições tecnológicas e prepararem-se regulatoriamente, e com o UIT-T, que trabalhou na normalização dos sistemas de comunicação, modulação, compressão de voz, usos de tunelamento, entre outros aspectos ancilares do IMT.

entre outros, em conceber um sistema que provesse transmissão de dados em alta velocidade, qualidade de voz similar à telefonia fixa e *roaming* global (União Internacional de Telecomunicações 2001-2002).

Apresentada a demanda, procuraram-se os sistemas capazes de supri-la, a quantidade de espectro de radiofrequências necessária para atendê-la, quais faixas seriam as candidatas e, para escolhê-las, uma análise do impacto regulatório. Elaborado o relatório ao longo dos anos seguintes, a definição da terceira geração da telefonia móvel (3G) ocorreu na CMR de 2000 e marcou a mudança da nomenclatura de FPLMTS para IMT-2000. Para o 3G, fixaram-se as faixas de radiofrequência de 800, 900, 1.800, 1.900 e 2.100 MHz. Cinco interfaces foram padronizadas, de acordo com a Recomendação UIT-R M.1457, aprovada em maio de 2000: *Code Division Multiple Access* (CDMA2000), *Wideband CDMA* (WCDMA), *Time Division and Space Code Multiple Access* (TD-SCDMA), *Universal Wireless Communication-136* (UWC-136) e *Digital Enhanced Cordless Telecommunications* (DECT).

Na CMR de 2003, fabricantes e operadoras levaram o pleito por novas faixas de radiofrequência, na medida em que as faixas do IMT-2000 mostravam-se insuficientes diante das projeções de utilização do espectro no tempo. Uma das resoluções da CMR 2003 foi, portanto, prospectar novas faixas de radiofrequência para o IMT. O roteiro de trabalho padrão foi seguido até a Conferência seguinte e o relatório produzido no período foi apresentado e deliberado na CMR de 2007.

No relatório, propunha-se que as bandas de radiofrequência candidatas situassem-se entre as faixas de 400 e 5 GHz e indicavam-se, por conseguinte, as seguintes: 410-30 MHz, 450-70 MHz, 470-806/862 MHz, 2,3-2,4 GHz, 2,7-2,9 GHz, 3,4-4,2 GHz e 4,4-4,99 GHz. (União Internacional de Telecomunicações, Setor de Radiocomunicações 2007) Como resultado da CMR, o IMT-2000 deu lugar ao IMT-*Advanced* e nasceu a quarta geração de tecnologia móvel (4G). Foram identificadas e fixadas faixas do espectro de radiofrequências em âmbito mundial e em âmbitos regionais. Mundialmente, padronizaram-se as faixas de 450-70 MHz e de 2,3-2,4 GHz; regionalmente, nas Américas, foram padronizadas as faixas de 700 MHz (698-806 MHz) e de 3,4-3,6 GHz³³⁷ (União Internacional de Telecomunicações, Setor de Radiocomunicações 2008). Os atos finais da CMR também contiveram disposições acerca da faixa de 2,5-2,7 GHz para o IMT. Em 2010, um grupo de trabalho do UIT-R

³³⁷ A padronização da faixa de 3,4-3,6 GHz foi feita, praticamente, em âmbito mundial, porquanto mais de 90 países apoiaram-na.

reconheceu apenas duas interfaces como aptas a se enquadrarem nos critérios de 4G: *Long Term Evolution* (LTE) e *Worldwide Interoperability for Microwave Access* (Wimax), duas das quais haviam sido apontadas em 2007.³³⁸

Já se indicou, no capítulo anterior, que a Constituição da UIT atribui caráter vinculativo ao RR, o que lhe dá força de tratado. Todavia, nunca houve a internalização orgânica desses documentos, ocorrendo isso de maneira pulverizada por meio das resoluções da Anatel que aprovam regulamentos sobre canalização e condições de uso de radiofrequências. É isso que tem ocorrido com o IMT.

As faixas de radiofrequência de 3G foram alocadas para a telefonia móvel, em obediência à decisão oriunda da UIT na CMR de 2000, por meio da Resolução da Anatel nº 454, de 11 de dezembro de 2006, que aprovou o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, 1.900 MHz e 2.100 MHz. A Resolução destinou essas radiofrequências ao SMP e o art. 1º do Regulamento aprovado é explícito: “Este Regulamento tem por objetivo estabelecer as condições de uso das faixas de radiofrequências constantes da Tabela 1 por sistemas digitais do SMP, em conformidade com o Regulamento de Radiocomunicações da UIT (S1.24)”.

Embora a canalização realizada tenha prejudicado o uso de sistemas de acesso fixo sem fio para o STFC (*Wireless Local Loop* – WLL), exigindo sua desativação ou sua realocação no espectro³³⁹, e apesar de haver outras possibilidades de canalização possíveis e adotadas por outros países, a preliminar exposta na Consulta Pública nº 724, de 10 de julho de 2006, denunciava a indisposição para com outras soluções: “Como resultado da presente Consulta Pública, a Anatel pretende: (...) XIII – adequar as condições de uso de radiofrequências das faixas de 800 MHz, 900 MHz, 1.800 MHz, e estabelecer as condições das novas faixas de 1.900 MHz e 2.100 MHz, para uso em aplicações que sigam as especificações IMT-2000, do UIT-R”.³⁴⁰

³³⁸ A nota para a imprensa dessas conclusões encontra-se disponível em http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2010/40.aspx (último acesso em 25 de março 2011).

³³⁹ As faixas do *Wireless Local Loop* (WLL) que acavalavam as faixas do IMT-2000 já haviam sido “congeladas” por meio das Resoluções da Anatel nº 313 e nº 314, de 19 de setembro de 2002, que restringiu a expedição de autorização de uso de radiofrequência e o licenciamento de novas estações para os sistemas de acesso fixo sem fio já em operação e definiu prazo para término da exclusividade da operação de faixas por esse sistema.

³⁴⁰ Na Consulta Pública, previa-se que os sistemas WLL sairiam de operação em 2011. A melhor solução encontrada pela Agência, estampada no art. 24 do Regulamento, foi permitir que eles continuassem em operação, no entanto remanejados entre estações da mesma entidade.

Com a padronização do IMT-*Advanced*, a Agência expediu três resoluções que merecem destaque. A Resolução nº 537, de 17 de fevereiro de 2010, publicou um novo Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequências de 3,5 GHz; a Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010, modificou a destinação da faixa de 2,5 a 2,7 GHz; e a Resolução nº 558, de 20 de dezembro de 2010, aprovou o Regulamento sobre Canalização e Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 450 MHz a 470 MHz. Os três regulamentos salientaram o fato de estarem sendo elaborados em conformidade ao RR, sobretudo aos sistemas móveis IMT.

Viu-se que os padrões 4G mais apropriados são o LTE e o Wimax. Este é um padrão novel, mas com arranjos comerciais mais pulverizados, baseados em *royalty pools*, ao passo que aquele é um padrão para redes móveis com um legado significativo, mas que, por outro lado, possui direitos comerciais mais concentrados. O desenvolvimento de tecnologia Wimax tem sido bastante incentivado no País³⁴¹, que também tem apoiado a sua padronização internacional para banda larga móvel, tendo conquistado sua indicação como interface 4G. O LTE não possui produção ou desenvolvimento nacional, sendo seus *royalties* detidos, em grande parte, por empresas estrangeiras, como a americana Qualcomm.

As faixas de 450 MHz e de 2,5 GHz, no entanto, foram canalizadas, aparentemente, de forma a beneficiar a tecnologia de raiz CDMA (LTE) em vez de Wimax.³⁴² Isso se verifica pelo fato de que a primeira foi canalizada à luz da Duplexação por Divisão de Frequência (FDD – *Frequency Division Duplexing*) e de que também o foi cerca de 70% da faixa de 2,5 GHz. Na faixa de 450 MHz, o *uplink* ficou na subfaixa de 451 a 458 MHz e o *downlink*, na de 461 a 468 MHz; a faixa de 2,5 GHz foi toda fatiada de maneira ótima para o FDD, com exceção de 50 MHz (2.570 a 2.620 MHz). A tecnologia Wimax faz uso de Duplexação por Divisão de Tempo (TDD – *Time Division Multiplexing*) e fica restrito, na faixa de 2,5 GHz, à subfaixa central apontada.

Faz sentido pensar que a faixa de 450 MHz não foi destinada de forma ótima ao Wimax (TDD) porque ainda não há desenvolvimento concluído para a operação dessa tecnologia na faixa; a única tecnologia disponível é a CDMA. No entanto, o fato de a faixa de 2,5 GHz ter sido pouco otimizada para o TDD não se harmoniza perfeitamente

³⁴¹ V., a esse respeito, por exemplo, o desenvolvimento realizado pela Parks (Anatel libera primeira certificação WiMAX para empresa nacional 2010) e, entre as iniciativas de capital de risco da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), o projeto da empresa Dataprom (Financiadora de Estudos e Projetos 2010).

