

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO/SETEMBRO 2000 • BRASÍLIA • ANO 37 • Nº 147



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 147  
julho/setembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (061) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Renata Filgueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Daniela Pereira Rodrigues, Maria de Jesus Pimentel, Teliana Maria L. Bezerra

EDITORACÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlf, Lizandra Nunes M. da Costa

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. - -  
Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de  
Edições Técnicas, 1964- .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, n.º 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n.º 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, n.º 34-, publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 37 · nº 147 · julho/setembro · 2000

- Marcos André Couto Santos A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional) 05
- Gustavo Ferreira Santos Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? 15
- Jairo Gilberto Schäfer e João Batista Machado Juizado especial criminal no âmbito da Justiça Federal – uma experiência relativa ao procedimento dos crimes ambientais de menor potencial ofensivo 29
- Benjamin Zymler Política, Direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica 35
- Alexandre da Maia Autopoiese *versus* prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário 51
- Danielle Cristina Lanius Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos 65
- Márcio P. P. Garcia Gilberto Amado, o jurista 77
- Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal 89
- Thamy Pogrebinschi Controle de constitucionalidade dos *decreti-legge*: uma experiência italiana 97
- Mario Antonio Lobato de Paiva Flexibilização e desregulamentação 107
- Jete Jane Fiorati e Lucas de Souza Lehfeld Os serviços de telecomunicações no Brasil e os direitos do usuário 111
- Priscila Campana O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico 129
- Luiz Magno Pinto Bastos Júnior Possui a União Européia uma autêntica Constituição? Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática 145

Maria Coeli Simões Pires	Descentralização e subsidiariedade 161
Valerio de Oliveira Mazzuoli	A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro 179
George Rodrigo Bandeira Galindo	O crime compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional 201
Plínio Lacerda Martins	Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código do Consumidor 229
Manoel Adam Lacayo Valente	O domínio público dos terrenos fluviais na Constituição Federal de 1988 241
Cláudio Brandão	Da tentativa 249
Daniela Mello Coelho	Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial 257
Ricardo Maurício Freire Soares	O projeto da modernidade e o direito 263
Geilza Fátima Cavalcanti	A efetivação dos direitos humanos por meio do Direito Alternativo e do uso alternativo do Direito 275

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição do corpo de Consultores do Senado Federal)*

Lília M. de Alcântara e França	Código de Trânsito Brasileiro: alterações, normas complementares e matéria legislativa em tramitação 283
--------------------------------	--

# A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional)

Marcos André Couto Santos

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.”

(Rui Barbosa, 1933, p.489)

## Sumário

1. Justificativa. 2. Os planos de concretização e o Direito Constitucional. 2.1. Plano sintático. 2.2. Plano semântico. 2.3. Plano pragmático. 3. Uma tipologia das normas constitucionais – as normas programáticas: uma interpretação crítica. 3.1. Críticas às normas programáticas. 3.2. A reação às críticas formuladas. 4. A efetividade das normas e a crise constitucional: sua superação. 5. Conclusão.

### *1. Justificativa*

O tema a ser exposto diz respeito ao problema da efetividade das normas constitucionais. Efetividade, em sentido amplo, significa capacidade que uma norma jurídica tem para produzir seus efeitos. A efetividade pode ser dividida em efetividade jurídica e efetividade social.

A efetividade jurídica ocorre quando a norma jurídica tem nos limites objetivos todos os seus elementos: hipótese, disposição, sanção, podendo assim produzir efeitos desde logo no mundo dos fatos, seja quando é respeitada ou quando é violada, ensejando a aplicação de uma sanção.

Já a efetividade social de uma norma ocorre quando a mesma é respeitada por boa

Marcos André Couto Santos é Procurador Autárquico do INSS e Mestrando em Direito Público pela UFPE.

parte da sociedade, existindo assim um reconhecimento do Direito por parte desta e um amplo cumprimento dos preceitos normativos.

Luís Roberto Barroso, em breve síntese, afirma que

“a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (Barroso, 1993, p. 79).

No presente trabalho, iremos atestar como se plasma essa efetividade no âmbito das normas constitucionais, analisando os diversos níveis de concretização normativa dentro de uma visão semiótica nos planos sintático, semântico e pragmático.

Também, observaremos topicamente as diversas espécies de normas constitucionais e seus graus de efetividade, estudando principalmente as normas programáticas por terem baixo grau de efetividade, observando como essas regras jurídicas se posicionam dentro da crise do constitucionalismo contemporâneo.

Por último, mostraremos que as normas programáticas produzem efeitos específicos, estando inseridas no movimento de evolução do constitucionalismo dentro de uma interpretação crítica do Direito Constitucional com a criação de um novo patamar de relacionamento Estado–Sociedade para a implementação dos objetivos estatais democráticos e de uma verdadeira cidadania. Enfim, a importância deste trabalho reside exatamente numa abordagem crítica da *efetividade das normas constitucionais* e, em especial, das normas programáticas dentro da Constituição.

## 2. Os planos de concretização e o Direito Constitucional

A Constituição, como sistema de normas e princípios, que regula e institucionaliza juridicamente o fenômeno político, almeja,

como qualquer regra de Direito, a sua realização (concretização) no mundo dos fatos.

O Direito Constitucional e o seu objeto – a Constituição – existem para se efetivarem. A efetivação da Constituição ocorre quando os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares, existindo um empenho dos governantes e da população em respeitar e em concretizar os dispositivos constitucionais.

Nesse sentido, na lição de Maria Helena Diniz (cf. Diniz, 1992), existem três planos de concretização da norma jurídica e da norma constitucional, em especial, para que se consiga atingir a efetividade plena das regras de direito:

### 2.1. Plano sintático

A norma jurídica, para se realizar no mundo do ser, deve ter uma estrutura lógica completa com a descrição detalhada da hipótese, disposição e a respectiva sanção em caso de descumprimento.

No âmbito constitucional, não se deve ser tão ortodoxo, podendo a sanção ser inferida dos princípios e da interpretação sistêmica da Constituição (cf. Dantas, 1994b), como é o caso da declaração de inconstitucionalidade de uma lei que desrespeite dispositivos constitucionais. Um exemplo: uma lei ordinária que cerceie a autonomia do município está agredindo o princípio constitucional do federalismo no Brasil e deve ser expurgada do sistema jurídico por vício de inconstitucionalidade.

O importante nesse plano sintático de concretização é que haja uma harmonia interna entre os diversos subsistemas constitucionais (político, fiscal, social, econômico), que, integrados e harmonizados, preservarão a conexão *norma isolada – sistema normativo*, permitindo a aplicação coerente das sanções constitucionais na órbita jurídica (cf. Bobbio, 1991).

### 2.2. Plano semântico

Além de necessitar de uma estrutura lógica completa, a norma jurídica, para se efetivar, deve refletir valores que estejam em

consonância com os anseios da sociedade, sendo essencial haver uma sintonia entre o disposto no plano ideal/normativo, do *dever ser*, e o que está presente nas ruas e no dia-a-dia do cidadão no plano da realidade, do *ser*.

Essa conexão do valor normativo com a vontade social é deveras importante para a efetividade dos dispositivos constitucionais. Se houver uma dissociação entre o plexo valorativo disposto na Carta Magna e a vontade popular, não é a Constituição um texto dotado de legitimidade, nem o Estado se constituirá um ente democrático, porque não reflete o verdadeiro poder constituinte que tem sua titularidade no povo de uma nação.

A dissociação valor normativo – realidade social faz das normas meras peças retóricas que refletirão apenas uma imposição de preceitos e estigmas, fruto de um regime autoritário. As normas constitucionais, assim, não terão efetividade social, sendo apenas respeitadas com base em ameaças e mediante a utilização da máquina repressiva de um Estado totalitário.

Em suma, a Constituição deve, para se efetivar, estabelecer valores que correspondam aos anseios populares com base em análises históricas, plasmadas num poder constituinte legítimo e soberano. A conexão *norma – valores sociais* deve ser íntima com fins de cumprir a etapa semântica de concretização.

### 2.3. Plano Pragmático

Para que se complete a concretização de uma norma jurídica e ocorra a sua plena efetividade, deve haver, além da conexão *norma – sistema; norma – valores sociais*, o necessário empenho de governantes/elites e da população em respeitar o ordenamento jurídico e fazer valer os princípios retores da ordem normativa.

Isso significa que, para a Constituição e suas normas ganharem realmente efetividade social, é vital que a população conheça a Constituição e lute pelos direitos dispostos na Carta Fundamental, forçando os gover-

nantes a atuarem positivamente na consecução dos objetivos públicos constitucionalmente delimitados.

Deve haver, assim, uma conexão clara entre as *normas* e os  *fatos sociais*, sempre num esforço e mobilização da comunidade para que a sociedade organizada e o Governo trabalhem em benefício da efetivação de programas e objetivos constitucionais.

Sem dúvida alguma, esse é o plano de mais difícil concretização da norma constitucional, já que é o ponto em que fica mais evidente a interpenetração do *político* com o *jurídico*.

Há a necessidade da influência e pressão popular para o respeito de certas disposições que não trazem uma estrutura sintática completa ou não refletem semanticamente os valores de toda a comunidade. É o caso das conhecidas normas programáticas. Citamos, como exemplo, a norma estatuidora do salário-mínimo, que determina servir a remuneração mínima para o atendimento de todas as necessidades sociais do cidadão, como prevê o artigo 7º, inciso VIII, da Constituição Federal brasileira de 1988. Essa norma não se concretiza no plano pragmático por falta de empenho das elites e de uma pressão social mais ampla. É um mero programa constitucional, que infelizmente não tem efetividade.

Pode-se, enfim, afirmar que uma norma ordinária ou constitucional se concretiza quando:

- tem seus elementos completos ou integrados sistemicamente em sua estrutura lógica (eficácia jurídica);
- os valores que estão plasmados na norma correspondem ao plexo axiológico médio da comunidade (eficácia jurídico-social);
- há um empenho e esforço natural de governantes e governados no cumprimento das leis e preceitos normativos (eficácia social).

Em breve síntese, para que ocorra a efetividade jurídica e social das normas constitucionais, é indispensável que a



Constituição seja interpretada sistematicamente (*plano sintático*), que os valores estabelecidos nas normas estejam em consonância com a história e os anseios da coletividade (*Plano Semântico*) e que haja uma pressão popular permanente para que as elites políticas e econômicas cumpram o disposto na Constituição e efetivem os preceitos, princípios e valores lá previstos (*Plano Pragmático*), evitando-se, na medida do possível, a mal-afamada frustração e crise constitucional.

### 3. Uma tipologia das normas constitucionais – as normas programáticas: uma interpretação crítica

A Constituição, na visão de Luís Roberto Barroso (Barroso, 1993, p. 281), é composta de três categorias de normas:

- a) normas constitucionais de organização;
- b) normas constitucionais definidoras de direitos;
- c) normas constitucionais programáticas;

As *normas de organização* disciplinam a estrutura básica do Estado, determinando a forma de Estado, forma de governo, regime político, divisão de competências, separação de poderes. Essas normas têm, na sua maioria, efetividade plena e imediata, pois apenas definem o arcabouço do Estado em seu aspecto burocrático e estático.

Por sua vez, as *normas definidoras de direitos* estabelecem aqueles direitos fundamentais no aspecto civil, político e socioeconômico que a Constituição defere à população. Os direitos civis e políticos, como o direito de liberdade, igualdade e o de votar e ser votado, correspondem a um não-fazer do Estado. Isto é, o Estado, ao permitir a participação popular na vida política e ao não invadir a sua intimidade e liberdade, estará dando cumprimento aos direitos individuais de 1ª geração. A obrigação do Estado em relação a esses direitos implica um *non facere*, sendo esses preceitos atualmente de aplicação direta e imediata.

O problema reside nas normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, direitos individuais de 2ª e 3ª geração. Esses necessitam, para a concretização de seus valores e sua efetividade, tanto semântica como pragmaticamente, de uma atuação positiva do ente governamental.

Assim, o direito a educação para todos implica um atuar positivo do Estado na criação de específicas políticas públicas de cunho social para a concretização do direito constitucionalmente assegurado.

No caso da educação e saúde, por exemplo, já há na Constituição brasileira dispositivos específicos que vinculam recursos e geram direitos subjetivos à população para cobrar do Governo uma atuação positiva nesses setores sociais com a criação de políticas públicas setoriais. Possuem, assim, alguns desses direitos sociais uma eficácia plena e imediata ou, ao menos, uma efetividade plena e contida (cf. Silva, 1982).

Há, entretanto, outros direitos sociais, como o direito ao lazer, que são carentes de uma complementação sintática, não passando de meras intenções do constituinte para implementação no futuro. São as chamadas normas-programas ou normas constitucionais programáticas.

As normas programáticas são as disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e o cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. São normas vagas, de grande densidade semântica, mas com baixa efetividade social e jurídica, não gerando, em sentido estrito, direitos subjetivos públicos para a população.

Essas normas programáticas acabam tendo baixo grau de densificação normativa, dizendo respeito a planos e diretrizes futuras a serem implementados pelos governantes. Pontes de Miranda mesmo afirma que as normas programáticas são

“aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra

jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se não de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são programas dados à sua função” (Pontes de Miranda, 1969, p. 126-127).

### 3.1. Críticas às normas programáticas

Várias são as críticas às normas programáticas, diz-se que as mesmas não têm eficácia imediata e são destituídas de imperatividade – nota comum às normas jurídicas em geral –, não passando de meros planos/programas que serão realizados com a evolução do Estado. Seriam normas que não vinculariam, não estabelecendo princípios específicos, nem tampouco fundando institutos ou determinando com clareza as bases das relações jurídicas que acolhem.

As críticas expressas acima se resumem em três aspectos básicos: a) as normas programáticas têm por conteúdo princípios abstratos e na maioria implícitos; b) as normas enunciam programas políticos não vinculantes; c) as normas estampam regras genéricas, vagas e abstratas que acabam por escapar de uma aplicação positiva (Bonavides, 1993, p. 220).

Há também a observação de que, sendo positivadas certas normas com caráter meramente programático, estar-se-ia desestimulando a luta social por esses direitos que já aparecem dispostos na Constituição, mas sem força de realização efetiva. É o que lembra Eros Roberto Grau:

“Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais – programáticas – no texto constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está

contemplado na Constituição. Não se dando conta, no entanto, da inocuidade da contemplação desses ‘direitos sem garantias’, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos ‘um dia venham a ser realizados’” (BASTOS, 1994, p. 126) (grifo nosso).

Outro aspecto negativo das normas programáticas que tem grande carga axiológica, mas baixo grau de concreção, é que a efetividade dessas normas depende de fatores eminentemente políticos. Tal fato é citado por Celso Ribeiro Bastos: as normas programáticas

“são extremamente generosas quanto às dimensões do direito que disciplinam e, por outro lado, são muito avaras nos efeitos que imediatamente produzem. A sua gradativa implementação, que é o que no fundo se almeja, fica sempre na dependência de resolver-se um problema prévio e fundamental: quem é que vai decidir sobre a velocidade dessa implementação? *Pela vagueza do Texto Constitucional, essa questão fica subordinada a uma decisão política.* Trata-se, portanto, de matéria insuficientemente juridicizada. O direito dela cuidou, sim, mas sem evitar que ficasse aberta uma porta para o critério político” (Bastos, 1994, p. 130) (grifo nosso).

As críticas esposadas às normas programáticas e principalmente à sua falta de eficácia social acabaram por gerar a idéia da existência, na Constituição, de normas sem aplicação que passaram a receber denominações mezinhas como: mero programa, proclamações, admoestações morais, declarações bem intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções, todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições cuja presença no texto básico parecia servir unicamente para emprestar colorido doutrinário às Constituições.

As duas conseqüências mais perversas, na nossa opinião, da falta de efetividade jurídico-social das normas programáticas acabam sendo que: 1) juristas de araque e governantes com tendências despóticas podem alegar a falta de efetividade das normas programáticas e evadir-se do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais; 2) ocorre um sentimento de frustração constitucional entre a comunidade, passando a haver um divórcio latente do mundo normativo (*sollen*) do mundo real (*sein*). Essa frustração pela não implementação e realização dos objetivos constitucionais, e a não aplicação de diversos direitos sociais e econômicos levam a população a descreer na ordem jurídica e não respeitar a Constituição como lei fundamental do Estado.

### 3.2. A reação às críticas formuladas

Em reação a essas críticas sobre a falta de efetividade das normas programáticas, vêm as teorias e argumentos de autores da excelência de Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, Crisafulli e Luís Roberto Barroso.

Afirmam que todas as normas são dotadas de eficácia vinculativa imediata dentro de uma análise sistêmica da Constituição, repelindo-se a identificação das normas programáticas como mera intenção futura, simples programas ou mera exortação moral. Sustentam os autores que as normas programáticas têm eficácia vinculante e imediata, pois toda norma constitucional é sempre obrigatória, pois deriva do Poder Constituinte, sendo dotada de suprallegalidade, e todas apontam no ápice do ordenamento jurídico a que as demais normas devem respeitar.

Raul Machado Horta lembra que “a aplicabilidade imediata da norma programática, que a doutrina contemporânea proclama, é questão diversa da exigibilidade por si mesma da norma constitucional” (Horta, 1995, p. 223-224). Afirma ainda o autor, no lastro de Jorge Miranda, que as

normas programáticas exigem uma lei que as regule, mas também necessitam de providências administrativas e operações materiais para que sejam capazes de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição.

Nesse aspecto, a eficácia dessas normas programáticas é deveras complexa, por não apenas exigir a atuação efetiva do legislador, mas por depender de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Governo com a fiscalização, orientação e pressão populares. O caminho para a concretização dessas normas é penoso, fruto de lutas e conquistas sociais.

Lembra Luís Roberto Barroso que

“a visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social” (Barroso, 1993, p. 111).

Segundo a doutrina contemporânea, as normas programáticas produzem efeitos específicos, o que lhes garante certo grau de imperatividade e efetividade, quais sejam:

a- as normas programáticas têm uma eficácia muito forte ao vincular o legislador e o governante a certas diretrizes quando da elaboração de normas jurídicas e na execução de políticas públicas. Logo, se houver uma contradição entre a atuação concreta do Poder Executivo ou do Poder Legislativo com os ideários das normas constitucionais programáticas, os dispositivos

legais ou administrativos produzidos serão inconstitucionais, devendo ser expurgados do sistema;

b- as normas programáticas, como nenhum outro dispositivo, refletem o “Espírito da Constituição Social”, demonstrando os anseios populares e devendo servir como bandeira de luta em prol das transformações sociais;

c- estas normas-programas, mediante uma interpretação realística e evolutiva do Direito Constitucional, deverão ganhar mais densidade sintática rumo a uma concretização efetiva por meio da utilização mais constante de certos instrumentos normativos como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, além de outros presentes no Direito Estrangeiro.

Entretanto, é necessário ressaltar que atualmente as normas programáticas não fazem nascer direitos subjetivos públicos para os jurisdicionados, tendo apenas o efeito negativo de exigir que o Poder Público se abstenha da prática de atos que atentem contra os ditames desses programas normativos.

Em síntese e com brilhantismo peculiar, Luís Roberto Barroso traz objetivamente os efeitos que geram as normas programáticas, atestando a sua efetividade/concretização. Os efeitos imediatos dessas normas são: “a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; b) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis”. Quanto ao ângulo subjetivo, as normas programáticas conferem ao jurisdicionado direito a:

“a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por essas normas, sempre que estejam em

pauta os interesses constitucionais por elas protegidos” (Barroso, 1993, p. 113).

#### *4. A efetividade das normas e a crise constitucional: sua superação*

Depois de analisados os planos de concretização normativa, os tipos de normas constitucionais e seus efeitos, com atenção especial às normas programáticas, almejamos agora tecer breves considerações históricas para atestar que as críticas e a relativa falta de efetividade de certas normas constitucionais são fruto de um momento de transição do constitucionalismo, que caminha para modificações profundas principalmente no patamar do relacionamento sociedade-estado.

Neste item, observaremos a crise vivida pelo constitucionalismo e as necessárias mudanças que o Direito Constitucional deve sofrer para que suas normas e princípios sejam respeitados e realmente efetivados tanto jurídica como socialmente.

O movimento constitucionalista moderno surgiu no século XVIII quando do advento da Revolução Francesa e da Independência das 13 Colônias Britânicas na América do Norte.

Nesse momento histórico, apoiado na doutrina do liberalismo, o Poder Público – Estado – não passava de mero espectador da vida social e econômica. A função do Estado era apenas a de resguardar a liberdade do indivíduo, expressa nas Declarações de Direitos e Garantias. Preocupava-se, apenas, o ente estatal em criar uma Constituição Orgânica que detalhasse a estrutura do Estado e preservasse certos direitos civis e políticos da comunidade (Dantas, 1994a, p. 22).

Toda a ideologia constitucional se centrava, pois, nas Declarações de Direitos. Não se importavam as Constituições Liberais com as relações sociais, tendo um conteúdo e substância bastante sucintos. Existia apenas uma preocupação com o Estado, sua estrutura e com o indivíduo, isoladamente considerado.

Também é importante ressaltar que as primeiras Declarações de Direitos no século XVIII tinham um alto grau de programaticidade e não eram nem mesmo incluídas no corpo das Constituições. Mesmo a concretização dos direitos à liberdade e igualdade não gravam, de início, direitos subjetivos públicos, faltando meios processuais idôneos para garanti-los em sua plenitude. Isso acontecia porque a sociedade estava passando por um momento de transição e crise, que só teve sua superação com a Constituição Belga de 1832.

A Constituição Belga foi de fundamental importância, incorporando as Declarações de Direitos como artigos da Constituição, tornando-os verdadeiros direitos públicos subjetivos positivados e exercitáveis por meio de instrumentos processuais previstos na própria Carta Fundamental. Foi o momento de ganho de positividade e concretização dos direitos individuais de 1ª geração, correspondendo ao fim das crises provenientes da passagem do feudalismo para o capitalismo, com o coroamento da ideologia liberal.

Paulo Bonavides atesta que

“a Constituição belga de 1832 é, todavia, documento constitucional de culminante importância: resume a plenitude jurídica de instituições que entraram na história debaixo de resignação do Estado de Direito. Se houve exagero de quem a batizou com o epíteto de ‘mãe das Constituições’, não cometeria excesso, porém, quem a reputasse a Constituição per excelência do Estado Liberal e de sua estrutura jurídica” (Bonavides, 1993, p. 205).

O segundo momento de crise constitucional, que repercutiu na reformulação da estrutura das Cartas Magnas, foi o surgimento da doutrina socialista que atacava o modo de produção capitalista e seu caráter destrutivo e explorador da sociedade e dos trabalhadores.

Surgia, então, o constitucionalismo social, baseado no Estado de Bem-estar, no

qual foram inclusos, nos textos fundamentais, dispositivos de ordem social e econômica. A Constituição passa a denotar – além de uma preocupação com a organização do Estado e com o indivíduo isoladamente – uma atenção especial com a sociedade e seu desenvolvimento.

Vem a Constituição de Weimar, trazendo os direitos sociais que são preceitos implicadores de um atuar do Estado, vinculando o ente estatal a prestações positivas, a um fazer, prestando serviços de saúde, educação, saneamento, etc. Como lembra Ivo Dantas,

“passa-se, portanto, da Democracia Política para a Democracia Social, da Ideologia Constitucional Liberal à Ideologia Constitucional Social. O Lema do Estado Liberal (...) cede lugar à presença do Estado que assume o papel e a responsabilidade de oferecer ao Homem um mínimo de condições para viver com dignidade” (Dantas, 1994a, p. 25).

O fato é que o Estado não estava preparado para oferecer tantos serviços e prestações sociais e econômicas à população. Acabou-se, então, por garantir esses direitos de modo programático, perdendo a Constituição certa juridicidade.

Essa crise derivada do surgimento do constitucionalismo social continua a repercutir atualmente, pois o Estado prevê muitos direitos sócio-econômicos para melhorar a vida do cidadão, mas não confere aos mesmos um tom de efetividade normativa ou social.

Com isenção científica, temos de entender, como Paulo Bonavides, que

“o recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as

incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, a primeira grande abertura para os direitos sociais” (Bonavides, 1993, p. 210).

Também, é vital ressaltar que a efetividade das normas programáticas, ou seja, a concretização fático-social dos direitos sociais, econômicos e dos princípios e objetivos constitucionais, não depende só do Estado, como diz a doutrina clássica.

Deve haver um comprometimento de toda a sociedade, pois o que se discute na realidade, quando se busca a eficácia da maioria das normas programáticas, é a construção de uma cidadania real para cada Estado. Essa cidadania não é construída apenas pelo desenvolvimento eficaz de políticas sociais pelo Estado, mas pela participação da sociedade com a colaboração e atuação concreta no desenvolver do espírito de solidariedade e de cidadania.

Aqui não se defende a saída do Estado da seara social, como querem os neoliberais. Procura-se, na realidade, perceber que os caminhos são tortuosos e exigiram esforço para a consecução de uma sociedade mais igualitária e justa. Esforço e sacrifício que implicarão apoio efetivo de toda a coletividade na luta contra a pobreza, fome e a falta de dignidade humana que tanto assolam as várias nações do mundo dito civilizado (cf. Baracho, 1995).

Essa participação mais efetiva da sociedade junto ao Estado na busca da solução dos graves problemas sociais existentes está prevista, por exemplo, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro. Afirma-se nesse estudo aprovado pelo Congresso Nacional em 21 de setembro de 1995 que:

“o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantem-

do o financiamento do estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.”

Na atualidade, o constitucionalismo não cuida mais do Estado ou do indivíduo isoladamente (fase liberal), nem tampouco se preocupa com a sociedade como um todo (fase social-democrática). O constitucionalismo passa a ater-se e preocupar-se com o indivíduo inserido na sociedade, como um ser humano, que deve ser tratado com dignidade e ter seu espaço privado, vivendo em condições dignas para ser *feliz*.

A busca da felicidade, como realização efetiva do ser humano, deve ser o objetivo principal dos Estados na evolução constitucional. E essa felicidade só será atingida com o trabalho de *toda* a sociedade por meio de um redimensionamento do papel do Estado e do entendimento de quais são os limites entre o espaço público e o privado.

Quando esse momento for atingido, sem apelo ao discurso jusnaturalista, as normas programáticas atingirão sua eficácia plena e irrestrita. O Estado, em parceria com a sociedade, cumprirá os objetivos principais de erradicar pobreza, marginalização e realizar a justiça social. A crise, então, estará superada e o homem encontrará a paz que tanto almeja com a implementação de uma cidadania real e efetiva.

## 5. Conclusão

Deve-se entender que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e produzem efeitos no mundo dos fatos, inclusive conseqüências punitivas quando do seu descumprimento.

Ao nosso ver, o que levou alguns filósofos e estudiosos do Direito a afirmarem que as normas constitucionais, especialmente as programáticas, são meras diretrizes morais e éticas, estipuladas pelo constituinte, foi uma visão arcaica e privatista do fenômeno constitucional.

A Constituição não pode, assim, sufocar o fenômeno político, juridicizando-o em

sua plenitude. O Direito e o Político têm de conviver e se interpenetrar. Como bem assevera Celso Ribeiro Bastos

“é o próprio processo diuturno da política que não pode deixar de subsistir, e é evidente que este processo político só ocorrerá na medida em que haja espaço para que ele possa atuar e o excesso de normas programáticas de maneira a antecipadamente prever todas as áreas possíveis de atuação do Estado acabe por exaurir por completo a necessidade de novas decisões. Assim, tudo estaria antecipadamente decidido, não teríamos mais decisões a tomar, mas simplesmente medidas a executar, isto é, uma forma insuportável de autoritarismo jurídico-político” (Bastos, 1994, p. 133).

Em síntese, a programaticidade e a conseqüente relativa efetividade de certas normas e preceitos constitucionais são fruto de um estágio da evolução do movimento constitucionalista que procura integrar as *normas ao sistema jurídico* e aos *valores sociais*, sempre em busca da implementação de um Estado e uma Comunidade mais solidária com os menos afortunados, consagrando na Carta Magna metas, fins e propósitos que deverão ser adotados com a evolução do ser humano rumo à construção de um mundo melhor.

## 6. Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *A concretização constitucional de Friedrich Müller*. In: *Revista da ESMape*. Recife : ESMape, ano 1, n. 1 1996, p. 223-232.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte : Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo : [s.n.], tomo 2, 1933.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo : Saraiva, 16ª edição, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4.ed. Coimbra : Almedina, 1986.
- DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. 1.ed. Rio de Janeiro :Renovar, 1994a.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e hermenêutica*. 1.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1994b.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. 1.ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1983.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº1, de 1969*. São Paulo : Revista dos Tribunais, tomo 1,1969.
- RUI BARBOSA. *Comentários a Constituição Federal Brasileira*. São Paulo : [s.n.], tomo 2, 1933.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

# Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais?

Gustavo Ferreira Santos

## Sumário

1. Introdução. 2. Direitos fundamentais. 2.1. Conceito e formação histórica. 2.2. As “posições jurídicas” do indivíduo em face do Estado. 2.3. As características dos direitos fundamentais. 3. A colisão de direitos. 4. O conteúdo jurídico do direito de propriedade. 5. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. 6. A inexistência de colisão de direitos na relação entre o direito a um meio ambiente saudável e o direito de propriedade. 7. Considerações finais.

## 1. Introdução

As idéias preservacionistas que proliferaram nas últimas décadas levaram à positivação de um conjunto de preceitos tendentes a garantir um meio ambiente saudável. Porém, tal regulamentação findou por apresentar-se incompatível com o rígido conceito de direito de propriedade herdado das legislações de inspiração liberal.

O direito de propriedade tomou feição diferente da que o caracterizava em sua origem. As demandas por solidariedade, que, em especial, marcam os chamados direitos fundamentais de terceira geração, fizeram incluir em seu conceito exigências antes consideradas com ele incompatíveis.

Neste texto, tomamos por tarefa investigar se estamos tratando, ao confrontarmos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito de propriedade, de um caso de *colisão de direitos fundamentais*.

Gustavo Ferreira Santos é Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco, Doutorando em Direito (UFPE), Mestre em Direito (UFSC) e Procurador Judicial do Município do Recife.



A importância prática do nosso ponto de partida é inquestionável. Aos tribunais têm chegado diversas demandas judiciais cujo objeto se resume a saber se, no caso levado à decisão, prevalece a propriedade ou a proteção ao meio ambiente. Nem sempre a resposta do Poder Judiciário tem sido satisfatória, o que nos faz pensar que ainda há muito espaço para se discutir a matéria até se chegar a contornos nítidos nesse relacionamento entre direitos.

Para executarmos tal tarefa, lançamos mão de um instrumental teórico predominantemente pertencente ao direito constitucional, sem o qual, acreditamos, não seria possível alcançar uma resposta adequada ao questionamento lançado.

Definimos, genericamente, direitos fundamentais, em razão da natureza dos direitos em análise. Após isso, tratamos da própria colisão de direitos em si e das formas de sua solução. Procuramos definir, então, os conceitos hoje predominantes sobre os dois direitos fundamentais aqui em estudo e, resumindo o que já havia sido tratado, apresentamos o nosso entendimento a respeito da específica relação entre os citados direitos.

## 2. *Direitos fundamentais*

### 2.1. *Conceito e formação histórica*

Jorge Miranda define direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”<sup>1</sup>.

Em sua origem, os “direitos fundamentais” se apresentavam como direitos individuais. Protegiam o indivíduo do poder arbitrário do Estado. Tais direitos tinham, pois, a finalidade de preservar uma esfera da vida do indivíduo para o exercício das liberdades, deixando-a livre da ação do Estado, sendo corolário das concepções políticas de

cunho liberal que os inspiraram. Entre esses direitos se encontram o direito de propriedade, a liberdade de locomoção, a liberdade de empresa etc.

Essa teoria liberal dos direitos fundamentais se compunha, basicamente, dos seguintes elementos: a) os direitos fundamentais são entendidos como direitos de defesa, oponíveis ao Estado; b) têm os direitos fundamentais por objeto um dever de omissão por parte do poder público; c) são os direitos fundamentais normas de distribuição de competências entre indivíduos e Estado, privilegiando a esfera de liberdade do indivíduo; d) os direitos fundamentais são preestatais; e) as liberdades que os direitos fundamentais garantem não precisam ostentar qualquer fim que lhes seja exterior, justificando-se por si só<sup>2</sup>.

A concepção liberal dos direitos fundamentais foi superada e incluíram-se nas constituições, como resultado do desenvolvimento de outras exigências por parte da sociedade, direitos de natureza coletiva, que se valiam de uma teoria social<sup>3</sup>. O indivíduo passou a ser considerado titular de direitos a prestações do Estado (direito “a algo”), prevendo as constituições direitos econômicos, sociais e culturais.

Após consolidados no constitucionalismo de nosso século os direitos sociais, surgiram, ainda, outros direitos, desta feita titularizados por grupos (família, por exemplo) ou pela própria sociedade. Neles estão combinados elementos das liberdades clássicas e características dos direitos a prestações. Incluem-se, nessa categoria, os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, à proteção do consumidor etc.

Os três “passos” citados, que, de uma forma superficial, resumem a história do surgimento e consolidação dos direitos fundamentais hoje previstos nas constituições, são referidos por grande parte dos constitucionalistas como “gerações” dos direitos fundamentais. Porém, falar em “gerações” pode levar ao cometimento do erro de pensar que tais direitos se substituem à medida que

surge uma nova “geração”. Nesse sentido é que alguns<sup>4</sup> preferem falar em “dimensões” dos direitos fundamentais, representando os três diferentes tipos de direitos.

Em uma primeira dimensão, pois, estão os direitos fundamentais individuais, de defesa, oponíveis ao Estado e preservadores das liberdades. Na segunda dimensão, encontram-se os direitos sociais, culturais, econômicos, entre outros, marcados por uma natureza prestacional. Compondo a terceira dimensão, apresentam-se direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Assim, os catálogos de direitos fundamentais dos Estados constitucionais hoje existentes se mostram como pontos fundamentais dos sistemas constitucionais particulares, pois que se apresentam com uma efetividade superior a clássicas “declarações de direitos” da época das revoluções liberais<sup>5</sup>.

Em uma visão prospectiva, pode-se, com base em Jorge Miranda<sup>6</sup>, indicar algumas tendências no desenvolvimento da matéria, quais sejam:

“a diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas; a acentuação da dimensão objectiva dos direitos, como princípios básicos da ordem jurídica, sejam eles quais forem; a consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais; o reconhecimento de um conteúdo positivo, inclusive nos direitos de liberdade; a interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efetivação dos direitos; a complexidade de processos e de técnicas de regulamentação; a produção de efeitos não apenas verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação a particulares); o desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade”.

## 2. 2. As “posições jurídicas” do indivíduo em face do Estado

Compreendidos os direitos fundamentais em uma perspectiva diacrônica, com a sua formação histórica e suas tendências futuras, cabe agora tomá-los em uma análise em perspectiva sincrônica.

À parte as críticas que são dirigidas à teoria dos direitos subjetivos públicos de Jellinek, consideramos que ela ainda demonstra ter grande valia para a compreensão das chamadas dimensões dos direitos fundamentais, por apontar as diferentes posições jurídicas que assume o indivíduo em face do Estado. Jellinek distingue quatro posições diferenciadas do indivíduo frente ao Estado, que ele intitula *status*: a) *status* passivo ou *status subiectionis*; b) *status* negativo ou *status libertatis*; c) o *status* positivo ou *status civitatis*; e, d) *status* ativo ou *status* da cidadania ativa *status activae civitatis*<sup>7</sup>.

O *status* passivo trata dos deveres individuais em face do Estado. Nele se incluem as sujeições às quais se submetem o indivíduo em razão do exercício, pelo Estado, do poder legítimo. Contém as proibições e obrigações ditadas legitimamente pelo Estado aos indivíduos. Para Jellinek,

“uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada de nenhuma maneira à vontade do Estado, é uma concepção incompatível com a natureza do Estado e que somente aparece na mística personalidade pre-estatal ligada a especulações do direito natural”<sup>8</sup>.

O *status* negativo ou *status libertatis*, como o próprio nome está a indicar, trata da esfera individual de liberdade, fora do alcance do *imperium* do Estado. Essa posição jurídica tem por objeto a liberdade para fazer o que nem está ordenado, nem está proibido.

Na terceira posição jurídica, chamada de *status* positivo, incluem-se as pretensões jurídicas positivas, prestações, que se reconhecem aos indivíduos em relação ao Estado. Nesse caso, os indivíduos têm um direito a

algo, que é oposto ao Estado. Os indivíduos possuem direito a exigir prestações positivas do Estado.

Por fim, no chamado *status* ativo se encontram as posições do indivíduo como membro da sociedade política, podendo participar da tomada de decisões. Estão aí incluídos os direitos de participação próprios dos países de Constituição democrática, como o direito ao sufrágio.

Cabe registrar, entre as críticas lançadas pela doutrina a tal teoria, a opinião de Konrad Hesse, que a considera hoje “incompatível com o Direito Constitucional positivo”<sup>9</sup>, pois que é meramente formal, vendo o indivíduo apenas de forma abstrata e reduzido à mera capacidade de ser titular de direitos e de obrigações.

### 2. 3. *As características dos direitos fundamentais*

Os direitos fundamentais, como é evidente, têm uma posição de destaque dentro do sistema jurídico. As Constituições abrigam complexos catálogos de direitos, herança de momentos constitucionais diversos, sobrepondo-se direitos de natureza distinta, que muitas vezes podem aparentar estar em conflito.

Independentemente da “dimensão” ou “geração” na qual se insere o direito específico, podemos indicar como características dos direitos fundamentais as seguintes marcas distintivas: a historicidade, a universalidade, a limitabilidade (ou relatividade) e a concorrência<sup>10</sup>.

A historicidade deriva do fato de terem os direitos fundamentais um conteúdo determinado pelo processo histórico de sua criação e reconhecimento. Veja-se, a título de exemplo, a cláusula do devido processo legal, contida no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil. A leitura do seu enunciado não dará a sua total dimensão, com o aspecto substantivo que decorre da sua aplicação pela Suprema Corte norte-americana e que ali justificou o reconhecimento do princípio da razoabilidade.

A universalidade diz respeito aos destinatários de tais direitos, ou seja, os que estão protegidos por seus conteúdos, que são todos os seres humanos. A origem das declarações de direito, com os já citados direitos de defesa, e a estreita ligação entre os diversos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana desautorizariam um catálogo de direitos dirigido à proteção de apenas um grupo de indivíduos ou que excluísse determinadas pessoas do seu âmbito de abrangência.

A limitabilidade ou relatividade trata da capacidade de se limitar o direito fundamental, quando em colisão com âmbito de proteção de outro direito fundamental ou interesse jurídico relevante protegido pela Constituição.

A concorrência, por seu turno, diz respeito à possibilidade de, em uma mesma situação fática, serem exercidos direitos fundamentais distintos, como ocorre no caso do exercício do direito de reunião e direito de manifestação, que podem acumular-se no mesmo momento e com o mesmo titular<sup>11</sup>.

Em especial, no momento, interessa-nos a característica da limitabilidade ou da relatividade dos direitos fundamentais, fundamento do princípio da concordância prática, segundo o qual “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade”<sup>12</sup>, justificador das teorias que prevêm formas de solução da colisão de direitos fundamentais, sob forma de princípios.

### 3. *A colisão de direitos*

O titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, pode ver este em conflito com outros direitos fundamentais titularizados por outros indivíduos. Nesses casos há o que a doutrina tem chamado de colisão de direitos. Na definição de Canotilho e Vital Moreira, ocorre colisão de direitos quando o exercício de um direito fundamental colide

“(a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (*conflito de direitos* em sentido estrito); (b) com a defesa e proteção de bens da colectividade e do Estado constitucionalmente protegidos (*conflito entre direitos e outros bens constitucionais*)”<sup>13</sup>.

Não há um critério, que já esteja estabelecido de forma geral e abstrata, que seja utilizado para a solução de todos os casos de conflito<sup>14</sup>. Porém há certos caminhos já consagrados pela doutrina e que são importantes instrumentos para a superação dos impasses.

Soluções distintas serão tomadas, dependendo da natureza das normas em conflito, se estas se apresentam como regras ou como princípios. Aqui tomemos alguns elementos das distinções entre regras e princípios traçadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em Dworkin, regras e princípios se distinguem pela força que cada um tem na argumentação, ou seja, na solução de casos concretos postos à decisão. Nem sempre está claro no enunciado da norma se esta é uma regra ou um princípio<sup>15</sup>. A dificuldade será mais forte quando as regras contenham os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

A distinção entre as espécies tem um caráter lógico e no mais das vezes só pode ser constatada na aplicação da norma ao caso concreto. Tanto regras quanto princípios podem servir de fundamento às decisões, mas diferem na direção que dão ao trabalho do intérprete e aplicador.

As regras se submetem a uma forma de “tudo ou nada”. Elas não sobrevivem à existência e validade de regras que lhe são atômicas. Se, em um caso a ser analisado, o fato corresponde ao fato narrado em uma regra válida, então será tal regra aplicada ao caso, em seu inteiro teor. As exceções às regras podem ser, em tese, todas previstas e listadas<sup>16</sup>.

Em relação aos princípios, Dworkin afirma que o teor de seu enunciado não corres-

ponderá, em alguns casos, à sua aplicação, ou seja, terá para o caso concreto uma dimensão menor do que aquela que transparece da simples análise do seu enunciado, cedendo à aplicação de regras ou de princípios igualmente aplicáveis ao caso, pois têm presente a dimensão do peso ou importância.

Um exemplo ditado por Dworkin de princípio que convive com conseqüências jurídicas diversas das que parecem estar contidas em seu enunciado, não afastando a validade da norma, é o princípio segundo o qual a ninguém é dado aproveitar a sua própria torpeza. Na prática, a ilegalidade de algumas condutas pode produzir conseqüências benéficas a quem as pratica, sob o beneplácito do direito. Ele cita, em relação ao referido princípio, o caso da servidão de passagem. Passar na propriedade alheia sem autorização não é uma conduta lícita, porém a repetição por anos de tal procedimento faz adquirir o direito de continuá-lo.

Em Robert Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”<sup>17</sup>. Assim, a aplicação do princípio não está predeterminada em seu enunciado, mas depende de ponderações a serem procedidas no momento de sua aplicação, à vista das possibilidades jurídicas (relações com outras regras igualmente válidas) e fáticas (condições de fato para a sua eficácia).