³⁴² Além da disponibilidade de Wimax para a faixa de 2,5 GHz, conforme já apontado, também está em desenvolvimento o uso dessa tecnologia para a faixa de 450 MHz (GROSSMANN 2011).

às iniciativas brasileiras de política produtiva e tecnológica. Pode-se ficar ainda mais estupefato quando se verifica que a forma de divisão da faixa de 2,5 GHz foi puramente importada da Recomendação UIT-R M.1036, documento sem qualquer caráter vinculativo.³⁴³

Esse debate ficou explícito na Consulta Pública nº 31, de 31 de julho de 2009, que precedeu a Resolução da Anatel nº 544/2010. Entre as contribuições, destaca-se a da Qualcomm: “A Qualcomm apoia o uso do espectro de 2.5 GHz conforme estabelecido na opção C1 da recomendação UIT-R M.1036 (...)”. Houve, em contrapartida, uma séria de contribuições de advogados do padrão Wimax, alegando, entre outros argumentos, que a proposta violava a neutralidade tecnológica por impedir expressamente o uso de TDD em toda a faixa, que o uso de FDD em comunicações assimétricas implica um uso ineficiente do espectro e que a proposta beneficia desproporcionalmente as prestadoras de SMP e o padrão LTE.³⁴⁴

O caso do IMT ilustra bem como funciona a relação da Anatel com o RR e os documentos correlatos da UIT. Por um lado, as instituições republicanas existentes no âmbito da Agência têm-se mostrado capazes de servir de canal de expressão da sociedade, que contesta as propostas apresentadas pela Administração e recebe respostas em retorno. Por outro lado, existe um nítido caráter pétreo conferido ao RR e às recomendações eventualmente levadas em consideração na formulação das propostas de ato normativo. Em outras palavras, admite-se que a proposta seja debatida em consulta pública, entretanto a Agência nitidamente não se dispõe a ir de encontro a algum ato da UIT, adotando-o como pressuposto do próprio procedimento de consulta.

3.3.4.2. A UIT e a Internet³⁴⁵

No capítulo anterior, tangenciou-se o tema da governança mundial da Internet e falou-se brevemente a respeito da ICANN.³⁴⁶ A sua posição hoje no mundo dá-se no contexto, anteriormente apresentado, de esvaziamento da UIT e de surgimento de

³⁴³ A primeira alternativa dada pela Recomendação para uso da faixa (C1) foi a adotada pelo Brasil. Ressalte-se que a própria Recomendação admite a possibilidade de cada Estado compor o arranjo que lhe aprovar entre TDD e FDD dentro da faixa, mas destaca que, em caso de combinação, “(...) a separação duplex mostrada em C1 é preferível” (União Internacional de Telecomunicações 2007).

³⁴⁴ Não foi possível acessar a resposta da Agência às contribuições, mas, a julgar pela permanência, no Regulamento, da canalização constante da Consulta Pública, pode-se presumir que não houve adoção de outra forma diferente da prevista na Recomendação UIT-R M.1036.

³⁴⁵ Agradeço ao colega Bruno Ramos pelos diálogos referentes a essa temática.

³⁴⁶ V. nota de rodapé nº 243.

estruturas paralelas, mais flexíveis e ágeis, porém menos universais, que passam a protagonizar temas de relevância global para o setor de TICs. A UIT, porém, vem tratando do tema Internet como pode, procurando exercer governança sobre ela até o limite de sua capacidade e proporcionando alguma coordenação dos países insatisfeitos com a ICANN.

Esses países alegam que a governança feita pela ICANN tem base informal e está adstrita, formalmente, à estrutura do governo americano, sob jurisdição daquele país. Isso dificulta a participação equânime de todos os países interessados, principalmente os países em desenvolvimento.

A governança da Internet demanda o envolvimento do direito internacional, em razão de sua natureza global descentralizada, e um sistema de freios e contrapesos entre distintas entidades de governança. Nas instituições domésticas, princípios de *accountability* e legitimidade são importantes na criação desses mecanismos. No contexto internacional, as arquiteturas podem se diferenciar consideravelmente – por causa do envolvimento de múltiplas autoridades globais –, mas esses mesmos princípios são igualmente importantes. Portanto, podemos dizer que os órgãos de governança da Internet exigem um nível de legitimidade e *accountability* compatíveis com seus poderes decisórios. (...) Podemos inferir que a ICANN possui fortes poderes políticos e regulatórios, mas carece dos freios e contrapesos fundamentais que lhe provejam responsabilidade pública (*accountability*).³⁴⁷ (TRIPATHI, SINGH e DUBE 2009, 375-6)

A WSIS e o IGF foram institucionalizados como meio de as Nações Unidas tentarem expandir sua esfera de governança sobre a Internet, competindo com a ICANN, que sempre se caracterizou como um órgão técnico. A própria UIT tem alçados sobre o assunto, não se conformando com sua posição de membro do Comitê Consultivo para Assuntos Governamentais (GAC – *Governmental Advisory Committee*) da ICANN.

O Setor da UIT encarregado da padronização de tecnologia e de aspectos de política pública para a Internet é o de Normalização (UIT-T). Esse Setor organiza seu trabalho por meio de vários grupos de estudo.³⁴⁸ A maior parte desses grupos lida com interoperabilidade técnica entre equipamentos e redes. O trabalho é majoritariamente conduzido pela iniciativa privada e, com as reformas aprovadas na Assembleia Mundial

³⁴⁷ Tradução livre do original: “*IG demands the involvement of international law due to its global decentralized nature and a system of checks and balances among different governance entities. In domestic institutions, principles of accountability and legitimacy 21 are important in the creation of such mechanisms. In the international context, the designs may differ considerably – because of involvement of multiple global authorities – but these same principles are equally important. Thus, we can say that IG bodies require a level of legitimacy and accountability commensurate with their decision-making powers. (...) We can infer that ICANN is with full regulatory and political powers, but without the fundamental checks and balances that provided public accountability.*”

³⁴⁸ Existem 17 grupos permanentes de estudo, além de grupos formados ad hoc para temas específicos. (TSAG at a Glance 2011)

de Normalização de Telecomunicações de 2000, as normas consideradas puramente técnicas são aprovadas em seus próprios grupos de estudo, por meio de procedimentos mais rápidos.³⁴⁹ Para as recomendações que têm implicações políticas ou regulatórias, utiliza-se o procedimento de aprovação tradicional. (União Internacional de Telecomunicações 2005)

Os grupos de estudo que tratam de temas com forte impacto em políticas públicas e na atividade regulatória são os de nº 2 (Aspectos operacionais de provimento de serviços e gerenciamento de telecomunicações) e o de nº 3 (Princípios de tarifação e contabilidade, incluindo questões de políticas e de economia relacionadas às telecomunicações). O Grupo nº 2 lida, em sua maior parte, com recursos de numeração e de endereçamento e o Grupo nº 3 tem como tema central harmonizar internacionalmente princípios a respeito da remuneração de interconexão de redes. Esses dois grupos trabalham com temas acerca da Internet que se sobrepõem, de alguma forma, às atribuições da ICANN.

Um desses temas está refletido na Recomendação UIT-T D.50, a respeito da remuneração do tráfego de Internet. O documento é bastante lacônico e recomenda que os Estados garantam, nacionalmente, que os provedores de conectividade Internet internacional façam acordos bilaterais para prover o serviço aos interessados. Ainda aponta que eventuais pagamentos pela aquisição desse serviço sejam feitos mediante os acordos bilaterais. (União Internacional de Telecomunicações 2008) Muitos países, sobretudo os em desenvolvimento, vêm tentando promover mudanças no texto dessa Recomendação, alegando que ela reproduz as desigualdades mundiais em vez de aproximar países ricos e pobres, com alto volume de tráfego e com baixo volume de tráfego.

Como se viu na última subseção do capítulo anterior, o RTI é a norma da UIT que instituiu o sistema de remuneração de tráfego internacional e, juntamente com algumas recomendações, propiciou o subsídio de países mais pobres pelas chamadas originadas dos países mais ricos. Em outras palavras, recebia-se a tarifa internacional quando a rede local era usada para terminar o tráfego oriundo de outro país. Como os países em desenvolvimento sempre receberam mais chamadas do que realizaram, eram beneficiados com esse sistema. Com a liberalização do setor de telecomunicações em vários países, o RTI tem caído em desuso.

³⁴⁹ Para a apresentação das demandas e das disputas que levaram à criação desse mecanismo, v. MACLEAN (2008).

Talvez a perversidade mais visível da ausência de regulação sobre a remuneração de redes internacionais, atualmente, seja o tráfego sob o protocolo Internet (IP – *Internet Protocol*). Com a Recomendação UIT-T D.50 – praticamente uma não regulação –, pode-se dizer que os países menores, mais pobres, menos dotados de infraestrutura e mais isolados estão, de alguma forma, subsidiando as redes dos países maiores, mais ricos, mais centrais e mais dotados de infraestrutura.

Para a troca de tráfego IP, existem duas modalidades: o *peering* e o trânsito. O *peering* ocorre quando duas operadoras com tamanho razoável (em termos de número de usuários e de volume de tráfego gerado) decidem interconectar suas redes diretamente e não cobram remuneração pelo tráfego entrante ou saindo de uma para a outra. O trânsito ocorre, geralmente, quando uma operadora menor precisa adquirir interconexão ao *backbone* Internet, mas, como acessa mais o conteúdo de outras redes do que recebe conexões, precisa adquirir certo volume de banda de outra operadora maior, que não tem incentivo comercial a entrar em uma relação paritária de repartição de custos – o *peering*. Portanto, segundo avaliação da UIT, os pequenos operadores – sobretudo os localizados nos países menores e mais periféricos – terminam por ser prejudicados ao ter de adquirir capacidade de banda de tráfego, custeando-o totalmente, para obter acesso à Internet. (Are poor countries subsidizing the rich? 2005)³⁵⁰

Esse sistema, que amplia as disparidades econômicas entre ricos e pobres e entre grandes e pequenos, reproduz-se no Brasil. Tão abreviado quanto a Recomendação UIT-T D.50 é o Regulamento Geral de Interconexão (RGI), aprovado pela Resolução da Anatel nº 410, de 11 de julho de 2005, ao tratar da Internet. O mesmo ambiente de livre negociação previsto na Recomendação da UIT é transposto para o RGI, conforme se observa a partir do art. 25:

Art. 25. As prestadoras podem, nos termos da regulamentação, realizar Interconexão de suas redes para cursar tráfego, originado e terminado em suas redes.

§ 1º. É vedada a Interconexão de redes com propósito diferente de cursar tráfego entre Usuários das redes interconectadas.

§ 2º. A ligação de Redes de Telecomunicações de suporte a *backbone* Internet é considerada Interconexão classe V.

Como resultado, tem-se que as disparidades de mercado entre, de um lado, proprietárias de grandes *backbones* e de saídas internacionais para a Internet e, de outro, pequenos provedores de acesso à Internet mantêm-se. O custo do trânsito IP,

³⁵⁰ As tentativas de alteração dessa Recomendação estão sendo infrutíferas e, politicamente, vem havendo um movimento de revigorar o RTI, para dar conta do tema da remuneração do tráfego IP e instituir a obrigação de realização de *peering* ou, ao menos, conformar um sistema de remuneração menos assimétrico que o trânsito atual.

funcionando como instrumento de exercício do poder de mercado, e a imobilidade da atividade regulatória a esse respeito, reproduzindo a sistemática internacional, provocou o CGI.br a instituir o seu programa de Pontos de Troca de Tráfego (PTTs)³⁵¹ e até mesmo o Poder Executivo a restaurar a Telebrás, por meio do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, com o propósito de reduzir o preço desse insumo no atacado e propiciar maior competição e menores custos para o usuário final.

Embora seja um tema à disposição do regulador nacional, nunca foi posto pública e amplamente em discussão no âmbito da Agência. O assunto foi tratado por meio da Consulta Pública nº 549, de 13 de julho de 2004, porém a única contribuição referente à imposição de maior obrigatoriedade na Interconexão Classe V foi rechaçada sob o argumento de que a facultatividade preservaria, de maneira mais adequada, o princípio do uso eficiente das redes. A Agência também não publicou posteriormente quaisquer regras específicas para remuneração de tráfego entre redes de dados ou de tráfego IP. Com isso, o Brasil defende internacionalmente uma maior transparência na atividade de governança da Internet³⁵² e a modificação do sistema de troca de tráfego, mas, aparentemente, condiciona a mudança desse sistema, em âmbito interno, à evolução dessa discussão no plano internacional.

³⁵¹ Para mais informações acerca dessa iniciativa, v. MOREIRAS e GETSCHKO (2008).

³⁵² V., por exemplo, relatório de viagem da delegação brasileira à Reunião Conjunta dos dois Grupos Relatores sobre Interconexão Internacional Internet, Custos e de Metodologia de Fluxo de Tráfego, ocorrida em Bruxelas, em outubro de 2003, disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=91528> (último acesso em 27 de março de 2011).

Conclusão

Inexiste alternativa para a internalização das normas e das pseudonormas internacionais, à luz do republicanismo, que não passe por procedimentos de democracia participativa, contestatória ou deliberativa. Com os estudos aqui realizados, pôde-se observar que um conjunto de instituições dessa natureza foi criado no âmbito da introdução das agências reguladoras no País. A partir da observação da dinâmica prática dessas instituições, é possível concluir, por um lado, que, em geral, elas têm se prestado aos objetivos para os quais existem, quais sejam, os de serem canais de participação republicana no contexto de uma hipertrofia histórica do Poder Executivo em dados setores da economia e o de informarem a Administração Pública acerca da melhor alternativa em prol do bem comum. As instituições participativas no âmbito das agências, por outro lado, ainda não atuam de forma plenamente republicana como caminhos para a legitimação das políticas internalizadas em razão de normas e pseudonormas internacionais.

No setor de aviação civil, a participação da sociedade ocorre no seio dessa internalização, na medida em que, desde 2008, a Agência utiliza o mecanismo formal dos RBACs para transpor os anexos técnicos para o direito interno. Esses Regulamentos submetem-se, comumente, a consultas ou a audiências públicas antes de serem aprovados. A ANAC tem, recentemente, mostrado indícios de que está atenta à busca do bem comum, ainda que, para isso, seja necessário ir de encontro às normas estabelecidas pela OACI.³⁵³ O neorrepblicanismo, porém, propugna uma ampla abertura participativa e contestatória dos procedimentos de produção normativa à sociedade e isso não se tem verificado de forma plena no âmbito da ANAC.

O primeiro passo a ser dado pela Administração, antes de projetar qualquer orientação ou norma, é rastrear os interesses da comunidade à qual está vinculada. Para as normas produzidas nacionalmente, esse crivo é razoavelmente bem realizado. Para as normas internacionais internalizadas, porém, em especial as da OACI, não há abertura à participação ou à contestação popular para que haja essa verificação dos interesses e das ideias nacionais. Viu-se que, embora haja um processo formal de tramitação de documentos entre a OACI, a ANAC e a Delegação Permanente do Brasil junto à Organização, não há instituições republicanas que garantam uma voz para a sociedade;

³⁵³ V., a esse respeito, a subseção 3.2.4.1.

o procedimento de formação de posição é aberto exclusivamente à própria Agência – e, eventualmente, a quem possua algum acesso privilegiado à Administração, se esse for o caso. A partir do momento em que a norma já está formada e passa-se à etapa de internalização, a discussão de uma série de disposições encontra-se, se não jurídica, politicamente preclusa e isso significa a não concretização dos princípios da filosofia neorrepblicana.

No setor de telecomunicações, não existe um caminho específico para a internalização das decisões emitidas pela UIT que constituam normas ou pseudonormas. A transposição de recomendações e regulamentos para o direito interno sói ocorrer embutida em resoluções da própria Agência. Na medida em que todas as resoluções submetem-se a processos de participação da sociedade, as decisões internacionais passam, materialmente, pelo crivo contestatório neorrepblicano. Apesar disso, os documentos com efeito vinculativo são nitidamente vistos como incontestáveis, na medida em que a eles se atribui força de tratado. Esquece-se, porém, que até os tratados, depois de já firmados, são contestados à luz dos interesses nacionais mediante processos republicanos antes de serem internalizados. Não há, no entanto, caso em que a norma ou pseudonorma internacional é aplicada diretamente ao País, como costuma ou costumava ocorrer no setor de aviação civil; todas passam, ainda que implícitas e pouco permeáveis, pelos procedimentos devidos.

Um ponto em que a internalização das normas e das pseudonormas internacionais pela Anatel é nitidamente republicano é o debate existente previamente à formação da posição a ser apresentada pelo País em foros internacionais. As CBCs são os espaços em que isso ocorre. Elas trabalham permanentemente sobre os documentos preparatórios das conferências mundiais dos setores da UIT e de outros organismos internacionais de relevância para o setor e, muitas vezes com a participação da academia e da iniciativa privada, ajustam os pontos e os argumentos a serem defendidos pelo País no espaço institucional global. Todavia, pode-se reconhecer a fraca institucionalidade desses órgãos em serem a porta universal do País para esses eventos.