As regras, ao seu turno, já contêm determinações, em si, sobre o fático e juridicamente possível, sendo normas que só podem ser cumpridas ou não. Correspondendo, genericamente, ao que Dworkin chamou de lógica do tudo ou nada.

O conflito entre regras pode ser afastado com a introdução de uma cláusula de exceção<sup>18</sup>. Um exemplo de solução de “conflito” com a introdução de uma cláusula de exceção, citado por Robert Alexy, é o da proibição de abandonar-se a sala de aula antes que toque a campainha e da ordem para que se abandone a sala após o alarme de incên-

dio. O alarme de incêndio se apresenta como uma cláusula de exceção.

Caso não seja possível a introdução de uma cláusula de exceção, recorre-se aos tradicionais critérios de solução de antinomias jurídicas: o cronológico, no qual prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, que faz prevalecer a norma superior (*lex superior derogat inferiori*); e o da especialidade, que constitui o predomínio da norma especial (*lex specialis derogat generali*)<sup>19</sup>. A atividade do aplicador leva, nos três casos, à eliminação das regras que não resistem ao julgamento, aplicando-se apenas uma regra ao caso concreto.

Essas soluções não são possíveis em relação aos princípios, pois esses não obedecem à lógica do tudo ou nada. Dois ou mais princípios podem-se compor e incidir sobre um mesmo fato. Na aplicação dos princípios, verificada a colisão, procede-se uma ponderação de valores, atuando os dois princípios no caso concreto, com pesos distintos, sem que um retire a validade do outro.

Antes, porém, da constatação da existência ou não de colisão de direitos fundamentais, cabe delimitar o âmbito normativo de cada um dos direitos. Em muitos casos o conflito é apenas aparente, pois no âmbito normativo de um dos direitos em tese conflitantes não está incluída a conduta contrária ao exercício do outro direito fundamental.

A delimitação de um âmbito liga-se à idéia de concretização do direito. A norma jurídica tem a sua definição obtida ao realizar o aplicador a concretização do direito, que se faz em um procedimento para além dos limites da clássica atividade hermenêutica. A norma deve ser compreendida tendo em vista o ser na qual se insere, ou seja, a realidade na qual incide. A atividade concretizadora, que busca delimitar o âmbito da norma, leva em conta a história da criação da norma, bem como o ambiente cultural de sua aplicação. O preceito legal não esgota o Direito, mas apenas é um de seus elementos, a ser analisado em uma interpre-

tação sistemática, como primeiro passo da concretização. Na aplicação, ou seja, na solução de casos, encontra-se o verdadeiro caráter da norma<sup>20</sup>.

A interpretação sistemática, tomando por base a idéia de que o conteúdo da norma interpretada tem que ser perscrutado levando em conta a sua pertinência a um sistema, pode já definir um âmbito normativo reduzido, pois já demonstra condutas que não se encontram abarcadas por aquele direito fundamental interpretado.

Podemos exemplificar dois casos, um no qual há e outro no qual não há colisão de direitos, com relações entre os mesmos direitos fundamentais. A relação entre proteção constitucional à personalidade (honra, intimidade e imagem) e a liberdade de informação (liberdade de informar e direito de ser informado) pode-nos servir de exemplo.

Na definição do âmbito normativo da liberdade de informação já se excluem as condutas difamatórias, caluniosas ou injuriosas, pois que assente no próprio sistema constitucional a ilicitude de tais condutas. Portanto, não há colisão entre tais direitos, no caso citado. Porém, pode-se verificar em outro caso a colisão, pois o exercício regular de cada um dos direitos fundamentais demonstrou haver interseção entre os seus âmbitos normativos.

Nesse sentido, podemos tomar como exemplo o chamado “*caso Lebach*”, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Uma rede alemã de televisão havia programado a exibição de um documentário sobre um crime, ocorrido há muitos anos, no qual quatro soldados do Exército alemão tinham sido mortos e algumas armas haviam sido roubadas. Uma pessoa que estava cumprindo pena em razão de condenação por cumplicidade no caso, buscou, em juízo, evitar a exibição do filme, sob a alegação de que a exibição representaria perigo à sua ressocialização. Rejeitado o pedido no tribunal do Estado, apresentou o interessado recurso ao Tribunal Constitucional. Decidindo o caso, reconheceu primei-

ramente o Tribunal Constitucional a tensão entre a “proteção da personalidade” (P1) e a “liberdade de informação” (P2), princípios com a mesma posição hierárquica e igualmente válidos. Depois, o Tribunal decidiu que no caso de “informação atual sobre fatos delitivos” (C1) existe precedência genérica da “liberdade de informação” sobre a “proteção da personalidade”, ou seja: (P2 P1)C1. Em um terceiro e último momento, o Tribunal decidiu que em um caso de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde aos interesses atuais de informação” (C2), a “proteção da personalidade” tem precedência, ou seja: (P1 P2)C2, concluindo pela não exibição do documentário por representar perigo à ressocialização do autor<sup>21</sup>.

É importante, aqui, a título ilustrativo, registrar que não se apresentará conflito entre direitos fundamentais, ainda, quando a própria Constituição definir, ao menos para um deles, uma reserva de lei restritiva. Nesse caso, caberá ao legislador ordinário a limitação do direito submetido à expressa limitação, não se verificando a colisão de direitos<sup>22</sup>.

#### *4. O conteúdo jurídico do direito de propriedade*

O direito de propriedade, há muito, não pode mais ser compreendido no sentido absoluto que marcou a concepção vigente à época do seu nascedouro. A visão civilista, de origem liberal, marcadamente individualista, não responde à complexidade das questões que, em nossos dias, o instituto enseja.

A propriedade na antigüidade oriental era familiar e tribal. Já a propriedade romana era individualista, apenas se reconhecendo o direito a um único dono. Na idade média, passou-se a um reconhecimento de uma concorrência de titularidades sobre os bens, separando-se domínio eminente de domínio útil. O capitalismo restaura a noção romana de direito de propriedade, elevan-

do-o ao mesmo grau de importância das liberdades e reconhecendo a sua fonte no direito natural. Na Declaração de 1789, foi consagrada a propriedade como um direito inviolável e sagrado<sup>23</sup>.

Tal visão liberal de propriedade, notadamente determinadora da redação do nosso Código Civil, compreende a propriedade como um direito absoluto, no sentido de que “confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros”<sup>24</sup>.

Essa natureza absoluta, porém, mesmo quando ainda vigente tal visão de cunho liberal, não deixava de reconhecer a possibilidade de se opor, ao proprietário, exigências que o limitassem no exercício do direito que lhe era reconhecido. O Código Civil está repleto de dispositivos criando pequenas limitações à propriedade.

Pontes de Miranda indicou, nos comentários à Constituição de 1946, as limitações que são inerentes ao exercício do direito de propriedade:

“às vezes, o proprietário ou o titular de outro direito real está sujeito a deveres e obrigações de atos positivos, e.g., os de conservar o terreno de acordo com as leis de polícia sanitária, de derrubar, segundo as posturas, edifícios em ruína, de limpar calhas, esgotos e pousadas ou alojamentos de animais”<sup>25</sup>.

Frente à natureza conflitiva<sup>26</sup> de sua presença no seio social, o caráter absoluto do direito de propriedade acabou por ceder a princípios de inspiração igualitarista.

O que o Estado social desenvolveu, caminhando em sentido inverso às anteriores fases da história política, foi um compromisso entre o direito de propriedade e algumas exigências da sociedade. Sem deixar de reconhecer a titularidade individual dos bens, deveres de atendimento a determinadas finalidades públicas passaram a constar das legislações, quando não dos próprios textos das constituições.

Hoje, dentro do movimento histórico que pode ser definido como “constitucionalização do direito civil”<sup>27</sup>, a propriedade tem uma natureza, inegavelmente, constitucional, conhecendo nas constituições uma regulamentação complexa.

No próprio art. 5º da vigente Constituição da República, instituidor de um conjunto de direitos fundamentais, a propriedade já é referida sob a expressa limitação do dever de se submeter a uma função social. O inciso XXII diz ser garantido o direito de propriedade, enquanto o inciso XXIII fala que a propriedade atenderá a função social. A função social da propriedade foi, também, alçada à condição de princípio norteador da atividade econômica, por determinação do art. 170, III, da Constituição da República.

A função social na Constituição estabelecida é conceito de difícil definição, apesar de no próprio texto constitucional já constarem alguns dispositivos delimitando hipóteses nas quais a propriedade urbana e a propriedade rural terão atendido a essa função<sup>28</sup>.

Porém, pode-se notar que a exigência de atender à função social não se confunde com as prefaladas limitações já abarcadas no próprio regramento que o direito civil dá ao instituto da propriedade. Segundo José Afonso da Silva, as limitações à propriedade dizem respeito ao exercício do direito pelo proprietário, pois são externos ao conceito de propriedade, enquanto a função social trata da própria estrutura do direito, atingindo, por dentro, a sua definição<sup>29</sup>.

De tão complexo o tratamento reservado pelo ordenamento à propriedade, muitos, como José Afonso da Silva, têm falado não em propriedade no singular, mas em propriedades. Isso decorreria da multiplicidade de regimes jurídicos aplicáveis à propriedade.

Tendo em vista o exposto, pode-se definir propriedade como o “direito subjetivo que assegura ao indivíduo o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente

queiram a ela se opor”, desde que submetido às limitações legais e atendida a função social constitucionalmente definida.

É importante advertir que não se dirigem as normas limitadoras da propriedade e definidoras de um conceito já restrito apenas à clássica relação entre o indivíduo e coisas corpóreas, mas, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo,

“coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais”<sup>30</sup>.

A conexão entre o cumprimento da função social da propriedade e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado se mostra explícita no texto da Constituição brasileira. O art. 186, ao tratar da propriedade rural, diz que ela atenderá a sua função social com a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (inciso II). Passaremos, agora, ao estudo da caracterização dos direitos decorrentes da proteção constitucional ao meio ambiente como direitos fundamentais.

##### *5. O direito ao um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*

O caráter problemático da relação homem-natureza não surgiu nos nossos tempos e nem pode ser definido como um mero subproduto da sociedade pós-Revolução Industrial. Existem exemplos na idade média ou até mesmo na antigüidade de maciças ações de devastação<sup>31</sup>. Porém, há uma especificidade nessa nova quadra da história, que se inaugura com o movimento chamado de racionalização (modernidade)<sup>32</sup>. O indivíduo moderno se relaciona com a natureza como se fosse uma relação entre sujeito-objeto e, no dizer de Cristiani Derani, “quanto mais o homem se relaciona com o seu meio como um sujeito situado num pla-

no apartado de seu objeto, mais a domesticação da natureza se transforma em pura atividade predatória”<sup>33</sup>.

Nas últimas décadas, essa relação se refletiu em uma exigência crescente por regulamentação. A sociedade, sem abrir mão do valor “utilidade” dos recursos naturais, incorporou outros valores que justificaram limitações à exploração de tais recursos naturais e a criação de garantias normativas à qualidade de vida.

Entre os principais problemas postos em evidência na “questão ambiental”, estão, de acordo com Luís Roberto Barroso, a preservação das florestas, a proteção das espécies ameaçadas de extinção, a poluição das águas, a poluição atmosférica, a qualidade de vida nas metrópoles, o controle das atividades potencialmente predatórias e a promoção do desenvolvimento sustentável<sup>34</sup>.

Como se vê, não pode ser descolada a compreensão da proteção jurídica ao meio ambiente da análise das normas de natureza econômica. A identidade entre os dois problemas se reflete, como evidente, no conteúdo das normas jurídicas.

No Brasil, a vigente Constituição Federal consagra, ao lado das liberdades e dos direitos sociais, a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, o texto constitucional, reflete o seu tempo, buscando responder às demandas da sociedade por qualidade de vida e, para atingir esse fim, por solidariedade.

Os problemas ambientais, como não poderia deixar de ser, não foram esquecidos, com atribuição à sociedade de um direito a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*<sup>35</sup>. O art. 225, *caput*, da Constituição da República assim enuncia o citado direito fundamental:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Alguns deveres são definidos para o Poder Público em regras enunciadas nos diversos incisos do art. 225, delineando, com mais elementos, o conteúdo do direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Há, entre essas regras, dispositivos específicos sobre as atividades potencialmente geradoras de degradação (incisos IV, V e VII e os parágrafos 2º e 6º), sanções penais e administrativas, com o dever de reparação nos casos em que se observar lesão ao meio ambiente (§3º) e definição de ambientes cuja preservação deve ser priorizada, consideradas patrimônio nacional (§4º).

Mas o citado dispositivo constitucional define, também, a coletividade como destinatária do dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, não cabe apenas ao Estado a defesa de tal direito, tendo a Constituição Federal determinado, para isso, uma responsabilidade social sobre a matéria.

Importante, ainda, frisar é o compromisso que a Constituição estabelece entre as medidas de proteção ao bem jurídico “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e as gerações futuras. Na compreensão do alcance da proteção dada pelo Estado, parece apresentar-se ainda mais alargada a sua competência para estabelecer normas limitadoras das atividades potencialmente degradantes do que a competência decorrente da proteção de outros bens jurídicos, quando se projetam para o futuro os danos possíveis ao meio ambiente que devem ser evitados.

Não se resume a proteção constitucional ao meio ambiente aos citados dispositivos, pois o texto da Constituição em diversos momentos se refere à questão ambiental, abarcando, em seu tratamento, aspectos administrativos, penais, civis, processuais, entre outros. Há, ainda, as normas de organização, estabelecedoras de competências dentro da Federação. Às três esferas política e administrativamente autônomas de nosso Estado Federal foram atribuídas tarefas nessa seara. No âmbito da competência



material, ou administrativa, foi definida a competência comum aos três níveis (art. 23, VI e VII). Quanto à competência legislativa, foi definida como concorrente à União e aos Estados (24, VI e VIII).

Combinando características dos direitos de defesa, pois desdobra o clássico direito à vida, com elementos dos direitos a prestações, porém sendo titularizado pela comunidade, apresenta-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental a proteger interesses difusos. Tais interesses, apesar de reflexamente se projetarem sobre o sujeito e ensejarem o surgimento de alguns direitos individuais, dizem respeito à sociedade como um todo, e se fazem sentir como “necessidades coletivas individualmente sentidas”<sup>36</sup>.

Como um direito fundamental, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado tem a aplicabilidade imediata, a teor do §1º da Constituição Federal, não se submetendo a uma necessidade de regulamentação legislativa para que se projete na realidade e proteja a comunidade.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido como um direito fundamental pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de Segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as

liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”<sup>37</sup>.

#### *6. A inexistência de colisão de direitos na relação entre o direito a um meio ambiente saudável e o direito de propriedade*

Com base nos conceitos que tratamos no decorrer deste trabalho, não há, propriamente, um caso de colisão de direitos quando se coteja o direito de propriedade definido na Constituição com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao se delimitar o âmbito normativo do direito de propriedade, que dá a real dimensão de sua aplicabilidade, verifica-se que este não abrange condutas contrárias à preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em razão da existência, na Constituição, da consagração de um conjunto de regras e de princípios que, de *per se*, já se apresentam como redutoras do alcance da definição de propriedade, como o dever à submissão ao cumprimento de uma função social, a delimitação do âmbito da norma, ou seja, a definição do seu alcance, demonstrará o direito de propriedade como um direito limitado.

No caso dos contornos decorrentes da adoção de normas constitucionais de natureza ambiental, podemos afirmar que, na interpretação sistemática da Constituição, necessária à definição do âmbito normativo do direito de propriedade, conclui-se que não

há, entre as condutas abrangidas pela proteção ao direito de propriedade, direitos a poluir, desmatar, degradar, ou a outras condutas incompatíveis com a proteção ao meio ambiente.

Independentemente, pois, da vontade do proprietário, a proteção constitucional ao meio ambiente reduz o conceito de propriedade e acaba por retirar do exercício de tal direito um conjunto de condutas, fazendo submeter o exercício de tal direito aos preceitos materiais diretamente retirados da leitura da Constituição e às imposições que o Poder Público, no cumprimento dos seus deveres constitucionalmente determinados, venha a estabelecer. Óbvio que essas imposições que à Administração cabe estabelecer devem decorrer do exercício dos poderes definidos dentro do sistema de repartição de competências legislativas e materiais presente na Constituição.

A proteção constitucional do meio ambiente, como já citado, desdobra o direito à vida, sendo instituído com o fim de assegurá-lo. Em razão disso, entende José Afonso da Silva que o direito à vida deve orientar as ações tendentes a tutelar o meio ambiente, pois ele “deve estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada”<sup>38</sup>. Essas normas constitucionais que visam proteger o meio ambiente equilibrado homenageiam, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, unificador de todo o sistema de direitos fundamentais<sup>39</sup>.

Há, portanto, consagrada na Constituição uma precedência da proteção constitucional ao meio ambiente frente ao direito de propriedade. Os valores protegidos pelo direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado têm uma tal importância que fazem excluir condutas a ele contrárias do conceito constitucional de propriedade.

Há uma redução conceitual definida no texto da própria Constituição, portanto, como já referido anteriormente neste texto,

ao direito de propriedade. A proteção ao direito de propriedade se dirige apenas às propriedades que atendam à função social exigida na Constituição.

De outra parte, também é bom frisar, não há um *jus subietionis* instituidor de um dever de suportar o proprietário, sem reparação pecuniária, uma redução absoluta ao exercício das faculdades inerentes à idéia de propriedade, que venha a anular, na prática, tal direito. No caso concreto é que será possível aferir se está sendo imposta uma limitação compatível com o exercício do direito de propriedade ou se sofre o titular daquele direito uma excessivamente onerosa imposição. Caso se verifique a redução próxima à anulação prática do próprio instituto da propriedade, os ônus devem ser repartidos por toda a sociedade, com a instituição de um dever de indenizar a ser suportado pelo poder público<sup>40</sup>.

Ainda aí não haverá colisão, posto que, ao lado da proteção ambiental, ainda resta presente na Constituição, como princípio da ordem econômica, a previsão da proteção à propriedade, segundo estudamos neste texto. Como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial, irredutível, que não poderá ser afastado.

## 7. Considerações finais

Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como é sabido, são direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

O conceito de direito de propriedade deve ser encontrado tendo em vista um conjunto complexo de princípios e regras definidos na Constituição e a ele pertinentes. Nenhum dos preceitos referentes à propriedade pode ser isoladamente interpretado sob pena de se chegar a um resultado juridicamente insatisfatório.

A interpretação sistemática da Constituição leva ao estabelecimento de um conceito de propriedade bem mais limitado do

que o que lhe era atribuído em suas origens históricas. A definição do âmbito de proteção de tal direito se dá com a consideração das exigências constitucionalmente definidas, como a de atender a uma função social.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é titularizado pela sociedade, atendendo, como típico direito fundamental de terceira geração, a exigências de solidariedade presentes nas constituições contemporâneas.

Na seara da relação entre o conceito de propriedade e as normas constitucionais relativas à preservação do meio ambiente, não é outro o caminho a ser tomado pelo intérprete e aplicador do direito. No processo de concretização, já no seu primeiro passo, de natureza hermenêutica, delinea-se um conceito de propriedade submetido às exigências ambientais.

Não se verifica, então, uma colisão de direitos fundamentais, pois a interpretação já indica que não há interseção entre os âmbitos normativos dos dois direitos, posto que não protege o direito de propriedades as condutas contrárias ao meio ambiente. Nesse caso, não há necessidade de se lançar mão dos critérios definidos pela doutrina como solucionadores dos casos de colisão de direitos fundamentais.

### Notas

- <sup>1</sup> *Manual de direito constitucional*. p. 7.
- <sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. p. 101.
- <sup>3</sup> Cfr. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. p. 112.
- <sup>4</sup> SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 47.
- <sup>5</sup> “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriam caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis

e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais” BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 526.

- <sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 24.
- <sup>7</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 247.
- <sup>8</sup> *Apud* Jorge MIRANDA, *op. cit.*, p. 83.
- <sup>9</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional positivo da república federal da Alemanha*. p. 231.
- <sup>10</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serano. *Curso de direito constitucional*. p. 61.
- <sup>11</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. p. 137.
- <sup>12</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. p. 66.
- <sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *op.cit.*, p. 135.
- <sup>14</sup> Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1141.
- <sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 27 e 72.
- <sup>16</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 25.
- <sup>17</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 86.
- <sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 88.
- <sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 91.
- <sup>20</sup> Utilizamos, com DERANI, Cristiani. *Direito ambiental econômico*. p. 41, e CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *op.cit.*, p. 136, o termo âmbito, diferentemente da tradução para o português do livro de MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*. Cf. p. 43, realizada por Peter Nauman, que usa o termo área de norma.
- <sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 96.
- <sup>22</sup> Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *op. cit.*, p.97, e CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 136.
- <sup>23</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 94, e FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. p. 117.
- <sup>24</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 86.
- <sup>25</sup> V. 4, p. 212.
- <sup>26</sup> Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Perfil constitucional da função social da propriedade*. p. 9.
- <sup>27</sup> *Constitucionalização do direito civil*. p. 100.
- <sup>28</sup> “Denota-se que o princípio da função social é um conceito jurídico indeterminado, imbuído em uma vagueza semântica, o que dificulta compreender claramente seu sentido e dimensão. Embora vinculado às disposições gerais dos princípios, possui peculiaridades, as quais exigem do aplicador do direito realizar mediações concretizadoras ao lado de operações integrativas, a fim de conseguir uma correta interpretação” ALBURQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. p.78.

<sup>29</sup> *op. cit.*, p. 247 e 249.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 107.

<sup>31</sup> “Não é privilégio do modo de produção capitalista a destruição das suas bases naturais de reprodução. Como exemplo posso citar a quase total extinção das florestas primárias européias ainda na Baixa Idade Média, a ávida exploração do Novo Mundo no florescente mercantilismo, bem como a destruição das florestas de cedro ainda pelos navegadores fenícios de mil anos atrás.” DERANI, Cristiani. *op. cit.*, p. 73.

<sup>32</sup> “A racionalização foi caracterizada por um desencantamento do mundo da vida. O fundamento espiritual cedeu lugar à razão. Uma razão que esquadrinha, calcula e, acima de tudo, normatiza. A racionalização foi marcada por uma exigência crescente de eficácia, mas, também, por uma autonomização de esferas de valores antes embutidas na religião, a saber: a ciência, a moral e a arte” SANTOS, Gustavo Ferreira. *Excesso de poder no exercício da função legislativa*. p. 286.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 73.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Proteção do meio ambiente na constituição brasileira*. p. 61.

<sup>35</sup> Preferimos, aqui, o termo utilizado pelo texto da Constituição, apesar das críticas a ele. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 67.

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. citando conceito de Marcelo Caetano, *op. cit.*, p. 66.

<sup>37</sup> MS nº 22164/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>38</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. p. 710.

<sup>39</sup> Jorge Miranda, analisando o conceito de pessoa na Constituição, tendo em vista o art. 1º da Declaração Universal, assim define as diretrizes básicas: “a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é do *ser*, não do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”; *op. cit.*, p. 169.

<sup>40</sup> José Afonso da Silva ensina: “por outro lado, em concreto, o princípio [da função social] também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia”; *ob. cit.*, p. 251. O Superior Tribunal de Justiça assim já editou decisão: “O direito de instituir parques nacionais, estaduais e municipais há de respeitar o direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. Da queda do Muro de Berlim e do

desmantelamento do Império Comunista Russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência” (Resp nº 32222/PR – Min. Garcia Vieira).

## Bibliografia

- ALBURQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba : Juruá, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Proteção do meio ambiente na constituição brasileira*. Revista trimestral de direito público. [S.l.:s.n.], n. 2, 1993. P. 28-81.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução por Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : UnB, São Paulo : Polis, 1989.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental e econômico*. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1977.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de formação legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 36. jan/mar. 1999. p. 9-22.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução por Pedro Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*. 36. jan/mar. 1999. p. 99-110.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, v.4, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo : Atlas, 1997.
- MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Tradução por Peter Naumann. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. *Revista de informação legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 140. out./dez. 1998. p. 283-294.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- STUM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

# **Juizado especial criminal no âmbito da Justiça Federal – uma experiência relativa ao procedimento dos crimes ambientais de menor potencial ofensivo**

Jairo Gilberto Schäfer e João Batista Machado

## **Sumário**

1. Introdução. 2. Possibilidade de aplicação do instituto da transação penal na Justiça Federal. 3. A polícia ambiental na região de Blumenau-SC. 4. Tramitação dos processos anteriormente à implantação do novo procedimento. 5. Tramitação do processo perante a Vara Federal Criminal de Blumenau com adoção do atual procedimento. 6. Considerações Finais.

## *1. Introdução*

No contexto jurídico nacional, dois temas estão em evidência pelo forte apelo da sociedade, quais sejam, a preservação do meio ambiente e a busca da efetividade do processo penal.

A lenta degradação do meio ambiente é fato que há muito tempo tem-se observado, mas a preocupação com a preservação é recente no Direito Pátrio.

A efetividade do processo penal, por seu turno, visa afastar o vício da morosidade que macula a imagem do Poder Judiciário, contribuindo para desacreditá-lo perante a sociedade, espalhando sentimento de impunidade que se mostra incompatível com a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, surge a experiência de aplicação do instituto da transação penal em relação aos crimes ambientais tidos como de menor potencial ofensivo; especificamente a nova roupagem do procedimento relativo a esses crimes, combinando proteção ao meio ambiente e efetividade do processo penal.

Jairo Gilberto Schäfer é Juiz Federal da Vara Federal Criminal de Blumenau e Professor de Direito Constitucional do curso de Direito da Fundação Universidade de Blumenau/SC e da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina.

João Batista Machado é Bacharel em Direito e Diretor de Secretaria da Vara Federal Criminal de Blumenau.

## *2. Possibilidade de aplicação do instituto da transação penal na Justiça Federal*

A Constituição Federal de 1988 estabelece que todos

“têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Dando cumprimento a esse preceito constitucional, surgiu a Lei nº 9.605, de 12-2-1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Entre as sanções penais ali catalogadas, temos aquela estabelecida no art. 29, *caput*, na qual a pena prevista para o infrator é de *6 meses até 1 ano de detenção mais multa*, portanto, passível de aplicação o novo instituto jurídico processual/penal da transação penal, na forma da Lei 9.099/95. A possibilidade de aplicação do instituto da transação penal no âmbito da Justiça Federal já é matéria pacífica no entendimento do Tribunal Regional Federal da Quarta Região<sup>1</sup>.

Cabe ressaltar, pois fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, que os crimes contra a fauna silvestre são de competência para o processo e o julgamento da Justiça Federal. Essa competência decorre do fato de animais da fauna silvestre serem propriedade da União, consoante art. 20, inciso I, da CF/88. Ainda sobre o tema da competência, está em vigor o enunciado da Súmula 91 do e. STJ, a saber: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”.

## *3. A polícia ambiental na região de Blumenau-SC<sup>2</sup>*

No dia 23 de julho de 1989, por meio da Lei Estadual nº 8.039, foi criada a Companhia de Polícia Florestal de Santa Catarina, com sede na Reserva Estadual da Serra do

Tabuleiro, município de Palhoça, sendo que por meio do decreto nº 1.783 de 1992 houve alteração da denominação de Polícia Florestal para Polícia de Proteção Ambiental. O 6º Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental (sediado em Blumenau) foi ativado em 2 de junho de 1995, com a denominação de 1º Grupo de Polícia de Proteção Ambiental (GPPA), junto ao aquartelamento do 10º BPM. Na época de sua implantação, tinha uma jurisdição com área de 4.484 km<sup>2</sup>, abrangendo os municípios da região do Médio Vale do Itajaí e da Foz do Itajaí, um efetivo composto por um Oficial e nove praças, uma viatura Toyota e uma embarcação motorizada para o serviço de proteção ambiental.

Atualmente, devido às necessidades ambientais da região, a jurisdição foi ampliada para uma área aproximada de 7.700 km<sup>2</sup>, abrangendo até 30 municípios, contando com um efetivo de um Oficial e dezessete praças, tendo duas viaturas Toyota, uma viatura S-10 para o serviço de proteção ambiental e duas embarcações para o serviço de patrulhamento aquático. Além do zelo e da preservação executada pelas ações e operações militares, é atribuição do 6º Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental:

- atuar por iniciativa própria ou mediante solicitação;
- auxiliar a FATMA e o IBAMA;
- apreender equipamentos proibidos;
- cooperar na educação ambiental;
- efetuar policiamento ostensivo nos parques florestais, reservas biológicas e áreas de proteção ambiental;
- proteger as florestas contra a ação predatória do homem, através de meios preventivos, repressivos e educação ecológica;
- fiscalizar as explorações florestais;
- difundir a legislação ambiental e estimular o plantio de árvores, especialmente junto ao homem do campo;
- combater os comerciantes, caçadores e os consumidores de animais silvestres;
- combater a pesca predatória.

No período de 2 de junho de 1995 a 30 de abril de 2000, a Polícia Ambiental de Blumenau atendeu: a) defesa da flora 6.011; b) defesa da fauna 4.014; c) defesa da pesca

553; d) contra poluição 833; e) fiscalização da mineração 491, totalizando a importante cifra de 11.902 ocorrências. Dessas intervenções da Polícia Ambiental decorreram as seguintes apreensões (principais): a) aves silvestres 11.516; b) animais silvestres vivos 492; c) armas de fogo 259; d) animais abatidos por caçadores 239; e) cartuchos de caça 6.050; f) sacas de carvão vegetal 13.406; g) palmito em conserva 40.943 vidros; h) palmito “in natura” 36.604 cb; i) carne de animais abatidos por caçadores 1171 kg.

#### *4. Tramitação dos processos anteriormente à implantação do novo procedimento*

Resumidamente, apresentamos abaixo a forma de tramitação do processo antes da adoção do procedimento ora em estudo no âmbito da Vara Federal Criminal de Blumenau, com a finalidade de comparação com o atual, a seguir descrito, e verificação dos pontos positivos:

[a] autuação pela Polícia Militar do Estado de Santa Catarina – em Blumenau, com arquivamento de uma via para controle administrativo;

[b] remessa de uma via da autuação para a Polícia Federal com Delegacia em Itajaí/SC, pois Blumenau não possui representação da Polícia Judiciária da União;

[c] outra(s) via(s) ao(s) órgão(s) administrativo(s) como IBAMA;

[d] uma via remetida ao Ministério Público Federal.

Dessa maneira resultavam: [a] pelo Ministério Público Federal uma via era encaminhada ao Poder Judiciário para autuação sob a forma de um procedimento criminal (como um Procedimento Criminal Diverso ou uma Exceção de Competência). Inclusive, não raro, o órgão ministerial encaminhava uma via para a Polícia Federal juntamente com a requisição de abertura do inquérito policial; [b] da via encaminhada para a Polícia Federal, por meio da Delegacia de Itajaí, neste Estado, pelo *Parquet* Federal ou pela Polícia Ambiental, resultava

a formação de um inquérito para apuração da infração contra o meio ambiente.

Note-se que demandava, no âmbito da Polícia Federal, a realização de diversas diligências como: deslocamento de agentes até o local dos fatos para ouvir os envolvidos, em virtude de a infração ocorrer fora dos limites territoriais da sede da Polícia Federal; utilização de viaturas com gasto de combustível para esses deslocamentos. Não raro, redundavam dois processos sobre o mesmo fato, com os mesmos envolvidos, que tramitavam paralelamente asseverando os trabalhos no Fórum da Justiça Federal de Blumenau. Esse fato, aliás, consta dos registros processuais dessa Unidade Judiciária.

Ainda mais, uma vez autuado o expediente, quer remetido pela Polícia Federal ou pelo Ministério Público Federal, fazia-se necessária a expedição de mandado de intimação para comparecimento do infrator à audiência preliminar. Na maioria das vezes, em virtude da extensão territorial da Circunscrição Judiciária de Blumenau, a intimação era efetuada por meio de Carta Precatória, com sérias dificuldades na localização do autor dos fatos.

A finalização com resultado prático do processo era lenta, demorada; mormente, pelos atropelos inerentes à tramitação, como acima ressaltado, de dúplice procedimento. A pauta de audiências era carregada por 2 (duas) audiências ou mais para o mesmo fato. O pior, inerente à demora, era o descrédito relativo ao aparelho estatal de aplicação da pena, tanto pela sociedade como por parte do autuado. Este sentia-se induzido à prática de novas infrações penais, uma vez que a primeira não havia sequer recebido a solução por parte do Judiciário.

#### *5. Tramitação do processo perante a Vara Federal Criminal de Blumenau com adoção do atual procedimento*

O procedimento a seguir exposto nasceu de entendimentos entre a Vara Federal Criminal, o Representante do Ministério Público Federal, por meio de sua Procura-



doria em Blumenau, e o Comando da Polícia Militar de Santa Catarina, representado pelo Pelotão Ambiental.

Verificando a ocorrência de lesão ao meio ambiente, classificada na lei como infração penal (por meio de fiscalização, denúncias da comunidade, etc.), é lavrado pela Polícia Ambiental um auto de infração denominado BOA – Boletim de Ocorrência Ambiental contra o(s) infrator(es).

Na mesma oportunidade, o(s) infrator(es) é(são) intimado(s) a comparecer perante o Poder Judiciário na Vara Federal Criminal de Blumenau. Neste juízo, é realizada uma audiência com a participação do Representante do Ministério Público Federal, de um advogado para o exercício da defesa técnica, inclusive, sendo nomeado defensor dativo no caso de o impossibilidade de o infrator contratar um, e do Juiz Federal, Presidente do ato.

A audiência é antecipadamente agendada (data e horário) com a Secretaria da Vara Federal Criminal. Ressalte-se que essa Unidade Judiciária instituiu uma pauta especial de audiências no período da manhã, todas as quartas ou quintas-feiras, com a finalidade única de realizar as audiências envolvendo essas infrações penais classificadas na lei de regência como de menor potencial ofensivo ao meio ambiente. Portanto, na época da autuação pela polícia, já são fixados o horário e a data audiência, dessa forma ficando o infrator ciente de que na data designada deverá comparecer na sala de audiências da vara criminal, no endereço que lhe é fornecido. Essa agenda, contendo as infrações penais realizadas e que resultaram em autuações, de uso pelo Pelotão Ambiental, é posteriormente transmitida, via *internet (e-mail)*, para a Secretaria da Vara. Após, no prazo máximo de 5 (cinco) dias contados da autuação, a Polícia remete para Juízo o(s) procedimento(s) administrativo(s) respectivo(s).

Assim, o esquema procedimental ficou assim estabelecido:

1. Autuação pela Polícia Ambiental, sendo que no próprio termo o infrator já é

intimado a comparecer na audiência que é agendada pela Polícia.

2. Remessa, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, do procedimento administrativo para ser registrado diretamente ao Poder Judiciário Federal, por meio da Vara Federal Criminal de Blumenau.

Com essa nova forma de atuação estabelecida em conjunto pelos órgãos atuantes no processo, este ganha agilidade, pois não há mais remessa de cópia do boletim de ocorrência para [a] o Ministério Público Federal e [b] a Polícia Federal em Itajaí-SC.

3. Na Secretaria da Vara Federal, o auto de infração é autuado e ganha registro processual próprio. Passa a existir um processo judicial que tem como investigado o infrator da lei ambiental. A seguir é solicitada a eventual relação de antecedentes criminais do(s) autuado(s) para a Justiça Estadual do local da residência deste e certificados, acaso existentes, os da Justiça Federal, revelando-se, aqui, uma nova forma de comunicação entre os juízos federal e estadual, qual seja, a utilização de pedidos de antecedentes e respostas respectivas pela Justiça Estadual via *internet*, utilizando-se o correio eletrônico (*e-mail*).

4. Após, ocorre a audiência. Como citado acima, há pauta prévia com dia específico para este ato processual. Cabe atentar que, entre a data de autuação do infrator pela Polícia Ambiental e a data para se apresentar em juízo, decorrem no máximo 30 dias. Na audiência, é proposta a transação penal, determinando-se a pena não restritiva de liberdade a ser aplicada ao infrator. Havendo transação penal, geralmente o acordo estabelece a determinação da doação de materiais como de expediente, coletes salvavidas, combustível para uso em viatura oficial, livro didático, especialmente sobre o meio ambiente e outros em favor da Polícia Ambiental.

Essas doações, além de cumprirem sua função penal, servem de auxílio para essa corporação estatal continuar em seu valioso trabalho, fazendo com que o infrator/beneficiado sintam-se também responsável

pela proteção ao meio ambiente. Tem-se o cuidado, inclusive, de observar uma relação de material previamente fornecida pela Polícia Ambiental, da qual constam suas necessidades materiais urgentes.

Outra modalidade de acordo resulta no fornecimento de material de construção para alguma entidade beneficente de nossa comunidade, como acontece com aquela que dedica a cuidar de crianças e adolescentes denominada 'Promenor' ou para a APAE.

Cabe salientar que na primeira resultou a construção de uma quadra de esportes para os beneficiários da instituição com a doação de material pelas pessoas que fizeram acordo de transação penal perante essa Unidade Judiciária. Outros órgãos de proteção ambiental no Município de Blumenau estão sendo cadastrados para, igualmente, figurarem como beneficiários do procedimento.

Esse procedimento busca, entre outros fins, atingir o princípio da efetividade do processo penal: no dizer do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, a morosidade é o principal mal do Poder Judiciário. Com esse proceder prático – sem a instalação do Juizado Especial Criminal, pendente de lei – ataca-se, por um lado, o problema da lentidão da justiça.

Cabe ressaltar que anteriormente os procedimentos criminais nessa área *demoravam no mínimo um ano*, sendo que atualmente entre a data da infração e a audiência preliminar (proposta de transação penal) *não decorrem mais de trinta dias*. Por outro vértice, mantém-se a característica de prevenção do crime que é inerente à pena criminal, uma vez que o infrator vê efetividade na atuação do órgão ambiental, com uma resposta necessária e rápida do Poder Judiciário. A título de esclarecimento sobre a aplicabilidade do instituto, nas audiências já realizadas pelo novo sistema, o comparecimento dos infratores foi de aproximadamente 95%, havendo aceitação de 100% das propostas de transação penal apresentadas pelo Ministério Público Federal.

Em números absolutos tem-se que, no período de junho/1999 até o mês de maio/2000, foram realizadas perante a Vara Federal Criminal de Blumenau aproximadamente 104 audiências de transação penal das quais resultaram, no mínimo, igual número de doações.

Cabe ressaltar que esse modo de agir encontra imediata ressonância na Constituição Federal, pois um desfecho rápido do procedimento criminal também é um direito fundamental do autor de eventual fato delituoso, evitando que a simples existência de um processo criminal seja mais onerosa que a própria aplicação da sanção penal.

## 6. Considerações finais

Concluindo pode-se afirmar que, em decorrência da adoção desse novo método, ocorreu uma *racionalização do processo*, com a exclusão de fases desnecessárias, e de *tempo* relativo ao procedimento anteriormente praticado. A solução dada ao caso é mais célere, rápida, e com um sentido penal de reeducar o infrator e reprimir o cometimento de nova(s) infração(es) contra o meio ambiente. A resposta do Poder Judiciário é mais rápida. Isso sem falar na imagem positiva que o serviço público cria na sociedade blumenauense e catarinense.

A experiência, inclusive, aponta para a necessidade de implantação, por meio de legislação infraconstitucional, do juizado especial criminal no âmbito da Justiça Federal, fator que muito contribuiria para a efetividade da prestação jurisdicional.

Ainda em fase de concretização, pretende-se que, no dia da audiência preliminar envolvendo os crimes contra o meio ambiente, haja uma palestra, a ser proferida por especialista da área, a ser indicado pelos órgãos de proteção ambiental do município. O tema abordará a preservação ambiental, sendo que da explanação deverão participar todos os infratores, objetivando agregar ao procedimento inegável conteúdo educativo.

*Notas*

<sup>1</sup> Veja-se, a respeito, monografia de autoria do Juiz do TRF da Quarta Região Manoel Lauro Volkmer de Castilho, intitulada: A Lei nº 9.099/95 e a Justiça Federal: aspectos criminais, In: *Revista*

*do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. [s.l. : s.n.], 25:105-135).

<sup>2</sup> Informações prestadas pelo Tenente PM Carlos Alberto Luvisotto, Comandante do 6º Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental de Blumenau.

# Política, Direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica

Benjamin Zymler

## Sumário

1. Uma primeira abordagem da *autopoiesis* social. 2. A diferenciação funcional da sociedade. 3. O Direito como sistema autopoietico. 4. A Política como sistema autopoietico. 5. A inter-relação entre Direito e Política. 6. Direito e Política: um diagnóstico funcional-sistêmico. 6.1. A sobrecarga do Direito. 6.2. A sobrecarga da Política. 6.3. O Direito reflexivo. 7. A regulação jurídica a partir da reforma do Estado brasileiro. 8. Considerações finais.

### *1. Uma primeira abordagem da autopoiesis social*

O presente trabalho trata do Direito, da Política e da reforma do Estado brasileiro, a partir de uma perspectiva funcional-sistêmica, que se vale do arcabouço teórico desenvolvido por Niklas Luhmann acerca da sociedade moderna. Não é tarefa fácil, porque exige postura cognitiva diferenciada e desvinculada dos pressupostos epistemológicos adotados pela tradição cultural do Ocidente, associados à tradicional dicotomia sujeito/objeto existente na teoria do conhecimento<sup>1</sup>. A partir de uma ótica construtivista, parte do pressuposto de que o conhecimento não se baseia no descobrimento de uma realidade preestabelecida, mas sim nas construções de um observador que inventa uma realidade<sup>2</sup>.

A teoria autopoietica das ciências sociais, proposta por Luhmann<sup>3</sup>, nasceu de uma tentativa de resposta das ciências biológicas para o problema da definição dos or-

Benjamin Zymler é Ministro substituto do Tribunal de Contas da União desde fevereiro de 1998, mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia – IME e em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e ex-Analista de finanças e controle externo do TCU.

ganismos vivos. O termo *autopoiesis* combina o prefixo grego *auto* (si mesmo) e o radical *poiesis* (criação, produção). Humberto Maturana e Francisco Varela<sup>4</sup>, consoante nos explica José Engrácia Antunes, desenvolveram uma revolucionária idéia – a *autopoiesis* –, assim sintetizada:

“o que define um organismo vivo individual é a autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os organismos constitutivos desse mesmo sistema, organização esta que é auto-referencial no sentido de que a ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva”<sup>5</sup>.

A teoria criada pelos biólogos chilenos buscou também responder questões até àquela época englobadas nos estudos da “cognição” e/ou “percepção”. Entretanto, seu escopo não permaneceu limitado a esses pontos. Repercutiu em outras searas do conhecimento humano, como a epistemologia, a comunicação e a teoria dos sistemas sociais, que eram tratadas pela filosofia, pela lingüística e pela sociologia, respectivamente.

Nesse contexto, a partir da década de 80, surgiram as primeiras tentativas de transplantar a teoria autopoietica para as ciências sociais. Para Niklas Luhmann, principal agente dessa mudança, a “auto-referência” e a circularidade constituiriam o princípio vital, não apenas de células, sistemas nervosos ou organismos biológicos vegetais ou animais, mas igualmente dos sistemas sociais. Isso não implica dizer que os sistemas sociais constituem sistemas viventes, ou seja, que seus elementos sejam seres vivos.

Luhmann busca demonstrar que a organização autopoietica pode existir não só em sistemas que se materializam como *vida* (organismos viventes), mas também em sistemas que operam com base no *sentido*. O *sentido* é o meio que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. Toda

manifestação de sentido encobre uma distinção específica: realidade e possibilidade ou atualidade e potencialidade. É a forma que ordena o experimentar, determinando a referência a possibilidades posteriores.

No que diz respeito aos sistemas que se valem do *sentido*, devem ser segregados os *sistemas psíquicos* dos *sistemas sociais*. Enquanto os primeiros utilizam a *consciência* como meio de reprodução do sentido, os últimos valem-se da *comunicação*<sup>6</sup>.

Busca o autor, portanto, criar uma teoria geral de sistemas autopoieticos, que, em nível mais concreto, segregava os sistemas vivos (células, nervos, organismos etc.), os sistemas psíquicos e os sistemas sociais (interações, organizações e sociedades) como diferentes tipos de sistemas autopoieticos<sup>7</sup>.

Esses são capazes de reproduzir os seus próprios elementos, definindo, dessa forma, a sua diferença em relação ao ambiente. Mais ainda, todos os processos e estruturas que compõem o sistema são também produzidos em seu interior. O fechamento operacional implica que a produção de novos elementos é dependente, tão-só, das operações precedentes do sistema. Por sua vez, essa produção servirá de base para as operações futuras do sistema.

Com base nesse arcabouço, o autor germânico prioriza a construção de uma “super-teoria” de caráter universal que pretende explicar satisfatoriamente os fenômenos sociais, a partir de uma distinção original entre sistema e entorno. Nesse contexto, todo observador produz atos comunicativos no interior de um sistema, que constrói sua realidade interna tomando por base um critério distintivo que o diferencia do meio ambiente. Luhmann cria, portanto, o modelo de sistema social autopoietico formado por atos comunicativos, que, a partir da linguagem e de um código binário (sim/não), constroem o sistema global da sociedade. O dogma autopoietico estabelece que a rede de comunicações assim formada constitui um sistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto<sup>8</sup>.

É de ver que os sistemas diferem de seus entornos por um gradiente de complexidade. Chega-se a outro conceito fundamental de Luhmann: a *complexidade*, que significa a impossibilidade de conexão contemporânea de todos os elementos sistêmicos entre si. Para reduzir a complexidade, devem os sistemas autopoieticos criar *estruturas*, que delimitam o âmbito de relações de suas operações<sup>9</sup>. Nos sistemas sociais autopoieticos, as estruturas assumem a forma de expectativas sobre expectativas.

Afirma o autor que somente comunicações estabelecem novas comunicações e, por meio de uma operação indutiva, formam uma rede “recursiva” de operações, que não se relaciona com o entorno por meio de *inputs* ou *outputs*.

Que entorno é esse? Exsurge a pretensão de universalidade da teoria quando Luhmann afirma que o meio ambiente que circunda o sistema social de comunicações é composto igualmente por sistemas autopoieticos: os sistemas vivos ou seres viventes e os pensamentos ou sistemas psíquicos. O universo luhmanniano compõe-se, portanto, de comunicações, seres vivos e pensamentos. Nesse sentido, a justificativa para o surgimento dos sistemas comunicativos indica a superação evolutiva, por meio de uma autocatálise, do problema da dupla contingência, que impedia os sistemas psíquicos de se observarem mutuamente. Sem o surgimento da comunicação, os pensamentos formulados pelas pessoas eram caixas pretas, insuscetíveis de serem apreendidos<sup>10</sup>.

Entre os sistemas pensantes e os sistemas sociais, estabelece-se, por meio da abertura cognitiva, o que Luhmann denomina *acoplamento estrutural*. Esses dois tipos de sistemas produzem, respectivamente, pensamentos e comunicações, que não são operativamente intercambiáveis, mas que produzem “ruídos”, “irritações”. Uma vez percebidos e internalizados pelo respectivo sistema, servem para reorientar suas operações internas<sup>11</sup>.

Os sistemas sociais autopoieticos são todos “auto-referenciais”, ou seja, têm como

característica intrínseca a possibilidade de se “auto-observar” e de se “autodescrever”. De igual forma, a abertura cognitiva permite a “heterobservação”, que viabiliza a observação do entorno. Portanto, por meio da distinção entre “auto-observação” e “heterobservação”, o sistema autopoietico, a partir de suas operações, vai definindo continuamente os lindes do sistema e do entorno. O sistema inventa a si mesmo a partir da diferenciação sistema/entorno.

Mencione-se que a “autodescrição” e, implicitamente, a “auto-observação” implicam a análise da possibilidade de o sistema observar a si mesmo. Como observar significa distinguir entre o sujeito observador e o objeto observado, observar-se a si mesmo implica estabelecer uma distinção entre o sistema e o próprio sistema<sup>12</sup>. Algo como o paradoxo do barbeiro – o do terceiro excluído. Quem barbeia o barbeiro que barbeia a todos que não barbeiam a si mesmo?

É incontestável que a teoria da hierarquia das fontes do Direito encobre um paradoxo evidente, resultante da impossibilidade lógica de se estabelecer uma fonte inicial do Direito. O Direito natural – de cunho religioso ou racionalista – e a norma fundamental pressuposta de Kelsen<sup>13</sup> são formas de lidar com os paradoxos do Direito. Alguns deles podem ser assim enunciados: a circularidade argumentativa que deriva do fato de que decisões jurídicas dependem de normas jurídicas, que, por sua vez, dependem de decisões jurídicas que as estabeleçam; a contradição resultante do fato de que o Direito impõe condutas condicionadas em normas positivadas, mas nasce da atuação de uma conduta incondicionada – o poder constituinte originário<sup>14</sup>.

Como afirma Teubner,

“sob uma forma elementar mas já inquietante para o direito, o fenômeno da auto-referência emerge sempre que se trate de apreender e aferir situações do mundo real a partir da simples distinção ‘legal/ilegal’ (*Recht/Unrecht*). Sempre que a distinção é aplicada, não

apenas casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um universo de situações, então, mais tarde ou mais cedo, essa mesma pretensão de validade universal acabará por conduzir a própria distinção à tentativa de valer igualmente para si mesma. É precisamente neste ponto que surgem os *paradoxos de auto-referência*<sup>15</sup>.

Niklas Luhmann propõe uma reflexão radical que busca ultrapassar as limitações da circularidade argumentativa e ao mesmo tempo esclarecer o modo pelo qual as sociedades modernas diferenciadas funcionalmente lidam com os paradoxos existentes nos diversos subsistemas sociais.

O impulso vital dos sistemas sociais autopoieticos reside no rompimento do paradoxo da circularidade argumentativa e no abandono da alternativa axiomática de explicação lógica e apodíctica da vida social. O ato de conhecimento deixa de relacionar agente-objeto para transformar-se em evento comunicativo no interior de um sistema autopoietico. Por meio de distinções, o sistema confronta a práxis com os modelos “auto-referenciais”, evita paradoxos, que significariam a morte do sistema, e permite aos elementos componentes do subsistema jurídico constituírem a si mesmos de forma circular e “recursiva”.

## 2. A diferenciação funcional da sociedade

Luhmann busca caracterizar as sociedades como produto da evolução das formas de diferenciação societária<sup>16</sup>. Particularmente, analisa a transição do modelo de sociedade estratificada para o modelo de sociedade diferenciada funcionalmente. Explica o autor que, em face da crescente complexidade e contingência do mundo moderno, as funções maiores da sociedade passaram a ser exercidas por meio de subsistemas comunicativos específicos, também autopoieticos, como o Direito, a Política, a Ciência

etc. À rede geral de comunicações, que se vale do meio linguagem, foram acrescentados códigos binários específicos ligados a cada um desses subsistemas sociais (lícito/ilícito, situação/oposição, verdadeiro/falso). Esses subsistemas, ditos de segundo grau, por serem também autopoieticos, atuam em clausura operativa, mas com possibilidade de se observarem mutuamente a partir da abertura cognitiva<sup>17</sup>.

Tais sistemas utilizam os chamados *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, que são mecanismos delegados pela sociedade aos subsistemas sociais como códigos simbólicos especializados que facilitam a seleção dos subsistemas sociais. Os meios de comunicação simbolicamente generalizados aumentam a motivação dos receptores para aceitar a seleção efetivada pelos emissores<sup>18</sup>.

Os meios de comunicação em referência – o dinheiro, o direito, o poder, a verdade científica, o amor, os valores e a arte – são simbólicos<sup>19</sup>, porque não têm um valor intrínseco, apenas valor de câmbio. Facilitam o processo de comunicação interno dos subsistemas sociais, ao motivarem ulteriores comunicações. Tome-se o exemplo do dinheiro, utilizado como meio de comunicação no subsistema econômico. Os pagamentos em dinheiro são reproduzidos pelos operadores da Economia, que se sentem inclinados a usá-lo repetidas vezes. Daí resultam as vastas redes formadas a partir da utilização do dinheiro como meio de comunicação.

## 3. O Direito como sistema autopoietico

Serão enfocados no presente trabalho dois dos específicos subsistemas sociais diferenciados funcionalmente: o Direito, que tem a função de estabilizar congruentemente as expectativas das pessoas<sup>20</sup>, por meio do estabelecimento de normas jurídicas, e a Política, que possui a função de produzir decisões coletivamente vinculantes<sup>21</sup>. Inicialmente, serão tecidas considerações acerca do subsistema jurídico.

Niklas Luhmann, antes de sua virada autopoietica<sup>22</sup>, delineou a função específica do Direito. Diferenciou as expectativas cognitivas das normativas. Sempre que um fato contraria uma expectativa cognitiva, o desapontamento pode ser assimilado pelo aprendizado ou pela indiferença do ator<sup>23</sup>. Em um mundo complexo e contingente, a capacidade de assimilação de frustrações derivadas desse tipo de experiência parece limitada.

Dessa forma, a evolução social, por meio de processos de neutralização simbólica, concebeu a expectativa normativa, associada à expectativa de que algo ocorra de acordo com o que prevê uma norma. Essa expectativa está estabilizada em termos contrafáticos, ou seja, a ocorrência de um fato em desacordo com a norma não induz a perda de validade desta. Conclui o autor:

“O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. (...)

Podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas<sup>24</sup>.

O Direito é produzido pela seleção e generalização dessas expectativas normativas. A congruência e a generalização decorrem de sua aceitação pela maioria das pessoas, por sua utilização continuada no tempo e pela repetição de seu uso em diversos outros casos, independentemente do contexto<sup>25</sup>.

Um dos pontos marcantes da teoria desenvolvida por Luhmann refere-se à questão da legitimidade do Direito. Para o sociólogo alemão, legitimidade não seria um dado ou um valor apriorístico. Propõe uma noção de legitimidade dissociada de fun-

damentação metafísica, ontológica ou axiológica. Dá um sentido processual ao conceito ao expressá-lo como *legitimação*, entendido como o mecanismo por meio do qual as pessoas se mostram inclinadas a acatar e respeitar as decisões jurídicas. Em suas palavras, “legítimas são as decisões nas quais pode-se supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem”<sup>26</sup>.

Luhmann, como visto, entende a legitimidade de forma empírica, como uma propensão das pessoas a acatar os comandos jurídicos, mesmo os que contrariem as expectativas dos atingidos pelas decisões. Para o mesmo autor, a legitimidade do subsistema jurídico pode ser incrementada a partir de dois mecanismos: “utilização da eficácia simbólica generalizante da força física e a participação em processos”<sup>27</sup>.

No primeiro caso, a força física assume o papel de *símbolo simbiótico*, irritando continuamente o subsistema jurídico e induzindo a aceitação das decisões jurídicas pelas pessoas. Essa estratégia, no entanto, tem um âmbito de utilização limitada, porque sua implantação exclusiva significaria a constituição de um regime de terror que sobrecarregaria a estrutura estatal. Na hipótese, o Estado deveria ser capaz de providenciar os meios necessários para a utilização da força física nos inúmeros casos em que as decisões jurídicas possam ser potencialmente desacatadas<sup>28</sup>.

O subsistema jurídico evoluiu no sentido de implantar um mecanismo filtrante, cuja função é, em conjunto com os ruídos produzidos pelo símbolo simbiótico força física, evitar a formação de expectativas cognitivas contrárias às decisões jurídicas. Esse mecanismo é a implantação de *processos* regulamentados juridicamente antecedentes às decisões jurídicas. Como afirma Luhmann,

“os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes,



antes do *desencadeamento da força física*, no sentido de isolar e despolitizar o relutante, enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica”<sup>29</sup>.

O contraponto à uniformidade metodológica proposta no presente trabalho pode ser extraído dos posicionamentos assumidos por Jürgen Habermas contrários à aplicação da teoria funcional-sistêmica nas ciências sociais. O ponto fulcral do debate Luhmann x Habermas<sup>30</sup> diz respeito à legitimidade do Direito. Discute-se a função legitimadora da “processualização” do Direito. Enquanto Luhmann defende a legitimação da atuação da Administração por meio da utilização de processos tendentes a despertar um sentimento generalizado de propensão à assimilação de frustrações, Habermas, calcado na primazia da “razão comunicativa”, entende que essa “procedimentalização” deve ser dotada de atributos que permitam a atuação administrativa num contexto de plena participação comunicativa dos cidadãos e imune à intervenção dos subsistemas que, munidos de uma racionalidade estratégica, colonizam os espaços comunicativos pela utilização de meios não-lingüísticos, como o poder e o dinheiro<sup>31</sup>.

#### 4. A Política como sistema autopoietico

Dentro da perspectiva autopoietica, que concebe a evolução social como um processo de crescente autonomização dos subsistemas sociais<sup>32</sup>, o subsistema político tornou-se um subsistema social autopoietico de segundo grau, formado a partir de um processo de diferenciação funcional ocorrido na sociedade, sistema social autopoietico de primeiro grau. Sua função específica é produzir decisões de caráter vinculante para toda a população.

A descrição luhmanniana do subsistema político busca superar o dilema Estado

x sociedade civil, a partir de uma perspectiva que enfatiza a comunicação política que ocorre em seu interior. Parte, como sempre, de uma correlação entre a evolução da sociedade como um todo e o desenvolvimento da Política.

Nesse sentido, mencione-se que a estabilização das estruturas sociais ocorreu, no passado, prioritariamente, por meio do mecanismo da estratificação social. A noção aristotélica de parte dominante e dominada foi transplantada para o sistema político por meio da reprodução sistemática da distinção monarca/súdito e a conseqüente constituição das burocracias estatais estruturadas hierarquicamente<sup>33</sup>.

Se ainda hoje são percebidas no sistema político as marcas desse período, a transição evolutiva que impôs à sociedade o processo de diferenciação funcional dotou o sistema político de uma característica tridimensional em oposição à diferenciação bidimensional acima/abaixo, superior/inferior<sup>34</sup>.

O sistema político dos Estados modernos funda-se, portanto, em três espaços comunicativos distintos, que Luhmann designa simplificadaamente como *Política, Administração e Público*<sup>35</sup>. As comunicações surgidas no âmbito do subsistema político das sociedades estratificadas começaram a se diferenciar gradualmente, dando azo ao surgimento da mencionada partição.

Deve-se observar, de imediato, que essa repartição tridimensional não implica a formação de novos subsistemas autopoieticos<sup>36</sup>. Nenhum dos espaços mencionados – Política, Administração e Público – passa a ter, por si só, função específica para a sociedade em geral. Ao contrário, contribuem, a partir de características próprias, para a produção de decisões coletivamente vinculantes, função do subsistema político. Não possuem, ademais, a necessária clausura operativa que caracteriza os sistemas autopoieticos, porque é pressuposto o livre fluxo comunicativo entre os diversos setores que compõem o subsistema político.

A segregação interna entre a Política e a Administração ocorre no interior do aparelho do Estado, com a disseminação do princípio da separação dos poderes, e entre a Política e o Público, a partir da democratização do sistema político<sup>37</sup>.

Começa a ser formado um espaço de comunicação diferenciada em que os cidadãos passam a participar das decisões coletivamente vinculantes, principalmente por meio das eleições. A atuação dos partidos políticos como meios de direcionamento da vontade da sociedade fez surgir um canal de comunicação essencialmente político, que se assenta entre o Público e a Política e serve de mediador entre eles. Dessa forma, os contornos da Política e do Público começam a ficar bastante evidenciados<sup>38</sup>.

O movimento circular da comunicação política segue os padrões do modelo de Estado Democrático de Direito. Os políticos eleitos pelo povo, por meio do exercício do direito de sufrágio, formulam as políticas públicas, mediante a edição de atos políticos, que devem ser concretizadas em benefício do Público pela Administração, por meio dos atos administrativos.

A sobrecarga de complexidade das sociedades modernas fez surgir uma comunicação “contracircular”, que passou a conviver com o fluxo comunicativo institucionalizado, caracterizado pelas eleições, atos políticos e atos administrativos. Dessa forma, a Política, por meio de pautas partidárias preestabelecidas, sugere ao público o quê (o programa partidário) e quem (os candidatos) devem ser eleitos. O Público exerce sua influência sobre a Administração, mediante exercício do direito de petição e pela participação em processos administrativos de formação da vontade estatal. Finalmente, a Administração, por intermédio de seus especializados corpos técnicos de assessoria e direção, produz e influencia a seleção de projetos para a Política<sup>39</sup>.

Pode-se então afirmar que o desenvolvimento do Estado Social, ao recrudescer a inclusão de temas e interesses políticos, con-

duz a uma reestruturação da comunicação orientada pelo poder de uma conformação assimétrica a outra circular. Percebe-se, em consequência, um equilíbrio entre o poder formal e o informal, ou seja, entre a circularidade oficial e a “contracircularidade”. E, como constata Luhmann, o crescente aumento temático das discussões políticas impõe uma evidente prevalência do fluxo informal de poder<sup>40</sup>.

Raffaele de Giorgi explica que a democracia moderna permite manter alta a complexidade, isto é, a “possibilidade de se manter elevado o nível das alternativas decisórias no âmbito do sistema político<sup>41</sup>”.

Logo, o aumento da complexidade do subsistema político, a partir da adoção de um paradigma circular de comunicação – que traduz um modelo de política democrática –, permite a redução da complexidade do ambiente, o que resulta na incorporação, pela Política, de uma multiplicidade de temas.

##### *5. A inter-relação entre Direito e Política*

Os subsistemas jurídico e político, utilizando os chamados meios de comunicação simbolicamente generalizados poder e direito, vêem-se diante de problemas derivados da complexidade das sociedades modernas, que devem ser superados a partir de suas operações comunicativas autopoieticas. Dessa forma, observa-se a sobrecarga do subsistema jurídico, motivada pelo excesso de “juridificação” dos conflitos sociais, e a igual sobrecarga do subsistema político, o qual, em função da deficiência de seu código interno, que privilegia a “auto-observação” à “heterobservação”, apresenta tendências ao que Luhmann denomina “curto circuito”, ou seja, a não decidir ou a produzir múltiplas decisões impossíveis de serem implementadas<sup>42</sup>.

A partir de uma estrita visão autopoietica, as possibilidades de interação entre os subsistemas autopoieticos e, particularmen-

te, entre os subsistemas jurídico e político resumem-se aos mecanismos de “observação intersistêmica”, de “interferência intersistêmica” e de “comunicação pela organização”, elencados por Teubner<sup>43</sup>.

A primeira espécie de intervenção intersistêmica – a “observação intersistêmica” – resulta das observações recíprocas entre os sistemas, possíveis em função da abertura cognitiva. No caso específico do direito, utilizando o exemplo de Teubner<sup>44</sup>, o legislador, quando edita ato normativo no sentido de estabelecer um congelamento de preços, na busca da regulação da Economia pelo Direito, observa o subsistema econômico e o reproduz internamente por meio de operações jurídicas. De igual forma, o subsistema político atua no sentido de produzir decisão vinculante a respeito do congelamento de preços, munido de uma imagem reconstruída da Economia a partir das operações internas do subsistema político. Tudo em conformidade com o construtivismo epistemológico, que afasta a possibilidade de descrição ontológica de uma realidade<sup>45</sup>. Esta decorre sempre de uma observação efetivada por um sistema autopoietico, que modela internamente o meio ambiente a partir das distinções estabelecidas pelo código adotado em suas operações. No caso do Direito, a realidade do entorno é construída mediante a utilização do código lícito/ilícito.

A segunda espécie de intervenção intersistêmica é a “interferência intersistêmica”. Está associada ao compartilhamento de um mesmo evento comunicativo por mais de um subsistema autopoietico de segundo grau e pela sociedade, sistema comunicativo geral de primeiro grau. Deixemos que Teubner desenvolva os contornos fundamentais do instituto:

“Quer dizer que não há saída destes circuitos fechados de (auto-) observação? Cremos que sim e que é possível romper esta circularidade por outro modo que não internamente. A chave para isto reside numa característica peculiar da natureza dos siste-

mas autopoieticos de segundo grau, como o sistema jurídico, o sistema econômico ou o sistema político, característica até hoje algo negligenciada: a *interferência* de sistemas autopoieticos homogêneos, nascidos ou resultantes do processo interno de diferenciação de sistema autopoietico mais abrangente. A tese que sustentamos é a de que esta interferência possibilita o contacto direto recíproco entre os sistemas sociais para além da mera observação. Devemos chamar a atenção, porém, e desde já, para uma limitação a esta tese: as vantagens do contacto real com o meio envolvente são aqui ganhas à custa das desvantagens decorrentes de problemas de informação e motivação”<sup>46</sup>.

A terceira espécie de intervenção intersistêmica é a “comunicação pela organização”<sup>47</sup>. É, em verdade, caso específico de interferência intersistêmica, em que um único evento comunicativo é compartilhado pela organização, por subsistemas autopoieticos de segundo grau e pela sociedade. Dentro da concepção luhmanniana, a organização é um sistema social autopoietico, cujas comunicações tomam a forma de decisão. As estruturas organizacionais são estabelecidas por meio de regras que estatuem o modo de seleção dos partícipes da organização e as competências atribuídas aos seus membros. A organização opera a partir de premissas decisórias, ou seja, as comunicações estabelecidas em seu interior, que visam ao final a tomada de decisões, partem do estabelecimento de programas – metas, diretrizes e planos de ação –, de vias de comunicação institucionais – que, nas organizações formais, decorrem de uma estruturação hierárquica – e de pessoas – os membros da organização. Os programas, as vias de comunicação e as pessoas constituem estruturas de expectativas no interior da organização e permitem reduzir a complexidade do sistema, viabilizando a continuidade autopoietica de suas operações comunicativas<sup>48</sup>.

*“En la sociedad diferenciada funcionalmente, las organizaciones asumen una importancia que no se había registrado precedentemente. Lo cual no vale sólo para el sistema económico, en el que la importancia de las organizaciones es conocida y estudiada desde hace tiempo. También los otros sistemas de función basan siempre más las propias operaciones sobre sistemas organizados, como las escuelas en el sistema educativo, las iglesias en el religioso, los institutos de investigación y las universidades en la ciencia, etcétera”<sup>49</sup>.*

Para Teubner, a importância das organizações formais na sociedade diferenciada funcionalmente decorre fundamentalmente de sua possibilidade de atuar nas fronteiras dos subsistemas sociais, por meio de uma específica espécie de interferência intersistêmica<sup>50</sup>. Na hipótese de uma organização constituída na fronteira do Direito e da Economia, por exemplo, poderiam ser estabelecidos, a partir de um único evento comunicativo, laços operativos nos seguintes sistemas autopoieticos: na sociedade global, no subsistema jurídico, no subsistema econômico e na organização.

## *6. Direito e Política: um diagnóstico funcional-sistêmico*

De posse do ferramental disponibilizado pela teoria funcional-sistêmica de Luhmann acerca da sociedade, buscar-se-á anotar alguns pontos relevantes que afetam o Direito e a Política nos Estados modernos contemporâneos.

### *6.1. A sobrecarga do Direito*

A perda contínua da normatividade do sistema jurídico deriva da sobrecarga a que vem sendo submetido o Direito, caracterizada por um descompasso entre a vigorosa produção legislativa e a lenta e complexa assimilação dessa pela doutrina e jurisprudência.

A profusão de normas parece implicar o abandono progressivo dos imperativos

decorrentes da função do Direito – a de estabilizar congruentemente expectativas normativas.

O novo Direito, para ainda manter uma perspectiva funcional, deve abrir mão de sua coerência interna e combinar uma regulação substantiva a partir de cláusulas gerais e de uma regulação processual, que permitam aos demais subsistemas sociais ajustarem-se a partir dos conflitos surgidos em suas respectivas searas.

Uma “política de opções”<sup>51</sup>, em que o Direito oferece modelos jurídicos facultativos aos demais subsistemas sociais, como os institutos do “contrato” e do “direito subjetivo”, pode apresentar uma eficácia regulatória acentuada, desde que aliada a uma regulamentação de caráter principiológico. Esta deve estar despida da pretensão de efetuar prescrições extensivas e detalhadas da conduta humana, sem, contudo, abrir mão do caráter normativo do Direito.

### *6.2. A sobrecarga da Política*

A denominada sobrecarga do subsistema político dos Estados de Bem-Estar Social deriva, para Luhmann, de sua propensão ao “curto-circuito”, que resulta na utilização expansiva dos meios de comunicação simbolicamente generalizados dinheiro e Direito. Isso ocorre a partir dos excessos gerados pelas prestações da Política aos diversos subsistemas sociais, particularmente aos subsistemas jurídico e econômico. Tal fato implica a “hiperjuridificação” da sociedade civil e a produção de déficits fiscais decorrentes da expansão dos orçamentos públicos<sup>52</sup>.

Sugere o autor que uma reflexão teórica sobre os condicionamentos e limites do subsistema político poderia alterar essa situação. Para tanto, menciona a possibilidade de implantação de uma política restritiva, de caráter reflexivo, que partiria da hipótese fundamental de que o subsistema político exerce uma função social, assim como os demais subsistemas. A efetividade das ações políticas dependeria da internalização da

descrição autopoietica da Política, com as limitações que daí derivam.

### 6.3. *O Direito reflexivo*

Os mecanismos intersistêmicos da observação e da interferência estabelecidos entre o subsistema jurídico e os demais subsistemas tendem a produzir efeitos regulatórios mais eficientes, a partir da incorporação de um maior grau de reflexividade ao direito. Dessa forma, a reflexão jurídica deve tomar em conta o fato de que o direito constitui um subsistema autopoietico de segundo grau diferenciado funcionalmente e que interage limitadamente com outros subsistemas autopoieticos de segundo grau também diferenciados funcionalmente. Para isso, indispensável que doutrina jurídica passe a formular modelos de interação intersistêmicos mais apropriados e a promover gradativamente os ajustes necessários à otimização da regulação social pelo Direito.

### 7. *A regulação jurídica a partir da reforma do Estado brasileiro*

A nova concepção de Estado que resulta da reforma que vem sendo implantada no Brasil<sup>53</sup> decorre da tentativa de adaptar a Administração Pública ao novo cenário globalizado e à conseqüente crise do modelo de Estado Social, cujos custos crescentes denotariam a incapacidade de o Poder Público responder às demandas igualmente crescentes da população. Os déficits fiscais do Estado têm ensejado um movimento de enxugamento das máquinas administrativas estatais, por meio da desestatização de empresas estatais, descentralização e desconcentração administrativa e da concessão de serviços públicos para particulares.

Em especial, destaca-se a atração de entidades civis para ocuparem um espaço público não-estatal, por meio da prestação de serviços públicos não-exclusivos do Estado.

Constata-se a emergência do chamado “Terceiro Setor”, que passa a dividir com o

Estado as responsabilidades de implementação de ações tendentes a alcançar os bens públicos confiados originalmente ao Estado e que é formado por um vastíssimo conjunto de organizações públicas não-estatais<sup>54</sup>.

Busca-se avaliar o potencial regulatório do novo Direito Administrativo que vem sendo criado pelas alterações normativas derivadas do Plano de Reforma do Estado brasileiro.

Nesse contexto, a “comunicação pela organização”, como forma de relacionamento intersistêmico, tem papel preponderante para viabilizar a regulação jurídica na Política e em outros subsistemas sociais alcançados pela referida prestação de serviços públicos pelas organizações sociais e pelas organizações da sociedade civil de interesse público<sup>55</sup>. É no âmbito dessas entidades que o Direito poderá, de forma indireta, regular a Política (particularmente, a relação Administração/Público) e outros subsistemas sociais. Para isso, no entanto, deve o Direito tornar-se reflexivo, ponderando as limitações decorrentes de sua inserção, como subsistema social autopoietico, num universo de sistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados e, particularmente, levando em conta o aumento da complexidade do subsistema político. Este último, com a incorporação das comunicações emanadas do setor público não-estatal, passa a deter estrutura quadridimensional (Política/Administração/Setor Público não-estatal/Público) e não mais a clássica tridimensional.

A utilização dos contratos de gestão<sup>56</sup>, do ponto de vista autopoietico, parece ter derivado de pressões evolutivas que impuseram ao Direito, e particularmente ao Direito Administrativo, formas mais adequadas de regulação de conflitos intersistêmicos ocorridos nos sistemas internos da Política, particularmente na comunicação Administração/Público e nos demais subsistemas sociais atingidos pela prestação de serviços públicos. O “contrato de gestão” parte de um modelo estruturado de forma tênue, ou seja, a partir de princípios gerais,

o que o torna particularmente apto a instrumentalizar o Direito na resolução dos conflitos que venham a surgir nas diversas esferas sociais. Reconheça-se que a criação do contrato de gestão e do termo de parceria<sup>57</sup> aponta apenas o início de um lento processo que se avizinha. Dessa forma, não se pode honestamente prever o ritmo das mudanças a que será submetido o Direito Administrativo, nem mesmo se este conseguirá impedir os avanços mencionados.

### 8. Considerações finais

Uma teoria autopoietica não pode ter como desiderato a formulação de prescrições. O presente trabalho é também uma “heterodescrição” do Direito e da Política a partir de uma ótica específica da sociologia jurídica, considerada como ramo da ciência. A análise efetuada deve ser tida como um conjunto de comunicações que levam em conta o código verdadeiro/falso e um programa previamente escolhido: a teoria autopoietica de Luhmann e, em consequência, os critérios de distinção sistema/entorno, abertura/fechamento etc.

Logo, do ponto de vista construtivista, elaborou-se, tão-só, uma entre as inúmeras possíveis reconstruções científicas do Direito e da Política. Ciente dessa limitação – a de que a realidade estudada é “autoproduzida” –, queda impossível prognosticar os caminhos abertos ao Direito e à Política. Esses dependem da rota evolutiva a ser traçada pela própria reprodução dos sistemas sociais autopoieticos. As eventuais correções de rumo só poderão ser feitas por meio do acionamento dos mecanismos de conexão intersistêmicos, os quais, limitados pelo radical fechamento operacional dos sistemas autopoieticos, devem partir da construção de um direito reflexivo e de uma política reflexiva. Essa, no entanto, é tarefa interna à Política e ao Direito, que poderá ser auxiliada pela observação de novas teorias sociológicas formuladas pela Ciência e por sua reconstrução no seio dos sistemas político e jurídico. A utilidade deste

trabalho – e de outros que venham a desenvolver cientificamente modelos da política e do direito – fica reduzida à possibilidade de oferecer material à observação do Direito e da Política.

A perturbação causada pela teoria autopoietica talvez só possa ser superada por um estudo desassombrado e crítico de suas linhas diretivas. É, por enquanto, deve-se reconhecer, um conjunto de idéias que impressiona pela pretensão, abstração, generalidade e abrangência. Tem, no entanto, amplo caminho a percorrer até que o seu valor possa ultrapassar o plano estético e passe a repercutir eficazmente no plano científico. Como afirma Raffaele de Giorgi,

“O pensamento autopoietico foi elaborado há pouco mais de vinte anos. Um período, a um só tempo, muito curto para que se possa chegar a conclusões fundamentadas e por demais longo para que se pudesse considerá-lo um modismo. É por isso que nos maravilha o fato de que ainda hoje o pensar autopoietico seja capaz de despertar a um só tempo enormes interesses e inarredáveis aversões, paixões inflamadas e resistências inexplicáveis”<sup>58</sup>.

Por fim, não há como deixar de indagar a respeito da posição do ser humano na sociedade luhmanniana. Como devem ser conduzidos os destinos humanos em um mundo de comunicações, pensamentos e vida, sem lugar para a razão? A evolução passa a ser o único motor cego desse universo sem espírito, em que não há espaço para o homem como unidade fundamental da sociedade. As rédeas do destino parecem ter sido definitivamente retiradas do ser humano e colocadas na mão de sistemas sem alma. Essa construção teórica seria consequência de um desencantamento de Luhmann com a espécie humana? Ou, ao contrário, a *autopoiesis* representaria a redenção do homem, liberto das racionalidades, ontologias e axiologias? A última reflexão é deixada aos leitores.

## Notas

<sup>1</sup> DOBARRO, Ángel Nogueira. Niklas Luhmann: la sociedad como teoría de sistemas autorreferenciales y autopoieticos de comunicación: nuevos presupuestos críticos, nuevos conceptos e hipótesis en la investigación sociológica de la sociedad contemporánea. *Revista Anthropos - Huellas del Conocimiento*. Barcelona : Proyecto A Ediciones, n. 173/174, julio-octubre 1997. p. 4-5.

<sup>2</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 51.

<sup>3</sup> Uma interessante biografia intelectual, além de uma cronologia científica e bibliográfica de Niklas Luhmann, elaborada por Alejandro Navas, pode ser obtida na revista *Anthropos - Huellas del Conocimiento*. Barcelona : Proyecto A Ediciones, n. 173/174, julio-octubre 1997. p. 58. De forma sintética, registre-se que Luhmann nasceu em 1927 na cidade de Lüneburg, Alemanha. De 1946 a 1949, cursou Direito na Universidade de Freiburg/Breisgau. Depois de atuar na Administração Pública da Alemanha, cursou Administração e Sociologia em Harvard, nos anos de 1960-1961. Em 1966, obteve o título de Doutor em Ciências Sociais e Habilitação em Sociologia na Faculdade de Direito da Universidade de Münster. Atuou na Universidade de Bielefeld, a partir de 1968. Faleceu em 1998.

<sup>4</sup> O biólogo chileno Humberto R. Maturana, desde a década de 60, buscou conceituar os sistemas vivos, a partir da redefinição da fenomenologia do que é vivo em termos do próprio organismo. Já em 1970, em conjunto com Francisco J. Varela, aluno e colega de Maturana, conceberam uma nova teoria - a *autopoiesis* -, que enfatizava a característica fundamental dos seres vivos: comporem um sistema dotado do atributo da "autoprodução" dos seus próprios componentes. Um sistema vivo era concebido então como qualquer sistema que exhibisse *autopoiesis* no espaço físico. Durante os primeiros anos da década de 70, Maturana e Varela expandiram e refinaram sua teoria numa série de artigos. Dois desses artigos-chave, "Biology of Cognition" (Maturana, 1970) e "Autopoiesis: The Organization of the Living" (Maturana & Varela, 1973), foram reimpressos em um só volume, em 1980, chamado *Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*. (WHITAKER, Randall. *Tutorial introdutório: autopoiese e atuação*. Tradução e adaptação por Cristina Magro e Antônio Marcos Pereira. Disponível na Internet no site "http://www.Icc.ufmg.br/autopoiese/tutorial.htm".)

<sup>5</sup> TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 3. Prefácio.

<sup>6</sup> Niklas Luhman explica a transposição do modelo autopoietico para os sistemas psíquicos e sociais, criticando a opção de Maturana de estender a concepção de sistemas biológicos para o nível social. O trecho seguinte esclare esse importante ponto: "The text that follows uses this kind of multilevel approach. It distinguishes a general theory of self-referencial autopoietic systems and a more concrete level at which we may distinguish living systems (cells, brains, organisms, etc.), psychic systems, and social systems (societies, organizations, interactions) as different kinds of autopoietic systems. (...)

*This kind of approach is acceptable only if we are prepared to accept its anti-Aristotelian premise: that social systems and even psychic systems are not living systems. The concept of autopoietic closure itself requires this theoretical decision. It leads to a sharp distinction between meaning and life as different kinds of autopoietic organization, and meaning-using systems again have to be distinguished according to whether they use consciousness or communication as a mode of meaning-based reproduction. (...)*

To use ipsissima verba: *autopoietic systems 'are systems that are defined as unities as networks of productions of components that recursively, through their interaction, generate and realize the network that produces them and constitute, in the space in which they exist, the boundaries of the network as components that participate in the realization of the network.'* (...)

*Social systems use communication as their particular mode of autopoietic reproduction. Their elements are communications that are recursively produced and reproduced by a network of communications and cannot exist outside of such a network. Communications are not 'living' units, they are not 'conscious' units, they are not 'actions'.*" (LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York : Columbia University Press, 1990. p. 1-3).

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York : Columbia University Press, 1990. p. 2.

<sup>8</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 32.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 73.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 68.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 20.

<sup>12</sup> TORRE RAMOS, Ramón. Dios Epiménides y Tristram Shandy: destinos de la paradojas en la sociologia de N. Luhmann. *Revista Anthropos - Huellas del Conocimiento*. Barcelona : Proyecto A Ediciones, n. 173/174, julio-octubre 1997. p. 140.

<sup>13</sup> Kelsen denomina norma fundamental presuposta "a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. (...) Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançare-

mos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. (...) A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador do Direito. Ela não é - como a norma jurídica positiva - válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito". (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 116-121).

<sup>14</sup> Paulo Bonavides esclarece que "a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz a sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII. Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo tempo em que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular. (...) Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico". (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 120-125).

<sup>15</sup> TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 6-8.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. 2. ed. Tradução por Miguel Romero Pérez. México : Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998. p. 288.

<sup>17</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 54-56 e 128-131.

<sup>18</sup> Op. cit., p. 106.

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele.

*Teoría de la sociedad*. 2. ed. Tradução por Miguel Romero Pérez. México : Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998. p. 130.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. p. 115 e 121.

<sup>21</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 128.

<sup>22</sup> A expressão "virada autopoiética" não pode ser entendida como uma brusca alteração do conteúdo dos escritos de Luhmann. Refere-se, tão-só, à incorporação, pelo autor, dos termos utilizados pela então nascente teoria autopoiética.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Tradução por Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, coordenados por Javier Torres Nafarrate. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 103-104.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. p. 115 e 121.

<sup>25</sup> A generalização congruente das expectativas normativas dá-se nas três dimensões de sentido: dimensão objetiva ou material - que abarca os temas da comunicação -, dimensão social - que engloba os horizontes de possibilidades dos interlocutores da comunicação - e dimensão temporal - que articula os horizontes do passado e do futuro. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 63-65).

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. p. 64.

<sup>27</sup> Op. cit., p. 64.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 65.

<sup>29</sup> Op. cit., p. 61.

<sup>30</sup> O debate Luhmann x Habermas referenciado diz respeito ao choque de idéias registrado nos diversos trabalhos dos autores. Os livros de Habermas, em que ele contradita Luhmann e que foram utilizados no presente trabalho, são os seguintes: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, v. 2, 1997, p. 170-190, 319-325; HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução por Manireh Chacon. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994. p. 163-176; HABERMAS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociales*. Tradução por Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Tecnos, 1996. p. 309-419.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno



Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 323-324.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o espanhol por Fernando Vallespín. Madrid : Alianza Editorial, 1994. p. 48.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 61.

<sup>34</sup> Op. cit., p. 62.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 62.

<sup>36</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 130.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o espanhol por Fernando Vallespín. Madrid : Alianza Editorial, 1994. p. 63.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 63.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 64-65.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>41</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 12.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o espanhol por Fernando Vallespín. Madrid : Alianza Editorial, 1994. p. 57.

<sup>43</sup> TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 155-181.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 155-156.

<sup>45</sup> Op. cit., p. 157.

<sup>46</sup> Op. cit., p. 172-173.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 191.

<sup>48</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996. p. 121-122.

<sup>49</sup> Op. cit., p. 123.

<sup>50</sup> TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 192.

<sup>51</sup> Op. cit., p. 186.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o espanhol por Fernando Vallespín. Madrid : Alianza Editorial, 1994. p. 57.

<sup>53</sup> A reforma do aparelho estatal vem sendo introduzida de acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE. Busca criar condições para o desenvolvimento de uma Administração Pública orientada para o controle de resultados e que dirija suas atenções ao

cidadão-cliente dos serviços públicos prestados pelo Estado. Assim, o denominado Programa Nacional de Publicização possibilita a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como organizações sociais (OS), por meio da assinatura de um “contrato de gestão”, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Também a qualificação de pessoas jurídicas de pessoas privadas como organizações da sociedade civil de interesse público está inserida nesse contexto, porquanto viabiliza a assinatura de “termos de parceria” entre o Poder Público e as entidades privadas que tenham por escopo um largo espectro de atividades de cunho social.

<sup>54</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Coimbra : Oficina do Centro de Estudos Sociais, n. 234, Janeiro 1999. p.14.

<sup>55</sup> A Lei nº 9.637/98 criou as chamadas organizações sociais e regulamentou os contratos de gestão estabelecidos entre essas entidades e o Poder Público. A Lei nº 9.790/99 estabeleceu os contornos das entidades da sociedade civil de interesse público e dos termos de parceria que deverão ser firmados entre estas últimas e o Estado. Ver Capítulo III, item 5.

<sup>56</sup> Contrato de gestão é o meio pelo qual o Estado e as entidades que executam as atividades e os serviços não-exclusivos do Estado estabelecerão as metas, quantitativas e qualitativas, e os meios de atingimento destas. É instrumento de educação, controle e sanção dos entes descentralizados e auxiliares do Estado.

<sup>57</sup> Termo de parceria é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as sociedades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes e a execução de atividades de interesse público. Deve conter a descrição do objeto, a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os critérios de avaliação de desempenho.

<sup>58</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 19.

## Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. Tradução por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México : Universidad Iberoamericana, 1996.

- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DOBARRO, Ángel Nogueira. Niklas Luhmann: la sociedad como teoría de sistemas autorreferenciales y autopoieticos de comunicación. Nuevos presupuestos críticos, nuevos conceptos e hipótesis en la investigación sociológica de la sociedad contemporánea. *Revista Anthropos - Huellas del Conocimiento*. Barcelona : Proyecto A Ediciones, n. 173-174, julio-octubre 1997.
- HABERAMS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociales*. Tradução por Manuel Jiménez Redondo. Madrid : Tecnos, 1996.
- \_\_\_\_\_. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução por Manireh Chacon. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 1992.
- LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. 2. ed. Tradução por Miguel Romero Pérez. México : Triana Editores e Universidad Iberoamericana, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York : Columbia University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. *La ciencia de la sociedad*. Tradução por Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, coordenados por Javier Torres Nafarrate. México : Universidad Iberoamericana, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito II*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução para o espanhol por Fernando Vallespín. Madrid : Alianza Editorial, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A reinvencão solidária e participativa do Estado*. Coimbra : Oficina do Centro de Estudos Sociais, n. 234, janeiro 1999.
- TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TORRE RAMOS, Ramón. Dios Epiménides y Tristram Shandy: destinos de la paradojas en la sociologia de N. Luhmann. *Revista Anthropos - Huellas del Conocimiento*. Barcelona : Proyecto A Ediciones, n. 173-174, julio-octubre 1997.

# Autopoiese *versus* prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário

Alexandre da Maia

## Sumário

1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social. 2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento. 2.1. A autopoiese biológica. 2.2. Autopoiese social de Niklas Luhmann. 3. Autopoiese jurídica entendida como “direito alternativo”. 3.1. “Instituído” x “instituinte”: a teoria de Edmundo Arruda Jr. 3.2. Cláudio Souto e o direito alternativo como desviante da ordem estatal. 4. O direito alternativo como alopoiese: procedimentos extradogmáticos. 4.1. Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal. 4.2. Procedimento dogmáticos intra-estatais. 4.3. Procedimentos extradogmáticos e procedimentos ilegais. 5. Poder Judiciário e alopoiese no foro do Recife. 5.1. Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. 5.2. A “política das boas relações” na comarca do Recife. 6. Conclusões: alopoiese e cidadania.

### *1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social*

A idéia de uma organização jurídica a partir de determinadas bases do pensamento filosófico não vem apenas de nossos tempos, mas pode-se dizer que as peculiaridades desse modo organizacional conhecidas hoje possuem uma atualidade acentuada no contexto histórico das idéias jurídicas.

Existe, dentro das estruturas de poder, uma necessidade de justificar seus atos perante a esfera social, a fim de que possa haver a concordância dos membros da sociedade civil com as ações públicas<sup>1</sup>. Para

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Mestrando em teorias críticas do direito pela *Universidad Internacional de Andalucía*, Espanha. Professor de Introdução ao Direito na Faculdade de Direito de Olinda – FADO/AESo e de Filosofia do Direito na Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

tanto, há a necessidade premente de se fixar critérios de observação e aplicação do direito que sejam considerados *válidos*<sup>2</sup> pela localidade em que tal exercício de poder está inserido, critérios esses que se destacam pela inexorabilidade, sem se poder questionar as suas bases de construção e seus pilares ontológicos. Caracterizada, enfim, está a dogmática jurídica como essa atual forma de organização jurídica e seus instrumentos de incidência – as normas jurídicas estatais – funcionando como um sistema de regulamentação de condutas<sup>3</sup>.

A partir desse entendimento, as estruturas de poder estabeleceram paradigmas básicos de observação da realidade jurídica, sendo um deles a teoria das fontes, formais e materiais, de produção do direito, tendo por base o princípio da ascensão do direito manifestado de forma escrita pelos órgãos de poder sobre as demais fontes do direito, pouco importando a sua forma de produção<sup>4</sup>. É nesse contexto, aliado à pretensão do monopólio da produção do direito e da *juris dictio* pela estrutura de poder organizada (que vamos chamar de Estado), bem como pela chamada proibição do *non liquet*, que se verifica o chamado direito dogmático estatal, ou seja, alheio às influências de outras formas de organização social não-jurídicas (que denominaremos grosseiramente de subsistemas)<sup>5</sup>.

Outra forma de estudo de um positivismo, desta vez relacionado ao estudo sistêmico-funcional<sup>6</sup>, especificamente ao estudo de subsistemas existentes no sistema social, tem origem na teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann, professor emérito da Universidade de Bielefeld. E é essa nova forma de se explicar o fenômeno jurídico que traremos a lume no presente trabalho, buscando determinar como a teoria da auto-referência dos subsistemas sociais, e especialmente do direito, pode determinar o conteúdo da aplicação normativa na nossa sociedade e quais os reflexos dessa teoria na prática judicial brasileira.

O mecanismo de auto-referência está, no dizer de Luhmann, em todos os subsistemas jurídicos da modernidade, como uma forma de se estabelecer quais são os fundamentos da decisão tomada pelos órgãos de poder. Veremos do que se trata e qual a relação direta de tal teoria com a realidade jurídica, em especial com o âmbito de investigação empírica por nós adotado. Nossa tese se reflete na lição de João Maurício Adeodato, em que o referido autor questiona a real aplicação da auto-referência jurídica em uma ordem jurídica caracterizada por uma realidade subdesenvolvida (Adeodato, 1985, 65-92 e 1992, a 207 s.). Nesse contexto, buscaremos mostrar como o Poder Judiciário, em função das diferenças de enfoques, vive numa encruzilhada entre o ditame da lei e as práticas processuais do dia-a-dia, refletindo estas numa heteroreferência (*alopoiese*) do direito.

## 2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento

### 2.1 A autopoiese biológica

Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, por meio da teoria da autopoiesis, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (Antunes in Teubner, 1993, II-III). Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – em relação aos demais é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema.

A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios

elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam de per si para que as relações, sempre sistemáticas, dêem-se de uma maneira a caracterizar aquele sistema, agora dito “vivo”, em relação aos que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a “condição última, necessária e suficiente, para a própria vida” (Maturana e Varela, 1981, XVII). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da idéia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa idéia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de si próprio, pois a clausura pressupõe a ausência de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece<sup>7</sup>. Seriam descrições que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (Maturana e Varela, 1981, 39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a sociologia e o direito, com várias formas de teorização. No presente trabalho, faremos uma análise da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann.

## 2.2 Autopoiese social de Niklas Luhmann

Como já dito anteriormente, a teoria da autopoiese, antes de cunho exclusivamente biológico, foi incorporada a inúmeros ramos do pensamento para tentar solucionar algumas de suas investigações epistemológicas<sup>8</sup>. Nas ciências sociais, seu reflexo se deu por meio da obra de Luhmann<sup>9</sup>, incorporando as idéias de Maturana e Varela para o contexto da sociedade, agora observado por Luhmann, na modernidade, como um sistema complexo, que seria formado por relações auto-referentes entre os seus respectivos componentes.

O homem passa, então, a ser observado como um mero condutor do processo de comunicação, mas não parte integrante do mesmo, já que a autopoiese social se caracteriza por ser um conjunto ordenado e autônomo de comunicações, que, cristalizadas por uma prática em um determinado ponto no tempo, servem de base de produção de novos sistemas comunicativos.

Esse conjunto autopoietico de comunicações, além de criar uma nítida diferença entre a autopoiese biológica e a social, ainda serve para a fixação de um dos paradigmas da idéia de modernidade<sup>10</sup>, por meio da noção de que, dentro do sistema social, percebemos que começam a surgir códigos peculiares de informação. Em função da complexificação desses códigos é que se começa a perceber a existência de sistemas menores dentro da perspectiva social, o que chamamos de “subsistemas”, e que alguns autores chamam de subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau (Antunes in Teubner, 1993, XIII). Por conseguinte, tantos subsistemas existirão quantos forem os

múltiplos códigos binários de informação que venham a surgir no meio social, o que garante uma certa autonomia desses subsistemas para com o sistema social em observação. Exemplificando, o código binário que informaria a existência do subsistema jurídico seria o “lícito/ilícito”, o econômico o “ter/não ter”, o político o código “poder/não poder”, entre outros<sup>11</sup>, o que influencia diretamente as noções de cidadania e acesso à justiça como categorias de pensamento e como palavras que carregam em si uma dose excessiva de emotividade, sem se tratar desses temas importantes com o rigor científico necessário.

Mas o que Luhmann observa é que essa certa autonomia existente entre os subsistemas não impede a efetivação da autopoiese, mas sim determina a existência de ciclos autopoieticos dentro dos próprios subsistemas. Nesse entendimento, o direito, assim como os demais subsistemas componentes do sistema social, seria, também, autopoietico, pois, para ele, os fundamentos e as motivações das decisões<sup>12</sup> emanadas do subsistema jurídico são exclusivamente produzidas no referido subsistema, não havendo, por conseguinte, nessa teoria, uma influência direta dos demais subsistemas frente ao jurídico.

Dentro desse pensamento, o fundamento de legitimidade do direito estaria no próprio direito, e não nos demais subsistemas que compõem o sistema maior, que seria o social. A partir desse entendimento, verificamos a existência de, pelo menos, três pontos que nos parecem caracterizadores da teoria da autopoiese: a auto-referência, a circularidade e a clausura organizacional.

### *3. Autopoiese jurídica entendida como “direito alternativo”*

#### *3.1 “Instituído” x “instituinte” : a teoria de Edmundo Arruda Jr.*

Nosso estudo a respeito do tema ora em análise consiste também em determinar que

a chamada “Escola do direito alternativo” confunde-se necessariamente com a idéia de autopoiese social exposta acima. Para isso, faremos uma análise dirigida à especificação de alternatividade jurídica. Para tanto, tomamos como base o referencial de Edmundo Lima de Arruda Junior, notório estudioso do tema, a fim de observar a sua teoria a respeito de uma idéia de alternatividade, que mesclaremos com a teoria de Cláudio Souto, até chegarmos a uma idéia própria do objeto de investigação, baseada na lição de João Maurício Adeodato.

Para facilitar o entendimento de sua teoria, Arruda Jr. observa o fenômeno jurídico em dois planos (Arruda Jr., 1992, 174): o instituinte e o instituído, em que este seria uma observação jurídica intra-estatal, sem haver uma preocupação com os ditos direitos insurgentes, e aquele corresponde a uma constatação do pluralismo jurídico, ou seja, da existência de ordens jurídicas paralelas ao Estado. Dentro dessa investigação, há uma subdivisão conceitual, formando-se três planos: o instituído sonogado, o instituído relido e o instituinte negado.

A esfera do instituído sonogado corresponderia à concretização de princípios constitucionais considerados como “conquistados” (Arruda Jr., 1992, 174), a fim de se aprimorar a noção de cidadania com a realização na experiência de direitos considerados fundamentais, tais como o direito à saúde, à educação etc. Em suma, verificação empírica de normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, que, de tão genéricas e abstratas que são, não se efetivam no mundo dos fatos.

Por instituído relido entende-se uma atividade de hermenêutica mais concatenada à realidade social, em que se buscariam, dentro do sistema jurídico estatal, as soluções de conflitos mais interligados ao mundo empírico, em função da “ruptura do paradigma liberal-legal” (Arruda Jr., 1992, 174), observando-se o direito como um sistema complexo, no que já traçamos comentários anteriores. Note-se que ambas

as formas de estudo acima, dentro do plano do instituído, não fogem da seara estatal para que se obtenha uma prática “emancipatória”. A crítica que podemos fazer é a inexistência de um “uso alternativo” do direito nessas perspectivas analisadas *supra*. Já fizemos tal observação acima, em que a interpretação sistematizada de normas jurídicas estatais não é uma forma alternativa de solução de conflitos. Muito pelo contrário: os doutrinadores do direito, em sua grande maioria, já abordam esse tema sem maiores dificuldades de compreensão, não consistindo, portanto, em qualquer inovação o que é salientado nas perspectivas do instituído.

O plano do instituinte negado consagra o pluralismo jurídico, no dizer do autor ora analisado. Trata-se de uma busca por direitos não positivados pela ordem estatal, mas verificados empiricamente no seio social, ou seja, direitos eminentemente subjetivos e positivos, mas não tutelados pelo Estado, em que se vê a atuação dos movimentos sociais, já frisada anteriormente (Arruda Jr., 1993, 185). O autor salienta a necessidade cada vez maior de se buscar fazer uma relação entre o direito instituinte e o instituído, para que não se verifiquem incoerências na conquista do instituinte.

Seria, pois, nessa perspectiva em que se perceberia o direito alternativo extra-estatal, um direito eminentemente paralelo ao do Estado, em que não há, no nosso entender, uma necessidade de inserção no ordenamento jurídico estatal, mas apenas, na opinião do referido autor, uma necessidade de inter-relação entre as expectativas analisadas. Logo, um direito alternativo *lato sensu* englobaria as três categorias citadas *supra*, incluindo o que se chama de “uso alternativo” do direito. Já um sentido mais restrito ao campo da extra-estatalidade só abriria espaços para a existência do instituinte negado. Concordamos com Arruda Jr. na existência de um direito à margem do Estado, mas não acreditamos ser só essa a faceta do direito alternativo.

### 3.2. Cláudio Souto e o direito alternativo como desviante da ordem estatal

Cláudio Souto vem pautando seus últimos trabalhos na observação de que não existe ainda um modelo rigoroso de ciência social que venha a definir, a partir de métodos e técnicas de pesquisa empírica, o verdadeiro conteúdo do direito (Souto, 1992 b, 139-141), visto serem, em sua opinião, bastante vagos os conceitos de direito colocados em análise pelos doutrinadores, afirmando que tais enunciados se prendem unicamente à forma de manifestação do direito, e não ao que realmente é, ou seja, o seu conteúdo. Assevera ainda que, em uma época de pós-modernidade científica e tecnológica, não se admite pensar o direito por meio de um enfoque pré-iluminista, ou seja, o direito como ordenamento jurídico estatal, hermeticamente fechado e não aberto a mudanças (Souto, 1993, 29-30). Para Souto, se o direito pretende ser uma ciência, não pode trabalhar com conceitos fechados e não abertos à modificação, visto que o dogma é incompatível com a idéia de ciência, que, em pleno surgimento do séc. XXI, é pautada pela transitoriedade dos conceitos. A pós-modernidade científica se caracteriza pela mutabilidade e possibilidade plena de questionamento dos conceitos que explicam, no momento, alguns fenômenos da realidade social.

Em artigo recente, o autor busca enquadrar o movimento do direito alternativo à teoria da necessidade de uma cientificidade do direito, por ele defendida. Logo, não se poderia estar adstrito à ciência formal do direito, ou dogmática jurídica, pois o direito estatal, como manifestação jurídica, é mera forma, e não conteúdo da idéia de direito. Logo, para se ter uma noção exata do que vem a ser o direito alternativo, há, na opinião de Souto, uma necessidade de que se tome por base um conceito de direito, não o limitando ao Estado (Souto, 1996, 16), visto que, se assim não for, não teríamos uma noção de conteúdo do direito e do direito

alternativo, reduzindo-se, então, a meras formas, como a estatal e a popular (Souto, 1996, 24-27).

Souto afirma, com muita propriedade, que não se pode reduzir o direito alternativo a uma mera forma de manifestação popular, pois tanto o estatal quanto o popular são apenas formas de manifestação do direito. Assim, não é só porque a prática é extra-estatal que ela será direito, o que transformaria a idéia de um direito alternativo como sendo apenas a substituição da forma “estatal” pela forma “social”, “grupala” como critério de obtenção de justiça (Souto, 1996, 24). Desse modo, buscar-se-á o direito em quaisquer das suas formas de manifestação, sendo direito aquele sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. A partir desse conceito, direito alternativo seria aquele desviante da forma dogmática de observação do direito (Souto, 1996, 33-34).

Jamais o direito alternativo, pelo conceito dado, poderia coincidir com a legislação estatal, pois, se assim fosse, iria de encontro à própria etimologia da palavra, que nos dá a noção de um “outro direito”, paralelo ao Estado. O direito só seria alternativo pela caracterização de sua semelhança em relação à forma estatal. No dizer do autor, “essa idéia de desvio é, de fato, essencial à atividade jurídica” (Souto, 1996, 22). O direito alternativo teria também uma herança do jusnaturalismo (Souto, 1996, 23), em função da idéia de justiça que pauta a ideologia dos seus doutrinadores. Conclui Souto que, se o chamado direito alternativo quiser ser, de fato, uma prática jurídica, deve pautar pela idéia de semelhança, configurada na cooperação e na paz, e não em dessemelhança, que gera o conflito e a competição (Souto, 1996, 62).

Em nossa opinião a respeito do tema, concordamos com Cláudio Souto quando ele coloca a problemática forma *versus* conteúdo do direito, e que não se pode apenas eleger uma nova forma de legitimação das práticas jurídicas, que seria

aquela advinda do mundo empírico, e simplesmente chamar essa alteração de referencial jurídico de “direito alternativo”. Lembre-se que as práticas insurgentes da sociedade podem, também, trazer em si uma noção de dominação nociva à comunidade em geral (Oliveira, 1992, 197). Ocorre, todavia, que não se deve pensar o direito alternativo como sendo aquele que é fruto do bem e da emancipação dos insurgentes<sup>13</sup>, pois tal noção, amplamente vaga em sua forma, pode englobar conteúdos dos mais diversos e até mesmo incompatíveis entre si. Às vezes os autores do direito alternativo realizam verdadeiros discursos políticos em prol dos oprimidos etc.<sup>14</sup>, mas essa idéia, muito embora bem intencionada, pode ser explorada exatamente em sentido contrário, transformando o que era libertação em escravização social. Assim, a idéia de Cláudio Souto sobre uma alternatividade do bem, da semelhança, pode englobar vários conteúdos distintos e até excludentes.

Além do que, adotando uma postura crítica ao trabalho do autor, *caso percebamos o direito no conceito ora fornecido, não é possível se falar em direito alternativo*, pois as esferas estatal e social seriam meras fontes de surgimento do direito, indo-se buscar, tanto em uma quanto em outra, a sua “essência”, que seria justamente o sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. Logo, encontrando nessas esferas o que venha a ser o jurídico, parece bastante claro que *toda a realidade que não se enquadrar nesse sentimento de agradabilidade simplesmente não é direito*. Então, fica precário se falar em um direito alternativo no conceito dado, pois isso faria o autor entrar em contradição com a sua idéia de direito.

Observaremos o direito alternativo como sendo um procedimento extradogmático, só que ampliando a noção dada, incluindo um antidogmatismo presente nas próprias normas estatais. Para nós, sem dúvida, a existência de um direito extra-estatal, mas



podem ser observadas práticas de um direito alternativo nos próprios órgãos e leis do Estado (Adeodato, 1991, 48).

#### 4. O direito alternativo como alopoiese: procedimentos extradogmáticos

##### 4.1. Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal

Nesse ponto, analisaremos a nossa idéia de alopoiese jurídica, vista como um procedimento extradogmático e equivalendo-se à noção de alternatividade jurídica, ou seja, à margem dos princípios norteadores da dogmática jurídica, já explicitada *supra*. Para que se admita uma noção de extradogmatismo, percebe-se que há uma *conditio sine qua non* para a respectiva análise: a impossibilidade de o Estado tutelar as relações jurídico-sociais emergentes, gerando, por conseguinte, a não-identificação do direito para com o Estado. Nesse particular, a posição de Cláudio Souto é importante e esclarecedora.

O Estado é apenas uma das formas de manifestação do direito, em que as práticas extradogmáticas, que chamamos de direito alternativo, têm inserção. Pela inércia estatal já explicitada acima, vê-se uma crise de legitimação do poder<sup>15</sup>. Assim, verifica-se que o direito dogmático estatal perdeu progressivamente o contato com a vida social, tornando-se alheio à observação dos fatos (Ascensão, 1978, 05).

Em virtude de tal hiato, certas situações jurídicas passam a buscar uma legitimação independentemente do aparato estatal, que, por vezes, lhe é contrário, surgindo, então, procedimentos extradogmáticos dentro de determinada sociedade. Adeodato coloca que tais procedimentos marcam, de maneira acentuada, o que ele denomina “direito subdesenvolvido”<sup>16</sup>, haja vista a necessidade de uma decisão de conflitos sociais aliada à inércia do Estado, concluindo-se que, se há a necessidade de decidir, e o Estado não o faz, alguma outra instância normativa terá que gerar uma decisão, posto

que, se assim não ocorrer, observar-se-á que grande parte da população “não vive o direito” (Adeodato, 1992 b, 159).

Assim, o direito extra-estatal é percebido por meio de um exame da realidade social, em que se verificam formas organizadas de solução de conflitos fora da observação cada vez mais descontínua do Estado, como no exemplo de um critério para a distribuição de alimentos para os moradores mais antigos de uma comunidade carente por parte da respectiva associação de moradores, em detrimento dos mais novos. Trata-se de um critério extradogmático para evitar a perpetuação de determinado conflito surgido, no caso o da associação de moradores com os habitantes da comunidade. O Estado, como se vê, não tomou partido na relação jurídica travada entre as partes elencadas *supra*, apenas há uma verificação, nesse caso, de uma prática *praeter legem* no que diz respeito ao reflexo dessa prática junto ao meio estatal.

##### 4.2. Procedimentos dogmáticos intra-estatais

Até o presente momento, observamos a noção de procedimento extradogmático como sendo aquele efetuado à margem do Estado, em que a *praxis* social, independentemente do auxílio estatal, tenta conquistar e exercer certos direitos e solucionar conflitos existentes em seu meio, ou seja, práticas eminentemente marginais, no sentido de se verificarem fora do âmbito estatal. Buscaremos, agora, caracterizar os procedimentos extradogmáticos que se estabelecem na realidade e estrutura de um Estado subdesenvolvido ou periférico, configurando a alopoiese dos sistemas jurídicos subdesenvolvidos (Adeodato, 1992, a 239).

O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispen-

sáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado.

Assim, o Estado, no exercício do seu poder, torna-se eminentemente dependente de subsistemas inseridos no seu meio para alcançar seus fins, legitimando suas decisões. Por vezes, tais práticas são disfunções do sistema, mas que, mesmo assim, são necessárias para o seu funcionamento. Buscaremos exemplificar essa realidade a partir da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco. Verificam-se esses procedimentos por meio da positivação estatal ou da prática corriqueira na atuação dos órgãos estatais.

Um procedimento extradogmático fruto da positivação estatal é aquele que se constitui por meio das fontes oficiais de produção do direito estatal, muito embora sejam contrárias às normas-princípio que regem tal ordenamento jurídico. Um exemplo patente está na obra de João Maurício Adeodato, quando se faz menção a uma lei estadual que cria os cargos de conciliador e de secretário dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. Nela se observa que tais cargos, por força do art. 3º da Lei nº 10.293, de 12 de julho de 1989, são de livre nomeação do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ora, pela análise do dispositivo legal, percebe-se que ele, muito embora se verifique na realidade fática, vai de encontro por completo à norma-princípio que reza sobre o provimento de cargos públicos mediante concurso (Adeodato, 1992, a 230).

Práticas extradogmáticas intra-estatais também são observadas na rotina diária do serviço público, por meio de ações e omissões conscientes de uma estratégia de legitimação imposta a partir de uma prática social.

#### 4.3. Procedimentos extradogmáticos e procedimentos ilegais

Importante agora fazermos uma distinção entre os procedimentos extra-dogmáticos e os procedimentos ilegais dentro da apreciação do tema, para que, em seguida, façamos o relato dos dados empíricos

coletados para este ensaio. Inicialmente, pode-se dizer que, na realidade, ambas as perspectivas se configuram e, por vezes, harmonicamente, no sentido de que a aplicabilidade de uma não acarreta na impossibilidade de verificação da outra. Logo, podem coexistir no mundo empírico, como de fato coexistem, ambos os tipos de procedimentos.

Podemos chamar de procedimentos extradogmáticos intra-estatais aqueles tolerados e, por vezes, instituídos pelo Estado, a fim de buscar a legitimação de suas ações dentro de sua esfera de atuação, utilizando-se de inúmeros arcabouços retóricos para atingir a sua finalidade. São, por assim dizer, práticas que, muito embora contrariem normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, verificam-se como sendo *praeter legem*, sem ir de encontro à lei efetivamente. É o caso, por exemplo, de políticas de amizades, em que determinada pessoa, por gozar da simpatia de um funcionário público, obtém privilégios não ilegais, mas não recomendados pelos princípios que são retores da ordem jurídica do Estado, como o de ver seu procedimento administrativo ser solucionado de modo mais célere.

A ilegalidade em torno dos procedimentos está em se violar diretamente dispositivos de fontes oficiais de produção do direito, como no caso da corrupção (Adeodato, 1992, a 234-235), em que se vai de encontro aos dispositivos da lei, que caracteriza, no exemplo ora trazido à baila, tal ato como crime.

Como se vê, em uma mesma realidade podem coexistir procedimentos extradogmáticos e procedimentos realmente ilegais. O importante é que a teoria observa a dependência do Estado em relação a essas práticas de legitimação, pouco importando se são ilegais estritamente ou não. Apenas se verifica que o Estado no direito subdesenvolvido depende desses subsistemas caracterizados pelo seu grau de extradogmaticidade intra-estatal (Adeodato, 1991, 49), conforme tentaremos verificar por meio da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco.

## 5. Poder judiciário e alopoiese no foro do Recife

### 5.1. Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios

Pelos estudos de teoria geral do processo, sabe-se da existência de dois princípios fundamentais que norteiam todo o direito processual. Trata-se dos princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. O primeiro assevera que, uma vez ajuizada qualquer ação, pouco importará a vontade das partes para a composição da lide proposta, pois o Estado, e só ele, tutelar o andamento do processo e as diligências que devem ser efetivadas para que o processo possa estar em constante andamento.

O segundo princípio, pelos estudos realizados, deve andar atrelado ao primeiro, ou seja, os processos serão julgados com a maior rapidez e celeridade possíveis, dentro do impulso oficial. Logo, não importa apenas que os atos sejam praticados pelo poder público, mas também que esses atos sejam verificados da maneira mais rápida possível, evitando, assim, a eternização da lide. Tal assertiva nos leva a concluir que a vontade das partes seria irrelevante para a obtenção do impulso oficial e a breve solução dos litígios, isso é, o Estado se encarrega de dar andamento aos processos e de fazê-lo da maneira mais célere, configurando, assim, no mundo dos fatos, a principiologia processual destacada.

Ocorre que, pela observação por nós feita, nem sempre assim se verifica. Melhor dizendo: quase nunca. O fórum vive, todos os dias, abarrotado de advogados e estagiários de direito numa busca frenética pelos andamentos processuais que interessam a eles. Nos processos em que não cabe a movimentação processual, simplesmente deixam-no ao sabor amargo do impulso oficial, que, em virtude do excesso de processos nas Secretarias e no reduzido número de serventuários, entre outros motivos mais escusos ou ilegais, torna-se ineficaz e praticamente inexistente. Tanto

assim que os processos deixados ao impulso oficial demoram muito mais tempo para serem julgados do que os “impulsionados” pelos advogados e estagiários de direito. Assim, o impulso oficial e a breve solução dos litígios, na realidade observada, andam totalmente desvinculados, o que não se cogita no mundo teórico dos princípios do direito processual.

### 5.2. A “política das boas relações” na comarca do Recife

#### 5.2.1. Atuação dos advogados e estagiários na obtenção da agilização processual

A discrepância fática entre os princípios que deveriam andar em harmonia por vezes é alcançada por meio da chamada “política das boas relações”. Tal “política” é uma praxe no foro do Recife, onde certos processos são instruídos e julgados em função de relações de parentesco e amizade existente entre uma das partes interessadas no processo (advogados, estagiários ou os próprios litigantes) e algum serventuário ou juiz do cartório em que tramita o feito.

Na realidade, o “impulso oficial” é aquele que é dado por quem não o deveria fazer, ou seja, pelos advogados e estagiários, quase sempre envolvidos pelo retorno financeiro que aquele processo pode vir a dar se julgado e instruído com mais rapidez, como nos casos em que os honorários só sejam pagos ao final do processo, que demora anos, levando-se em conta as fases recursais. Assim, para abreviar o tempo em que o advogado respectivo fica sem receber honorários, ele trata de promover a celeridade processual do seu próprio modo, por meio da sua equipe de estagiários, que têm, na verdade, muito mais a função de agilizar o trâmite dos processos do que propriamente aprender. O aprendizado é relevado a segundo plano, muito embora o estagiário forense consiga obter o conhecimento a partir do exercício de seu mister, haja vista que a agilização do processo só pode ocorrer se ele souber o trâmite elencado na lei processual respectiva.

Com a sua frequência diária ao fórum, o estagiário passa a ser conhecido pelos serventuários das unidades de prestação jurisdicional em que tramitam os processos a serem “impulsionados” por ele. A partir dessa relação de amistosidade e, por vezes, de amizade com os serventuários, estes não se fazem de rogados em promover as diligências necessárias à agilização dos processos, tais como a expedição de mandados, cartas precatórias, a colocação do processo no expediente do juiz, a fim de ser despachado rapidamente, a designação de audiências em um lapso de tempo mais reduzido etc.

#### 5.2.2. A “política” como procedimento extradogmático e/ou ilegal

A “política das boas relações” é, no foro do Recife, fundamental para uma breve solução dos litígios. Trata-se de um procedimento extradogmático intra-estatal, que não vai de encontro à lei, mas sim a princípios de igualdade e isonomia previstos na Constituição Federal brasileira. Assim, se um advogado é amigo de um serventuário, ele obterá as facilidades no seu andamento, como já explicado antes. Tal política não se restringe a procedimentos extradogmáticos intra-estatais.

Existem, também, os procedimentos ilegais, que caracterizam da mesma forma a prática judicial do foro do Recife. Entre as práticas ilegais, as mais comuns são o “financiamento de diligências” por parte de advogados a oficiais de justiça, a fim de que eles cumpram os mandados dos processos referentes àquele advogado com mais rapidez. Tal prática se faz observar em casos de mandados que envolvam assuntos ‘urgentes’ para o cliente do escritório.

Nesses casos, o estagiário, que já conseguiu a expedição ágil do mandado, leva-o, por vezes pessoalmente, à central de distribuição de mandados (chamada CEMANDO) para que se escolha um oficial de justiça que esteja disposto a cumprir aquela ordem judicial de maneira célere. Todavia, essas

práticas oficialmente não são permitidas, pois os mandados devem ser distribuídos para os oficiais de justiça encarregados do cumprimento de mandados em determinadas localidades do município, e não em outras. Por exemplo, se um mandado deve ser cumprido no bairro da Boa Viagem, existem oficiais de justiça responsáveis unicamente pela realização das diligências em dita localidade, e a distribuição, por conseguinte, deveria necessariamente cair sobre um deles, o que não se efetiva na hipótese dos “mandados urgentes”, como já analisado.

Outra prática ilegal no foro do Recife é a distribuição de presentes na época das festividades natalinas, em que os escritórios de advocacia encarregam os seus funcionários e estagiários da distribuição de cestas de natal, caixas de chocolate, vinhos e *whiskies* para aqueles serventuários que ajudaram na agilização processual durante todo o ano que passou. É uma prática bastante comum, perceptível amplamente e até esperada pelos serventuários, que acham isso uma atitude “normal” e aceitam os brindes sem qualquer constrangimento, caracterizando uma atitude prescrita na ordem jurídico-positiva estatal como crime.

### 6. Conclusões: alopoiese e cidadania

A partir da análise dos dados coletados na pesquisa, podemos concluir que nossa conceituação da alopoiese jurídica, a partir dos estudos aqui apresentados, está no fato de ela se configurar por meio de um procedimento extradogmático<sup>17</sup>, que pode surgir tanto de uma realidade extra-estatal quanto de práticas intra-estatais, em que se verifica uma diferença substancial com a teoria de Cláudio Souto, que coloca o direito alternativo como sendo sempre desviante da ordem oficial.

Buscamos demonstrar aqui a existência de uma alopoiese inserida na esfera estatal, tomando por base a pesquisa relatada acima. Acreditamos ter logrado êxito na

exposição de um direito extradogmático (alopoiético), mas arraigado nas estruturas do direito positivo estatal, assegurando que tais procedimentos são de importância capital para a legitimação das decisões de um Estado como o brasileiro, que tem por característica básica o subdesenvolvimento (Adeodato, 1992, a 215 e ss.).

No que tange à idéia de cidadania, verifica-se que nos casos concretos cada vez mais a influência de fatores externos ao sistema processual favorecem a manutenção do *status quo* da prestação jurisdicional cada vez mais casuística, em função da influência de subsistemas não-jurídicos no ato necessário da decisão. Em função de tal quadro, o acesso à justiça, entendido como o direito a uma prestação jurisdicional coerente com o que foi produzido nos autos, torna-se prejudicado em função dos próprios pilares do direito dogmático, como a inegabilidade dos pontos de partida, que cada vez mais não se realiza em países subdesenvolvidos, gerando uma série de inconsistências, às vezes e quase sempre intencionais, que caracterizam o Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, o termo cidadania se transforma numa palavra sem sentido, pois é manipulada de diversas maneiras, sendo utilizada indevidamente para legitimar as mais diversas formas de argumentação judicial e extra-judicial, como que cobrindo o ato com um manto que o tornaria justificável ante os olhos da sociedade. É o preço pago pelo formalismo excessivo no trato com o direito, prejudicando-se, inclusive, a tentativa de se perquirir acerca de uma ontologia jurídica, de um *eidós* caracterizador do direito. Tal assertiva encontra fundamento no referido formalismo, fixando-se juristas e aplicadores do direito em determinar exclusivamente um mecanismo de funcionamento do direito moderno, esquecendo-se da possibilidade de uma fixação de uma essência no direito, abrindo-se, como que um corolário do referido anteriormente, o debate sobre os problemas de segurança *versus* justiça<sup>18</sup> na teoria geral do direito.

Não fizemos, no decorrer da exposição, nenhum juízo de valor acerca do que aqui foi narrado sumariamente, visto não ser esse o papel de quem deseja fazer ciência, como ensina Cláudio Souto. Apenas tentamos apontar neste breve texto algumas características de um chamado direito cada vez menos autopoiético, bem como pautado pelo subdesenvolvimento, que não se pode confundir com os discursos ufanistas de alguns teóricos do direito alternativo, que buscam muito mais fundamentar as suas ideologias políticas do que efetivar um discurso científico mais concreto. Verifique-se, na verdade, um falso dilema, ou seja, na verdade, pede-se que ocorra na experiência um direito autopoiético, mas a *praxis* procedimental nos mostra cada vez mais um desvio no que diz respeito à aplicação sistemático-autopoiética do direito. Não se pode esquecer que a nossa intenção é, acima de tudo, persistir numa perspectiva investigativa da realidade jurídica que nos cerca e que, às vezes, surpreende até o mais atento às suas peculiaridades.

#### Notas

<sup>1</sup> Adeodato, 1989, especialmente a introdução da obra (p. 1-15) e o capítulo que versa sobre legitimidade e legitimação (p. 53 s.), que faz uma análise do normativismo e do legalismo dentro da teoria positivista.

<sup>2</sup> A validade, dentro da teoria positivista, é um pilar importante para a sustentação da idéia de inegabilidade dos pontos de partida, muito embora haja uma série de divergências doutrinárias quanto ao seu conceito. Em verdade, há uma grande confusão entre as idéias de validade, vigência e eficácia da norma jurídica. Para uma distinção entre essas esferas de observação normativa, cf. Ferraz Jr., 1994: *passim*. Sobre a idéia de inegabilidade dos pontos de partida, cf. Ferraz Jr., 1980: 95 s.

<sup>3</sup> Para se verificar as circunstâncias históricas que construíram as bases do positivismo estatal, baseado na dogmática jurídica, cf. Adeodato, 1997, especialmente nas páginas 20-22.

<sup>4</sup> Sobre fontes do direito, cf. Ascensão, 1994: 195 s., Kelsen, 1995: 129-136, além de um capítulo sobre jurisprudência nas páginas 165-179. Cf. tb. Diniz, 1995: 255-299. Em outro aspecto, observando os pilares do dogmatismo como um meio de manutenção do discurso da ideologia dominante,

que não contribui para a produção de um conhecimento científico, cf. Warat: 1993: 101-104.

<sup>5</sup> Cf., para um estudo mais aprofundado sobre o tema, Ferraz Jr., 1994: 85-94, no que diz respeito às características básicas do direito dogmático. Cf. tb. Adeodato, 1996: 08-16. Sobre a teoria dos sistemas no direito, cf. Neves, 1988: 1-15 e Ferraz Jr., 1976: 123 s.

<sup>6</sup> Para uma análise dos métodos do pensamento nas ciências sociais, entre os quais o modelo funcional, cf. Souto, 1987: 41-51, especificamente sobre o funcionalismo nas páginas 48-49.

<sup>7</sup> Esse argumento tem, inegavelmente, uma influência filosófica bastante acentuada, especificamente no que tange à chamada ontologia axiológica, em que se destacam as obras de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

<sup>8</sup> Uma pequena amostra desses ramos está estampada em Antunes in Teubner, 1993: I-II.

<sup>9</sup> Verificar, inicialmente, Luhmann, 1980, em que já há menção do termo 'diferenciação funcional' como elemento caracterizador da modernidade ocidental, mas sem usar ainda a expressão 'autopoiese'.

<sup>10</sup> Vale salientar que a noção de modernidade, empregada no presente texto, não se confunde com a célebre divisão das Eras do mundo ocidental. Falamos de modernidade como emancipação das ordens normativas que compõem o mundo ético.

<sup>11</sup> Para uma crítica à teoria Luhmanniana, cf. Neves, 1993: 322-331. Tal posicionamento será discutido mais adiante.

<sup>12</sup> Para um estudo sobre a necessidade de decisão de conflitos na seara jurídica, cf. Ferraz Jr., 1994: 309 s.

<sup>13</sup> Tal idéia está estampada em Adeodato, 1992, a 240. Esse artigo demonstra uma série de influências de fatores externos na produção e aplicação do direito subdesenvolvido.

<sup>14</sup> Como em Andrade, 1992: 80-81, em que exclama: "o operador jurídico pode continuar atuando nos padrões tradicionais, dizendo-se neutro ou não, atendendo aos interesses dos detentores do poder ou, *avocando uma postura alternativa, transformar-se em um combatente orgânico na defesa dos direitos dos oprimidos*. Trata-se de optar por uma posição, assumi-la e praticá-la". O grifo é nosso.

<sup>15</sup> Sobre legitimidade e legitimação, cf. Adeodato, 1989, 53 e ss. Sobre a legitimação tradicional, Adeodato, 1992, a 210.

<sup>16</sup> Sobre o conceito de subdesenvolvimento, cf. Adeodato, 1992, a 215 e ss., em que o autor não nega a origem econômica do termo e até reconhece que o seu emprego possa ser um uso de estruturação retórica para fundamentar o seu posicionamento.

<sup>17</sup> Sobre a noção de procedimento, cf. Luhmann, 1980, 37 e ss.

<sup>18</sup> Sobre o tema, cf. Rawls, 1997: *passim*. Para uma análise da referida obra de Rawls, cf. Perel.

## Bibliografia

- ACSENSÃO, José de Oliveira (org.). *Água branca: pesquisa de um direito vivo*. Recife : Imprensa Universitária, 1978.
- ADEODATO, João Maurício. Uma teoria emancipatória da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 5, 1992 a. p. 207-242.
- \_\_\_\_\_. Para uma conceituação do direito alternativo. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, n. 1. 1992 b. p. 157-174.
- \_\_\_\_\_. A Legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru : FDC, a. 12, n. 16, 1985. p. 65-92.
- \_\_\_\_\_. Filosofia do direito de dogmática jurídica. *Direito em Debate*. Ijuí : Unijuí, v. 1, n. 1, 1991. p. 38-56.
- \_\_\_\_\_. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Processo social alternativo. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, n. 2, 1992. p. 80-94.
- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther: *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. n. 2. São Paulo : Acadêmica, 1992. p. 159-177.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à sociologia jurídica alternativa* (ensaio sobre o Direito numa sociedade de classes). São Paulo : Acadêmica, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito : introdução e teoria geral* (uma perspectiva luso-brasileira). Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : RT, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980.

- MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Boston : D. Reidel, 1981.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994.
- \_\_\_\_\_. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 6, 1993. p. 313-357.
- OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos. In: AZEVÊDO, Álvaro Vilaça (org.). *Ensino jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília : Conselho Federal da OAB, 1992. p.191-200.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. *Humanidades*. Brasília : UnB, v. 7, n. 3. 1992. p. 267-282.
- SOUSA JR, José Geraldo de. Movimentos sociais: emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. n. 1, São Paulo : Acadêmica, 1991. p. 131-142.
- SOUTO, Cláudio. *O que é pensar sociologicamente*. São Paulo : EPU, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992 a.
- \_\_\_\_\_. Para uma teoria científico-social moderna do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 5, 1992 b. p. 137-170.
- \_\_\_\_\_. Ciência do direito e filosofia jurídica no limiar do terceiro milênio: para além de um pré-iluminismo? *Revista de Direito Alternativo*. n. 2, São Paulo : Acadêmica, 1993. p. 28-34.
- \_\_\_\_\_. Direito alternativo: em busca de sua teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*. Recife : ESMAPE, 1996. p. 16-73.
- WARAT, Luis Alberto. O senso comum teórico dos juristas. In: SOUSA JR., José Geraldo de (org.). *Introdução crítica ao direito*. Brasília : UnB, 1993. p. 101-104. (O direito achado na rua).
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo : Alfa-Ômega, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo : Acadêmica, 1995.

# Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos

Danielle Cristina Lanius

## Sumário

1. Introdução. 2. Da dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. Da subcontratação e a licitação. 4. Da subconcessão e a licitação. 5. Da transferência da concessão e a licitação. 6. Da transferência do controle acionário e a licitação. 7. Observações finais.

## 1. Introdução

O contrato de concessão de serviço público é aquele pelo qual o Poder Público transfere a um particular a execução de determinado serviço público, sob sua fiscalização, mediante pagamento de tarifas arcadas pelos usuários<sup>1</sup>.

Tal contrato mereceu referências constitucionais, como no artigo 175 da Constituição Federal, que o caracteriza como forma indireta de prestação de serviços públicos e prevê que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Vale notar que o termo *sempre*, contido no dispositivo constitucional, não significa que não se possa dispensar ou declarar inexigível a licitação em determinados casos concretos, como veremos a seguir.