As CBCs possuem dificuldades práticas em incentivar a participação da sociedade civil, em coordenar seus trabalhos internamente à Agência e em articular uma posição universal do País para os temas submetidos a decisões em nível internacional. É verificável a participação de algumas entidades não estatais nas discussões, porém organizações da sociedade civil de maneira geral e, particularmente, representações dos usuários praticamente não tomam parte nos trabalhos de formação da posição do País.

Não é raro também, a Agência adotar uma posição no ambiente internacional e não agir de forma coerente no ambiente nacional.³⁵⁴ Além disso, outros órgãos do governo – ministérios e autarquias, por exemplo – não costumam fomentar esses espaços de discussão como polos de formação da posição do Brasil em temas que lhes tanjam; o próprio Ministério das Relações Exteriores não acompanha regularmente as reuniões das CBCs. O resultado desse cenário é a esterilidade das posições afinal formadas. Ainda que a Agência empenhe-se a conformar a melhor posição possível, a falta de insumos participativos e de pontos de vista extrasetoriais logicamente empobrece e enfraquece a legitimidade das decisões do País no plano internacional.

Todas essas dificuldades para fortalecer um mecanismo de participação prévia às decisões internacionais contribuem para reforçar a falta de confiabilidade atribuída às normas e às pseudonormas internacionais. No segundo capítulo, viu-se que muitos autores tentam trabalhar o paradigma republicano em nível internacional, procurando enxergar uma comunidade global e uma arena pública inclusiva simbolizada pelas OIs, mormente as do Sistema ONU. Nesse contexto, a sociedade civil global organizada – principalmente organizações não governamentais com atuação internacional – é observada por boa parte da doutrina como garantidora da observância de um bem comum global nas decisões de OIs e de outros organismos internacionais, na medida em que minimamente participativos.

Viram-se os perigos de se confiar de maneira absoluta na participação supostamente democrática dos organismos internacionais. Em geral, os organismos deliberativos internacionais carecem de representatividade, de um sistema de freios e contrapesos eficaz, de submissão a alguma jurisdição reconhecida como legítima por todos, de instituições contestatórias que estimulem a participação neorepublicana, de um ambiente organizado, de transparência e de responsabilidade pública (*accountability*). Além de considerações gerais, observou-se, também, como esses problemas manifestam-se concretamente no âmbito da OACI e da UIT.

Muitas OIs hoje gozam de uma independência relativa aos Estados que as criaram, desafiando a filosofia jurídica internacional, que ainda se apoia largamente na concepção westfaliana. O Estado nacional deve ter, portanto, formas jurídicas minimamente coerentes no relacionamento com esses organismos e suas decisões. O Brasil, por exemplo, é dotado de um complexo sistema para internalização de tratados,

³⁵⁴ No que se refere a essa questão, v. subseção 3.3.4.2.

garantindo que a sociedade, por meio do Congresso Nacional, manifeste-se contra ou a favor. Instituir um processo similar para a internalização das normas e das pseudonormas emitidas pelas OIs é uma exigência das instituições republicanas que conduzem o Estado desde o seu nascimento e que estão na base da Constituição moderna.

O republicanismo tem como objetivo garantir a liberdade dos concidadãos, entendida como ausência de dominação. Existe certo debate a respeito disso, mas pode-se pinçar o conceito historicamente sustentado de que liberdade como não dominação significa inexistência de interferência arbitrária. Afasta-se da ideia liberal de que a mera interferência significa restrição da liberdade; também se retifica a percepção comunitarista – ou “humanista cívica”, em sua definição a-histórica – de que liberdade significa exercício da participação política. A participação política tem papel fundamental para o republicanismo, assim como para o comunitarismo, entretanto ela, em si, não compõe o conceito de liberdade. O republicanismo, na corrente aqui exposta, entende a participação do cidadão nos negócios do Estado como um *meio* de se garantir a liberdade – esta não deixa de ser um conceito negativo. É o republicanismo que está na base de muitas das instituições do Estado moderno, entre as quais as que impõem filtros para a internalização legítima de normas alienígenas.

Quando se fala em republicanismo, não se está referindo a um arbítrio filosófico. Trata-se de ideias presentes no pensamento político das comunidades desde a Roma antiga, que ganharam autonomia e abstração no norte da Itália ao término da Idade Média. A partir daí, efluíram através dos séculos e permanecem vivas até hoje. As instituições de participação popular, de separação de poderes, de rotatividade na ocupação de cargos, de plebiscito e sufrágio e de governo representativo são oriundas dessa corrente de pensamento e mantêm seus fundamentos até hoje, com algumas oscilações.

À luz do neoinstitucionalismo histórico, é nitidamente observável a persistência e a duração das ideias republicanas. Em momentos fletores ao longo dos séculos, pode-se observar, também, a resistência característica da dependência em relação à trajetória histórica percorrida. À medida que problemas novos surgiam para o paradigma republicano, este se ia ajustando, alargando ou reorientando, de forma a lidar e a responder às novas realidades.³⁵⁵

³⁵⁵ Assim o foi, por exemplo, no resgate republicano realizado pelo humanismo cívico florentino, na guinada democrática de Maquiavel, na legitimação do interesse como elemento legítimo da política

Não é diferente em relação às normas internacionais. O conjunto de instituições resumidas sob o gênero governança global, relativamente novo historicamente, tende a chocar-se com as ideias e as instituições republicanas, que possuem um *momentum* muito maior. Comparando-se com a análise histórica realizada neste trabalho, não é mera futurologia arguir que, desse choque, as instituições republicanas tendem a sair fortalecidas e a converter as instituições da governança global em ferramentas da liberdade política e da participação democrática.

Bibliografia

Livros e artigos

- ABEYRATNE, Ruwantissa. "Some recommendations for a new legal and regulatory structure for the management of the offense of unlawful interference with civil aviation." *Transportation Law Journal*, 1998: 115-52.
- Agência Nacional de Aviação Civil. "Anuário do transporte aéreo." Brasília, 2009.
- . "Relatório de análise das contribuições referentes à Audiência Pública sobre os Critérios Regulatórios para a Implantação, Operação e Manutenção dos Serviços de Prevenção, Salvamento e Combate a Incêndio em Aeródromos Públicos Civis." *Agência Nacional de Aviação Civil*. Setembro de 2009. <http://www2.anac.gov.br/transparencia/audiencias/4> - Relatório de Análise de Contribuições - SESCINC.pdf (acesso em 13 de março de 2011).
- . "Tarifas aéreas." *Agência Nacional de Aviação Civil*. 28 de fevereiro de 2011. <http://www2.anac.gov.br/estatistica/tarifasaereas/> (acesso em 3 de março de 2011).
- AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- AGUILLAR, Fernando Herren. "Direito econômico e globalização." In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 269-78. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- . *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVAREZ, José E. "Governing the world: international organizations as lawmakers." *Suffolk Transnational Law Review*, 2008: 591-618.
- AMAN JR., Alfred C. "Globalization, democracy, and the need for a new Administrative Law." *UCLA Law Review*, 2002: 1687-716.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. *Principles of the institutional law of international organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- AQUINO, Tomás de. *De regno*. Tradução: Gerald B. Phelan. Toronto: The Pontifical Institute of Mediaeval Studies, 1949.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito." *Revista de Informação Legislativa*, outubro/dezembro de 2000: 275-99.
- ARANHA, Márcio Iorio. "Agência reguladora e espaço público: sua funcionalidade como espaço de exercício da virtude política." In: *Direito das telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*, por Márcio Iorio ARANHA, 13-28. Brasília: JR Gráfica, 2005.
- . *Coletânea de Normas e Julgados de Telecomunicações e Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- . *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas (CEPPAC), Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília - Tese de Doutorado, 2005.
- ARANHA, Márcio Iorio, e Gustavo Kaercher LOUREIRO. *Direito regulatório*. Texto-base para a disciplina Direito Regulatório, do Curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Público, Brasília: Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília, 2009.
- ARAÚJO, Cicero. "A angústia republicana: entrevista com J. G. A. Pocock." *Lua Nova: revista de cultura e política*, 2000: 31-40.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- . *Metaphysics*. Oxford: Clarendon Press, 2006.
- . *Politics*. Tradução: Benjamin Jowett. Kitchener: Batoche Books, 1999.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 4ª ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AßMANN, Eberhard Schmidt. "The internationalization of administrative relations as a challenge for Administrative Law scholarship." *German Law Review*, 2008: 2061-79.
- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. "Aviação regional brasileira (modal aéreo IV)." *Informe infra-estrutura: área de logística, telecomunicações e complexo eletrônico*, novembro de 2002: 1-9.
- . "Aspectos de competitividade do setor aéreo (modal aéreo II)." *Informe infra-estrutura: área de projetos de infra-estrutura*, março de 2001: 1-8.
- BARAT, Josef. "Regulação do transporte aéreo." *Revista Jurídica Consulex*, 15 de maio de 2006: 26-37.
- BELLAMY, Richard. "Republicanism, democracy, and constitutionalism." In: *Republicanism and Political Theory*, por Cécile LABORDE e John MAYNOR, 159-89. Malden: Blackwell Publishing, 2008.
- BERGMAN, Matthew P. "Montesquieu's theory of government and the framing of the American Constitution." *Pepperdine Law Review*, 1990: 1-42.
- BERLIN, Isaiah. "Two concepts of liberty." In: *Liberty: incorporating four essays on liberty*, por Isaiah BERLIN, edição: Henry Hardy, 166-217. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BERMAN, Paul Schiff. "From International Law to Law and Globalization." *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005: 485-556.
- BESSION, Samantha. "Ubi ius, ubi civitas: a republican account of the international community." In: *Legal republicanism: national and international perspectives*, por Samantha BESSION e José Luis MARTÍ, 205-37. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BIGNOTTO, Newton. *Origens do republicanismo moderno*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