A obrigatoriedade da licitação<sup>2</sup> para os órgãos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é estabelecida também no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *verbis*:

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, ser-



viços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualidade técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 2º, vem a corroborar tais normas ao dispor que as concessões e permissões devem ser necessariamente precedidas de licitação. Tal exigência justifica-se, pois o procedimento licitatório proporciona segurança à Administração e vincula o contrato que dele possa advir, garantindo economicidade, publicidade, impessoalidade, moralidade, igualdade jurídica e preservando o interesse público<sup>3</sup>.

A licitação é um princípio impostergável por estar associado aos postulados de moralidade e igualdade. Para alienar e adquirir, o Poder Público deve procurar a melhor oferta, dentro de um cotejo de propostas. A Administração não pode escolher arbitrariamente o concessionário que desejar. Ao contrário, deverá fazê-lo por meio de uma licitação, a fim de que, entre os interessados, seja selecionado aquele que oferecer condições mais vantajosas<sup>4</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

“a concessão é um ato *intuitu personae* por excelência e será obrigatoriamente precedida de licitação, o que, de resto, está estampado no art. 175 da Constituição. O Concessionário é selecionado em função de um conjunto de requisitos entre os quais, obviamente, se incluem sua capacitação técnica para o desempenho da atividade, sua idoneidade financeira para suportar os encargos patrimoniais, sua competência administrativa para gerir o empreendimento e sua integridade moral, medida nas empresas pela

correção com que respondem aos compromissos assumidos. [...] A Administração não dispõe de liberdade absoluta na escolha do cessionário. Antes, é obrigada a obedecer a um procedimento legal na seleção do contratante, através do qual irá justamente examinar, entre outros, os requisitos acima apontados em uma concorrência aberta a todos os interessados. Por isso não fica ao alvedrio da Administração [...] decidir, a seu talante, quem desempenhará o serviço”<sup>5</sup>.

A licitação, de acordo com o artigo 14 da Lei nº 8.987, realizar-se-á em conformidade com o previsto na Lei nº 8.666/93, atualizada pela Lei nº 8.883/94, logicamente afastando-se a aplicação das normas que não forem compatíveis com a natureza das concessões de serviço público. Dispõe o referido artigo:

“Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

Também vale transcrever o artigo 124 da Lei nº 8.666, que reza:

“Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.”

Diante disso, pode-se concluir que se deve aplicar, prevalentemente, as normas da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e, supletivamente, a Lei de Licitações e Contratações<sup>6</sup>.

A Lei nº 8.987 estabelece, em seu artigo 2º, incisos II e III, que a modalidade licitatória própria das concessões de serviço público simples ou precedidas da execução de obra pública<sup>7</sup> é a concorrência, processo que se reveste de maior formalismo e publicida-

de. Excluem-se, assim, as demais modalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93. Ressalve-se que a Lei nº 9.074/95 prevê, com exceção dos serviços de telecomunicações, duas possibilidades de licitação na modalidade de leilão, ambas nos casos em que o serviço público de competência da União esteja em mãos de empresas estatais e se pretenda deslocá-lo delas<sup>8</sup>. Tal disposição legal se justifica porque, nesse caso, o procedimento licitatório tem por objeto a privatização do concessionário de serviço público e não a outorga de concessão. Ainda assim, o Poder Público poderá adotar a modalidade concorrência para a privatização, desde que, previamente, fixe o valor das quotas ou ações de que é titular<sup>9</sup>.

## *2. Da dispensa e inexigibilidade de licitação*

Como foi previamente ressaltado, a própria Constituição Federal impõe a obrigatoriedade de licitação de forma genérica na contratação e defere à legislação ordinária a tarefa de tecer ressalvas a esse princípio, obviamente não gratuitas, nem desarrazoadas, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessa forma, a lei ressalvou algumas hipóteses em que o princípio da obrigatoriedade da licitação é afastado, por não se compatibilizarem com o processo licitatório. Tal ressalva foi, inclusive, admitida na própria Constituição no artigo 37, inciso XXI.

Primeiramente, a Lei nº 8.666, em seu artigo 24, determinou as hipóteses em que a licitação é dispensável. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “a dispensa de licitação se caracteriza pela circunstância de que, em tese, poderia ser o procedimento realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório”<sup>10</sup>. Em outras palavras, a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em função do interesse público. Vale lembrar que o elenco do artigo 24 é taxativo, não sendo possível ao administrador ampliar os casos nele previstos, mesmo porque, sendo a licita-

ção possível, tais casos são uma opção política, tendo o legislador considerado a dispensa de licitação mais conveniente ao interesse público.

Nos incisos I e II do artigo 24, estabelece-se um critério de valor, sendo dispensada a licitação se a contratação se efetuar até determinado montante. Os incisos III, IV e V a dispensam em situações de flagrante excepcionalidade, como em casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, calamidade pública ou emergência. O inciso V se reporta à hipótese de não haver interessados na licitação e a repetição do procedimento redundar em prejuízo à Administração; o inciso VII, aos casos de preços manifestamente diversos daqueles praticados no mercado; o inciso VIII, à contratação de pessoas administrativas; o inciso IX, aos casos de risco de comprometimento da segurança nacional; o inciso X, à locação e compra de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração; o inciso XI, à complementação do objeto; o inciso XII, à aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis; o inciso XIII, à contratação de empresas sem fins lucrativos; o inciso XIV, à aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos; o inciso XX, à contratação de associação idônea de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos entre outros.

Além desses casos de dispensa, a Lei nº 8.666 contempla ainda casos de inexigibilidade de licitação, fazendo uma enumeração exemplificativa nos incisos do artigo 25.

Tal artigo dispõe: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Entre os casos que a lei cita estão o de haver fornecedor exclusivo (art. 25, inc. I), o de contratação de serviços técnicos especializados (inc. II) e contratação de profissionais do setor artístico (inc. III).

Tendo em vista que a aplicação da Lei de Licitações às concessões será sempre em caráter subsidiário, desde que não entre em conflito com as normas específicas da Lei

de Concessões ou com a natureza especial de tal contrato, pode-se concluir que a maior parte das hipóteses acima descritas de dispensa e inexigibilidade de licitação reguladas pela Lei nº 8.666/93 não se aplica às concessões de serviço público. Principalmente porque tal contrato tem, via de regra, uma duração prolongada, o que restringe a possibilidade de contratação sem licitação.

Apesar de boa parte da doutrina não aplicar às concessões os casos de dispensa de licitação, alguns deles não são propriamente casos de dispensa e poderiam ser aplicados. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses de estado de guerra, grave perturbação da ordem, calamidade pública, comprometimento da segurança nacional, emergência devidamente comprovada ou, ainda, de licitação deserta.

Também não caberá licitar se, para outorga de uma dada concessão, não acudirem interessados ou “se a adequada prestação do serviço exige a opção por uma metodologia nova, moderna, cujo domínio seja de uma única empresa, podendo, inclusive, ter sido por ela patenteada”<sup>11</sup>. Ou seja, aplicam-se às concessões de serviço público as hipóteses de inexigibilidade de licitação, por ser inviável a competição.

Resta claro que, nessas circunstâncias, havendo necessidade de se transferir a execução do serviço público à iniciativa privada, concordamos com a posição de Eurico de Andrade Azevedo, que entende que, em se tratando de uma situação transitória, “é preferível que essa transferência seja feita mediante *permissão*”<sup>12</sup>, instituto que se destina precisamente a solucionar tais situações, pelo seu caráter precário”<sup>13</sup>.

No que concerne à inexigibilidade de licitação para concessões, somente a regra do *caput* do artigo 25 teria aplicabilidade, ou seja, é compatível com a concessão somente a inviabilidade de competição e não os demais incisos deste artigo que se referem à execução de atividades não caracterizadas como serviço público<sup>14</sup>.

Ainda a respeito da inexigibilidade, a Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, em seu artigo 23, §§ 1º e 2º, proibiu-a expressamente no âmbito das concessões de energia elétrica e autorizou a dispensa apenas no caso de não acudirem interessados à primeira licitação e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração. Tal proibição, segundo a doutrina, não se justifica nem a restrição, imposta por essa lei, das hipóteses de dispensa apenas a uma: licitação deserta.

Nos casos de transferência de concessão, alguns doutrinadores entendem ter a lei criado um novo caso de dispensa de licitação, além desses casos aplicáveis aos contratos de concessão acima descritos. Em nosso entendimento, não se trata de uma dispensa de licitação, como veremos a seguir.

### 3. Da subcontratação e a licitação

“Embora se considere a concessão como um contrato *intuitu personae*, a lei admite a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita”<sup>15</sup>.

Na subcontratação, ocorre, então, uma espécie de “terceirização”, um contrato de direito privado, permanecendo a relação jurídica de concessão imutável. Não se forma, pois, vínculo ou relação jurídica de qualquer natureza entre o poder concedente e o terceiro contratado, conforme se pode depreender do artigo 25, § 2º, e 31 da Lei nº 8.987.

No caso da subcontratação, não será exigida licitação, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto concedido, ficará adstrita às cláusulas regulamentares estipuladas para a concessão e, finalmente, porque a contratação não eximirá o concessionário de responsabilidade, nem formará qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração, conforme já salientado.

É o que conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

“No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente, não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado”<sup>16</sup>.

#### *4. Da subconcessão e a licitação*

A subconcessão é a transferência parcial da concessão a um terceiro, mediante solicitação do concessionário, por meio de um contrato administrativo.

A Lei nº 8.987, em seu artigo 26, prevê a possibilidade de subconcessão, nos termos do contrato de concessão e do edital<sup>17</sup>, desde que autorizada pelo poder concedente, que avaliará sua conveniência e oportunidade. O parágrafo 1º acresce a essas exigências a necessidade de ser precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Não poderia deixar de existir a necessidade de licitação nesse caso, pois o artigo 175 da Constituição Federal exige tal procedimento e, se tivéssemos subconcessões a empresas que sequer participassem de licitações, estar-se-ia ferindo tal dispositivo constitucional e burlando os princípios relativos à licitação e isonomia dos licitantes.

Apesar de o texto constitucional, a despeito das exigências legais, prever a necessidade da licitação, há quem advogue contra sua realização. Os argumentos utilizados para sustentar tal entendimento estão

bem elencados na Decisão Sigilosa nº 0790-48/96 do Tribunal de Contas da União. O caso envolve uma renovação automática de contrato de edição de listas telefônicas oficiais firmado entre a Telebrasília (que à época ainda era uma empresa pública) e a Listel S.A., sem a realização de licitação. Discutia-se, então, a obrigatoriedade da realização da licitação nesse caso. A argumentação básica dos advogados da Telebrasília consistia na necessidade de se conceder às empresas públicas maior discricionariedade e liberdade na execução de suas atividades, o que proporcionaria maior eficiência, restando preservado o interesse público.

Todavia, acertadamente, a decisão do TCU não acolheu a tese exposta. A fundamentação da decisão envolveu muitos aspectos, entre eles o fato de que o propósito pelo qual o legislador tornou os certames licitatórios obrigatórios foi o de, por um lado, impedir a perpetuação de contratos e contratados, com os vícios e riscos já conhecidos, e, por outro lado, possibilitar a obtenção de melhores propostas. Consideraram inadmissível aceitar a alegação de que uma licitação venha a impedir o administrador de alcançar a máxima eficiência. Esta dependerá precipuamente da habilidade dos dirigentes em tornar as licitações competitivas, atraindo o interesse dos grandes e pequenos empreendedores.

Entenderam, também, os julgadores que o ato que os administradores da Telebrasília classificaram como discricionário, é um ato deformado que a doutrina classifica como arbitrário, visto que a licitação, em todas as hipóteses e ângulos que se analise, é procedimento obrigatório.

Vale descrever um pequeno trecho da decisão:

“Até o presente momento, passados cerca de 21 meses da vigência da Lei de Concessões, esta Corte jamais entendeu que, em razão do comando emergente desses preceitos, as entidades da Administração Indireta concessionárias de serviços públicos es-

tivessem exoneradas da observância dos deveres de licitar e realizar concurso público, bem assim de outros previstos no art. 37 da Constituição Federal.[...] Outro ponto importante a sublinhar é que um dos principais argumentos em que se funda a tese em exame – qual seja, a necessidade de conferir-se às empresas estatais maior liberdade de atuação, com vistas a permitir a elas concorrer em condições mais equânimes com as empresas privadas – foi igualmente levantado no STF, não sendo, todavia, capaz de afastar a necessidade de observância do dever constitucional. E assim é não porque se discorde de que tais empresas devam ter maior liberdade na execução de suas atividades, mas antes porque essa flexibilização há de produzir-se com obediência aos comandos fundamentais de nosso ordenamento jurídico-político. [...] Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas ocasiões em que sua observância revela-se incômoda.”

Apesar de a referida decisão do TCU dizer respeito a uma empresa estatal que possuía uma concessão de serviço público e renovou contrato sem licitação, os argumentos utilizados são aplicáveis ao estudo da necessidade de licitação nas subconcessões, sejam as concessionárias empresas públicas ou privadas, tendo em vista que o argumento utilizado por elas para afastar a licitação é a necessidade de possuírem mais liberdade para contratar ou subconceder para poderem competir no mercado e a argumentação para afastar tal entendimento não é outra senão a desenvolvida nesta decisão.

Abstraindo desta discussão, uma vez que a subconcessão deve ser precedida de concorrência, surge a questão de quem deve realizá-la: a Administração ou o subconcedente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro levanta o problema da seguinte forma:

“O que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária.

Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si esta prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário”<sup>18</sup>.

Discordamos, porém, de tal entendimento e alinhamo-nos com Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que deve-se concluir que tal ato não é pertinente ao concessionário por ser um procedimento de Direito Público, só efetúvel por entidades governamentais<sup>19</sup>. No mesmo sentido, leciona Eurico de Andrade Azevedo que sendo a concorrência um procedimento público, “será o poder concedente quem selecionará o subconcessionário”<sup>20</sup>.

O caso mencionado acima parece deixar claro, porém, que, se a concessionária for uma entidade pública, poderá realizar a licitação.

Coloca-se, por fim, uma última questão: é preciso licitar, mas como fazê-lo? Arnaldo Wald coloca a questão nos seguintes termos: qual seria o fator para desigualar a licitação, se os subconcessionários terão que cumprir o contrato dantes firmado?

Antônio Carlos Cintra do Amaral é quem acena com a resposta: aquele que oferecesse

condições ainda mais favoráveis que as do contrato para a Administração seria o vitorioso no certame.

### 5. Da transferência da concessão e a licitação

A transferência da concessão ocorre quando uma outra pessoa jurídica ou consórcio de empresas substitui a concessionária no pólo da relação jurídica contratual.

O artigo 27 da Lei nº 8.987 dispõe que a transferência de concessão sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. Por conseguinte, tal lei admite a transferência da concessão, desde que precedida de anuência da Administração. Todavia a lei omitiu, inconstitucionalmente, a necessidade de licitação nesse caso.

Toshio Mukai entende que, não obstante o inciso I do artigo 27 pretenda “fazer com que o contrato de concessão transferido continue a ser *intuitu personae*, o art. 27 é inconstitucional, na medida em que possibilita que empresas que não tenham participado de nenhuma licitação venham a tornar-se concessionárias de serviços públicos [...]”<sup>21</sup>. Não resta dúvida que o referido artigo fere o texto constitucional por levar à burla ao princípio da licitação.

Ainda com referência a esse artigo, Antônio Carlos Cintra do Amaral sugere que os juristas não apenas o reputem inconstitucional, mas que, por meio de uma interpretação sistemática da lei, harmonizem-no com o texto constitucional, chegando ao entendimento de que necessário seria o procedimento licitatório no caso de transferência de concessão<sup>22</sup>.

Entendimento contrário culminaria em admitir a comercialização do direito de prestar o serviço e ensejar que seja repassada a concessão a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório. Isto é, está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário *sem licitação*, o que é expressamente vedado – repita-se – pelo art. 175 da Lei Magna<sup>23</sup>.

É paradoxal a lei exigir licitação para a subconcessão e omitir-se em relação à transferência. Obviamente a lógica leva ao raciocínio de que, se para subconceder (cessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida para a transferência da concessão, que implica uma cessão total.

Vale citar as palavras de Benedicto de Tolosa Filho, que comenta:

“Não é verossímil que, transcorrida a concorrência, firmado contrato, alguns meses depois, ou até mesmo dias, possa o titular dessa outorga transferi-la para outrem a seu talante.

A outorga da concessão de serviços públicos não pode dar ao concessionário maior poder que detém o poder concedente, que para entregar um serviço público em concessão está atrelado ao princípio da licitação. Ninguém pode dar o que não tem”<sup>24</sup>.

Também é valioso o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre essa questão:

“Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, *com* ou *sem* a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito esse, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a *transferência da concessão* seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição”<sup>25</sup>.

Conclui-se, assim, pela impossibilidade de transferência, total ou parcial, sob qualquer título ou pretexto, da concessão sem

licitação, nem mesmo se o concedente autorizasse ou concordasse com tal procedimento. Nesse sentido, prelecionam Celso Antônio Bandeira de Mello, Toshio Mukai, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Antônio Carlos Cintra do Amaral, entre outros.

Todavia, há quem advogue opinião contrária. Eurico de Andrade Azevedo, por exemplo, entende que, devido à longa duração dos contratos de concessão, a situação empresarial do concessionário pode sofrer drásticas alterações, vindo a ser conveniente ao interesse público uma transferência da concessão. Segundo ele, “como a lei exige que o pretendente atenda a todas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, obrigando-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, pode-se entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido quando da outorga da concessão, como bem observa Arnoldo Wald”<sup>26</sup>. Cita ainda o referido autor a posição doutrinária de Maria Aparecida Fagundes, que argumenta “que a maleabilidade introduzida pelo art. 27 favorece o interesse público, permitindo que o poder concedente atenda aos princípios constitucionais da finalidade e da razoabilidade”<sup>27</sup>. Luiz Alberto Blanchet, por sua vez, classifica a hipótese de transferência da concessão como uma nova hipótese de dispensa de licitação criada pela Lei nº 8.987/95<sup>28</sup>.

A posição de tais doutrinadores é sintetizada por Arnoldo Wald, que entende ser desnecessária a licitação tendo em vista que a outra empresa teria de cumprir exatamente o contrato.

Discordamos, porém, do entendimento de tais autores e posicionamo-nos com Antônio Carlos Cintra do Amaral ao lecionar que a transferência de concessão também deve ser submetida a um procedimento licitatório. Acrescenta ainda este autor que será razoável essa transferência apenas a empresa que ofereça condições idênticas ou melhores do que as constantes no contrato em vigor. Caso isso não seja possível, entende

que a transferência se torna impossível e que, nesse caso, a concessão deve ser extinta e realizada licitação para nova concessão<sup>29</sup>.

Assim, é exigível a licitação para a transferência da concessão com base nos seguintes argumentos:

a) a licitação é erigida como princípio constitucional e sua exigência prevista no artigo 175 da Constituição deve orientar a interpretação das normas infra-constitucionais;

b) se a licitação é exigida para que se proceda a subconcessão parcial, com mais razão deve ser realizada no caso de transferência total da concessão;

c) a contratação direta seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa qualquer, sem atender às exigências da licitação, passasse a prestar um serviço público, sem que estivesse ressalvado o interesse público e o interesse da Administração em escolher a melhor proposta e assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram contratar com ela.

Vale salientar que todas as transferências de concessão, além da anuência do poder concedente, deverão atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, bem como cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

## *6. Da Transferência do Controle Acionário e a Licitação*

Na hipótese de transferência do controle acionário, o serviço não é deslocado para outra empresa. A própria pessoa jurídica que venceu o certame continuará com os encargos e direitos decorrentes da concessão. Afinal, quem fez a proposta e quem teve seu cabedal técnico avaliado foi a empresa e não os titulares de suas ações, muito embora os acionistas possam dar maior ou menor credibilidade a ela. O importante é que a transferência do controle acionário não interrompe a existência da pessoa jurídica.

Tendo em vista que tal evento fica subordinado à prévia aquiescência da Administração, sob pena de caducidade da concessão, posicionamo-nos com Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que desnecessária e ilógica seria a exigência da licitação nesse caso.

“Faleceriam razões para impedir que acionistas detentores do controle acionário pudessem dispor de suas ações. O fato de serem representativas do capital de empresa concessionária não deve ser razão para que fiquem gravadas de indisponibilidade durante o prazo da concessão se a alienação delas não prejudica o interesse público nem ofende princípio jurídico algum a ser preservado”<sup>30</sup>.

Na verdade, o que ocorre é que o poder concedente não poderá interferir na mudança do controle acionário, podendo, porém, retirar a concessão do novo grupo se este não tiver, por exemplo, idoneidade.

Toshio Mukai, por sua vez, entende que a transferência total do controle acionário da concessionária também seria um procedimento inconstitucional<sup>31</sup>.

Interessante colocação faz Eurico de Andrade Azevedo, que não contempla nenhuma distinção entre transferência da concessão e transferência do controle acionário, tendo em vista que a primeira se processa, em regra, pela transferência do controle acionário da empresa ganhadora da concorrência. Para ele, na prática, o resultado de ambos os procedimentos vem a ser o mesmo, pois, embora a concessão continue a ser explorada pela mesma pessoa jurídica, seus controladores não são os mesmos, uma vez que a pessoa jurídica não passa de uma ficção. Por meio desse raciocínio, tal doutrinador entende não ser necessária a licitação em nenhuma das hipóteses.

Tal entendimento é refutado, porém, pela doutrina majoritária, que entende a transferência do controle societário como algo que não se confunde com a transferência da concessão. Para Antônio Carlos Cintra do

Amaral, o edital deve regular a transferência do controle acionário a fim de submetê-la à aprovação prévia do poder concedente, “que deve estar atento a uma transferência camuflada ou simulada da concessão”. Segundo ele, cabe ao poder concedente aprová-la ou vetá-la, mas nunca licitá-la, o que seria absurdo. Ressalva o autor que reconhece a possibilidade de que a concessionária, visando escapar à licitação nas outras modalidades, opte pela transferência do controle acionário como forma de atingir seu objetivo, contudo reputa de extremamente rígida, formalista e mesmo impossível a idéia de licitar a transferência do controle acionário, que levaria provavelmente à extinção da concessão com o conseqüente prejuízo ao interesse público<sup>32</sup>.

Relembra com propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

“No caso de a concessionária ou permissionária de *serviço público federal* ser uma empresa sob o controle acionário da União, deverá ser aplicada a norma do art. 27 da Lei 9.074. Nesse caso, a privatização, com a transferência do controle acionário, será feita concomitantemente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação da concessão existente. Isto somente poderá ser feito mediante licitação, seja por concorrência, seja por leilão, na forma permitida pelo referido dispositivo legal (com a ressalva para os serviços de telecomunicações)<sup>33</sup>.”

### 7. Observações finais

De um modo geral, poder-se-ia concluir que

- a subcontratação não depende de prévia licitação;
- a subconcessão deve sempre ser precedida de licitação;
- a transferência de concessão deve, igualmente, ser precedida de licitação, salvo se inviável;
- a transferência do controle acionário da concessionária é insuscetível de licitação.



É preciso lembrar, porém, que a Lei nº 9.472, que trata dos serviços de telecomunicações e criou a ANATEL, trata especificamente das concessões de serviços de telecomunicações, sendo afastada expressamente a aplicação das Leis nºs 8.666 e 8.987. Assim, aquilo que dissemos sobre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e transferência do controle acionário não se aplica no âmbito dessa lei.

Essas matérias vêm tratadas no artigo 94, inciso II (prevê a terceirização), e no artigo 98 (prevê a transferência do contrato) da referida Lei.

O artigo 98, por exemplo, admite a transferência do contrato desde que aprovada pela ANATEL e exige um prazo de carência de três anos de funcionamento regular da concessionária para que ela possa pleitear a transferência da concessão. Deverão estar preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: a) o serviço esteja sendo executado a contento há pelo menos três anos; b) o cessionário cumpra todos os requisitos da outorga; c) a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato.

Além disso, a lei determina algumas exigências à empresa que assumirá a concessão e ainda determina que tal procedimento não poderá abalar o ambiente concorrencial.

Resta claro que tal expediente poderá ser utilizado para burlar o princípio licitatório. O prazo de carência de três anos é o que ainda dificulta mais o conluio de empresas visando burlar a licitação, mas de forma alguma o impossibilita.

Cabe ainda uma última colocação a respeito do tema. Caberá à ANATEL e ao CADE, no âmbito de suas respectivas competências, por ocasião das transferências de concessão e transferências do controle acionário, e mesmo subconcessões, verificar se está preservado o ambiente concorrencial ou se tal procedimento configura um ato de concentração econômica que redunde em prejuízo ao usuário.

## Notas

<sup>1</sup> Vários conceitos há de concessão de serviço público. Vale citar alguns: “Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 369). “Concessão é a delegação contratual ou legal da execução de um serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 337).

<sup>2</sup> Assim sendo, no caso de a concessionária ser uma estatal, é preciso que haja, necessariamente, licitação para subcontratar ou subconceder. Tal fato decorre da Constituição e da Lei. Portanto, nos itens que tratam sobre a questão da licitação na subcontratação, subconcessão e transferência da concessão, referimo-nos, especialmente, às empresas privadas.

<sup>3</sup> “Não há legitimação dentro do Estado de Direito para uma escolha arbitrária sobre este ou aquele ofertante. [...] Não fora a licitação poderíamos cair no pleno arbítrio da autoridade administrativa, com todas as seqüelas para o relacionamento entre a Administração e o administrado, que deve ser justo, correto e eficiente.” In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 114.

<sup>4</sup> Nesse sentido dispõe o artigo 3º da Lei 8.666: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, s.d. p. 369-370.

<sup>6</sup> MUKAI, Toshio. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória nº 1.017, de 1995, das concessões do setor elétrico. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 35.

<sup>7</sup> “No parágrafo único do art. 124, a Lei nº 8.666/93 afastou as exigências dos incisos II a IV do art. 7º da Lei (obrigatórios para obras e serviços) para as licitações pertinentes a concessões de servi-

ços públicos com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolsos por parte da Administração Pública concedente.” Ibidem.

<sup>8</sup> Nesses casos de privatização simultânea com outorga de nova concessão de pessoas administrativas sob controle direto ou indireto da União, é exigível a observância da necessidade de serem vendidas quantidades mínimas que garantam a transferência do controle acionário.

<sup>9</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1999. p. 251.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 180.

<sup>11</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 21.

<sup>12</sup> Segundo Eurico de Andrade Azevedo, “esta é a posição da Lei paulista de Concessões, que, sem dúvida, deu tratamento mais adequado à matéria, dispondo que a licitação prévia poderá ser dispensada nos seguintes casos (art. 4º): a) guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; b) emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situações que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; c) quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas. Nas hipóteses a e b, a delegação deverá ser feita por meio de permissão. Na hipótese c, poderá ser efetuada por concessão.” In: AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 52.

<sup>13</sup> Idem, ibidem.

<sup>14</sup> BLANCHET, 1999, op.cit., p. 78.

<sup>15</sup> AZEVEDO, op.cit., p. 107-108.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 105.

<sup>17</sup> Na subconcessão, o subconcessionário subroga-se nos direitos e deveres do subconcedente dentro dos limites da concessão. Na verdade, não apenas nos limites do contrato, mas também do edital, pois, se a possibilidade de subconcessão não houver sido prevista no edital, “qualquer previsão contratual a respeito será inválida, por desbordar daquele documento básico”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 462-463.

<sup>18</sup> DI PIETRO, M.S.Z. *Parcerias...op.cit*, p.106.

<sup>19</sup> MELLO, op.cit., p. 463.

<sup>20</sup> AZEVEDO, op.cit., p. 110.

<sup>21</sup> MUKAI, op.cit., p.52.

<sup>22</sup> AMARAL, op.cit., p. 25.

<sup>23</sup> MELLO, op.cit., p.462.

<sup>24</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Lei das concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada*. Rio de Janeiro : Aide, 1995. p. 90.

<sup>25</sup> MELLO, op. cit., p.461.

<sup>26</sup> AZEVEDO, op.cit., p.111.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> BRANCHET, 1999, op.cit., p. 79.

<sup>29</sup> AMARAL, op.cit., p.24.

<sup>30</sup> MELLO, op.cit., p. 462.

<sup>31</sup> MUKAI, op.cit., p. 52.

<sup>32</sup> AMARAL, op.cit., p.25-26.

<sup>33</sup> DI PIETRO, 1999, op. cit., p.107.

### Bibliografia

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987 e 9.074 (parte geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98. São Paulo : Malheiros, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1999.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei nº 9.897, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Curitiba : Juruá Editora, 1995.
- BRAZ, Petrônio. *Manual de Direito Administrativo : de acordo com a reforma administrativa*. São Paulo : Editora de Direito, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. [s.l.] : Forense, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. [s.l.] : Editora Atlas, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo : Atlas, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21.ed. [s.l.] : Malheiros Editores. s./d.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato*. 11. ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. [S.l.] : Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à Lei 8.987/93 e à Lei 9.074/95, das concessões do setor elétrico (com as alterações da Lei nº 9648/98)*. São Paulo : Saraiva, 1998.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Lei das concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada*. Rio de Janeiro : Aide, 1995.

WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. [S.l.] : Editora RT, 1996.

# Gilberto Amado, o jurista

Márcio P. P. Garcia

*“Brevity is the soul of wit.”*  
W. Shakespeare  
(Hamlet – Ato 2, Cena 2)

Penso, e não estou só, que a nação deve render homenagem à memória daqueles que a fizeram maior. Lembro, hoje, do escritor, ensaísta, diplomata e jurista Gilberto Amado. Há exatos trinta anos, ele falecia no Rio de Janeiro. O presente texto busca dar notícia da vertente jurídica de seu pensamento. Não há, ainda, estudos globais sobre os trabalhos jurídicos do escritor sergipano. O conhecimento de sua produção no campo do Direito não é fácil, esparsa que ela se encontra pelos setores de sua multiforme atividade de jurista. Pretendo aqui examinar a veia internacionalista do jurisconsulto nordestino.

A carreira jurídica de Gilberto Amado está, de início, ligada à Faculdade de Direito do Recife. Ingressa no curso em 1905. Do período acadêmico, registrou lembrança dos professores Adolfo Cirne (Civil) e Gervásio Fioravante (Criminal). Sobre eles, disse “Nada me é mais agradável ainda hoje do que ouvir alguém falar do que sabe”<sup>1</sup>. Por conta das aulas de Civil, trava conhecimento com a obra que mais marcou seu curso: *Direito das coisas*, de Lafayette<sup>2</sup> (“O efeito deste livro, o encontro com um espírito decente e nítido, marcou data na minha vida e na minha formação”<sup>3</sup>). O estilo do escritor o seduz

Márcio P. P. Garcia é Advogado, Mestre em Direito Internacional (Cambridge) e Professor de Direito Internacional Público.

("... uma das mais perfeitas obras do ponto de vista literário do nosso idioma no Brasil"<sup>4</sup>). Confirma, sob influência do autor, sua vocação para o Direito ("O Direito começou a atrair-me. Só então vi que podia tornar-me um jurista"<sup>5</sup>). Na boa companhia de Lafayette, passa, com êxito, na disciplina.

É honesto, no entanto, ao reconhecer que fora aprovado em direito criminal por obséquio. O alegado fiasco no exame da disciplina, contudo, aguça em Gilberto a necessidade de aprender o assunto. Dedicar-se à matéria com afinco ("Não me limitei à discussão das escolas: clássica, positivista, eclética; apliquei-me ao exame dos códigos, comentando o nosso, comparando com outros, aprofundando o máximo que podia todos os aspectos da matéria, teóricos e práticos"<sup>6</sup>). Antes de partir, como representante escolhido pelos alunos, para congresso de estudantes em São Paulo, Gilberto procura Gervásio Fioravante. Era 1909, a resposta à pergunta formulada no exame do ano anterior estava entalada na garganta ("... descarreguei-lhe em cima o ponto todo, entre brincando e sério. Abraçamo-nos e eu parti, levando 'in petto' a resolução de, se houvesse concurso de direito criminal algum dia, inscrever-me... para 'espichar' Gervásio"<sup>7</sup>).

Obtém o grau de bacharel em 1909. Após a formatura, continua cuidando do direito criminal "com um ardor quase exclusivista"<sup>8</sup>. Em 1911, é nomeado para a cadeira. Sucede seu mestre Gervásio Fioravante, que morrera pouco antes. Torna-se professor substituto da disciplina aos 23 anos de idade. Sobre seu desempenho docente, ponderou Homero Senna, "... como professor, tudo lhe correria bem, pois Gilberto não pouparia esforços para honrar a cátedra que passara a ocupar, na mesma Faculdade, de tão ilustres tradições..."<sup>9</sup>.

A vida política, no entanto, o conduz definitivamente à capital da República. De início, e por três vezes, na qualidade de deputado federal (1915/17, 1921/23 e 1924/26). Após, no exercício de mandato senatorial (1927/30). Se é certo que os sucessivos

mandatos eletivos dificultaram, de tal ou qual maneira, sua produção acadêmica, não menos certo é que no Parlamento trava contato com o ramo do direito que projetaria sua vida jurídica tanto no plano interno quanto no internacional. É eleito membro e, depois, presidente, tanto na Câmara quanto no Senado, da então Comissão de Diplomacia e Tratados. Atua, ainda, na Comissão de Finanças como relator. O jurista entra, assim, nos terrenos do direito internacional.

O espírito pacifista de Gilberto se faz sentir em várias intervenções no Parlamento. Sempre vibrante, sempre atual, sempre oportuna, sua voz defende, por exemplo, a unidade latino-americana. Sustenta que os governos da região deveriam buscar:

"... entendimento para que se estabeleçam nas escolas públicas dos países sul-americanos a propaganda de livros de paz, a propaganda de nossas constituições, que prescrevem o arbitramento e a explicação às nossas crianças do que será a idade futura; em vez da celebração dos nossos heróis de guerra, a celebração de nossos heróis de paz; a disseminação do espírito de fraternidade continental..."<sup>10</sup>.

De outra feita, na condição de relator do orçamento do Ministério das Relações Exteriores, tem a oportunidade de, contestando colegas parlamentares, defender a Sociedade das Nações:

"Aproveito a oportunidade para, como brasileiro, como homem do meu tempo, contrariar S. Exas., dizendo: creio na Sociedade das Nações; creio na Liga das Nações.

Se ela, até este instante, me houvesse dado somente motivos de descrença, o meu dever seria ainda dizer: creio na Sociedade das Nações, porque meu dever é crer no bem, crer em um estado social melhor, superior àquele em que nos debatemos e nos atormentamos! Meu dever, dentro da guerra, é crer na paz; dentro das trevas, é aspirar à luz;...

A Sociedade das Nações reflete um antagonismo estranho de que nossa época não pôde ainda se libertar. Chocam-se dentro da Sociedade das Nações, em Genebra, o nacionalismo crespo, que não quer deixar de existir, e o espírito de internacionalidade que pleiteia o seu direito de viver!

Ao que, neste século, nesta época, neste instante assistimos, é esse trabalho, essa obra gigantesca de domar, de aconchegar, de harmonizar os nacionalismos divergentes que não podem deixar de ser, de um dia para o outro, nacionalismos, dentro desse espírito de internacionalidade que há de subsistir.

Assim como se organizou a sociedade humana, assim como cada indivíduo perdeu sua liberdade pessoal para criar a sociedade humana, corporificada em nações, assim estas não de perder um pouco da sua soberania para criar esse superorganismo necessário à paz do mundo e à felicidade do gênero humano.

O dever, portanto, de todo homem civilizado é crer na Sociedade das Nações. É um dever de brasileiro, digo eu, porque o Brasil sempre foi um país de crentes no bem universal, um país de idealista ? como se diz.

E as nações, por mais fortes que sejam, deixando de crer, de sonhar coisas melhores, mergulhadas na simples prosperidade material, o que fazem é perecer”<sup>11</sup>.

A intervenção é oportuna. De um lado, a Liga passava por sérias dificuldades; de outro, setores da vida política nacional propugnavam pela retirada do Brasil da organização. Acima de tudo, porém, está o espírito de um homem que pensava além do seu tempo. Sua apaixonada defesa da Sociedade das Nações bem poderia ser utilizada em prol de sua sucessora, a Organização das Nações Unidas. Participa, ainda, de conferências interparlamentares de comércio em

Roma (1925), Londres (1926), Paris (1927) e Berlim (1930). “Fraternidade continental”, “espírito de internacionalidade” etc., eis aí a veia internacionalista de Gilberto que começava a se manifestar.

A Revolução de 1930 interrompe o funcionamento dos órgãos legislativos. Gilberto encontra-se, desse modo, na contingência do retorno à Academia do Recife. Francisco Campos, jurista e amigo, sugere sua transferência para a Faculdade de Direito do Distrito Federal. O escritor permanece, assim, no Rio de Janeiro. E mantém o contato, que tanto estimava, com seus alunos ou, como dizia, com os “moços”.

Em 1931, publica *Eleição e representação: curso de direito político*<sup>12</sup>. Produto de uma série de conferências proferidas na Biblioteca Nacional, o livro consegue conciliar os favores do público (vai na 3ª ed.) com o apreço da crítica. Aborda temas que ainda hoje suscitam polêmica: proporcionalidade na representação, função dos partidos políticos nos regimes democráticos, multiplicidade de partidos etc. O curso alia a melhor doutrina da época (Duguít, Hauriou, Barthélemy, entre outros) à experiência acumulada nos mandatos populares que exercera. A obra bem reflete a relação entre talento, pragmatismo e maturidade.

O modo direto de pensar. A fusão do ideal com o real. Essas são algumas das qualidades do texto. Nele, por exemplo, lê-se:

“Convém não esquecer que em política a idéia de perfeição é uma idéia criminosa que deve ser combatida como um dos maiores males que podem afligir os povos. O que se deve procurar é um justo equilíbrio, o menor entre os males, pois os homens não encontraram ainda o meio de realizar, na coexistência social, o paraíso terrestre...”<sup>43</sup>.

Em 1934, sucede Clóvis Beviláqua como Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Missão difícil. Chega à Chancelaria para substituir uma unanimidade. Clóvis fora conduzido ao cargo pela

mão do Barão do Rio Branco. Lá permaneceu por 27 anos. A aposentadoria compulsória afasta o jurista cearense da vida pública. Gilberto não pleiteara o cargo. Vê na oportunidade, entretanto, o prelúdio de uma carreira diplomática que passara a cogitar. Não se pensava juiz. Antes de ascender ao cargo no Itamaraty, recusara vaga no Supremo oferecida, pouco antes, por Getúlio Vargas (“Não Presidente, não pense nisto... a honra é grande demais. Mas, não aceito, não poderia aceitá-la. Jamais me sentiria bem na função de julgar”<sup>14</sup>).

No curto espaço de tempo, pouco mais de um ano<sup>15</sup>, que permanece à frente da Consultoria Jurídica da Casa de Rio Branco, revela sua marca de fábrica: a objetividade. Com frequência, lemos em seus pareceres ponderações do tipo: “Sobre esses temas nada teria eu a dizer que não seja conhecido,” ou “deixando de lado situações e explicações supérfluas, são as seguintes as conclusões que o tema comporta”, ou, ainda, “como a matéria é hoje incontroversa, deixo de alongar-me em maiores explicações”. Não há excessos ou superfetções. Observa-se, ao contrário, a palavra certa, a fórmula feliz e construtiva. Não imitava nem repetia. Ao revés, intuía e criava.

Nesse período, várias questões chegam à mesa do Consultor: denúncia a tratados, dupla tributação, imunidade diplomática, extradição, nacionalidade, entre outras<sup>16</sup>. Os temas são abordados por Gilberto Amado de modo preciso, sem derramamentos. Sabe conciliar objetividade<sup>17</sup> e conhecimento jurídico<sup>18</sup>.

Um tema, no entanto, demanda maior dispêndio de energias: a extradição na legislação brasileira. Pondera o mestre: “Entre as questões que têm sido submetidas ao meu exame neste Ministério (e não têm sido poucas) nenhuma mais complexa do que a presente”<sup>19</sup>. Cuidava-se, principalmente, da fiel leitura da Lei nº 2.416 de 28 de junho de 1911, que disciplinava o processo extradicionário no Brasil, e de sua adequação aos ditames da Lei de Segurança Nacional de 4 de

abril de 1935. O assunto principal relacionava-se à noção de crime político. E mais, da exclusão dos delitos de imprensa do regime ordinário da extradição.

O direito de negar a extradição quando o fato incriminado constitui, segundo o entendimento do Estado requerido, delito político pode ser admitido como um princípio geral do direito internacional público. Tal exceção tem um sentido humanitário. Há de prevalecer a confiança nos direitos humanos e na liberdade pessoal e política do eventual extraditando. A grande questão reside, contudo, na qualificação das infrações penais incriminadas como delitos políticos ou comuns. É que ao lado dos delitos políticos absolutos ou puros (por exemplo: a traição), há os crimes cometidos para preparar ou assegurar o cometimento de crimes políticos. São os chamados delitos políticos conexos. Nessa hipótese, deve-se aferir a proporção entre o crime cometido e o fim político-social visado. O tema exige, sem dúvida, grande atenção. A aplicação do chamado critério da preponderância dá margem a grande subjetividade. Só o exame acurado de cada caso, bem como de seu respectivo contexto, pode afastar eventuais dificuldades que se verifiquem no plano da identificação do que seja delito político.

O assunto, por certo, não era novo ao tempo de Gilberto Amado<sup>20</sup>. O art. 6 da lei belga de 1º de outubro de 1833 previa a proibição da extradição por delito político ou por fatos conexos a tal crime. O princípio introduzido pela mencionada lei se propaga. A fórmula belga, contudo, não equaciona o problema da zona cinzenta: como determinar o crime político, sobretudo nos chamados delitos complexos ou mistos. Em 1892, o legislador suíço propõe nova hipótese: caso o fato delituoso constitua principalmente uma infração comum, a extradição deveria ser deferida ainda que a defesa do extraditando alegasse motivo político.

O fato é que cada nova construção trazia atrás de si incertezas e questionamentos. Em síntese, o assunto ainda hoje comporta

polêmica. Houve, sem dúvida, evolução<sup>21</sup>, mas o caráter subjetivo da apreciação do tema delito político se faz presente, por igual, na hora contemporânea. Gilberto demonstra total conhecimento da matéria. Vai além. Reconhece a vantagem, bem como a necessidade dos tratados uniformes de extradição no momento em que tal caminho era considerado especialmente complicado. Defende, exatamente por isso, a necessidade da adoção de textos comuns<sup>22</sup>.

Creio que ficaria surpreso ao ver que, na hora atual, a adoção de tratado uniforme sobre o tema ainda é uma quimera. Sessenta e quatro anos após sua manifestação, em que pese o trabalho da Organização das Nações Unidas em prol da adoção de tratado tipo de extradição<sup>23</sup>, os envolvidos são chamados a analisar as relações convencionais tópicas entre si celebradas. Tal situação, via de regra, proporciona dúvidas sobretudo procedimentais (p. ex.: prazos) à vista da infinidade de tratados existentes<sup>24</sup>, bem como da lei de regência da matéria<sup>25</sup>. Eis aí mostra de Gilberto Amado consultor jurídico.

Pode-se dizer, em suma, que desempenha com segurança sua missão no breve período em que passa pela Consultoria. A julgar de suas memórias, a etapa foi, por igual, fértil no conhecimento do Ministério das Relações Exteriores<sup>26</sup>. Em dezembro de 1935, deixa o cargo. É efetivado na carreira diplomática no posto de ministro de primeira classe. Exerce as funções de embaixador e ministro plenipotenciário no Chile (1936/37), na Finlândia (1938/39), na Itália (1939/42) e na Suíça (1942/43).

Desconheço notícia de trabalho sobre sua atuação como diplomata. O arquivo histórico do Itamaraty, por certo, há de conter material a ser pesquisado. O período de 1939/43, no entanto, deve ser pobre de elementos. Gilberto fora designado “embaixador especial” do Presidente Getúlio Vargas. A ele se reportava. Segunda Grande Guerra, o governo indefinido sobre o caminho a seguir. Gilberto encontrava-se na Itália. É pouco

provável a existência de documentos do contato entre ambos. Aspectos de sua vida diplomática podem, entretanto, ser encontrados em seus escritos. Recolho, por exemplo, no discurso de paraninfo da Turma de 1955 do Instituto Rio Branco, trecho revelador de sua personalidade, de seu caráter:

“Certo defrontei momentos dolorosos em que tive de me coibir e mudar até de comissão na Assembléia das Nações Unidas, por divergir da orientação do meu governo. Cito como exemplo apenas a questão dos refugiados, perante a qual minha atitude seria diferente da que tomou o Brasil. Eu teria, em vez de impedido, como se fez quase, favorecido a maior entrada possível de *displaced persons* no continente ainda relativamente despovoado que é o Brasil”<sup>27</sup>.

O primeiro dever do homem público é buscar a justiça. A passagem transcrita demonstra a retidão do homem público Gilberto Amado. Pátria sim, mas justiça primeiro. Também aí, no campo dos direitos humanos, ele adota posição de vanguarda. Só recentemente o país começa a tratar o assunto de modo coerente<sup>28</sup>.

A primeira notoriedade de Gilberto Amado, no campo jurídico, advém da sua atividade de criminalista – vocação precoce e fugaz. O derradeiro reconhecimento, esse mais longo, centra-se no direito das gentes. É nesse terreno que sua atuação jurídica pode ser mais facilmente rotulável com a etiqueta de exemplar. Privilegiado de talento e de cultura, possuidor de extraordinário brilho de expressão a escrever, harmonizou tais qualidades para o esplendor de uma vida de internacionalista. Não deixa mais de trabalhar e de zelar pelo direito internacional, dentro e, sobretudo, fora do Brasil.

A experiência como diplomata, parece-me, ajudou a forjar o internacionalista admirado e respeitado por tantos quantos tiveram o privilégio de o conhecer. Após exercer o cargo de representante brasileiro no Conselho Administrativo da Repartição



Internacional do Trabalho (1945), passa a atuar como delegado do Brasil na ONU. Se, de um lado, sua carreira diplomática atinge o apogeu; de outro, o mundo passa a conhecer o grande internacionalista brasileiro. É nas Nações Unidas que o jurista Gilberto Amado se consolida em sua vertente mais pujante, a do especialista em direito internacional.

Sobre esse período lembra:

“Foram dias cheios para mim esses do começo das Nações Unidas para as quais se erguiam os olhos da esperança humana, e de ter trabalhado em companhia de grandes sábios do mundo inteiro, alguns dos quais se tornaram amigos fraternos meus e por esse motivo amigos do meu país. É me honroso recordar esses dias e essas amizades pelo relevo que adquiriram na minha vida”<sup>29</sup>.

É certo que o tratado constitutivo da ONU é espartano ao cuidar do direito das gentes<sup>30</sup>. O artigo 13, que dispõe sobre as atribuições da Assembléia Geral, diz que ela deverá iniciar estudos e fazer recomendações, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional, bem como sua codificação. Visando dar conseqüência ao dispositivo referido, a Assembléia Geral decide pelo estabelecimento de um Comitê<sup>31</sup> que haveria de lançar luzes sobre o melhor modo de desincumbir a função atribuída pela Carta. Tal Comitê, composto de dezessete membros, propõe a criação de uma Comissão de Direito Internacional – CDI. A proposição é acolhida em 1947<sup>32</sup>. Adota-se um estatuto, e ela começa regularmente seus trabalhos no ano de 1948.

Membro do “Grupo dos Dezessete”, Gilberto Amado<sup>33</sup> orgulhava-se de ter contribuído, ao lado de Philip Jessup e Wladimir Koretsky, na redação do art. 15 do Estatuto da Comissão<sup>34</sup>. O dispositivo trata da distinção entre codificação e desenvolvimento progressivo. De acordo com Gilberto,

“A importância dessa decisão de compromisso está em que, graças a ela,

a Comissão de Direito Internacional pode trabalhar como um corpo científico, libertado da preocupação de transigir com o fim de obter acordo dos Estados em tudo que se relacione com o desenvolvimento do Direito Internacional e, ao mesmo tempo, poderá recomendar, como órgão codificador, as matérias e princípios cuja codificação ela julgue ‘necessária’ ou ‘desejável’”<sup>35</sup>.

O Grupo evitou diferenciar, de modo preciso, um e outro instituto. Até porque existe uma área de superposição. Como adverte Oscar Schachter, “... *codification involved a measure of progressive development. Inconsistencies in existing law often had to be dealt with and gaps filled*”<sup>36</sup>. Ao que parece, o intento foi alcançado. O dispositivo, tal como elaborado, resiste ao tempo. A Comissão, por seu turno, tem realizado importante tarefa no cumprimento de suas funções.

Ela se reúne, anualmente, em Genebra. Os trabalhos têm, na hora atual, duração de 12 semanas<sup>37</sup>. Seus membros são eleitos pela Assembléia Geral para um mandato de cinco anos<sup>38</sup>. Inexiste vínculo com o Estado de origem. Os componentes são escolhidos a título pessoal. Eles são, via de regra, especialistas de reconhecida competência em direito internacional, na sua maioria professores universitários<sup>39</sup>. Para cada tópico é designado um relator especial. Ele deve apresentar um relatório anual com estudo da matéria e oferecer minutas de artigos. A Comissão analisa os relatórios e transmite as minutas ao Comitê de Redação, que as examina e propõe redação final. Após, as sugestões são encaminhadas para a Assembléia Geral, que poderá convocar conferência para a adoção de um tratado internacional sobre a matéria<sup>40</sup>.

Até aqui treze assuntos apreciados pela Comissão deram origem a tratados internacionais. Merecem destaque os seguintes: Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (1969)<sup>41</sup>.

Gilberto Amado é eleito membro da Comissão, e sucessivamente reeleito. A indicação inicial de seu nome para integrar a CDI parte de outro grande internacionalista brasileiro: Raul Fernandes<sup>42</sup>. Na Comissão, Gilberto atinge pelo talento, pelo estudo, pela cultura, pela dedicação ao trabalho, pelo pragmatismo de suas colocações o respeito de todos. Sua participação é decisiva para o rumo do novo órgão. Como lembrou o Embaixador Sette Câmara, “Gilberto Amado foi o primeiro profético inconformista com as tendências acadêmicas da Comissão. Desde o começo ele compreendeu que a Comissão era um órgão subsidiário da Assembléia Geral, criado para prover perícia científica de maneira a servir aos interesses dos Estados no campo da codificação do Direito Internacional...”<sup>43</sup>.

Gilberto traz objetividade para os trabalhos da Comissão. Pondera,

“Não me deixei embair pela suposição vã de que, porque os métodos diplomáticos faliram, forçoso seria concluir que triunfariam os esforços dos homens de ciência. Ao meu espírito sempre foi evidente que a questão de método é sempre acessória ou suplementar em matéria de codificação internacional. O essencial não é o método: é o estado das relações entre as potências; não é o remédio a ser empregado; é a saúde da comunidade internacional; é a higidez do corpo coletivo.”

E arremata,

“... toda obra de codificação razoavelmente concebível e realizável há de inspirar-se nesta preocupação assaz precária ? corresponder ao interesse, às aspirações possíveis dos Estados”<sup>44</sup>.

Seria mais fácil desfraldar a bandeira da ciência pura. Esquecer a linguagem da vida. Assim proceder, no entanto, seria um desfavor ao trabalho da Comissão. O delírio utópico poderia ficar bem como doutrina, mas não ali. O retumbante fracasso de experiências anteriores o convencia disso.

Verifica-se, paradoxalmente, um hiato de estudos sobre a obra de Gilberto Amado no campo em que ele terá dedicado mais energia e gosto: o direito internacional público. Costumava dizer aos amigos que se queixavam de que sua obra na Comissão não era suficientemente conhecida:

“A culpa não é minha. Não se incluem entre meus deveres promover publicidade sobre essa obra. Traduzi-la do inglês e do francês custar-me-ia tempo e obrigar-me-ia a grande fadiga física. Observe-se que, em geral, os membros da Comissão não lêem os seus trabalhos. Fala-se conversando. Os estenógrafos apanham tudo o que se diz na íntegra e os serviços jurídicos da Divisão de Codificação resumem o que se diz e submetem o texto à consideração do autor. Alguns melhoraram, aperfeiçoam o que disseram. Eu raramente o faço e tudo o que saiu até hoje publicado não me determinou nenhuma correção. Tudo está certo e nítido conforme eu disse na ocasião. É que por temperamento e respeito a mim mesmo, só abro a boca para dizer o que já sei”<sup>45</sup>.

Penso que o senso crítico severo aliado à mais absoluta objetividade impediram a produção de obra sobre o direito das gentes, quer geral, quer específica. De outro lado, iniciativas como a brilhante conferência “O Direito Internacional e as Nações Unidas”<sup>46</sup> infelizmente não se reproduziram com periodicidade. A palestra é síntese exemplar de sua atuação na ONU até ali.

Para saber da real contribuição de Gilberto Amado nesse ramo do direito, é imperioso analisar os 42 volumes dos anuários da Comissão publicados no período de 1949 a 1968. Nesse sentido, o trabalho do Professor Cançado Trindade é de grande importância – tanto na palestra proferida no centenário de nascimento de Gilberto<sup>47</sup>, quanto nas transcrições que fez constar do *Repertório da prática brasileira do direito internacional público*<sup>47</sup>. O material proporciona passagens

que só a vivência prática pode oferecer (“Os Estados algumas vezes ocultavam seus verdadeiros pontos de vista sobre as questões em discussão em conferências ou recorriam a Estados amigos para expressá-los...”<sup>48</sup>). Como se vê, Gilberto não é jurista de gabinete. Tais observações não constam de manuais da disciplina. Da leitura desse acervo, fica claro que a atuação do jurista sergipano vai desde a organização dos trabalhos da Comissão até o debate aprofundado sobre temas como: direito dos tratados, direitos e deveres dos Estados, jurisdição criminal internacional, *jus cogens*, direito do mar e processo arbitral.

No domínio do direito dos tratados, Gilberto defende tese que resultou vencida. A necessidade do consentimento de todas as partes para a validade das reservas em tratado multilateral. O princípio tradicional cede às exigências da vida contemporânea. A necessidade de aprovação unânime dificulta a adoção, bem como a entrada em vigor dos tratados. De outro lado, a quebra do princípio possibilita uma participação mais ampla no compromisso. A reserva, por certo, não é um caminho para fugir às obrigações. Ela representa a possibilidade de comprometer parte que, do contrário, não se vincularia ao texto. O tema hoje não apresenta maiores dificuldades<sup>49</sup>. Uma reserva expressamente autorizada por um tratado não requer qualquer aceitação posterior pelos outros Estados contratantes, a não ser que o tratado assim disponha.

Ainda no campo do direito dos tratados, Gilberto faz amplo estudo do projeto do Professor James L. Brierly. Pondera que o trabalho estava inseparavelmente ligado à técnica do sistema anglo-saxão. O texto do relator abstraía da realidade global. Discorda, por exemplo, da idéia de reputar válido os tratados no momento da assinatura. Lembra que tal prática é uma “obsoleta reminiscência de um passado remoto”<sup>50</sup>. Arremata a crítica de modo contundente: “...o curioso é que, relativamente à questão crucial em direito sobre tratados, a necessidade de

ratificação, o relator, nos seus livros, sustenta uma doutrina em flagrante contradição com o ponto de vista adotado no projeto”<sup>52</sup>. Dizia isso ao professor de Oxford!

Sua posição não custa a amizade de Brierly. Nem sempre foi assim. A argumentação clara, incisiva e terrível contra o relatório do Prof. Georges Scelle sobre o processo arbitral deixa marcas no relacionamento de ambos. Vê o texto proposto afastado da prática dos Estados. Diz que o relatório é distante da realidade internacional e repassado da “totalidade idealista”. Bate-se, por exemplo, contra a idéia de veto à nomeação de chefes de Estado para árbitros de controvérsias internacionais. Por igual odiosa lhe parece a proposta de conceder aos árbitros poderes para negociar e concluir o compromisso arbitral. De suas inúmeras observações, recolho a seguinte passagem:

“Não é a escolha dos árbitros pelas partes que constitui a essência da arbitragem. O compromisso arbitral, este sim, é a cavilha de todo o sistema arbitral. O Sr. Scelle propõe um verdadeiro desdobramento do compromisso arbitral. Na realidade sugere dois compromissos: o primeiro, relativo à nomeação dos árbitros, que é a verdadeira base do seu sistema e o compromisso arbitral no sentido tradicional, contendo as condições, o objeto do litígio, as regras do processo etc. O tribunal terá poderes para interpretar livremente e até mesmo para modificar o compromisso. Sob o pretexto de aperfeiçoamento da prática dos Estados, o sistema do relator significaria a destruição do instituto da arbitragem na sua essência de jurisdição voluntária das partes, estabelecida por convenção”<sup>53</sup>.

O teor da argumentação contribui para inviabilizar as propostas do relator. O debate atinge o plano pessoal. Scelle passa a ver em Gilberto um elemento hostil. A inimizade é o desfecho do relacionamento. Infezivelmente, tal desenlace não é incomum no

mundo acadêmico. E o que é pior, rusgas alheias podem prejudicar o desenvolvimento da ciência, e respingar em quem se encontra distante da controvérsia. Gilberto e Scelle, no entanto, foram maiores que sua contenda. Anos mais tarde, os dois grandes juristas reconhecem as virtudes recíprocas. Reata-se a amizade.

Discute-se, de outra feita, jurisdição criminal internacional. Gilberto comparece. Fala. Coopera. Apresenta emenda. Bate-se, enfim, contra a ilusão de se criar um tribunal penal internacional antes da existência da lei penal a ser eventualmente aplicada. Diz ser prematuro qualquer esforço para o estabelecimento de instância criminal na ausência de um direito criminal internacional. Pondera,

“É preciso reconhecer que o direito penal internacional, direito ainda em formação, não se acha suficientemente amadurecido para permitir o estabelecimento de uma jurisdição penal. A Sociedade internacional não dispõe de meios de forçar os Estados a trazer seus súditos ao Tribunal, com exceção, naturalmente, da técnica do ‘self-help’, da justiça pelas próprias mãos, que é a guerra. Destarte, sou forçado a não reconhecer, *por enquanto*, a possibilidade da criação de uma ‘Corte Internacional de Justiça Penal’”<sup>54</sup> (ênfase acrescida).

Desde então, o assunto faz parte da pauta da CDI. O tema, ainda hoje, provoca polêmica. Recentemente, realizou-se em Roma, por convocação da Assembléia Geral, conferência para o estabelecimento de uma Corte Criminal Internacional. Os resultados do encontro de Roma demonstram que a matéria começa a amadurecer. É obra humana, sujeita aos humores do cenário internacional. Ainda assim, o material produzido é bastante palatável<sup>55</sup>. De todo modo, a contribuição de Gilberto, bem como de seus pares, no romper dos anos cinqüenta, foi importante para o resultado verificado na capital italiana.

O essencial de nossa atenção, para uma análise do trabalho de Amado na CDI, centrou-se em alguns aspectos de sua atuação. Exame exaustivo da contribuição do mestre sergipano é obra a ser realizada. O fundamental aqui é registrar a relevância da participação do eterno Decano na Comissão. Não tenho dúvida de que os conselhos do jurista hão de marcar, pelo tempo adiante, a atuação do próprio órgão. Até porque, em sua larga maioria, foram acatados. Dizia Gilberto que o papel do jurista assemelha-se ao de um conselheiro. Lembrava, entretanto, que “conselheiro pouco sábio é aquele que dá conselho que ele sabe não será aceito”<sup>56</sup>. Sobre os feitos da Comissão, preferia não se pronunciar. Contentava-se em dizer que:

“...acredito nela e que nela me empenho com todo o ardor e poder do meu espírito, procurando seguir a trilha dos nossos antepassados, que desde o começo da Independência e durante todo o Império afirmaram o amor do Brasil pela ciência do direito e mostraram a capacidade de nossa terra para bem servi-lo...”<sup>57</sup>.

O resultado de tanta entrega desinteressada é o respeito e a admiração de seus pares. Como reconhecimento, a Comissão decide, pouco após sua morte, criar a *Gilberto Amado Memorial Lectures*. As conferências, proferidas anualmente por um grande internacionalista, ocorrem durante as sessões da CDI. Como bem ponderou o Embaixador Sette Câmara:

“*This homage to the memory of Gilberto Amado is an impressive testimony to the force and importance of his personality. The membership of the ILC has included the most eminent international lawyers of the past forty years. It will suffice to recall the names of Brierly, Manley Hudson, Georges Scelle, J. P. A. François, Spiropoulos, Hersch Lauterpacht, and Verdross, among its late members, to show the quality of its membership. The fact that among all these great men Gilberto Amado was singled out for annual commemoration speaks for itself*”<sup>58</sup>.

Devo destacar que a atividade jurídica de Amado na ONU não se limitou à CDI. Ele participou, ainda, do Sexto Comitê (Jurídico) da Assembléia Geral<sup>59</sup>. Foi, de outro lado, chefe da delegação brasileira à Conferência da ONU sobre o Direito do Mar de 1960. Atuou também na Comissão de Jurisdição Penal Internacional<sup>60</sup>. As Nações Unidas souberam reconhecer a importância da atuação do grande brasileiro ao reelegê-lo para sucessivos mandatos, de modo que, ao falecer, era o único membro da Comissão que a integrava desde a instalação. Era, em síntese, o Decano de palavra firme, serena e autorizada. A justiça de seus conceitos, a facilidade e clareza de sua linguagem fizeram com que fosse pacífico o reconhecimento de seu valor como internacionalista.

Não chegou à Corte da Haia. É de se pensar que a tanto almejava. O temperamento impulsivo aliado a vicissitudes políticas, a meu sentir, não coroaram seu currículo com a passagem pelo principal órgão judiciário da ONU<sup>61</sup>. Sobre seu trabalho no cenário internacional, no entanto, pode-se dizer que ele aderiu à tarefa. Conselho que soube passar em seu discurso aos diplomados do Rio Branco. Na oportunidade, disse:

“Aderir à tarefa!” Lembrai-vos bem. Só um prazer, em verdade vos digo, meus jovens amigos, verdadeiramente alargador do coração, estreme de mescla, nos é dado: este de fazer bem o nosso trabalho, de cumprir direito nosso dever”<sup>62</sup>.

É curioso observar que, ainda hoje, juristas brasileiros, sobretudo da área do direito internacional, travam contato com as idéias do mestre sergipano no exterior. Imagino ser um cacoete tropical o não-reconhecimento, ou melhor, o desconhecimento do trabalho de inúmeros brasileiros que engrandeceram nosso país. E o que é por vezes pior: a exaltação desmedida do estrangeiro. Perigo a que Amado denominava “desnacionalização”. Parece-me, no entanto, que tal omissão começa a ser suprida. Iniciativas como a do seminário organizado pelo Governo do

Estado de Sergipe por ocasião do trigésimo aniversário de sua morte, a da Fundação Alexandre de Gusmão, que recentemente publicou as “Conferências Gilberto Amado”<sup>63</sup>, bem como a do Senado Federal que editou, na coleção Biblioteca Básica Brasileira, a obra “Eleição e Representação”<sup>64</sup>, demonstram o alvorecer do resgate de um dos grandes vultos da história recente do Brasil.

Por fim, vale recordar o “Poema para Gilberto Amado” de Vinicius de Moraes<sup>65</sup>:

*O HOMEM que pensa  
Tem a frente imensa  
Tem a frente pensa  
Cheia de tormentos.  
O homem que pensa  
Traz nos pensamentos  
Os ventos preclaros  
Que vêm das origens.  
O homem que pensa  
Pensamentos claros  
Tem a frente virgem  
De ressentimentos.  
Sua frente pensa  
Sua mão escreve  
Sua mão prescreve  
Os tempos futuros.  
O homem que pensa  
Pensamentos puros  
O dia lhe é duro  
A noite lhe é leve:  
Que o homem que pensa  
Só pensa o que deve  
Só deve o que pensa.*

Paris, 1957

A vingar a frase do personagem shakespeariano, a inteligência de Gilberto Amado – o homem que pensa – é inexcedível.

#### Notas

<sup>1</sup> In: *Minha formação no Recife*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955. p. 245.

<sup>2</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 2 v. 1877.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 246.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 245.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 246.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 346.  
<sup>7</sup> Op. cit., p. 347.  
<sup>8</sup> In: *A Semana*, de 30 de abril de 1911.  
<sup>9</sup> SENNA, Homero. *Gilberto Amado e o Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1969. p. 101.  
<sup>10</sup> Câmara dos Deputados, Comissão de Finanças, sessão de 22 de novembro de 1922 (v. *Perfis parlamentares no. 11* - Gilberto Amado. Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, s./d., p. 120).  
<sup>11</sup> Câmara dos Deputados, Comissão de Finanças, sessão de 27 de dezembro de 1925 (op. cit., p. 170 - 171).  
<sup>12</sup> *Eleição e representação: curso de direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro : OIG, 1931.  
<sup>13</sup> Op. cit., p. 41.  
<sup>14</sup> In: *Depois da política*. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1960. p. 226.  
<sup>15</sup> De 1º de novembro de 1934 a 18 de dezembro de 1935.  
<sup>16</sup> *V. Pareceres dos consultores jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1935-1945)*. Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1961. p. 03-74.  
<sup>17</sup> V. parecer de 23 de setembro de 1935, assim ementado: "O serviço pré-militar e a questão da cidadania. Consulta da Embaixada em Roma sobre a situação dos brasileiros filhos de pais italianos, em face da Constituição Brasileira e da nova legislação militar da Itália". Op. cit., p. 65/67.  
<sup>18</sup> V., por exemplo, pareceres sobre a incidência da cota de previdência sobre os juros de depósitos bancários de funcionários estrangeiros (imunidade diplomática) e manifestação sobre o poder competente para sancionar, promulgar e publicar tratados e convenções internacionais. Op. cit., p. 37-46 e 54-61, respectivamente.  
<sup>19</sup> Op. cit., p. 68 (v. nota 17).  
<sup>20</sup> V., entre outros, ROLIN, Albéric. *Quelques questions relatives a l'extradition. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. 1923. p. 196-216. V., ainda, o art. 356 do Código de Bustamante (1928), e 3º da Convenção de Montevideú (1933).  
<sup>21</sup> Hoje, por exemplo, fala-se, com maior ênfase, na necessidade de que o processo extradicional leve em conta a temática dos direitos humanos. Sobre isso, v., entre outros, DUGART, John, WYNGAERT, Christine Van den. *Reconciling Extradition with Human Rights. American Journal of International Law*. 92 (APR 1998) 2: 187-212.  
<sup>22</sup> Op. cit., p. 71 (v. nota 17).  
<sup>23</sup> Resolução da Assembléia Geral nº 45/116, de 14 de dezembro de 1990. V., ainda, Acordo de Extradução entre os Estados-parte do MERCOSUL, Bolívia e Chile (assinado em Brasília, em 20 de novembro de 1998).

<sup>24</sup> Para uma lista dos tratados em relação aos quais o Brasil está vinculado, v. *A extradição*. 2. ed. Brasília : Ministério da Justiça, Departamento de Estrangeiros, 1999.

<sup>25</sup> Entre nós, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

<sup>26</sup> V. *Depois da política*. p. 237-246 (v. nota 15).

<sup>27</sup> In: *Gilberto Amado: centenário*. Rio de Janeiro : J. Olympio; Brasília : IPRI/CDO, 1987. p. 58.

<sup>28</sup> Criação, por exemplo, do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE: art. 11 da Lei nº 9.474/97 (Estatuto do Refugiado).

<sup>29</sup> Discurso proferido quando do recebimento do título de Professor *honoris causa* da Universidade Federal do Rio de Janeiro. In: Contribuições de Gilberto Amado ao Direito Internacional. *Correio da Manhã*. Rio de Janeiro, 8-9-68, 2. parte, p. 1.

<sup>30</sup> Sobre o tema, v. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio, *As Nações Unidas e o direito internacional. Carta mensal*. 494, maio, 1996. 42: 3-20.

<sup>31</sup> *Resolução da Assembléia Geral*. N. 94 (I), de 11 de dezembro de 1946.

<sup>32</sup> *Resolução da Assembléia Geral*. N. 174 (II), de 21 de novembro de 1947.

<sup>33</sup> Na oportunidade, Gilberto fora assessorado pelo então Secretário Ramiro S. Guerreiro. Sobre esse período, v. saborosos comentários em: GUERREIRO, Ramiro Saraiva. *Lembranças de um empregado do Itamaraty*. São Paulo : Siciliano, 1992. p. 50-63.

<sup>34</sup> Art. 15 - "Nos artigos que se seguem a expressão 'desenvolvimento progressivo do Direito Internacional' é empregada por comodidade, para visar os casos em que se impõe a necessidade de redigir convenções sobre matérias que não estejam ainda reguladas no Direito Internacional ou relativamente às quais o Direito não se ache ainda suficientemente desenvolvido pela prática dos Estados. Assim, também a expressão 'codificação do Direito Internacional' é empregada por comodidade para visar os casos em que se tenha de formular com maior precisão e de sistematizar as regras do Direito Internacional em domínios em que já exista uma prática estatal considerável dos precedentes e das opiniões doutrinárias".

<sup>35</sup> In: *Revista Forense*. 134 mar./abr. 1951, 573/574. p. 337.

<sup>36</sup> *The UN legal order: an overview*. In: JOYNER, Christopher C. *The United Nations and international law*. Cambridge : Cambridge University Press, 1997. p. 7.

<sup>37</sup> *Resolução da Assembléia Geral* nº 3315 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974.

<sup>38</sup> Desde 1981, a Comissão conta com 34 membros. De início, ela tinha 15 membros. Em 1951, passa para 21. Vinte e cinco membros é a composição no período de 1961 até 1980.

<sup>39</sup> Os seguintes brasileiros atuaram na Comissão: Gilberto Amado (1948/69); Embaixador Sette

Câmara (1970/78); Embaixador Calero Rodrigues (1982/97) e, desde 1998, o Embaixador Baena Soares.

<sup>40</sup> Notícia atualizada sobre a Comissão de Direito Internacional é encontrada no seguinte endereço eletrônico: [www.un.org/law/ilc/ilcintro.htm](http://www.un.org/law/ilc/ilcintro.htm).

<sup>41</sup> Para análise da atual pauta, v. texto do Embaixador Calero Rodrigues: O trabalho de codificação do direito internacional nas Nações Unidas. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. [s.l. : s.n.], 49, jan./jun. 1996.

<sup>42</sup> V. artigo de Gilberto Amado: Raul Fernandes: traços para um estudo. In: *Raul Fernandes: nonagésimo aniversário*, Rio de Janeiro : MRE, v. 2, 1958.

<sup>43</sup> In: *Gilberto Amado: centenário*. Rio de Janeiro : J. Olympio; Brasília : IPRI/CDO, 1987. p. 21.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 338-339 (v. nota 36).

<sup>45</sup> Op. cit., p. 1 (v. Nota 30).

<sup>46</sup> Conferência pronunciada na Faculdade Nacional de Direito, em 15 de setembro de 1950. V. *Revista Forense*. 134, mar./abr. 1951. 573/574: p. 335-357.

<sup>47</sup> “A contribuição de Gilberto Amado aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.” In: *Gilberto Amado: centenário*. Rio de Janeiro : J. Olympio; Brasília : IPRI/CDO, 1987.

<sup>48</sup> Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 4 vols. 1984. Período 1919/40: p. 79, 80, 216, 217; Período 1941/60: p. 25-31, 62-64, 84-87, 91, 92, 95-99, 134, 135, 162-164, 171, 196, 227, 228, 236, 258, 259, 283-292 e 347-351, e Período 1961/81: 79, 80, 97, 98, 128, 129, 140, 141 e 308. Vale destacar trecho da nota explicativa à publicação: “Em se tratando de um Repertório nacional da prática do Direito Internacional, ficaram excluídos os documentos de órgãos do gênero da Comissão de Direito Internacional da ONU, cujos integrantes atuam em sua capacidade puramente pessoal. Contudo, foi possível levar em conta a análise dos ricos trabalhos da CDI efetuada no seio de órgãos de composição intergovernamental – como a Assembléia Geral e sua VI Comissão –, em que aparece sob o nome da Missão do Brasil ou da Delegação do Brasil”.

<sup>49</sup> In: *Repertório*. Período 1961/81. p. 129.

<sup>50</sup> V. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), arts. 19 a 23. Atualmente, a CDI aprecia o tema: reserva em tratados sobre direitos humanos.

<sup>51</sup> Op. cit., p. 347 (v. nota 47).

<sup>52</sup> Op. cit., p. 348 (v. nota 47).

<sup>53</sup> Op. cit., p. 355 (v. nota 47).

<sup>54</sup> Op. cit., p. 342 (v. nota 47).

<sup>55</sup> V., entre outros, ARSANJANI, Mahnoush H. The Rome Statute of the International Criminal Court. *American Journal of International Law*. 93 jan. 1999. 1: 22-42.

<sup>56</sup> Op. cit., p. 356 (v. nota 47).

<sup>57</sup> Op. cit., p. 357 (v. nota 47).

<sup>58</sup> *Gilberto Amado memorial lectures: conférences commémoratives Gilberto Amado*. Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão / Ministério das Relações Exteriores, 1998. p. 172.

<sup>59</sup> V., por exemplo, “O Brasil e o direito do mar”, trabalho apresentado ao Comitê em 4 de dezembro de 1956. *Revista Forense*. 169, jan./fev. 1957. 643/644: 9-15.

<sup>60</sup> Sobre o tema v. GROS ESPIELL, H. Gilberto Amado y la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, XXXVII / XXXVIII (1985/1986) 67/68: 62-70.

<sup>61</sup> Por vias oblíquas, contudo, justiça lhe foi feita. Seu discípulo, o Embaixador Sette Câmara, atinge a glória suprema. Para honra do mestre, e alegria de seus compatriotas. Lá permanece de 1979/88. Chega à Vice-Presidência do Tribunal, por eleição de seus pares, no período 1982/85.

<sup>62</sup> Op. cit., p. 52 (v. nota 28).

<sup>63</sup> *Gilberto Amado memorial lectures: conférences commémoratives Gilberto Amado*. (v. nota 58).

<sup>64</sup> Primorosa edição de 1999, que conta com introdução crítica do saudoso Professor Olavo Brasil de Lima Júnior.

<sup>65</sup> In *Vinicius de Moraes: poesia completa e obra*. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Aguilar, 1986. p. 346.

# Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

## Sumário

1. Dos objetos válidos de contratação. 2. Dos requisitos subjetivos para a contratação da fundação. 3. Da utilização indevida dos contratos para adiantamento de fundos a serem geridos e das suas conseqüências. 4. Conclusões.

A Lei nº 8.958/94 instituiu uma nova modalidade de dispensa de licitação, exercitável apenas pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica. Essa dispensa está limitada à contratação por tempo determinado de instituições sem fins lucrativos, criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (habitualmente conhecidas como “fundações de apoio”). Essa faculdade tem sido amplamente utilizada pelas instituições federais destinatárias da lei. Estas notas pretendem discutir alguns pontos ainda controvertidos da aplicação da Lei nº 8.958/94, à luz do processo legislativo que a originou, da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União<sup>1</sup>, oferecendo alguns conceitos úteis à correta utilização desse importante recurso por parte da administração universitária, tendo em vista os condicionantes atualmente fixados pelo direito positivo em vigor.

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Analista de finanças e controle externo do Tribunal de Contas da União e conselheiro do Conselho Regional de Economia de Minas Gerais.



### 1. Dos objetos válidos de contratação

Da enorme variedade de serviços atualmente contratados às fundações de apoio na forma da Lei nº 8.958/94 emerge o inevitável questionamento sobre a extensão da aplicabilidade do art. 1º daquele diploma legal. Partimos da hipótese de que o referido artigo (e o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 nele citado) não prevê a dispensa de licitação em caráter exclusivamente subjetivo, ou seja, em função unicamente das características das fundações nele citadas. A ser assim, não são *quaisquer* contratos com as fundações que nele podem ser amparadas, mas *determinados* contratos com *finalidades específicas*. Justifica-se a dúvida e mesmo eventuais impropriedades da parte das instituições envolvidas, e o conhecido esforço orientador do Tribunal de Contas da União, pela concisão dos dispositivos legais e as dificuldades para sua interpretação, verificadas na própria doutrina especializada:

“Com relação à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional deve-se observar o seguinte:

a) as três expressões são muito abrangentes não identificando com precisão o objeto da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, permitindo daí até inferências que só terão validade se contrastadas com o interesse público”<sup>2</sup>.

Examinando seu conteúdo literal, temos que o art. 1º da Lei nº 8.958/94 permite a contratação por tempo determinado de “instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes”. O artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, a que o artigo anterior faz referência, restringe a contratação a “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional” de inques-

tionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos. Desde já percebe-se a inseparável vinculação dos contratos com projetos específicos de ensino, pesquisa e extensão ou de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, pois de outra maneira não se concebe a enumeração dessas finalidades no texto dos dois dispositivos<sup>3</sup>. Essa especificidade do projeto é igualmente acolhida doutrinariamente:

“Objetos vagos, para os fins da Lei nº 8.666/93, como por exemplo pesquisar a cura da AIDS, são ilegais, dispondo o Estado de outros meios para realizar tais atividades, inclusive mediante subvenção. Aqui se busca serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras. A atividade poderá inclusive nem ser a pesquisa, embora firmada com uma entidade dedicada a pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto”<sup>4</sup>.

Se avançarmos além do texto literal, vemos que teleologicamente não existiria nenhum fundamento de interesse público para diferenciar-se – em oposição ao princípio constitucional da igualdade perante a lei – determinada categoria de entes privados (as fundações) sem que essa diferenciação estivesse diretamente vinculada a algum benefício identificável para a sociedade. O benefício que poderia advir da finalidade institucional das fundações é, pois, a participação direta nas atividades a cujo apoio se destinam. Destaque-se que os “meios e condições especiais de trabalho” a que alude a Constituição não são destinados a tal ou qual autarquia ou fundação pública que seja instituição de ensino ou pesquisa, mas à *atividade* de ciência e tecnologia (Constituição Federal, art. 218, § 3º).

Pesquisando em seguida as intenções do legislador, vemos espelhada na Exposição de Motivos que fundamentou a referida Lei nº 8.958/94<sup>5</sup> a vinculação entre a

contratação das fundações e a execução de projetos específicos:

“Neste contexto, as Fundações de Apoio cumprem funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos com administração individualizada por cada projeto”<sup>6</sup>.

Percebe-se portanto a ênfase explícita da Lei, desde a origem, no papel das fundações como intervenientes na captação e gestão de recursos oriundos de agências financiadoras externas à academia. Essa ênfase é mantida na discussão da matéria dentro do Legislativo:

“O presente projeto de Lei deve merecer a aprovação plena da Câmara Federal, permitindo que as universidades Federais, haja vista que as fundações foram instituídas com o objetivo de *auxiliá-las na captação e gerenciamento de recursos extraordinários, oriundos de diversas agências de fomento nacionais e internacionais, para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, ensino e extensão*, venham a desempenhar suas atividades-fins, contribuindo efetivamente para o desenvolvimento científico e tecnológico do País”<sup>7</sup>.

Em resumo, a literalidade da lei, as finalidades a que se destina e a pesquisa do *mens legis* conduzem à inevitável vinculação entre a contratação das fundações ao abrigo da Lei nº 8.958/94 e a existência de um projeto específico e definido de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico a que sirva o contrato. Não é qualquer serviço ou qualquer captação de recursos de que se trata: para a validade da dispensa de licitação, parece-nos essencial que os serviços desempenhados e os recursos captados ou geridos

estejam diretamente relacionados a algum desses projetos, e essa relação esteja pormenorizadamente descrita na justificativa da dispensa. Naturalmente, embora as fontes escritas refiram-se à captação e gestão de recursos externos, não vemos nenhum sentido ou interesse público em excluir do universo desses projetos aqueles custeados com recursos da própria instituição contratante: não será a fonte dos recursos que distinguirá aqueles inseridos no contexto da Lei, mas a sua destinação.

Não vemos como um estudo acadêmico ou o próprio Tribunal de Contas pode estabelecer, indutivamente, uma “regra de bolso” para apurar *a priori* se determinado tipo de objeto se enquadraria no contexto da lei (além daquela óbvia exigência formal de existir um projeto específico e documentado). No entanto, é possível prever que alguns objetos de contrato (mesmo com a formalidade escrita de um “projeto”) não estarão abrigados pela norma, apesar de aparentemente conformarem-se à letra da lei. Mais ainda, é possível compendiar alguns casos já examinados no âmbito de auditorias promovidas pelo TCU para oferecer, ao menos neste universo limitado, a orientação apropriada sobre sua adequação como objeto de contratação por meio da Lei nº 8.958/94.

Existem casos de utilização explícita das fundações para contratação de pessoal para operação de Hospitais Universitários. Trata-se nesse caso de contratação indireta de pessoal (sob vínculo empregatício ou como prestadores de serviços) para desempenho de funções permanentes do Hospital. Além das múltiplas vedações legais, os resultados da contratação da fundação envolvida circunscrevem-se à operação regular do hospital, sem vinculação direta com projetos específicos. Pode-se nesse ponto buscar uma generalização: mesmo sendo os Hospitais parte integrante da atividade-fim das Universidades, a simples operação ou gestão dos mesmos não é atividade inserida no universo permitido pela Lei nº 8.958/94. Isso propomos a partir

da constatação óbvia de que a função do Hospital em si é de prestação de serviços, não se confundindo com as atividades de pesquisa amparadas pelo art. 218, § 3º, da Constituição, por mais meritória que seja. Comprova-o a jurisprudência do Tribunal<sup>8</sup>, bem como um fato singular relacionado à elaboração legislativa do relacionamento universidades/fundações. Projeto de lei anterior à Lei nº 8.958/94 e visando o mesmo objetivo<sup>10</sup>, aprovado nas duas Casas do Congresso Nacional, dispunha em seu art. 1º que as fundações deveriam ter por finalidades o “apoio ao desenvolvimento de seus projetos de pesquisa, extensão, *gerenciamento das atividades de saúde* e assistência ao estudante” (grifo nosso). Ora, o referido Projeto foi vetado pelo Presidente da República<sup>10</sup> e o veto foi mantido pelo Congresso Nacional<sup>11</sup>, sendo que a atividade de gerenciamento das atividades de saúde não reapareceu na proposta que finalmente resultou na presente Lei nº 8.958/94. Assim, só nos cabe concluir que a atividade de gerenciamento ou operação de serviços hospitalares e de saúde não é, de per si, inserta no universo daquelas abrangidas pela Lei nº 8.958/94 (o que naturalmente não exclui a pertinência de projetos específicos nesta área que, individualmente, atendam às finalidades nela descritas). O caráter do risco da suspensão da prestação de serviços de saúde pública de urgência eventualmente executados pelo contrato não retira a impertinência da contratação, tendo alterado apenas, em caráter excepcionalíssimo, as medidas adotadas pelo Tribunal em alguns casos concretos.

Outros contratos envolvem a aquisição de gêneros alimentícios para as operações de Hospitais Universitários, o que tampouco nos parece guardar correlação com os fins colimados na Lei nº 8.958/94, tratando-se de serviço comercial cuja execução não está vinculada a qualquer projeto acadêmico ou científico<sup>12</sup>. Aliás, o TCU já decidiu em assentada anterior que a aquisição de materiais e a contratação de serviços por parte de Hospital Universitário são objeto

de sua competência exclusiva, inexistindo amparo legal para transferi-las a fundação de apoio<sup>13</sup>.

Existem também alguns contratos de caráter genérico<sup>14</sup>, permitindo a sua redação abrigar um amplo leque de serviços, inclusive possibilitando que os mesmos sejam definidos a posteriori por meio de requisições ou ordens de serviço emitidas pela Universidade ou instituição contratante. Nesse caso, é virtualmente impossível pretender inserir qualquer desses serviços contratados em projeto acadêmico específico (e muito menos o seu conjunto, que resulta da simples agregação de objetos díspares). Pela própria redação de contratos desse tipo, parece-nos evidente que neles não há a mais tênue vinculação aos objetivos da Lei nº 8.958/94.

## 2. *Dos requisitos subjetivos para a contratação da fundação*

Da mesma forma como existe uma condição *objetiva* de validade da dispensa de licitação (ou seja, o objeto do contrato, como visto acima), impõe-se uma condição *subjetiva*, relativa à natureza da instituição contratada. Primeiramente, a longa lista de requisitos formais presentes nos textos legais. A contratada há de ser instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, de inquestionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos, conforme preceitua o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Deverá ainda estar constituída em fundação de direito privado, na forma do Código Civil, sem fins lucrativos, e ser previamente credenciada nos Ministérios da Educação e do Desporto e da Ciência e Tecnologia, exigências essas fixadas pelo art. 2º da Lei nº 8.958/94. Além disso, o art. 1º desse normativo repete a exigência finalística da contratada, ao limitar seu universo a organizações “*criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico* de interesse das instituições federais contratantes”<sup>15</sup>.