- . *Republicanism e realismo: um perfil de Francesco Guicciardini*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. “Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante.” *Revista Forense*, abril/maio/junho de 2000: 39-48.
- BLACK, Julia. “New institutionalism and naturalism in socio-legal analysis: institutionalist approaches to regulatory decision making.” *Law & Policy*, janeiro de 1997: 51-93.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10ª ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BOCK, Gisela. “Civil discord in Machiavelli's *Istorie Fiorentine*.” In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 181-201. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- BOGOLASKY, José C. “Air transport in Latin America: the expanding role of the Latin American Civil Aviation Commission.” *Journal of Air Law and Commerce*, 1978: 75-107.
- BOHMAN, James. “Nondomination and transnational democracy.” In: *Republicanism and political theory*, por Cécile LABORDE e John MAYNOR, 190-216. Malden: Blackwell Publishing, 2008.
- BRADLEY, Curtis A., e Judith G. KELLEY. “The concept of international delegation.” *Law and Contemporary Problems*, inverno de 2008: 1-36.
- BRUNER, Christopher M. “States, markets and gatekeepers: public-private regulatory regimes in an era of economic globalization.” *Michigan Journal of International Law*, outono de 2008: 125-76.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.
- BURKE, Peter. *A Revolução Francesa da Historiografia: a Escola dos Annales (1929-1989)*. São Paulo: Unesp, 2003.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda. “Telecomunicações e globalização.” In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 177-91. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Teoria do direito e globalização econômica.” In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 77-92. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CAMPOS, Rodrigo Pinto de. “Conflito de competências entre Administração Direta e Agência Reguladora: o caso da aviação civil.” *Revista de Direito Pública da Economia - RDPE*, jul./set. de 2008: 159-70.
- CARNEIRO, Edison. *A Insurreição Praieira (1848-49)*. Rio de Janeiro: Conquista, 1960.
- CARRITHERS, David W. “Not so virtuous republics: Montesquieu, Venice, and the theory of aristocratic republicanism.” *Journal of the History of Ideas*, abril-junho de 1991: 245-68.
- CASSESE, Sabino. “Administrative Law without the State? The challenge of global regulation.” *International Law and Politics*, 2005: 663-94.

- CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.
- CHARNOVITZ, Steve. "The emergence of democratic participation in global governance (Paris, 1919)." *Indiana Journal of Global Legal Studies*, inverno de 2003: 45-77.
- CHENEVAL, Francis. "Multilateral dimensions of republican thought." In: *Legal republicanism: national and international perspectives*, por Samantha BESSON e José Luis MARTÍ, 238-55. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- CHUJO, Amália Massumi, e Fernando WALTER. *Operações de vôo seguras e eficientes usando o conceito GBAS/SBAS*. Anais do 12º Encontro de Iniciação Científica e Pós-Graduação do ITA, São José dos Campos: Instituto Tecnológico de Aeronáutica, 2006.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CODDING JR., George A. "Contributions of the World Health Organization and the International Civil Aviation Organization to the development of International Law." *American Society of International Law Proceedings*, 1965: 147-52.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8ª ed., revista e atualizada. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COHEN, Jean L. "Rights, citizenship, and the modern form of the social: dilemmas of arendtian republicanism." *Constellations*, outubro de 1996: 164-89.
- COLLINS, Katherine. "International accounting rate reform: the role of international organizations and implications for developing countries." *Law & Policy in International Business*, 2000: 1077-92.
- CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*. Paris: Chez Alexis Eymery, 1815.
- COOPER, John Cobb. "The Chicago Convention - after twenty years." *University of Miami Law Review*, primavera de 1965: 333-44.
- COUTINHO, Carlos Nelson. "Democracia: um conceito em disputa." *Fundação Lauro Campos*. 22 de dezembro de 2008. <http://www.socialismo.org.br/portal/filosofia/155-artigo/699-democracia-um-conceito-em-disputa-> (acesso em 10 de março de 2009).
- COWHEY, Peter F. "The international telecommunications regime: the political roots of regimes for high technology." *International Organization*, primavera de 1990: 169-99.
- CUNHA, Daniel Alves da. *Fatores de indução de demanda por transporte aéreo público no Brasil: os efeitos do PIB, adensamentos populacionais e perfil do usuário*. Brasília: Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes, Universidade de Brasília - Monografia (Especialização em Gestão da Aviação Civil), 2009.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

- DELBRÜCK, Jost. "Exercising public authority beyond the state: transnational democracy and/or alternative legitimation strategies?" *Indiana Journal of Global Legal Studies*, inverno de 2003: 29-43.
- DELEUZE, Gilles. "Instintos e instituições." In: *A ilha deserta e outros textos: textos e entrevistas (1953-1974)*, por Gilles DELEUZE, edição: David Lapoujade, tradução: Hélio Rebello Cardoso Junior, 24-7. São Paulo: Iluminuras, 2004.
- DIACON, Todd A. *Rondon: o marechal da floresta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DIPPEL, Horst. "Representation, representatives and the right to vote, or the arduous path towards democratic representation in the United States, 1776–1849." *Parliaments, Estates and Representation*, 23 de maio de 2003: 25-42.
- DIVER, Colin S. "Policymaking paradigms in Administrative Law." *Harvard Law Review*, dezembro de 1981: 393-434.
- ESTY, Daniel C. "Good governance at the supranational scale: globalizing Administrative Law." *The Yale Law Journal*, 2006: 1490-562.
- FALLON JR., Richard H. "What is republicanism, and is it worth reviving?" *Harvard Law Review*, 1988-9: 1695-1735.
- Financiadora de Estudos e Projetos. "18º Venture Forum FINEP." *Venture Capital FINEP*. 13 de abril de 2010. http://www.venturecapital.gov.br/vcn/historico_vf_18.asp (acesso em 25 de março de 2011).
- FOSSUNGU, Peter Ateh-Afac. "The ICAO Assembly: the most unsupreme of supreme organs in the United Nations System? A critical analysis of Assembly sessions." *Transportation Law Journal*, 1998: 1-49.
- GALUPPO, Marcelo Campos. "Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado e o problema da tolerância." In: *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teorias e das práticas constitucionais brasileiras*, por José Adércio Leite SAMPAIO, 337-46. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos e limites da atribuição de poder normativo às autarquias autônomas federais (agências reguladoras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. "Os anexos técnicos à Convenção de Chicago de 1944 e a ordem jurídica portuguesa." *Instituto Politécnico de Beja*. 25 de novembro de 2005. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JBG_ATCC.pdf (acesso em 19 de março de 2011).
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GROSSI, Venancio. "Um novo tempo para a aviação comercial brasileira." *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Aeroespacial*, 1998.
- GUARINI, Elena Fasano. "Machiavelli and the crisis of the Italian republics." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 17-40. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- GUERMAZI, Boutheina. "The GATS agreement on basic telecommunications: a developing country perspective." In: *Governing global electronic networks*:

- international perspectives on policy and power*, por William J. DRAKE e Ernest J. WILSON III, 187-230. Cambridge: The MIT Press, 2008.
- GUICCIARDINI, Francesco. *Dialogo e discorsi del reggimento di Firenze*. Edição: Roberto Palmarocchi. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1932.
- GUIMARÃES, Eduardo Cunha. "Aspectos regulatórios do mercado de transporte aéreo no Brasil." In: *A regulação do mercado de aviação civil no Brasil*, por Eduardo Augusto GUIMARÃES e Lucia Helena SALGADO, 1-12. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HALL, Peter A., e Rosemary C. R. TAYLOR. "As três versões do neo-institucionalismo." *Lua nova: revista de cultura e política*, 2003: 193-223.
- HALLDENIUS, Lena. "Building blocks of a republican cosmopolitanism: the modality of being free." *European Journal of Political Theory*, 2010: 12-30.
- HAMILTON, Alexander, John JAY, e James MADISON. *The Federalist: a collection*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- Harvard Law Review. "Civic republican administrative theory: bureaucrats as deliberative democrats." *Harvard Law Review*, 1994: 1401-18.
- HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- HILLGENBERG, Hartmut. "A fresh look at soft law." *European Journal of International Law*, 1999: 499-515.
- HORWITZ, Morton J. "Republicanism and liberalism in American constitutional thought." *William and Mary Law Review*, 1987-8: 57-74.
- HOUAISS, Antônio, e Mauro de Salles VILLAR. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUBER, Peter W., Michael K. KELLOG, e John THORNE. *Federal telecommunications law*. 2ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 1999.
- HUDSON, Clement Wayne. "Globalization and cosmopolitan republicanism." *Tamkang Journal of International Affairs*, 2006: 1-32.
- JAYAKAR, Krishna. "Globalization and the legitimacy of international telecommunications standard-setting organizations." *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998: 711-38.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- JURDJEVIC, Mark. "Machiavelli's hybrid republicanism." *The English Historical Review*, 21 de dezembro de 2007: 1228-57.
- KAHAN, Dan M. "Democracy schemocracy." *Cardozo Law Review*, janeiro de 1999: 795-806.
- KELLEY, Thomas. "Beyond the Washington Consensus and New Institutionalism: what is the future of Law and Development?" *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2010: 539-54.

- KINNEY, Eleanor D. "The emerging field of International Administrative Law: its content and potential." *Administrative Law Review*, 2002: 415-34.
- KOSKENNIEMI, Martti. "The fate of Public International Law: between technique and politics." *The Modern Law Review*, janeiro de 2007: 1-30.
- KRASNER, Stephen D. "International Law and International Relations: together, apart, together?" *Chicago Journal of International Law*, primavera de 2000: 93-9.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- KUHN, Thomas Samuel. "Lógica da descoberta ou psicologia da pesquisa?" In: *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*, por Imre LAKATOS e Alan MUSGRAVE, 5-31. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1979.
- LABORDE, Cécile. "Republicanism and global justice." *European Journal of Political Theory*, 2010: 48-69.
- LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil*. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - Dissertação (Mestrado em Direito), 2009.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LIMA, Venício A. de. "Coronelismo eletrônico na radiodifusão educativa." *Observatório da Imprensa*. 12 de junho de 2007. <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=437IPB002> (acesso em 15 de março de 2011).
- LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*. 9ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2000.
- . *Uma história do Brasil: república*. São Paulo: Contexto, 1997.
- LOVETT, Frank. "Republicanism." *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 18 de maio de 2010. <http://plato.stanford.edu/entries/republicanism/> (acesso em 7 de novembro de 2010).
- LUNEBURG, William V. "Civic republicanism, the First Amendment, and Executive branch policymaking." *Administrative Law Review*, verão de 1991: 367-410.
- MACLEAN, Don. "Sovereign right and the dynamics of power in the ITU: lessons in the quest for inclusive global governance." In: *Governing global electronic networks: international perspectives on policy and power*, por William J. DRAKE e Ernest J. WILSON III, 83-126. Cambridge: The MIT Press, 2008.
- MACLEAN, Don, David SOUTER, James DEANE, e Sarah LILLEY. *Louder voices: strengthening developing country participation in international ICT decision-making*. Londres: Commonwealth Telecommunications Organisation/Panos London, 2002.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Edição: Mario Martelli. Florença: Sansoni, 1971.
- . *O príncipe*. Tradução: Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2001.

- MARCH, James G., e Johan P. OLSEN. "Elaborating the "new institutionalism"." In: *The Oxford handbook of political institutions*, por R. A. W. RHODES, Sarah A. BINDER e Bert A. ROCKMAN, 3-20. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. "O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média." In: *Fundamentos de história do direito*, por Antonio Carlos WOLKMER, 181-216. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MAYNOR, John W. "Modern republican democratic contestation." In: *Republicanism in theory and practice*, por Iseult HONOHAN e Jeremy JENNINGS, 125-38. Oxfordshire: Routledge, 2006.
- . *Republicanism in the modern world*. Cambridge: Polity Press, 2003.
- MEDEIROS, Gierck Guimarães. "Origem das agências reguladoras no Brasil." In: *Direito das telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil*, por Márcio Iorio ARANHA, 29-79. Brasília: JR Gráfica, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MENEZES, Wagner. "A "soft law" como fonte do direito internacional." In: *Direito internacional no cenário contemporâneo*, por Wagner MENEZES, 69-89. Curitiba: Juruá, 2003.
- MIGUEL, Luis Felipe. "Teoria democrática atual: esboço de mapeamento." *BIB: revista brasileira de informação bibliográfica em ciências sociais*, 1º semestre de 2005: 5-42.
- MILDE, Michael. "The International Civil Aviation Organisation: after 50 years and beyond." *Australian International Law Journal*, 1996: 60-8.
- Ministério das Comunicações. *Caderno da 1ª Confecom (Conferência Nacional de Comunicação)*. Brasília: Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, 2010.
- MONSERRAT FILHO, José. "Aviões controlados por satélites." *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, 1998.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAN, Michael. "Economic institutions." In: *The Oxford Handbook of political institutions*, por R. A. W. RHODES, Sarah A. BINDER e Bert A. ROCKMAN, 144-62. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MORAVCSIK, Andrew. "Is there a 'democratic deficit' in world politics? A framework for analysis." *Government and Opposition*, abril de 2004: 336-63.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRAS, Antonio M., e Demi GETSCHKO. "Os Pontos de Troca de Tráfego, o PTTMetro e a Internet brasileira." *Centro de Estudos e Pesquisas em Tecnologia*

- de Redes e Operações*. 25 de outubro de 2008. <http://www.ceptro.br/pub/CEPTRO/PalestrasPublicacoes/PTT-semanatec.pdf> (acesso em 27 de março de 2011).
- MOULAKIS, Athanasios. "Civic Humanism." *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 19 de dezembro de 2007. <http://plato.stanford.edu/entries/humanism-civic/> (acesso em 7 de novembro de 2010).
- MOURITSEN, Per. "Four models of republican liberty and self-government." In: *Republicanism in theory and practice*, por Iseult HONOHAN e Jeremy JENNINGS, 17-38. Oxfordshire: Routledge, 2006.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a "soft law"*. São Paulo: Atlas, 2005.
- NEIVA, Micheline Mendonça. *Análise jurídica do Segundo Acordo da Basileia: a regulação do mercado bancário internacional por meio de instrumentos de "soft law" e sua legitimidade democrática*. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - Dissertação (Mestrado em Direito), 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. "Regulação da oferta no transporte aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado." *Revista de Literatura dos Transportes*, 2007: 22-46.
- OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques, e Lucia Helena Salgado e SILVA. "Constituição do marco regulatório para o mercado brasileiro de aviação regional." *NECTAR – Núcleo de Estudos Em Competição e Regulação do Transporte Aéreo*. abril de 2008. http://www.turismo.gov.br/portalmtur/opencms/institucional/arquivos/Estudo_Aviacao_Regional_completo.pdf (acesso em 2 de dezembro de 2009).
- Organização de Aviação Civil Internacional. *Freedoms of the air*. 2004. http://www.icao.int/icao/en/trivia/freedoms_air.htm (acesso em 15 de fevereiro de 2011).
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- . "O surgimento do Estado republicano." *Lua nova: revista de cultura e política*, 2004: 131-50.
- PETTIT, Philip. *Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory*. Vol. 7, em *Philosophy, Politics, and Society*, por James FISHKIN e Peter LASLETT, 138-62. Nova York: Cambridge University Press, 2003.
- . "A republican law of peoples." *European Journal of Political Theory*, 2010: 70-94.
- . "Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner." *Political Theory*, junho de 2002: 339-56.
- PETTIT, Philip. "Republican political theory." In: *Political theory: tradition, diversity and ideology*, por Andrew VINCENT, 112-32. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- . *Republicanism: a theory of freedom and government*. Nova York: Oxford University Press, 1997.