Tais requisitos, a nosso ver, são inequívocos e não constituem dificuldade de entendimento ou aplicação. Outro pressuposto de validade subjetiva, porém, foi levantado pelo monitoramento diligente do TCU. Trata-se de uma exigência de conteúdo material: a conexão entre o objeto do contrato e os fins estatutários da instituição contratada, bem como das atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional efetivamente desenvolvidos por esta<sup>16</sup>. Essa exigência significa a verdadeira concretização do objetivo da lei: fomentar o ensino, a pesquisa e a extensão. Caso contrário, as Fundações beneficiárias da dispensa poderiam receber o respaldo legal para executarem qualquer tipo de serviço, indiscriminadamente, o que as transformaria em meros intermediários formais (até porque nenhuma organização pode propor-se a executar com excelência *todo e qualquer* serviço ou encargo). Na expressiva síntese do Ministro-Relator de uma das mais recentes decisões do TCU sobre o tema:

... a dispensa do procedimento licitatório só seria devida caso o objeto do contrato fosse compatível com os objetivos fins da Fundação de Apoio. Interpretar diferente seria permitir que as Fundações de Apoio e Pesquisa prestassem todo e qualquer serviço em detrimento dos concorrentes privados. O objetivo do dispositivo legal foi fomentar e divulgar a pesquisa e não desvirtuar sua área de atuação, o que por certo ocorreria caso essas entidades passassem a ser fornecedoras de serviços diversos para as entidades públicas que pretendessem se esquivar do certame licitatório<sup>17</sup>.

### 3. Da utilização indevida dos contratos para adiantamento de fundos a serem geridos e das suas conseqüências

Os contratos relativos a gestão de recursos recebidos de fontes externas (agências financiadoras públicas, empresas privadas) para financiamento de pesquisa,

bastante utilizados na área federal, parecem-nos caracterizados explicitamente na lei e seus antecedentes como paradigmáticos das finalidades atribuídas por ela à relação universidade/fundação, não restando dúvida da adequação de seu objeto aos ditames da Lei nº 8.958/94. Nesses casos, cabe precaver-se contra uma distorção que pode ocorrer na utilização dessa contratação de fundações: o pagamento antecipado de despesas, ou seja, a instituição contratante simplesmente repassar à fundação, *a título de pagamento liquidado na forma legal*, os valores recebidos do órgão financiador. Gerencialmente, estar-se-á buscando em todos os casos realizar uma espécie de “suprimento de fundos” em grande escala, ou seja, repassar recursos às fundações para que as mesmas executem tal ou qual gasto em nome da instituição contratante (na expectativa de que o façam de forma mais rápida e eficaz que a instituição poderia fazê-lo diretamente).

Por mais louvável que seja nesses casos a preocupação com a eficácia no uso dos recursos, não podemos senão concluir pela inadequação do uso do instrumento “contrato” para formalização da prestação de serviços de gestão de recursos de pesquisa pelas fundações. O *contrato* pressupõe interesses distintos por ele conciliados<sup>18</sup>, representando o ponto de contato entre a administração e os particulares que como tal a ela fornecem. Portanto, não é lícito desconsiderar os cuidados que o ordenamento jurídico confere a esse relacionamento. Entre esses cuidados está o mecanismo de liquidação da despesa, detalhadamente regulado<sup>19</sup> com vistas a cercar o Estado de garantias da satisfação da obrigação do beneficiário *antes* do desembolso dos recursos. Atestados os bens/serviços como fornecidos (o que é feito, por definição, *antes* da execução contratual, nos casos aqui discutidos), nenhuma obrigação legal subsiste formalmente para o contratado (ou seja, as fundações já estão formalmente quites com

sua obrigação tão-somente com receber os recursos). Parece-nos desnecessário insistir nos riscos dessa prática: uma vez repassados os recursos dessa forma, a universidade contratante não tem meios jurídicos<sup>20</sup> de exigir quaisquer direitos contratuais (dado que deles já deu quitação por meio da liquidação). A “subordinação” ou “natureza orgânica” das fundações em relação às instituições de ensino e pesquisa (muitas vezes alegada como justificativa ou atenuante para a mencionada prática) não é uma realidade formal nem material, pela própria caracterização feita pela Lei nº 8.958/94 das exigências em relação às fundações (sendo no máximo uma tradição cultural que vincula algumas universidades às fundações criadas em seu âmbito). As fundações, no plano jurídico e no plano dos fatos, são entidades privadas distintas do ente público que as contrata. De mais a mais, qualquer argumento baseado em traços particulares de tal ou qual entidade não nos parece prosperar, pois os comandos legais não estabelecem distinções ou categorias entre os particulares neles mencionados.

Não nos parece, por fim, que o cumprimento das prescrições legais venha a obstar as finalidades da relação da instituição acadêmica com as fundações. Naqueles casos em que caiba a custódia dos recursos públicos pela fundação, na qualidade de ente de colaboração com os mesmos interesses que a instituição educacional ou científica contratante, a lei prevê a figura do *convênio*<sup>21</sup>. Neste subsiste a responsabilidade do ente privado receptor dos recursos até a aprovação final pelo concedente da prestação de contas da totalidade dos recursos (figura esta inexistente nos contratos). Tal instrumento pode ser utilizado nas situações em que a antecipação do repasse dos recursos seja a essência do que se pretenda atingir com o uso da fundação (como o caso da gestão de recursos recebidos de órgãos financiadores externos).

Poder-se-ia nesse caso objetar a vedação legal de pagamento de taxa de administração ou similares em convênios com recursos

federais<sup>22</sup>, dado que as fundações precisam ressarcir-se dos custos dos serviços que prestam. Também não nos parece aplicável esse argumento, dado que, se as fundações prestam algum serviço com sua atuação<sup>23</sup>, esse serviço pode ser especificado, mensurado e ter seu custo incluído explicitamente como despesa do convênio correspondente, como de fato o será, com total conhecimento por parte dos órgãos financiadores<sup>24</sup>.

Em síntese, é contrário à lei, além de administrativamente desnecessário, incluir na redação e na execução dos contratos celebrados ao amparo da Lei nº 8.958/94 o pagamento antecipado de despesas sem a devida liquidação, mesmo a título de adiantamento de recursos a serem geridos e/ou aplicados pela contratada, devendo nesses casos a instituição contratante examinar a conveniência da utilização da modalidade “convênio” para regular o seu relacionamento com a fundação envolvida.

#### 4. Conclusões

Por conclusão, e com base nas experiências já examinadas por auditorias efetuadas pelo Tribunal de Contas da União, podemos avançar um pequeno passo na definição dos contornos da aplicação concreta da Lei nº 8.958/94, concluindo:

a) pela absoluta necessidade de que as instituições educacionais, científicas e tecnológicas restrinjam o objeto das contratações ao amparo da Lei nº 8.958/94 àqueles que atendam diretamente a projetos, previamente definidos e especificados pela instituição contratante, de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (art. 1º da Lei nº 8.958/94); art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93). Mais especificamente, as seguintes atividades não se constituem um objeto válido da contratação nos termos do art. 1º da mesma Lei:

a.1) contratação indireta de pessoal, a qualquer título;

a.2) gerenciamento ou operação de serviços de saúde;

a.3) aquisição de gêneros alimentícios;

a.4) contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos acadêmicos específicos e definidos;

b) pela exigência de que os objetos dos contratos ao amparo da Lei nº 8.958/94 guardem ainda conexão com os fins estatutários da instituição contratada e as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição que se pretenda contratar;

c) pela impossibilidade de inserção, nos referidos contratos, de cláusula que permita o pagamento antecipado de despesas sem a devida liquidação, mesmo a título de adiantamento de recursos a serem geridos e/ou aplicados pela contratada, devendo-se nesses casos examinar a conveniência da utilização da modalidade “convênio” para regular o relacionamento universidade/fundação.

### Notas

<sup>1</sup> Por conseguinte, as Decisões e Acórdãos aqui mencionados emanam todos dessa Corte de Contas.

<sup>2</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília : Brasília Jurídica, 1995. p. 224.

<sup>3</sup> “Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 250-251).

<sup>4</sup> FERNANDES, op. cit., p. 225.

<sup>5</sup> Cujos termos e razões, naquilo que ora se discute, não sofreram alterações no decorrer de todo o seu processo legislativo: *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 6-4-94, p. 4802/4803 (envio do Projeto pelo Executivo, com Exposição de Motivos); *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 21-10-94,

p. 12.994 (Discussão em turno único, apresentação do relatório conjunto das Comissões e aprovação em Plenário da Câmara); *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 29-11-94, p. 7.508 (Discussão em turno único, apresentação dos relatórios das Comissões e aprovação em Plenário do Senado).

<sup>6</sup> *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 6-4-94, p. 4.802.

<sup>7</sup> Relatório Conjunto das Comissões de Educação, Cultura e Desporto de Constituição, Justiça e Redação e de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 20-10-94, p. 12.994 – grifos nossos).

<sup>8</sup> Decisão 141/95, Ata 20/95 – 1ª Câmara, item 1.1; Decisão 443/95, Ata 40/95 – Plenário, item 1, Decisão 229/96, Ata 35/96 – 1ª Câmara.

<sup>9</sup> Projeto de Lei do Senado nº 88 de 1988, que “dispõe sobre as fundações de apoio às instituições de ensino superior e dá outras providências”. *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 18-4-91, p. 1.672-1.673.

<sup>10</sup> *DOU* de 13/05/91, p. 8.966.

<sup>11</sup> *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 22-5-91, p. 3.784.

<sup>12</sup> Não se discute se a contratação da Fundação é a melhor forma de executar o serviço, mas que a instância para decidi-lo é, por imposição legal, a licitação e não a contratação direta.

<sup>13</sup> Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário, item 1.2.

<sup>14</sup> Decisão 267/98, Ata 37/98 – 2ª Câmara; Decisão 881/97, Ata 52-97 – Plenário.

<sup>15</sup> Grifos nossos.

<sup>16</sup> Decisão 830/98, Ata 48/98 – Plenário; Decisão 252/99, Ata 19/99 – Plenário; Decisão 414/99, Ata 29/99 – Plenário.

<sup>17</sup> Decisão 414/99, Ata 29/99 – Plenário; Voto do Ministro-Relator Adhemar Ghisi, item 2.

<sup>18</sup> O contratante quer o serviço, o contratado quer o pagamento do preço – art. 48, parágrafo único do Decreto 93.872/86.

<sup>19</sup> Art. 63 da Lei 4.320/64; arts. 36, 38 e 42 do Decreto 93.872/86.

<sup>20</sup> Salvo medidas extremas como a ação de repetição de indébito (arts. 964 e 965 do Código Civil) – que são de rito ordinário (portanto morosas) e que, em todo caso, invertem o ônus da prova contra a instituição contratante.

<sup>21</sup> Art. 116 da Lei 8.666/93; art. 48, parágrafo único do Decreto 93.872/86; IN-STN 01/97.

<sup>22</sup> Art. 8º, inciso I, da IN-STN 01/97.

<sup>23</sup> Caso contrário, não se concebe que possam ser contratadas.

<sup>24</sup> Se esse custo (precisamente definido, mensurado e comprovado) não puder ser aceito por algum órgão financiador, muito menos o será uma “taxa de administração” genérica como as que hoje se debitam aos contratos em vigor.

# Controle de constitucionalidade dos *decreti-legge*: uma experiência italiana

Thamy Pogrebinschi

## Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos da jurisdição constitucional na Itália. 3. O controle de constitucionalidade dos *decreti-legge* pela Corte Constitucional italiana: possibilidade de impugnação da lei de conversão. 4. A Sentença número 29 de 1995. 5. Análise comparativa: o controle de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Este ensaio foi escrito no âmbito da pesquisa Jurisdição Constitucional, resultado de um convênio entre o Departamento de Direito da PUC-Rio e a Fundação Casa de Rui Barbosa. Como membro integrante da parte do grupo responsável pela pesquisa comparada, o objeto – ou país – por nós escolhido para análise foi a Itália. De posse da tarefa de estudar o controle de constitucionalidade italiano, a elaboração deste primeiro trabalho centrar-se-á na análise de um caso concreto, ou melhor, de uma decisão proferida pela Corte Constitucional daquele país. A sentença por nós escolhida – Sentença n. 29 de 1995 – trata do controle de constitucionalidade dos *decreti-legge*, instituto italiano que inspirou as nossas medidas provisórias. Na verdade, buscaremos focar mais detidamente a possibilidade de o controle se exercer ainda sobre a lei de conversão, que não sanará os vícios existentes – quando existentes – no *decreto-legge*. Para tanto, este artigo seguirá

Thamy Pogrebinschi é membro do grupo de pesquisa sobre Jurisdição Constitucional Comparada, realizada em convênio entre o Departamento de Direito da PUC-Rio e a Fundação Casa de Rui Barbosa, e bolsista do PET-JUR-PUC-Rio, desde outubro de 1996.

a seguinte forma: primeiramente, abordaremos alguns aspectos gerais da jurisdição constitucional italiana, sem nos preocuparmos com detalhes, de modo a apenas propiciar que o leitor se familiarize com algumas peculiaridades daquele sistema, a fim de facilitar a compreensão do contexto em que se originou a sentença analisada. Em seguida, trataremos um pouco mais especificamente da possibilidade do exercício do controle constitucional sobre tais atos normativos com força de lei na Itália. É então que passamos a análise da sentença n. 29 de 1995, objeto deste trabalho, para, depois, tecermos breves comentários sobre o mesmo tipo de controle pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Feita a análise comparativa, concluiremos com o ensejo de que a experiência italiana possa inspirar maior ousadia ao nosso Supremo Tribunal.

## 2. Aspectos da jurisdição constitucional na Itália

A jurisdição constitucional italiana tem como característica essencial a natureza concentrada dos seus juízos em um órgão novo e especializado. Muito embora seja dominante na doutrina<sup>1</sup> a qualificação da Corte Constitucional como autoridade jurisdicional, a própria, em sentença de 1960 (número 13), afirma sua função de controle constitucional e seu caráter político, negando poder ser incluída entre os órgãos judiciários de qualquer tipo<sup>2</sup>.

A Corte Constitucional encontra-se disciplinada no Título VI, parte II, artigos 134 a 137, da Constituição da República Italiana. Porém, os traços distintivos dessa jurisdição não são fixados pela Constituição, a qual, no parágrafo primeiro do artigo 137, legou a uma pressuposta lei constitucional o dever de estabelecer “as condições, a forma e os termos de proposição dos juízos de legitimidade constitucional”.

Esta lei (*legge costituzionale n. 1*) foi promulgada em 9 de fevereiro de 1948, e, não sendo de *per si* suficiente para viabilizar o funcionamento imediato da Corte, foi

promulgada cinco anos depois uma lei ordinária, a *legge n. 87*, de março de 1953, acompanhada contemporaneamente da *legge costituzionale n. 1/1953*. Essas duas últimas eram previstas pelo mesmo artigo 137, segundo parágrafo. Desse modo, a primeira audiência pública da Corte ocorreu apenas em 23 de abril de 1956, portanto, cinco anos após a promulgação da Constituição italiana. Nesse ínterim, deu-se o controle difuso com base no Estatuto Albertino, então em vigor.

Visando assegurar sua independência, a Corte é dotada de uma grande autonomia, o que corresponde ao que alguns autores chamam de “direito comum” dos órgãos constitucionais<sup>3</sup>. A Corte Constitucional italiana possui autonomia normativa, autonomia financeira, contábil e administrativa, capacidade de auto-organização e jurisdição doméstica<sup>4</sup>.

Quanto à sua composição, o artigo 135 da Constituição italiana, alterado pelo artigo 1º da lei constitucional n. 22 de 1967, determina que seja a Corte composta por quinze juízes, nomeados da seguinte forma: a) um terço pelo Presidente da República; b) um terço pelo Parlamento em sessão conjunta, e c) um terço pela Suprema Magistratura ordinária e administrativa (três escolhidos pela Corte de Cassação, um pelo Conselho de Estado e um pela *Corte dei Conti*<sup>5</sup>.

O mandato dos juízes, segundo o artigo 135, § 3º, alterado pela *legge costituzionale n. 2* de 1967, é de nove anos (antes eram 12 anos). O mandato se inicia no dia do juramento (posse) e termina no exato dia em que findam os nove anos. Não é possível prorrogação e nem recondução ao cargo<sup>6</sup>.

Quanto à sua competência, a Corte é competente para julgar, na forma do artigo 134 da Constituição italiana:

- controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões;

- conflitos de atribuições entre os Poderes do Estado, aqueles do Estado e das Regiões e das Regiões entre si;



– a acusação proposta contra o Presidente da República;

– a admissibilidade da solicitação do *referendum* ab-rogativo previsto pelo artigo 75<sup>7</sup>.

As leis e os atos equiparados (com força de lei) da República são impugnáveis tanto por via incidental quanto por via principal.

Incidentalmente, a questão de ilegitimidade constitucional pode ser levantada no curso do julgamento ou por uma das partes, desde que o juiz não a considere manifestamente infundada, sendo remetida à Corte Constitucional para julgamento.

Por via direta, quando uma Região considera que uma lei ou ato da República invade a esfera de competência para si garantida pela Constituição, pode, com deliberação da Junta Regional, promover a ação de legitimidade constitucional frente à Corte, no termo de 30 dias da publicação da lei ou do ato.

Além disso, uma lei de uma Região pode ser impugnada por ilegitimidade constitucional quando uma outra Região se considere lesionada em suas competências. A ação deve ser proposta após deliberação da Junta Regional dentro de 60 dias da publicação da lei<sup>8</sup>.

Quanto à eficácia de suas decisões, após a declaração de ilegitimidade constitucional pela Corte, a norma deixa de ter eficácia no dia sucessivo à publicação da decisão. As decisões da Corte são publicadas e comunicadas às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que procedam às medidas necessárias na forma constitucional. Não é permitida nenhuma impugnação contra a decisão da Corte, vale dizer, ela é definitiva<sup>9</sup>.

### *3. O controle de constitucionalidade dos decreti-legge pela Corte Constitucional italiana: possibilidade de impugnação da lei de conversão*

A possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade sobre os *decreti-legge* nunca encontrou obstáculos na doutrina e jurisprudência italianas<sup>10</sup>. Isso porque tal

faculdade decorre de autorização constitucional que não cede muito espaço para interpretação em sentido diverso. O já citado artigo 134, § 1º, da Constituição italiana, que determina e delinea o objeto do controle, afirma que neste se inserem os juízos sobre “controvérsias relativas a legitimidade constitucional das leis e dos *atos com força de lei* do Estado e das Regiões” (grifo nosso). Ora, não há dúvida de que entre os atos com força de lei se inserem os *decreti-legge*<sup>11</sup>. E assim é unânime a doutrina em reconhecer<sup>12</sup>.

A primeira peculiaridade que podemos perceber nesse sistema reside no fato de que o controle de constitucionalidade dos *decreti-legge* se exerce predominantemente sobre as leis de conversão<sup>13</sup>. E é aqui que se insere o foco principal de nossa análise, sobre o qual iremos perquirir na sentença a seguir. Ora, permitir que o controle se exerça sobre a lei convertida significa dizer de plano que a conversão, pelo Parlamento, do decreto-lei em lei não convalida, por si, os vícios eventualmente existentes no primeiro<sup>14</sup>. Assim, a impugnação judicial da normativa, quando viciada, poderá dar-se quando esta se revestir da forma de *decreto-legge*, bem como ao já possuir caráter de lei<sup>15</sup>.

No entanto, a principal questão em debate entre os doutrinadores italianos, no que concerne ao controle judicial dos *decreti-legge*, refere-se à possibilidade de avaliação de seus pressupostos de habilitação, quais sejam a necessidade e a urgência<sup>16</sup>. Na Itália, de forma semelhante a que ocorre ainda no Brasil<sup>17</sup>, muito se discutiu acerca da legitimidade do controle judicial sobre tais requisitos, havendo doutrina que afirmasse estarem eles sujeitos apenas à valoração política, vale dizer, do Governo que editou o ato e do Parlamento que o converteu em lei<sup>18</sup>. A doutrina mais moderna de Zagrebelsky, Paladin e Mortati, que aqui seguimos, admite, sem resistências, a possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos de edição dos decretos-lei italianos<sup>19</sup>. É de se

ressaltar que, muitas vezes, mesmo esse entendimento ainda se prende à tese do excesso de poder legislativo<sup>20</sup>, sendo, por isso, inovadora a sentença que apresentaremos a seguir, que amplia o controle dos pressupostos do *decreto-legge* para além dos limites daquela tese, fazendo-o alcançar o momento da conversão em lei, possibilitando que a própria lei de conversão seja judicialmente impugnada pela ausência dos requisitos de necessidade e urgência.

#### 4. A Sentença número 29 de 1995

A Sentença n. 29, prolatada pela Corte Constitucional italiana em 27 de janeiro de 1995, apresenta relevância indubitável, sendo por isso citada em obras de referência sobre a matéria aqui tratada<sup>21</sup>. A importância dessa decisão se dá por dois fatores:

a) rejeita a argumentação de que a Corte Constitucional não pode exercer seu controle sobre os pressupostos de necessidade e urgência dos *decreti-legge*;

b) afirma a possibilidade de exercício de tal controle tanto sobre o próprio *decreto-legge*, como sobre sua lei de conversão.

Tratou-se de questão de legitimidade constitucional suscitada a partir de seis recursos<sup>22</sup> das Regiões italianas de Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia, Veneto e Emilia-Romagna, que contestavam a violação do artigo 77 da Constituição da Itália<sup>23</sup>, aduzindo a inexistência dos pressupostos de necessidade e urgência na decretação do Decreto-lei n. 453 de 15 de novembro de 1993 (que dispunha sobre matéria de jurisdição e controle da *Corte dei Conti*) e na promulgação da Lei n. 19 de 14 de janeiro de 1994 (conversão em lei, com modificações, do decreto-lei n. 453). A ilegitimidade constitucional foi deduzida a partir de vários aspectos pelas recorrentes. Abstraídas as questões de inconstitucionalidade material que fogem ao escopo deste trabalho, interessam-nos apenas as impugnações relativas à ausência dos requisitos constitucionais para a edição do decreto-lei e à promulgação de uma lei de

conversão privada desses mesmos pressupostos. Ambas as impugnações foram fundamentadas pelas partes autoras com base no artigo 77 da Constituição italiana, que disciplina os *decreti-legge* e estabelece os requisitos para sua adoção.

Outro aspecto de relevo nesse caso, mas que neste trabalho não pode ocupar nossa atenção, é o fato de que a Lei de conversão n. 19 converteu apenas parcialmente (só algumas disposições, no caso as relativas às funções jurisdicionais da *Corte dei Conti*) o Decreto-lei n. 453. A parte restante (referente aos controles administrativos) não tratada na lei de conversão deu origem a um projeto de lei aprovado na forma ordinária (resultando na Lei n. 20), na mesma data de 14 de janeiro de 1994<sup>24</sup>.

Transcreveremos abaixo o principal trecho da decisão ilustrativo das questões aqui abordadas<sup>25</sup>:

“A inadmissibilidade das questões deduzidas não pode ser baseada em argumentos segundo os quais afasta-se dos poderes desta Corte verificar em concreto a presença dos pressupostos de necessidade e urgência previstos no artigo 77<sup>26</sup> da Constituição para a adoção dos decretos-lei, sendo reservada a verificação à valoração política do Parlamento. Esta posição, partilhada no passado, ignora que a norma do citado artigo 77, a preexistência de uma situação de fato que comporte a necessidade e urgência na utilização de um instrumento excepcional, como o decreto-lei, constitui um requisito de validade constitucional da ação deste ato, de modo que a eventual evidente ausência daquele pressuposto configura tanto um vício de legitimidade constitucional do decreto-lei, na hipótese adotado fora do âmbito de possibilidades de aplicação constitucionalmente previstas, quanto um vício ‘in procedendo’ da própria lei de conversão, tendo esta última, no caso hipotetizado, valorado erronea-

mente a existência de pressupostos de validade, na realidade insubsistentes, convertendo em lei um ato que não podia ser legítimo objeto de conversão. *Portanto, não existe nenhuma preclusão a fim de que a Corte Constitucional proceda ao exame do decreto-lei ou da lei de conversão sob o perfil do respeito dos requisitos de validade constitucional relativos à preexistência dos pressupostos de necessidade e urgência, na medida em que o correlato exame das Câmaras em sede de conversão comporta uma valoração de tipo diverso e, precisamente, de tipo nitidamente político seja com relação ao conteúdo da decisão, seja com relação aos efeitos da mesma*<sup>27</sup> (grifo nosso).

Assim, a Sentença n. 29 de 1995, cujo relator foi o Juiz Antonio Baldassarre, recusou a defesa do Estado italiano que afirmava ser inadmissível a demanda pelo fato de que os pressupostos constitucionais de necessidade e urgência têm sua apreciação reservada ao Parlamento no próprio momento da conversão do decreto em lei. Apesar de afastada essa argumentação, é de se adiantar que todas as questões de legitimidade constitucional levantadas pelas Regiões autoras dos recursos não foram admitidas, sendo os mesmos declarados pela sentença, além de inadmissíveis, infundados. Não prosperou, portanto, a fundamentação com base no artigo 77 da Constituição italiana devido a um aspecto processual que não permitia que as Regiões italianas assim procedessem e que não cabe aqui destacar<sup>28</sup>.

A inadmissibilidade e improcedência do recurso não lhe retiram, no entanto, o mérito que a nós interessa, qual seja, seu pioneirismo em afastar a tese de que a Corte Constitucional não pode exercer seu controle sobre os pressupostos de necessidade e urgência dos *decreti-legge* e em afirmar a possibilidade do exercício de tal controle também sobre a lei de conversão.

A doutrina italiana, como já mencionado, já apontava para esse entendimento

longo tempo antes da inovadora decisão. Costantino Mortati, na nona edição de seu famoso *Istituzioni di Diritto Pubblico*, em 1976, já doutrinava que “no caso em que a inconstitucionalidade venha sucessivamente na conversão, a impugnação deve se voltar tanto contra o *decreto-legge* quanto contra a lei que o converte”<sup>29</sup>. Tal não se procederia, segundo o autor, apenas se o vício fosse imputável somente à lei, como por exemplo no caso de esta ser questionada além do limite temporal previsto no artigo 77 da Constituição italiana<sup>30</sup>. Isso porque a lei de conversão opera uma novação da fonte de validade, mas a disciplina substancial das relações reguladas permanece sempre aquela contida no *decreto-legge*<sup>31</sup>.

Livio Paladin também trata do assunto, identificando duas situações possíveis em face do decreto-lei convertido. Na primeira, os vícios denunciados seriam peculiares àquele ato, ou seja, suscetíveis de repercutirem sobre a respectiva lei de conversão. Nesse caso, a questão seria inadmissível, “não podendo mais discutir – por exemplo – sobre a subsistência dos pressupostos de necessidade e urgência, que não condicionam a legitimidade da lei ordinária do Estado”<sup>32</sup>. Ora, aqui o autor sustenta justamente a tese derrotada com a Sentença n. 29<sup>33</sup>, sobre cuja redação, no que concerne à não-convalidação pelo Parlamento, afirma que “pode trazer conseqüências bem claras e precisas”<sup>34</sup>. Posicionamento um tanto curioso para um autor que parece inserir-se entre os mais modernos da doutrina italiana. Quanto à segunda hipótese, tratar-se-ia de caso em que a lei de conversão reproduzisse tal e qual as disposições impugnadas, de modo que o conteúdo do decreto-lei “restasse inalterado”, transferindo-se o questionamento para a lei<sup>35</sup>. A solução não seria simples, continua o autor, devido às várias emendas que costumam ser feitas no momento da conversão. Parece-nos aqui, então, que Paladin defende o controle de constitucionalidade da lei de conversão apenas nos

casos em que estas reproduzem identicamente, sem mais nem menos, os vícios do decreto-lei que lhe deu origem. Muitos dos novos autores italianos parecem, contudo, sustentar o posicionamento recentemente inaugurado pela Corte Constitucional daquele país<sup>36</sup>.

É ainda de se destacar que com tal pronunciamento a Corte Constitucional italiana, ao afastar a hipótese de convalidação pelo Parlamento e invocar para si – não renunciando a tarefa – o controle dos pressupostos mesmo após a conversão, estabeleceu que o exame das Câmaras legislativas comporta uma valoração diversa daquela por ela desempenhada. Como podemos ler na parte final do trecho acima transcrito, o controle pelo Parlamento seria de tipo diverso, vale dizer, “puramente político”. Isso nos permite afirmar que o controle político passível de ser exercido pelo Poder Legislativo no momento da conversão e pelo Executivo no ato da edição do decreto-lei não exclui o controle *judicial*, a ser exercido pela Corte Constitucional. Tratar-se-ia, portanto, de hipóteses de incidência do controle diversas e não-excludentes.

Uma análise mais sucinta dessa interessante decisão poderia levar a perquirir as possibilidades de controle quando a lei convertida apresentar alterações substanciais em seu texto decorrentes de apresentação de emendas parlamentares, ou ainda a sua legitimidade em face de conversão apenas parcial do decreto-lei viciado. São questões para um outro trabalho, que por limitação de objeto não puderam ser detidamente analisadas aqui.

##### *5. Análise comparativa: o controle de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal*

A experiência brasileira é atualmente bastante conhecida não só pelos operadores do Direito, mas também pelo público leigo em face das proporções desmedidas

que vem tomando a legislação pelo Poder Executivo em nosso país<sup>37</sup>. Neste trabalho cabe a nós apenas destacar os aspectos relativos ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias que interessam como variáveis de comparação com o caso italiano analisado<sup>38</sup>.

Quanto à possibilidade de controle pelo órgão por ele responsável – o Supremo Tribunal Federal – dos pressupostos constitucionais autorizadores da edição de medidas provisórias (a *relevância* e *urgência*, no caso brasileiro), sabemos que nossa jurisprudência ainda não avançou no mesmo sentido da italiana. O STF, até decisão recente<sup>39</sup>, mantém posicionamento herdado do período ditatorial, em que vigiam os temidos decretos-lei<sup>40</sup>, segundo o qual o controle de tais pressupostos é “político”, ou seja, restrito ao Poder Executivo e sua verificação pelo Legislativo. Assim, caberia ao Presidente da República decidir acerca da relevância e urgência das medidas por ele adotadas e ainda, por assim fazer, dar conteúdo a tais requisitos constitucionais. Ora, quem deve interpretar a Constituição conferindo conteúdo a conceitos abstratos, genéricos ou imprecisos, como queira chamar a doutrina, é o órgão responsável pela guarda da Lei Maior e não um eventual governante. Nesse ponto, recorreremos ao entendimento da Corte Constitucional italiana no julgamento da Sentença n. 29/95, qual seja, o controle político exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo é de natureza diversa e não exclui o controle *judicial*, a ser exercido, no nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao segundo ponto, isto é, a possibilidade de controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência ainda na edição da medida provisória ou, em outras palavras, quanto à não-convalidação dos vícios presentes nesta pela sua conversão em lei, não dispomos de manifestação recente da nossa Corte Suprema a respeito,

mas a doutrina já alça suas vozes no mesmo sentido da jurisprudência italiana. Assim é que Marco Aurélio Greco afirma que a ausência dos requisitos, portanto a inconstitucionalidade da medida provisória, configura vício de nulidade que ensejará que a conversão ocorra já contendo algo em si mesmo nulo<sup>41</sup>. Eros Roberto Grau, por sua vez, afirma que, por se tratar o processo legislativo de um procedimento, o vício contamina todos os seus atos resultando ineficaz a sua pretendida convalidação pelo Congresso Nacional<sup>42</sup>. Já Celso Antonio Bandeira de Mello, conforme mencionado anteriormente, argumenta com o fato de que a lei de conversão não integra o procedimento de elaboração das leis ordinárias, não tendo, portanto, o condão de convalidar vícios eventualmente presentes na medida provisória que lhe deu origem<sup>43</sup>. Clèmerson Clève, como resta evidente, corrobora ainda esses entendimentos<sup>44</sup>.

Há apenas uma decisão conhecida do Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>45</sup>, prolatada pouco após a promulgação de nossa Constituição de 1988, no sentido da não-convalidação pela ulterior conversão da medida provisória em lei<sup>46</sup>. De resto, o que temos notícia, por mais paradoxal que possa parecer, é do exercício dessa espécie de controle pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência da Constituição de 1967, em relação aos decretos-lei. O Tribunal expressou à época o entendimento de que “os vícios materiais do decreto-lei não poderiam ser convalidados pela sua aprovação expressa ou tácita pelo Congresso Nacional”<sup>47</sup>. Ora, porque o mesmo Tribunal, hoje sob regime democrático, não adota ao menos esse mesmo entendimento em relação às medidas provisórias?

## 6. Conclusão

A nova doutrina constitucional italiana, esteirada pelos reposicionamentos da Corte Constitucional daquele país após a edição da Sentença de nº 29 de janeiro de 1995, no que concerne ao controle constitucional dos

pressupostos de adoção dos *decreti-legge* e da sua lei de conversão, parece abrir caminho para um controle mais rigoroso da utilização desse instituto.

A experiência italiana oferece uma boa oportunidade para que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro seja revisitada. O entendimento de que o controle, *judicial*, exercido pela Corte não obsta o controle político dos outros Poderes e sua ampliação no sentido de alcançar a lei de conversão viciada pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência quando da edição da medida provisória nos parece uma entre as boas possibilidades de limitação e controle do uso desenfreado desse instituto no Direito brasileiro.

## Notas

<sup>1</sup>A natureza da atividade da Corte Constitucional italiana – se jurisdicional ou política – é objeto de grande controvérsia entre os autores. Costantino Mortati, em sua magistral obra *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, Cedam, tomo 2, 1976. p. 1470-1475, identifica e descreve os principais argumentos utilizados pelas duas correntes e acaba por afirmar que a Corte desempenha um “papel político” inobstante seu caráter jurisdicional. Livio Paladin, em seu *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1995, p. 694 e 698-699, também identifica os dois posicionamentos e seus articuladores, porém sem se posicionar. Entre nós, José Alfredo de Oliveira Baracho, em seu livro *Processo Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1984. p. 258-259, também ilustra o debate. Em sentido contrário, Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, afirma que a Corte italiana exerce atividade jurisdicional e não política. Para esse autor, a Corte só exercerá controle político no caso de conflitos de atribuição entre os poderes do Estado, modalidade de controle constitucional previsto pela Constituição italiana em que o controle político exercido por outro órgão que não a Corte (o Presidente ou o Parlamento) recairá para esta.

<sup>2</sup> Sobre o processo histórico de institucionalização e afirmação de identidade da Corte Constitucional italiana por meio de análise do desenvolvimento de suas sentenças, veja-se BONINI, Francesco. *Storia della Corte Costituzionale*. Roma, NIS, 1996.

<sup>3</sup> Nesse sentido, A. Sandulli e P. Barile, *apud* Livio Paladin, *op.cit.*, p. 706.

<sup>4</sup> Tais aspectos não se encontram mencionados expressamente no texto constitucional, porém nas normas integrativas, especialmente a *Legge* n. 87 de 11 de março de 1953.

<sup>5</sup> A *Corte dei Conti* é disciplinada no artigo 100 da Constituição italiana, como um órgão auxiliar dos órgãos constitucionais, ao lado do Conselho de Estado e do Conselho Nacional de Economia e Trabalho. Sua função básica é a de fiscalizar a gestão das finanças públicas. Cf. Costantino Mortati, *op. cit.*, p. 600 e 603. Ainda, na redação do citado artigo 100, “exercita o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo e também o controle sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado”.

<sup>6</sup> Artigo 135, § 4º.

<sup>7</sup> Essa competência foi introduzida pela *legge costituzionale* n. 1 de 1953.

<sup>8</sup> Há diversas obras que tratam da jurisdição constitucional italiana. Além das citadas de Paladin e Mortati, vale a pena ver: Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Imola, il Mulino, 1988 e Roberto Romboli (org.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996.

<sup>9</sup> Constituição da República Italiana, artigo 136.

<sup>10</sup> É evidente que o exercício desse controle encontrou e ainda encontra limitações, como buscaremos demonstrar. O que se quer dizer aqui é que nunca houve dúvida quanto à possibilidade de impugnação judicial da espécie normativa em questão. O maior foco de resistência na doutrina italiana parece ser, como mencionaremos e como ocorre no Brasil no âmbito jurisprudencial, quanto à possibilidade de valoração judicial dos pressupostos de habilitação do ato.

<sup>11</sup> Os *decreti-legge* são disciplinados pelo artigo 77 da Constituição italiana, que tem a seguinte redação: “O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em caso extraordinário de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, providimentos provisórios *com força de lei*, deve no mesmo dia os apresentar às Câmaras para sua conversão, as quais, mesmo se em recesso, serão convocadas e se reunirão em cinco dias. Os decretos perdem a eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras podem todavia regular através de lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos”. (grifo nosso)

<sup>12</sup> Os manuais de Direito Constitucional italiano em geral inserem o estudo dos *decreti-legge* no capítulo destinado às fontes de direito, e ainda os tratam na parte dedicada ao controle de constitucionalidade. Veja-se, a título exemplificativo, as obras já citadas de C. Mortati e L. Paladin. Os decretos-lei italianos são considerados fonte primária (ou ato normativo primário), ao lado da *legge dello stato* (art.70) e do *decreto legislativo delegato* (art.76), o que não deixa

restar dúvidas quanto à possibilidade de sua impugnação constitucional. Assim, além dos autores já citados, G. Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 101.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève, *Medidas Provisórias*, São Paulo, Max Limonad, 2. ed. 1999. p. 135 e *Afiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>14</sup> Veja a análise da sentença n. 29 de 1995, no próximo item.

<sup>15</sup> A natureza dessa lei é porém discutível e, de fato, muito discutida em sede doutrinária. Paladin lhe confere o caráter de lei formal, *op.cit.*, p. 189, enquanto Mortati diz que a conversão efetua uma novação na fonte, de modo a lhe dar caráter de lei material. *op.cit.*, p. 709. A Corte Constitucional italiana, na própria sentença n. 29 que é objeto deste trabalho, afirma ser sua jurisprudência constante aquela segundo a qual “os atos com força de lei, inclusive o decreto-lei e conseqüentemente a lei de conversão, são equiparados à lei formal, podendo mesmo intervir na matéria à esta reservada”. Nesse mesmo sentido a Corte apresenta como precedentes as sentenças n. 173 de 1987, 243 e 184 de 1974 e 39 de 1971. Veja-se seus teores em [www.giurcost.org.it](http://www.giurcost.org.it) ou em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ambas fontes de jurisprudência constitucional italiana na Internet. No Brasil, há a mesma controvérsia. Recusa-se a conferir caráter de lei ordinária à lei de conversão pelo fato de aquela não integrar o processo legislativo ordinário, Celso Antônio Bandeira de Mello, citado em C. Clève, *op.cit.*, p.149. Este último, como toda a constitucionalística brasileira (José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, só para citar), afirma que a lei de conversão decorre de procedimento anômalo (Clève) ou procedimento legislativo especial (José Afonso), não integrando o processo legislativo ordinário.

<sup>16</sup> Já a redação do artigo 62 da Constituição brasileira de 1988, que disciplina as medidas provisórias, fala em “*relevância*” e “*urgência*”.

<sup>17</sup> Ver item 5 deste artigo.

<sup>18</sup> Nesse sentido e descriminando essa corrente doutrinária, Clèmerson Clève, *op.cit.*, p. 140.

<sup>19</sup> Veja-se: Mortati, *op.cit.*, p. 704-712 e p. 1400-1402; Paladin, *op.cit.*, p. 191 e ss. e p.747; Zagrebelsky, *op.cit.*, p 101 e ss.

<sup>20</sup> Nesse sentido C. Clève, *op.cit.*, p.140. A tese do abuso ou excesso do poder de legislar refere-se simplesmente à limitação em função do transbordamento, inadequação ou desproporção dos limites constitucionais pelo legislador, no caso o Presidente da República. Quanto ao tema do excesso ou desvio de poder de legislar, é de se mencionar o livro de Pedro Estevam A. P. Serrano, *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo, FTD, 1997. O nosso Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência dominante nesse sentido, como se pode verificar no acórdão da ADIN 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145:101.

<sup>21</sup> Cf. Livio Paladin, *op.cit.*, p. 747 e C. Clève, *op.cit.*, p. 149.

<sup>22</sup> Tratando-se de recursos conexos e com objeto idêntico, resultaram em uma mesma sentença.

<sup>23</sup> Lembramos que o controle por via direta pode-se dar quando uma Região considera que uma lei ou ato da República invade a esfera de competência para si garantida pela Constituição; podendo esta, então, com deliberação da Junta Regional, promover a ação de legitimidade constitucional frente à Corte, no termo de 30 dias da publicação da lei ou do ato.

<sup>24</sup> Essa hipótese de conversão parcial dos *decreti-legge* é discutida por vários autores italianos. Cf. Mortati, *op.cit.*, p. 708 e ss.

<sup>25</sup> A íntegra da decisão pode ser encontrada na Internet no endereço eletrônico [www.giurcost.org/decisioni/1995/0029s-95.htm](http://www.giurcost.org/decisioni/1995/0029s-95.htm)

<sup>26</sup> O artigo 77 da Constituição italiana disciplina os *decreti-legge*, como já mencionamos.

<sup>27</sup> No original: “*L’inammissibilità delle dedotte questioni non può essere basata sugli argomenti secondo la quale esula comunque dai poteri di questa Corte accertare la presenza in concreto dei presupposti di necessità e urgenza previsti dall’art. 77 della Costituzione per l’adozione dei decreti-legge, essendone riservata la verifica alla valutazione politica del Parlamento. Questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell’appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite l’utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell’adozione del predetto atto, di modo che l’eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell’ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest’ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l’esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all’esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa.*”

<sup>28</sup> O impedimento processual tratava da impossibilidade – já consolidada na jurisprudência da Corte – de, no juízo de legitimidade constitucional por via principal, as Regiões poderem fazer valer legitimamente violações de normas constitucionais concernentes à regulação do exercício de um poder governativo, como as normas que habilitam o Governo a adotar decretos-lei em situações de necessi-

dade e urgência, as quais não comportam lesão direta à esfera de competência constitucionalmente atribuída às Regiões. Veja-se, a esse respeito, a própria decisão.

<sup>29</sup> No original: “*Nel caso in cui l’incostituzionalità venga eccepita successivamente alla conversione l’impugnativa dev’essere rivolta tanto contro il decreto-legge quanto contro la legge che lo converte*”. Cf. C. Mortati. *op.cit.*, p. 1400.