- PICCIOTTO, Sol. "Liberalization and democratization: the forum and the hearth in the era of cosmopolitan post-industrial capitalism." *Law and Contemporary Problems*, outono de 2000: 157-78.
- PINHEIRO, Thiago Jabor. *Aspectos jurídicos da governança do Sistema Financeiro Internacional (1945-2009)*. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - Dissertação (Mestrado em Direito), 2009.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2ª ed., atualizada por Alexandre Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PINTO, Ricardo Leite. "Uma introdução ao neo-republicanismo." *Análise Social*, primavera-verão de 2001: 461-85.
- PINTO, Victor Carvalho. "O marco regulatório da aviação civil: elementos para a reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica." *Consultoria Legislativa do Senado Federal*. Junho de 2008. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/99289/1/texto42-victorcarvalhopinto.pdf> (acesso em 5 de março de 2011).
- POCOCK, John Greville Agard. *The Machiavellian moment*. Princeton: Princeton University Press, 1975.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2ª ed. Boston: Beacon, 2001.
- PORTO NETO, Benedicto. "A regulação e o direito das telecomunicações: a Agência Nacional de Telecomunicações." In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNDFELD, 286-316. São Paulo: Malheiros, 2006.
- POSNER, Eric A., e Adrian VERMEULE. "Interring the nondelegation doctrine." *The University of Chicago Law Review*, 2002: 1721-62.
- PRATA, José, Nirlando BEIRÃO, e Teiji TOMIOKA. *Sérgio Motta: o trator em ação*. São Paulo: Geração Editorial, 1999.
- Presidência da República. *Brasil Conectado: Programa Nacional de Banda Larga*. 2010. <http://www4.planalto.gov.br/brasilconectado> (acesso em 17 de março de 2011).
- QUILL, Lawrence. *Liberty after liberalism: civic republicanism in a global age*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2006.
- RATNAPALA, Suri. "Republicanism's debt to Liberalism: comments on Pettit." *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2000: 263-71.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10ª ed., inteiramente revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RHODES, R. A. W. "Old institutionalisms." In: *The Oxford handbook of political institutions*, por R. A. W. RHODES, Sarah A. BINDER e Bert A. ROCKMAN, 90-108. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- ROGERS, Melvin. *Republicanism*. Vol. 7, em *International Encyclopedia of the Social Sciences*, por William DARITY JR., 188-9. Detroit: Macmillan Reference USA, 2008.

- RUBINSTEIN, Nicolai. "Machiavelli and Florentine republican experience." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 3-16. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado (leituras de direito constitucional)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- SALGADO, Lucia Helena. "A regulação do mercado de aviação civil no Brasil: evolução e situação atual." In: *A regulação do mercado de aviação civil no Brasil*, por Eduardo Augusto GUIMARÃES e Lucia Helena SALGADO, 13-24. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. "Globalização e teoria jurídica do conhecimento econômico." In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 259-68. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SANDERS, Elizabeth. "Historical institutionalism." In: *The Oxford handbook of political institutions*, por R. A. W. RHODES, Sarah A. BINDER e Bert A. ROCKMAN, 39-55. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- SARVIS, Robert C. "Legislative delegation and two conceptions of the Legislative Power." *Pierce Law Review*, 2006: 317-57.
- SASSELLA, Michael. "The International Civil Aviation Organization: its contribution to International Law." *Melbourne University Law Review*, junho de 1971: 41-90.
- SCHEUERMAN, William E. "Is republican regulatory law the answer to globalization?" *University of Toronto Law Journal*, 2002: 301-11.
- SCHOENBROD, David. "Delegation and democracy: a reply to my critics." *Cardozo Law Review*, janeiro de 1999: 731-66.
- . "Separation of powers and the powers that be: the constitutional purposes of the delegation doctrine." *The American University Law Review*, 1987: 355-89.
- SCHWARTZ, Bryan, e Elliot LEVEN. "International organizations: what makes them work?" *The Canadian Yearbook of International Law*, 1992: 165-95.
- SCHWARZMANTEL, John. "Republican theory and democratic transformation." In: *Republicanism in theory and practice*, por Iseult HONOHAN e Jeremy JENNINGS, 140-53. Oxfordshire: Routledge, 2006.
- SCOTT, Jonathan. "Classical republicanism in the seventeenth-century England and the Netherlands." In: *Republicanism: a shared European heritage*, por Martin van GELDEREN e Quentin SKINNER, 61-81. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- SEIDENFELD, Mark. "A civic republican justification for the bureaucratic State." *Harvard Law Review*, 1992: 1511-76.
- SELLERS, Mortimer. "Republicanism: philosophical aspects." In: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, por Neil SMELSER e Paul BALTES, 13204-10. Oxford: Pergamon, 2001.
- SELLERS, Mortimer. "The republican foundations of International Law." In: *Legal republicanism: national and international perspectives*, por Samantha BESSON e José Luis MARTÍ, 187-204. Oxford: Oxford University Press, 2009.

- SENDEN, Linda. "Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?" *Electronic Journal of Comparative Law*. Janeiro de 2005. <http://www.ejcl.org/91/abs91-3.html> (acesso em 13 de fevereiro de 2011).
- SHANE, Peter M. "Legislative delegation, the unitary Executive, and the legitimacy of the Administrative State." *Harvard Journal of Law & Public Policy*, inverno de 2010: 103-10.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SHKLAR, Judith N. "Montesquieu and the new republicanism." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 265-79. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SILVA, Filipe Carreira da. *Virtude e democracia: um ensaio sobre ideias republicanas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004.
- SILVA, Leandro Novais e. "Tópicos sobre a evolução da aviação comercial no Brasil: a história entre o direito e a economia." *Jus Navigandi*. Julho de 2006. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9133/topicos-sobre-a-evolucao-da-aviacao-comercial-no-brasil/2> (acesso em 1º de março de 2011).
- SILVA, Ricardo. "Liberdade e Lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit." *Lua nova: revista de cultura e política*, 2008: 151-94.
- SILVANO, Giovanni. "Florentine republicanism in the early sixteenth century." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 41-70. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SIMMEL, Georg. "O dinheiro na cultura moderna." In: *Simmel e a modernidade*, por Jessé SOUZA e Berthold ÖELZE, 23-40. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.
- SIQUEIRA, Cristiani de Araújo. *Navegação aérea segundo o conceito CNS/ATM: custos e benefícios*. São José dos Campos: Instituto Tecnológico de Aeronáutica - Dissertação (Mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica), 2005.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução: Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- . "On the slogans of republican political theory." *European Journal of Political Theory*, 2010: 95-102.
- . *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SKINNER, Quentin. "Machiavelli's Discorsi and the pre-humanist origins of republican ideas." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 121-41. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- . *Maquiavel*. Tradução: Maria Lucia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- SKINNER, Quentin. "The republican ideal of political liberty." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 293-309. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

- SOUTER, David. "“Louder Voices” and the international debate on developing country participation in ICT decision making.” In: *Governing global electronic networks: international perspectives on policy and power*, por William J. DRAKE e Ernest J. WILSON III, 429-62. Cambridge: The MIT Press, 2008.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SPALDING, Walter. *A epopéia farroupilha: pequena história da grande revolução, acompanhada de farta documentação da época - 1835-1845*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editôra, 1963.
- STEINMO, Sven. “Historical institutionalism.” In: *Approaches and methodologies in the social sciences: a pluralist perspective*, por Donatella della PORTA e Michael KEATING, 118-38. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- STEINMO, Sven. “The new institutionalism.” In: *The encyclopedia of democratic thought*, por Barry CLARK e Joe FOWERAKER, 560-5. Londres: Routledge, 2001.
- STIMPSON, Edward W. “Meeting the global challenges: an ICAO update.” *Issues in Aviation Law and Policy*, março de 2002: 13151-66.
- SUNDFELD, Carlos Ari. “A Administração Pública na era do direito global.” In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 157-68. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. “Introdução às agências reguladoras.” In: *Direito administrativo econômico*, por Carlos Ari SUNDFELD, 17-38. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. “Processo e procedimento administrativo no Brasil.” In: *As leis de processo administrativo*, por Carlos Ari SUNDFELD e Guillermo Andrés MUÑOZ, 17-36. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari, e Jacintho Arruda CÂMARA. “Regulação do setor aéreo: fundamentos e limites.” *Revista IOB de direito administrativo*, novembro de 2008, 3 ed.: 7-15.
- SUNSTEIN, Cass. “Republicanism and the preference problem.” *Chicago-Kent Law Review*, 1990: 181-203.
- SUNSTEIN, Cass. “The enduring legacy of republicanism.” In: *A new constitutionalism: designing political institutions for a good society*, por Stephen L. ELKIN e Karol Edward SOLTAN, 174-206. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- . “Beyond the republican revival.” *Yale Law Journal*, 1987-1988: 1539-90.
- TCHIKAYA, Blaise. *Le droit international des télécommunications*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- THELEN, Kathleen. “Historical institutionalism in comparative politics.” *Annual Review of Political Science*, 1999: 369-404.
- TRIPATHI, Surya Mani, Anshu Pratap SINGH, e Dipa DUBE. “Internet governance: a developing nation's call for administrative legal reform.” *International Journal of Legal Information*, 2009: 368-84.

- “TSAG at a Glance.” *International Telecommunications Union*. 2011. <http://www.itu.int/net/ITU-T/info/tsag.aspx> (acesso em 26 de março de 2011).
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. Tradução: Carlos Graieb, Marcio Grandchamp, Paulo César Castanheira e Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 1999.
- . *O direito e o futuro da democracia*. Tradução: Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- . “Legal analysis as institutional imagination.” *The Modern Law Review*, janeiro de 1996: 1-23.
- UNGER, Roberto Mangabeira, e Cornel WEST. “Progressive politics and what lies ahead.” *The Nation*, 23 de novembro de 1998.
- União Internacional de Telecomunicações. “Are poor countries subsidizing the rich?” *International Telecommunications Union*. 2005. <http://www.itu.int/itu-news/manager/display.asp?lang=en&year=2005&issue=03&ipage=interconnectiv-poor&> (acesso em 27 de março de 2011).
- . “IMT-2000 project: what is IMT-2000.” *Internacional Telecommunications Union*. 2001-2002. http://www.itu.int/osg/imt-project/docs/What_is_IMT2000-2.pdf (acesso em 25 de março de 2011).
- . *ITU's History*. 10 de fevereiro de 2010. <http://www.itu.int/en/history/overview/Pages/history.aspx> (acesso em 1º de março de 2011).
- . *ITU-T guide for beginners*. 2ª ed. Genebra, 2005.
- União Internacional de Telecomunicações. “The missing link: report of the independent commission for world wide telecommunications development.” Genebra, 1984.
- União Internacional de Telecomunicações, Setor de Radiocomunicações. “CPM Report on technical, operational and regulatory/procedural matters to be considered by the 2007 World Radiocommunication Conference.” Documento preparatório para a Conferência Mundial de Radiocomunicação, Genebra, 2007.
- União Internacional de Telecomunicações, Setor de Radiocomunicações. “Final acts of the World Radiocommunication Conference (WRC-07).” Relatório final da Conferência Mundial de Radiocomunicação de 2007, Genebra, 2008.
- VARGAS, Daniel Barcelos. *O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein*. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - Dissertação (Mestrado em Direito), 2005.
- VELÁSQUEZ, Geraldo. *Aviação regional brasileira e suas viabilidades: suplementação tarifária e integração de vôos*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás - Monografia (Graduação em Ciências Aeronáuticas), 2004.
- VIANNA, Luiz Werneck, e Maria Alice Rezende de CARVALHO. “Experiência brasileira e democracia.” In: *Retorno ao republicanismo*, por Sérgio CARDOSO, 197-227. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

- VIEIRA, Oscar Vilhena. "Realinhamento constitucional." In: *Direito global*, por Carlos Ari SUNDFELD e Oscar Vilhena VIEIRA, 15-48. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- VIROLI, Maurizio. "Machiavelli and the republican idea of politics." In: *Machiavelli and republicanism*, por Gisela BOCK, Quentin SKINNER e Maurizio VIROLI, 143-71. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- WERNER, Suzana do Carmo. "Relatório de viagem (CBC3) - Reunião Conjunta dos dois Grupos Relatores sobre Interconexão Internacional Internet, Custos e de Metodologia de Fluxo de Tráfego." *Agência Nacional de Telecomunicações*. 4 de novembro de 2003. <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?codigoDocumento=91528> (acesso em 27 de março de 2011).
- WILLIAMSON, John. "What Washington means by policy reform." In: *Latin American adjustment: how much has happened?*, por John WILLIAMSON, 5-20. Washington: Institute for International Economics, 1990.
- WOOD, Gordon S. "Classical republicanism and the American Revolution." *Chicago-Kent Law Review*, 1990: 13-38.
- WOODWARD, Barbara K. "Global civil society and International Law in global governance: some contemporary issues." *International Community Law Review*, 2006: 247-355.
- WU, Yuxin. "New institutionalism politics: integration of old institutionalism and other methodologies." *Asian Social Science*, setembro de 2009: 105-8.
- ZICCARDI, Piero. "Evolução e perspectivas da escola italiana de direito internacional no século XX." *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, dezembro de 2005: 203-27.

Notícias na imprensa

- "Anatel libera primeira certificação WiMAX para empresa nacional." *IPNEWS*. 1º de março de 2010. http://ipnews.com.br/telefonaiip/index.php?option=com_content&view=article&id=17590:anatel-libera-primeira-certifica-wimax-para-empresa-nacional&catid=28:dispositivos&Itemid=556 (acesso em 25 de março de 2011).
- BARAT, Josef. "A ANAC e a regulação da aviação civil." *O Estado de São Paulo*, 22 de outubro de 2005.
- CASTRO, Marcus Faro de. "A mensagem de Praga." *Jornal do Brasil*, 10 de outubro de 2000: 3.
- Diário do Amazonas. "ANAC pede interdição de 11 aeroportos no interior do Amazonas." *Portal Amazônia*. 12 de março de 2008. <http://portalamazonia.globo.com/pscript/noticias/noticias.php?pag=old&idN=65088> (acesso em 19 de março de 2011).
- Em discussão: revista de audiências públicas do Senado Federal*. "Anac fechou mais de cem aeroportos em 2009 por não cumprirem condições de segurança." novembro de 2010: 61.

- GROSSMANN, Luís Osvaldo. “Telebrás quer chip do Ceitec para faixa de 450 MHz.” *Convergência Digital*. 6 de janeiro de 2011. <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=24968&sid=11> (acesso em 25 de março de 2011).
- Ministério das Comunicações. “Ministério das Comunicações convoca sociedade para traçar novas políticas.” *Ministério das Comunicações*. 19 de fevereiro de 2008. <http://www.mc.gov.br/noticias-do-site/21629-ministerio-das-comunicacoes-convoca-sociedade-para-tracar-novas-politicas> (acesso em 16 de março de 2011).
- NEPOMUCENO, Cristiana. “O Brasil quer lançar três novos satélites geoestacionários.” *TeleSíntese: Portal de TeleComunicações*. 13 de março de 2006. <http://www.telesintese.com.br/index.php/indice-geral-entrevista/2684> (acesso em 23 de março de 2011).
- NIEMEYER, Felipe. “Allemander: 'Diretores não entendem nada de aviação'.” *Panrotas*. 26 de maio de 2008. http://www.panrotas.com.br/noticia-turismo/aviacao/allemander-diretores-nao-entendem-nada-de-aviacao_37948.html (acesso em 19 de março de 2011).
- O Globo. “Fórum de Governadores da Amazônia Legal: Carta de Macapá rumo à Dinamarca.” *EcoDebate: cidadania & meio ambiente*. 24 de outubro de 2009. <http://www.ecodebate.com.br/2009/10/24/forum-de-governadores-da-amazonia-legal-carta-de-macapa-rumo-a-dinamarca/> (acesso em 19 de março de 2011).
- Portal ORM. “Anac interdita aeroportos no Pará e Amazonas.” *Notícias da Amazônia*. 15 de julho de 2008. <http://www.noticiasdaamazonia.com.br/3665-anac-interdita-aeroportos-no-para-e-amazonas/> (acesso em 19 de março de 2011).
- União Internacional de Telecomunicações. “ITU paves way for next-generation 4G mobile technologies: ITU-R IMT-Advanced 4G standards to usher new era of mobile broadband communications.” *International Telecommunications Union*. 21 de outubro de 2010. http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2010/40.aspx (acesso em 25 de março de 2011).

Fontes normativas e pseudonormativas internacionais

- Organização de Aviação Civil Internacional. *Annex 14 to the Convention on International Civil Aviation (Aerodromes)*. 4ª ed. Montreal, 2004.
- . *Convention relative à l'aviation civile internationale*. 2010. <http://www.icao.int/icaonet/dcs/7300.html> (acesso em 15 de fevereiro de 2011).
- União Internacional de Telecomunicações. *Recomendação UIT-R M.1036-3*. Genebra, 2007.
- . *Recomendação UIT-R M.1457*. Genebra, 2000.
- . *Recomendação UIT-T D.50*. Genebra, 2008.