<sup>30</sup> O limite temporal a que se refere o artigo 77 é o prazo de sessenta dias para a conversão do decreto-lei, desde a sua publicação.

<sup>31</sup> Cf. C. Mortati, *op.cit.*, p.1400

<sup>32</sup> No original: “*(...) non potendosi più controvertere – ad esempio – circa la sussistenza dei presupposti della necessità e dell’urgenza, che non condizionano la legittimità delle leggi ordinarie dello Stato (...)*”. Cf. Paladin, *op.cit.*, p. 747.

<sup>33</sup> Apenas no que se refere ao controle da lei de conversão por subsistência dos vícios originários. Quanto ao controle dos pressupostos de necessidade e urgência na adoção do decreto-lei, já mencionamos o consentimento desse autor.

<sup>34</sup> *Ibis ibidem*. Na nota n. 90

<sup>35</sup> Cf. L. Paladin, *op.cit.*, p.747.

<sup>36</sup> É o que indica C. Clève ao comentar a sentença n. 29, ilustrando os nomes de Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace e Massimo Luciani, *op. cit.*, p. 150-151.

<sup>37</sup> A questão das medidas provisórias e seu uso (ou abuso) pelo Poder Executivo são temas recorrentes na literatura especializada e jornalística nacional. Como este artigo não tratará desses assuntos em termos gerais e não abordará problemáticas tais como a da reedição, indica-se, a título ilustrativo, como referências: *Levantamento e reedições de medidas provisórias*, organizado e editado pela Subsecretaria de Informações do Senado Federal, Brasília, 1999 e, para uma abordagem menos jurídica do assunto, Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, O Congresso e as Medidas Provisórias: Abdicação ou Delegação?, In: *Novos Estudos Cebrap*. N. 47, março de 1997.

<sup>38</sup> Sobre o controle de constitucionalidade de medidas provisórias, veja-se: Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 170-172 e, Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, cit., p.139-141.

<sup>39</sup> ADINMC 1.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.98. Apesar de não dispormos do teor integral da decisão e de não termos até o presente momento tomado conhecimento de progressos nesse entendimento, sua ementa diz “*(...) Medida Provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (...)*”.

<sup>40</sup> Não confundir-se aqui os decretos-lei da ditadura militar brasileira com os *decreti-legge* italianos tratados neste artigo.

<sup>41</sup> *Apud*. C. Clève, *op. cit.* p. 147

- <sup>42</sup> *Idem.* p. 148  
<sup>43</sup> *Idem.* p. 148-149  
<sup>44</sup> *Idem. op.cit.*, p. 149  
<sup>45</sup> Publicada no Diário de Justiça da União em 14.08.90, p.17.655  
<sup>46</sup> Tal decisão é citada por C. Clève, *op.cit.* p.149  
<sup>47</sup> RE 62731- GB., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 30.05.67, RTJ 45:565. *Apud* C. Clève, *op.cit.*, p. 151.

### Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.  
BONINI, Francesco. *Storia della Corte Costituzionale*. Roma : NIS, 1996.  
CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.  
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 1999.  
\_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.  
FIGUEIREDO, Fernando, LIMONGI, Argelina Cheibub. O congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação?. In: *Novos Estudos Cebrap*. [s.l. : s.n.], n. 47, mar. 1997.  
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996.  
MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova : Cedam, Tomos 1 e 2. 1976.  
PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova : Cedam, 1995.  
ROMBOLI, Roberto (org.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, 1996.  
SENADO FEDERAL (Brasil). *Levantamento e reedições de medidas provisórias: dados atualizados em 28 de fevereiro de 1999*. 8. ed. Brasília : Secretaria de Informação e Documentação, Subsecretaria de Informações, 1999.  
ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Imola : il Mulino, 1988.

#### Fontes citadas na Internet:

- [www.giurcost.org.it](http://www.giurcost.org.it)  
[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)



# Flexibilização e desregulamentação

Mario Antonio Lobato de Paiva

A flexibilização é o imperialismo atualizado, o neoliberalismo, o retorno *high tech* ao feudalismo.

As persistentes crises contemporâneas têm tido um impacto particularmente destrutivo sobre o emprego, pondo em causa o modelo tradicional do Direito do Trabalho, tal como foi sendo construído na sua época áurea, em particular nos anos 60. Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo do trabalho e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego.

Daí que as legislações tendam hoje para a flexibilização, admitindo-se com mais facilidade a mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores e a suspensão e cessação dos contratos de trabalho.

Fala-se ao mesmo tempo de “desregulamentação”, ou seja, da progressiva supressão de regras imperativas, como o correspondente alargamento da liberdade de estipulação. Verifica-se um significativo recuo da força imperativa das leis do trabalho, admitindo-se que as convenções coletivas as adaptem com vista a setores ou empresas em crise. Em suma, a legislação do trabalho está mais aberta à economia e às necessidades de adaptação conjuntural.

Mario Antonio Lobato de Paiva é Advogado.

Assiste-se ao fim do sempre mais, isto é, da crença do progresso social ilimitado e sem recuos, pelo acréscimo de regalias para os trabalhadores. Na verdade, a conjuntura tem forçado os trabalhadores a suportarem condições de trabalho menos favoráveis e – aqui e além – a verem retiradas conquistas que se pensava estarem a repercutir os seus efeitos no funcionamento dos sistemas de proteção dos trabalhadores.

O novo Direito do Trabalho se beneficia, cada vez mais, do protagonismo dos grupos organizados e que buscam consensos trilaterais (Estado, organizações de empregadores e organizações de trabalhadores), que se exprimem em convenções ou pactos sociais. O sindicalismo tem perdido a força e militância, mas ganha poder de intervenção nas decisões políticas, econômicas e sociais.

É de registrar igualmente o declínio da classe operária como tal e a ascensão dos setores de serviços e de certos trabalhadores autônomos, num mundo em que se vai esbatendo a concentração industrial, vão-se diversificando as grandes empresas e se encontram formas mais maleáveis de organização (a propósito deste conjunto de problemas, fala-se de terceirização).

O atual Direito do Trabalho surge pela idéia e pelos mecanismos de concertação social; fenômeno dos nossos dias, potenciado pela evolução das crises econômicas, a progressiva intervenção tripartida dos parceiros sociais (sindicatos, associações patronais e Governo) para consensualmente definirem e executarem a política econômica e social. Esse fenômeno corresponde a um novo espírito do Estado, menos centralizado, mais aberto aos grupos naturais e mais preocupado com a eficácia de seus atos. É a esse propósito que se referem constantemente as idéias de participação, de concertação e de busca de consensos, que expressam um método de administrar e legislar em que o Estado se preocupa:

a) em ouvir os principais interessados (p.ex., sindicatos, empresários) e em trocar

informações e discutir as medidas a tomar;

b) em aferir com esses interessados as técnicas de sua própria intervenção, pretendendo persuadi-los em vez de utilizar esquemas de mera autoridade;

c) em corresponsabilizar esses interessados na definição de políticas econômico-sociais e na respectiva execução.

Esse método de administração do Estado exprime-se normalmente por acordos, subscritos pelo Governo e pelas confederações patronais e de Centrais sindicais, e estende-se, por vezes, a domínios tão vastos que para eles é apropriada designação de *Pacto Social*.

A sua função é a de realizar, no domínio propriamente social, a política de concertação permanente, inspirada na idéia de que os interesses dos empresários e os interesses dos trabalhadores são, por natureza, solidários, embora divergentes ou opostos entre si. Quer dizer: o jogo desses interesses não é um jogo estratégico ou de soma zero. Pelo contrário, nele ambos os parceiros podem ganhar se evitarem a eclosão de conflitos agudos e o emprego de métodos drásticos, compondo com a justiça possível suas naturais diferenças.

Nem sempre têm sido animadores os sucessos da concertação social tripartida ou do pacto social alargado. Contudo, em certos países europeus – é exemplar o caso austríaco – são extraordinários os resultados de um sistema de concertação que permite simultaneamente a paz social e níveis elevados de desenvolvimento econômico, num quadro de vida democrático. Mesmo nos países latinos, podem-se encontrar sucessos assimiláveis, como em Itália e na vizinha Espanha, traduzidos em acordos-quadro que permitem razoável estabilização econômica e social.

É ainda de notar que o direito laboral se debate entre dois impulsos de sinal contrário: de uma parte, a sua generalização a todo o mundo do trabalho (deixa de ser um direito operário para abranger os trabalhadores autônomos, da administração pública); de

outra parte, a tendencial exclusão do seu quadro tutelar de certos privilegiados.

Reconhece-se, com efeito, que a posição dos quadros superiores pouco tem que ver com o conjunto de princípios e de questões em torno dos quais se estrutura o Direito do Trabalho. Daí que se venha caminhando no sentido da distinção de regimes.

São imprevisíveis os reflexos do Direito do Trabalho nos acontecimentos da atualidade. O descrédito do marxismo e a perda da sua capacidade de mobilização e a das forças sindicais a ele ligados, o desapareci-

mento do bloco soviético, o desmantelamento dos regimes socialistas de planificação central pelas próprias massas de trabalhadores, a sua transição para o sistema de mercado, a volatização de referências como o chamado socialismo real e as várias revoluções socialistas, as modificações na divisão internacional do trabalho e a emergência de novos países e a terceirização, tudo isso terá seguramente um influxo profundo nas mentalidades dos trabalhadores, na consciência coletiva e na orientação dos sindicatos e movimentos de massas.

# Os serviços de telecomunicações no Brasil e os direitos do usuário

Jete Jane Fiorati e Lucas de Souza Lehfeld

## Sumário

1. Introdução. 2. A organização do mercado consumidor e as cláusulas protetivas do usuário. 3. Considerações finais.

### *1. Introdução*

A Agência Nacional de Telecomunicações foi criada pela Lei nº 9.472/97, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo, no entanto, estabelecer unidades regionais, conforme o artigo 8º da supracitada lei.

Nesse sentido, há necessidade de determinar suas principais características, como sua natureza jurídica, estrutura funcional, competências e atribuições como órgão regulador e fiscalizador do setor de telecomunicações.

Conforme o artigo 8º da Lei nº 9.472/97, o órgão regulador do serviço de telecomunicações constitui-se uma entidade da Administração Pública Indireta.

“Administração indireta é formada pelo conjunto de pessoas jurídicas de direito público ou privado, às quais a lei atribui o exercício de funções administrativas. São sempre criadas por lei específica, que lhes determina as finalidades e/ou atribui funções: no caso de execução de serviços públicos, trata-se de uma descentralização funcional, pela qual entidade criada passa a deter a titularidade e a execução do serviço”<sup>1</sup>.

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente em Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito.

Lucas de Souza Lehfeld é Bacharelado em Direito pela UNAERP e em Ciências Contábeis pela FEA/USP/RP, Bolsista da FAPESP - Nível.

Assim, verifica-se que as entidades da Administração podem ser denominadas nas seguintes modalidades:

a) *empresa pública*: é aquela cujo capital é inteiramente público. Exerce atividades econômicas ou serviços públicos e segue regime jurídico de direito privado, por determinação constitucional. Uma vez que possui natureza privada, a lei apenas autoriza sua criação, devendo seus atos constitutivos serem transcritos no registro público;

b) *sociedades de economia mista*: exercem atividade econômica ou serviços públicos e seguem regime jurídico de direito privado, por determinação constitucional. A lei apenas autoriza sua criação, devendo seus atos constitutivos serem transcritos no registro público. As sociedades de economia mista sempre assumem a forma de S/A;

c) *fundações públicas*: podem ser de direito público ou privado, conforme o regime que lhes for atribuído por lei instituidora. São equiparadas às empresas públicas, caracterizando-se por serem um patrimônio total ou parcialmente público, vinculado a uma finalidade, ao qual se atribui personalidade jurídica própria;

d) *autarquias*: são pessoas jurídicas de direito público, podendo ser de âmbito federal, estadual ou municipal. São criadas por lei, como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, visando a especialização de funções. Possuem personalidade jurídica própria, portanto, patrimônio, receitas e atribuições próprias, diferenciando-se da entidade da administração direta que a criou. No que se refere à gestão financeira e administrativa, esta é descentralizada, isto é, autônoma, embora sempre sujeita a controle.

Diante das entidades relacionadas, a Agência Nacional de Telecomunicações, conforme o artigo 8º da Lei nº 9.472/97, trata-se de uma entidade da Administração Pública Indireta, na forma de autarquia especial vinculada ao Ministério das Comunicações.

A ANATEL possui independência decisória, assegurada pelos termos da referi-

da lei, que possibilita à Agência estabelecer objetivos e prerrogativas adequadas ao exercício das operações realizadas pelas concessionárias no setor de telecomunicações. Prescreve o artigo 9º que a “Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”.

Além da independência decisória para compor conflitos entre os interesses de concessionárias e usuários, controlar as atividades realizadas no setor de telecomunicações, bem como fiscalizar a política tarifária, a ANATEL também possui independência financeira e estrutural. Independência financeira, pois cabe a ela arrecadar e gerenciar suas receitas, bem como adquirir e alienar seus bens (inciso XXIV do artigo 19 da Lei nº 9.472/97). Já a independência estrutural refere-se a sua independência administrativa, ausente de subordinação hierárquica (§ 2º do artigo 8º). É responsável também pela composição, nomeação e dispensa de seus membros com mandatos fixos, e outras prerrogativas adequadas ao seu exercício.

Em sua estrutura interna, a Agência possui como órgão máximo o Conselho Diretor. Conta, também, com um Conselho Consultivo<sup>2</sup>, uma Procuradoria, uma Corregedoria<sup>3</sup>, uma Biblioteca<sup>4</sup> e uma Ouvidoria<sup>5</sup>, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções (artigo 8º, § 1º).

O Conselho Diretor é composto por cinco conselheiros, com mandatos de cinco anos, vedada a recondução. Seu Presidente é nomeado diretamente pelo Presidente da República, entre os seus integrantes e investido na função por três anos ou pelo que restar de seu mandato de conselheiro, quando inferior a esse prazo, vedada, também, a recondução, nos termos do artigo 31 da Lei nº 9.472/97.

Como principais atribuições ao Conselho Diretor, pode-se destacar, conforme o artigo 22 da Lei nº 9.472/97:

a) aprovar normas próprias de licitação e contratação;

b) propor o estabelecimento, bem como alterações das políticas governamentais de telecomunicações;

c) editar normas sobre matérias de competência da Agência;

d) aprovar editais licitatórios, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, principalmente em relação às outorgas para prestação de serviço nos regimes público e privado, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;

e) aprovar o regimento interno;

f) autorizar a contratação de serviços de terceiros, na forma da legislação em vigor.

Verifica-se, no entanto, que a fiscalização dos serviços caberá exclusivamente à ANATEL.

Com relação à principal competência da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL<sup>6</sup>, verifica-se que, basicamente, consiste na implementação da política nacional de telecomunicações.

Conforme o artigo 19, da Lei nº 9.742/97, à ANATEL também compete a adoção de determinadas medidas para o atendimento do interesse público, bem como para o desenvolvimento tecnológico e social das telecomunicações do país, sempre atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Ademais, podem-se relacionar outras atribuições de suma importância:

a) expedir regras quanto à outorga, contratos de concessão, fiscalização, nomeação e dispensa de membros da agência, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções: cabe à agência reguladora a organização e fiscalização da prestação do serviço de telecomunicações pelas concessionárias, bem como o estabelecimento de diretrizes para a concessão do mesmo, aplicando sanções ou intervenções quando necessário;

b) fixar, controlar e acompanhar tarifas

dos serviços prestados nos regimes público e privado: cabe à agência o gerenciamento da política tarifária do setor de telecomunicações, no intuito de estabelecer tarifas condizentes com a realidade social;

c) deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos, compondo conflitos de interesses entre prestadoras de serviços e reprimindo infrações a direitos dos usuários: a agência reguladora possui força decisória para solucionar conflitos entre usuários e concessionárias, principalmente quando houver lacunas na lei, no sentido de suprir as necessidades de ambas as partes;

d) exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE<sup>7</sup>: apesar de possuir independência decisória, deve a ANATEL respeitar as decisões competentes ao CADE, já que as atribuições desses dois órgãos estão delineadas;

e) adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras: cabe à ANATEL promover o bem comum, como também o desenvolvimento tecnológico do setor de telecomunicações no país;

f) arrecadar e aplicar suas receitas, bem como adquirir e alienar seus bens: trata-se da autonomia financeira da agência reguladora.

Em relação a este último aspecto, cabe destacar que a ANATEL administra, com exclusividade, o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL).

A União é autorizada a cobrar pela exploração dos serviços de telecomunicações, constituindo o produto dessa arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. Assim, conforme o artigo 47 da Lei nº 9.472/97, temos que: “o produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento a

que se refere a Lei nº 5.070/66 será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL, por ela criado”.

O FISTEL é constituído das principais fontes de receitas<sup>8</sup>:

a) dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

b) produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior, e rendimentos de operações financeiras que realizar;

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, nos regimes público e privado, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenização;

d) taxas de fiscalização dos serviços de telecomunicações<sup>9</sup>;

e) os recursos provenientes de convênios, acordos e contratos (concessão, permissão ou autorização) celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

f) o produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou locação de bens, bem assim os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação;

g) os decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos por órgãos da Agência Nacional de Telecomunicações.

O órgão regulador, como uma autarquia, caracteriza-se por quatro dimensões: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira. Conforme análise do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, a independência decisória consiste na resistência às pressões de grupos de interesse no curto prazo.

Quanto à independência de objetivos, implica a possibilidade de buscar aqueles objetivos que não conflitam com o bem-estar do consumidor. Nesse sentido, um órgão regulador com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes

tende a ser mais eficiente que um outro com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes.

A independência de instrumentos é a capacidade de escolher os instrumentos de regulação – tarifas, por exemplo – mais adequados aos seus objetivos, de forma eficiente.

Em relação à independência financeira, refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.

A título de exemplificação, há a Agência Nacional de Energia (ANEEL) e o projeto de lei de criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP). É possível constatar o grau de independência que tem sido concebido para essas entidades. A independência de instrumentos dessas duas agências se acha comprometida, na medida em que não cuidam da questão tarifária, ficando estipulado que, nos três primeiros anos de sua existência, as tarifas terão os reajustes e revisões definidos pelos Ministérios a que se vinculam.

No que se refere à independência decisória, a ANEEL é dotada de características de nomeação de dirigentes que garantem essa independência. Seus cinco diretores são nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal, para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos. Já a diretoria da ANP está estruturada para ter sua nomeação pelo Presidente da República, por indicação do Ministério de Minas e Energia, e não terá mandatos fixos. Por outro lado, está sendo projetada a criação de uma outra instância decisória, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, o Conselho Nacional de Política do Petróleo, cujos membros terão mandato de dois anos<sup>10</sup>.

Quanto à independência dos objetivos, a ANEEL também possui maior independência que a ANP. Entre as atribuições da ANEEL, estão as relacionadas ao zelo pela boa qualidade do serviço, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até

trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. Por outro lado, as funções da ANP são mais fortemente ligadas ao planejamento do que propriamente à atividade típica de um órgão regulador, não incluindo, entre as suas funções, as ligadas aos direitos e interesses do usuário.

“As atribuições definidas à ANP, no projeto de lei, são: a) avaliar as necessidades nacionais de abastecimento e planejar o seu atendimento, estabelecendo estoques estratégicos, a serem aprovados pelo Ministério de Minas e Energia; b) autorizar a importação e a exportação de petróleo e seus derivados básicos, observado o Programa Nacional de Abastecimento”<sup>11</sup>.

No setor de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, com natureza autárquica, assemelhada à estrutura e independência da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, órgão regulador do setor nacional de energia elétrica.

## 2. *A organização do mercado consumidor e as cláusulas protetivas do usuário*

Para uma análise conjunta das normas do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), bem como das cláusulas dos contratos de concessão dos serviços de telecomunicações, principalmente aquelas relativas aos direitos e deveres dos usuários, há necessidade, primeiramente, de salientar a função social e econômica desse diploma legal.

Assim, verifica-se que a sociedade do século XX está inserida num modelo novo de associativismo, qual seja, a sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços fornecidos ao mercado.

A sociedade de consumo, no entanto, propiciou um desequilíbrio na relação fornecedor-consumidor, sendo que o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) assumiu, inegavelmente, uma posição de força na relação de consumo, enquanto o consumidor tornou-se a parte hipossuficiente.

O mercado, perante essa relação, não detém instrumentos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nesse aspecto, restou necessária a intervenção do Estado em suas três esferas: o Poder Legislativo, por meio da formulação de normas jurídicas de consumo; o Poder Executivo, por meio da implementação dessas; e o Poder Judiciário, solucionando eventuais conflitos resultantes das relações de consumo.

Por meio dessa intervenção estatal, visa-se proteger integralmente o consumidor. Assim, faz-se necessário o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, principalmente aqueles referentes aos produtos e serviços prestados.

Diante desse novo cenário, toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem por objetivo garantir o equilíbrio da relação fornecedor-consumidor, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando e proibindo certas práticas de mercado.

O modelo intervencionista funda-se em normas jurídicas imperativas de controle da relação de consumo. Nesse sentido, podem-se relacionar duas formas de modelo<sup>12</sup>: a) a intervenção estatal baseia-se em leis esparsas que regem o mercado de consumo, específicas para cada uma das atividades econômicas diretamente relacionadas com o consumo, como publicidade, crédito, responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, garantias, etc.; b) intervenção estatal em que há ordenamentos jurídicos, que preferem tutelar o consumidor de modo sistemático, optando por um complexo de normas (código), em detrimento de leis esparsas. Esse modelo foi adotado pelo Brasil, por meio da formulação do Código de Defesa do Consumidor, sendo o país pioneiro na



codificação do direito do consumidor em todo o mundo.

O Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora no corpo da Constituição Federal de 1988. Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Carta Magna prescreve no inciso XXXII do artigo 5º que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Tal preocupação também está inserida no artigo 70 do mesmo diploma legal, que tutela a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, desde que verificados determinados princípios fundamentais, como o de defesa do consumidor, conforme inciso V, do artigo supramencionado. Não obstante, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará, código de defesa do consumidor”.

Em conformidade com os preceitos constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor demonstra uma estrutura moderna, em sintonia com a realidade nacional. Na verdade, trata-se de uma norma supralegal, a qual apresenta inovações relevantes, como a formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, dentro de tal concepção, todos os agentes econômicos que desenvolvem, direta ou indiretamente, atividades no mercado de consumo; um elenco de direitos básicos dos consumidores, bem como instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); controle das práticas e cláusulas abusivas, etc.

No entanto, há necessidade de ressaltar que, apesar de ter sido criado o Código de Defesa do Consumidor, não deixaram de existir outras normas relativas às relações de consumo, existentes em outros diplomas legais, como os Códigos Civil, Comercial,

Penal, etc., bem como na legislação esparsa, a menos que com ele sejam incompatíveis, dentro do princípio geral da revogação de uma lei antiga por outra nova. Verifica-se que a matéria relativa à proteção do consumidor é complexa, sendo impossível a previsão de tudo que se refere aos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores. O Código de Defesa do Consumidor estabelece perspectivas e diretrizes para a efetiva defesa ou proteção do consumidor, bem como do devido equacionamento da relação de consumo, qual seja, o equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

Primeiramente, deve-se verificar quais são os conceitos legais de fornecedor e consumidor trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de realizar-se uma analogia quanto ao prestador de serviços de telecomunicações e seus usuários.

Em conformidade com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, a figura do consumidor consiste em “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Não obstante, também se equipara a consumidor a coletividade de pessoas, que esteja diretamente relacionada ao mercado de consumo (parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor).

Nota-se que a concepção dada à figura do consumidor, nos termos da Lei nº 8.078/90, é exclusivamente econômica, levando em consideração o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final. Por meio de tais atividades, o consumidor visa suprir suas necessidades e não desenvolver uma outra atividade negocial.

Assim, pode-se entender como consumidor qualquer pessoa, tanto física como jurídica, isolada ou coletivamente, que contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

Com relação à coletividade de pessoas, conforme preceitua o parágrafo único do

artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, pode-se salientar que se trata de um número indeterminado de consumidores, os quais também intervêm no mercado de consumo. Assim, tal dispositivo legal visa a universalidade de consumidores de produtos e serviços, bem como grupo, classe ou categoria deles, desde que estejam relacionados a um determinado produto ou serviço.

Nesse sentido, pode-se, indubitavelmente, enquadrar a figura do usuário dos serviços de telecomunicações nessa concepção de consumidor. O usuário consiste naquele consumidor que contrata a prestação de serviços de telecomunicações das empresas concessionárias.

Quanto ao parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, pode o mesmo ser interpretado com relação à prestação de serviços de telecomunicações, em que se verifica a coletividade de usuários de tais serviços, principalmente quanto aos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, que possuem caráter exclusivamente adesivo.

Quanto à outra parte de relação de consumo, a figura do fornecedor também está prevista no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Tal dispositivo prescreve que o fornecedor é a pessoa, tanto física como jurídica, pública ou privada, que realize atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Verifica-se que o fornecedor, na relação de consumo, é aquele responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição

do consumidor. É todo comerciante, bem como qualquer estabelecimento comercial, aquele que abastece ou fornece serviços ou mercadorias, necessárias para suprir as necessidades do consumidor. Nesse sentido, o artigo 3º da Lei nº 8.078/90, ao estabelecer a figura do fornecedor como constituinte da relação de consumo, abrange todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores.

Traz ainda o preceito legal supramencionado que o fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se, no primeiro caso, ser o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que realizam atividade de produção, bem como *concessionárias de serviços públicos*. Vale salientar que um dos direitos dos consumidores consagrados pelo artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no seu inciso X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Nesse sentido, prescreve o artigo 6º da Lei nº 8.078/90:

“Art. 6. São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abu-

sivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Analisados os artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, pode-se enquadrar as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações como fornecedores de serviços aos consumidores (usuários). Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90, visando garantir e restabelecer o equilíbrio da relação fornecedor-consumidor, contribui, por meio de instrumentos jurídicos, para a regulamentação do setor de telecomunicações, complementando a legislação específica (Lei nº 9.472/97).

Não obstante, os incisos V e X do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor devem ser observados quanto aos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, principalmente no que se refere a cláusulas consideradas abusivas e à efetiva prestação de tais serviços, com eficiência e qualidade.

Quanto às cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor, além de referi-

las no inciso V de seu artigo 6º, traz em seu corpo capítulo especial, de nº VI (Da Proteção Contratual), amparando expressamente o consumidor frente aos contratos, principalmente àqueles denominados “contratos de adesão”, que podem surpreender com cláusulas consideradas abusivas (previstas no artigo 51), dando-se, então, preponderância à questão de informação prévia sobre o conteúdo de tais cláusulas, sob pena de nulidade do instrumento contratual.

Verifica-se que, além da informação que o fornecedor deve dispor ao consumidor contratante, conforme prescreve o artigo 46 da Lei nº 8.078/90, também há previsão, no mesmo diploma legal, de que a interpretação quanto a cláusulas obscuras ou com vários sentidos deve ser mais favorável ao consumidor (artigo 47).

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

No que se refere ao inciso X do artigo 6º da lei supracitada, a prestação de serviços públicos adequados e eficientes deve ser realizada pelo próprio Poder Público ou empresas públicas, concessionárias, permissionárias, mediante remuneração tarifária. Tanto a prestação do serviço, como a modicidade da tarifa devem estar de acordo com as normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor. É nesse sentido que dispõe o artigo 22, *caput*, do mesmo diploma legal:

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequa-

dos, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Diante da importância desses preceitos legais, o Código de Defesa do Consumidor faz-se presente, indubitavelmente, perante o novo modelo de regulamentação das telecomunicações. Além da legislação específica para a normatização, como a nova Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), e fiscalização, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, dos serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações, a Lei nº 8.078/90, por meio de seu complexo de normas jurídicas, principalmente referentes à formação e validade de contratos, também deverá ser observada.

As cláusulas do contrato de concessão de serviço de telecomunicações devem ser analisadas, não somente sob os termos da Lei nº 9.472/97, mas sim sob a égide de toda legislação que venha resguardar o direito do usuário frente a eventuais abusos prescritos em tais cláusulas. Daí é que devem ser observados os ditames do Código de Defesa do Consumidor, devendo o mesmo regulamentar aspectos e situações não abrangidos pela Lei Geral de Telecomunicações.

Quanto à prestação de serviços públicos, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, versa sobre a continuidade dos serviços públicos considerados essenciais. Assim, podem ser relacionados nesse dispositivo legal os serviços de telecomunicações, fornecimento de energia elétrica, água e saneamento básico, todos considerados como serviços essenciais à sociedade.

O supracitado artigo prescreve, em seu parágrafo único, que: “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

Nesse sentido, tenha-se presente, por força da remissão de tal parágrafo, as cláusulas excludentes de responsabilidade ali pre-

vistas, a saber<sup>13</sup>:

a) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

b) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em consonância com o artigo 22 da Lei nº 8.078/90, também prescreve a Lei nº 9.472/97, nos incisos I e XII do artigo 3º, que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito de acesso a tais serviços, com padrões de qualidade e regularidade, bem como à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos. Não obstante, também dispõe o artigo 11 da mesma lei sobre a essencialidade dos serviços de telecomunicações prestados, havendo intervenção na concessionária, por ato da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, nos casos de:

a) paralisação injustificada dos serviços de telecomunicações;

b) inadequação, bem como insuficiência dos serviços prestados, não resolvidas em prazos razoáveis e determinados;

c) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que prejudique a continuidade dos serviços de telecomunicações.

Quanto aos novos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, especificamente, evidencia-se a importância do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Na verdade, verifica-se que a regulamentação do setor de telecomunicações, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, deve ser complementada, em situações não abrangidas pela Lei nº 9.472/97, pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 8.078/90, quanto a contratos de concessão, estabelece preceitos legais que devem estar em harmonia com as normas estabelecidas pela Lei Geral de Telecomunicações.

Assim, em análise conjunta dos diplomas legais supramencionados, pode-se ressaltar o inciso VIII do artigo 56 do Código

de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que eventuais infrações das normas referentes à defesa do Consumidor ficam sujeitas à sanção administrativa de revogação de concessão ou permissão de uso, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I – multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contra-propaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo serem aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.

(...)

Ainda quanto às sanções, o § 1º do artigo 59 do Código de Defesa do Consumidor prescreve a pena de cassação aplicada à concessionária de serviço público, em razão de violação legal ou contratual. Verifica-se

que o artigo supracitado complementa a Lei nº 9.472/97, que em seu corpo legislativo estabelece sanções administrativas penais.

Em relação às sanções administrativas, dispõe o artigo 173 da referida lei que qualquer infração desta e de demais normas aplicáveis (entende-se, nessa parte, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor), bem como verificada a inobservância das obrigações resultantes dos contratos de concessão ou de qualquer ato de permissão, autorização de serviço ou até mesmo a autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os agentes infratores às sanções de advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade, aplicáveis pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

No que tange às sanções penais, pode-se observar que a Lei nº 9.472/97 penaliza a realização de atividades clandestinas de telecomunicações, em conformidade com seu artigo 183<sup>14</sup>. Observa-se que a clandestinidade consuma-se quando a atividade de telecomunicação é desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, bem como de uso de radiofrequência e de exploração de satélite (parágrafo único do artigo 184 da Lei nº 9.472/97).

Ademais, verifica-se, em outro dispositivo legal (inciso I do artigo 184) da mesma lei, a obrigação por parte da concessionária de indenizar o dano causado pelo crime. Tal preceito harmoniza-se com a Lei nº 8.078/90, que traz em seu artigo 14, de forma complementada, a responsabilidade objetiva do prestador de serviços de telecomunicações quanto à reparação dos danos causados aos consumidores (usuários), em razão de eventuais defeitos relativos à própria prestação, bem como em virtude de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Conforme o § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o serviço é considerado defeituoso quando não mais fornece a segurança que o consumidor dele pode

esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, como o modo de fornecimento; o resultado e os riscos que dele se esperam; e a época em que foi fornecido.

Também se verifica que a empresa concessionária de serviços de telecomunicações, como fornecedora de serviços, não será responsabilizada quando provar que, tendo prestado o referido serviço, o defeito inexistiu; ou quando a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, caminham juntas as Leis nºs 8.078/90 e 9.472/97, a fim de regular de forma extensiva e eficiente a prestação de serviços de telecomunicações. A ANATEL, como órgão regulador, deve desenvolver a fiscalização das atividades de telecomunicações, sempre em conformidade com as normas previstas nesses dois diplomas legais, que se complementam, buscando suprir de forma plena todas as necessidades dos usuários, bem como regular o funcionamento de tais atividades.

Ainda se faz necessária uma análise das leis supramencionadas, principalmente quanto às cláusulas dos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, no intuito de se verificar eventuais vícios e abusos contidos nas mesmas.

Em razão de sua natureza jurídica protetorista, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, prescreve as cláusulas contratuais abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, visando proteger a parte hipossuficiente da relação de consumo: o consumidor. Tais cláusulas são consideradas nulas de pleno direito, já que são opressivas, onerosas e excessivas<sup>15</sup>.

Conceitualmente, as cláusulas abusivas são aquelas desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, qual seja, o consumidor. Presente tal cláusula no contrato de consumo, torna-se inválida a relação contratual pela ruptura do equilíbrio entre as partes. Pode-se salientar que tais cláusulas, geralmente, são verificadas nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do ade-

rente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são atribuídos os ônus do contrato. No entanto, vale lembrar que as cláusulas abusivas também podem estar presentes em qualquer contrato de consumo, sendo ele expresso ou verbal.

Ressalta-se que, apesar da terminologia “abusivas”, as cláusulas elencadas no artigo supramencionado não se confundem com o instituto de abusos de direito, previsto no parágrafo único do artigo 160 do Código Civil.

Quanto à nulidade das referidas cláusulas, essas têm sistema próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, observa-se que as normas sobre nulidades de outros diplomas legais (Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil ou outras leis extravagantes) não são totalmente aplicáveis às relações de consumo. A Lei nº 8.078/90, na realidade, reconhece tais nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor.

Vale lembrar que a nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou, quando o caso, reconvenção), de exceção substancial alegada na defesa (contestação), ou ainda *ex officio* pelo juiz. Quanto à sentença que reconhece a nulidade da cláusula abusiva, tem natureza constitutiva negativa.

A finalidade do Código de Defesa do Consumidor, como norma supralegal, ao dispor em seu artigo 51 a nulidade de pleno direito quanto às cláusulas contratuais abusivas, também pode ser aplicada à prestação de serviços de telecomunicações, complementando, novamente, de forma extensiva, a Lei nº 9.472/97. Assim, tal preceito legal é de suma relevância para a regulamentação e fiscalização do setor de telecomunicações pela ANATEL.

Nesse sentido, pode-se trazer para o âmbito exclusivo da Lei nº 9.472/97 os ditames do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que as cláusulas abu-

sivas sejam evitadas quando da formulação do contrato de concessão de serviços de telecomunicações. Como norma supralegal, tal dispositivo legal deve ser observado e aplicado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, sem qualquer prejuízo às normas reguladoras dispostas na Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

Numa análise mais detalhada dos incisos do artigo 51, visa-se relacionar aqueles diretamente ligados à prestação de serviços de telecomunicações. No contrato de concessão, deve-se evitar ou coibir a presença de cláusulas abusivas, as quais são nulas de pleno direito. Nesse aspecto, será analisado de forma detalhada o artigo supramencionado, principalmente quanto a sua aplicação ao instrumento contratual de concessão de serviços de telecomunicações.

A) Cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (artigo 51, I, do CDC).

A empresa concessionária de serviços de telecomunicações deve ser responsável pelos vícios de qualquer natureza referentes à prestação de serviço. Nesse sentido, preceitua o § 1º do artigo 94 da Lei nº 9.472/97 que, no cumprimento dos deveres legais, a concessionária, em qualquer caso, continuará sempre responsável perante a ANATEL e os usuários, devendo prestar um serviço de qualidade e capaz de suprir a demanda nacional.

B) Cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção do reembolso da quantia paga pelo consumidor (artigo 51, II, do CDC).

O consumidor tem o direito de reembolso das quantias pagas, total ou parcialmente, quando, por exemplo, houver arrependimento (artigo 49 do CDC)<sup>16</sup> por parte do consumidor. Observa-se que tal preceito legal pode ser aplicado quanto à prestação dos serviços de telecomunicações. Apesar de a Lei nº 9.472/97 não prever expressamente

quanto à restituição de quantias pagas referente a determinado serviço, entende-se que o inciso II do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor deve ser observado, principalmente com relação ao arrependimento de usuários, quando esses já tenham realizado o pagamento de tarifas referentes a serviços de telecomunicações.

C) Cláusulas que determinam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou incompatíveis com os princípios da equidade e da boa-fé (artigo 51, IV, do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor adotou, de forma implícita, a cláusula geral de boa-fé, que deve estar inserida em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não expressa no contrato. Há necessidade de que as partes, ao perfazerem o negócio jurídico de consumo, ajam com boa-fé.

Nesse sentido, ressalta-se a importância desse inciso, principalmente no que se refere aos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, já que devem ser evitadas as cláusulas que estabeleçam obrigações abusivas, posicionando o usuário em desvantagem exagerada perante a concessionária prestadora dos serviços. É o que estabelece a Lei nº 9.472/97, ao dispor normas sobre os contratos de concessão, principalmente no que se refere à aplicação das tarifas.

Assim, em conformidade com o artigo 93 da supracitada lei, a ANATEL, como órgão fiscalizador, deve observar se no contrato constam os seguintes aspectos: todas as regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço de telecomunicações, bem como de sua qualidade (inciso III); a forma de cobrança das tarifas, bem como seus critérios de reajuste e revisão (inciso VII); e os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da ANATEL e da concessionária (inciso IX). Quanto às tarifas, em conformidade com a finalidade do inciso IV do artigo 51 do CDC,

devem ser condizentes com a realidade nacional, com valores módicos e reajustáveis.

Também dispõe o artigo 103 da Lei nº 9.472/97 que à ANATEL compete estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço de telecomunicação, levando em consideração os seguintes requisitos: as tarifas devem ser fixadas expressamente no contrato de concessão, em conformidade com o edital ou proposta apresentada no procedimento licitatório<sup>17</sup> (§ 3º do artigo 103); poderá a concessionária cobrar tarifa inferior à fixada, desde que tal redução se baseie em critérios objetivos, bem como favoreça indistintamente todos os usuários, vedado o abuso do poder econômico (artigo 106 da Lei nº 9.472/97); os descontos de tarifa também somente serão admitidos quando abrangerem a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição (artigo 107).

D) Cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem (artigo 51, VII, do CDC).

Observa-se que a escolha pelas partes do instituto da arbitragem para solucionar as lides existentes entre elas não significa renúncia ao direito de ação, porém ofende o princípio constitucional do juiz natural. Com a realização do compromisso arbitral, as partes apenas estão deslocando a jurisdição, exercida por órgão estatal, para um destinatário privado (juiz arbitral). Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes utilizar tal procedimento.

O compromisso arbitral trata-se do negócio jurídico em que as partes obrigam-se a estabelecer o juízo arbitral fora da jurisdição estatal e a submeter-se à decisão do árbitro nomeado pelas partes, podendo ser judicial ou extrajudicial<sup>18</sup>. Em razão de tal compromisso, não se criam, modificam-se ou se conservam direitos, funcionando ele como causa extintiva da obrigação, tão logo seja prolatada a sentença arbitral.

Conforme a finalidade do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumi-

dor, não pode o contrato dispor de cláusulas que determinem a utilização compulsória do instituto da arbitragem.

Quanto à aplicação desse preceito legal à prestação de serviços de telecomunicações, apesar de a Lei nº 9.472/97 não prever expressamente a arbitragem, o inciso VII do artigo 51 do CDC deve ser observado na formação do contrato de concessão de serviços de telecomunicações já que se trata de uma tendência atual para a solução de eventuais conflitos entre os usuários e empresas concessionárias.

Os modelos de Contratos de Concessão do Serviço Telefônico têm trazido a arbitragem como modo de solução de conflitos entre a ANATEL e a concessionária do serviço em alguns casos como: violação do direito da Concessionária à proteção de sua situação econômica; revisão das tarifas e indenizações devidas quando da extinção do presente Contrato, inclusive quanto aos bens revertidos. A submissão à arbitragem, nesses casos, é obrigatória e proíbe a concessionária de interromper as atividades vinculadas à concessão. Conforme se observa, não se trata da relação de prestação de serviços usuários–concessionária e sim da relação contratual, modalidade contrato administrativo entre o órgão regulamentador e a concessionária, excluindo portanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

E) Cláusulas que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (artigo 51, X, do CDC).

Verifica-se que o fornecedor não pode deter o privilégio de alterar unilateralmente o preço no contrato de consumo, rompendo o equilíbrio da relação jurídica constituída por tal instrumento, prejudicando assim o disposto no artigo 4º, III, do CDC.

“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos,



a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da CF/88), sempre com base na boa-fé e equilíbrio entre consumidores e fornecedores.”

No inciso em comento, inclui-se a proibição da alteração unilateral das taxas de juros e outros encargos. Assim, devem as partes, havendo qualquer modificação no modelo da economia nacional, reavaliar a base contratual, a fim de, bilateralmente, comporem as alterações no preço e eventuais taxas de juros e encargos, preservando o equilíbrio da relação contratual.

Quanto à aplicação desse preceito legal no setor das telecomunicações, nota-se que o Código de Defesa do Consumidor está em consonância com a Lei nº 9.472/97, principalmente no que se refere à fixação e aplicação das tarifas aos usuários. Nesse sentido, pode-se relacionar alguns dispositivos da supracitada lei que se harmonizam com a finalidade de equilíbrio, a qual deve estar presente na relação entre usuários e concessionárias.

Assim, o artigo 104 da Lei nº 9.472/97 prescreve que, verificado o decorrer de no mínimo três anos da celebração do contrato, a ANATEL poderá, existindo ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária. No entanto, em conformidade com tal regime, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência (§ 1º do artigo 104).

Havendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição do

setor de telecomunicações, a ANATEL restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo às devidas sanções cabíveis (§ 2º do artigo 204).

Observa-se que, ao implementar novas prestações, bem como utilidades ou comodidades relativas ao objeto do contrato de concessão, as empresas concessionárias devem levar suas tarifas à ANATEL, para aprovação, com os devidos estudos sobre os possíveis impactos aos usuários dos serviços de telecomunicações (artigo 105 da Lei nº 9.472/97).

Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas, expressamente previstos na Lei nº 9.472/97, em seu artigo 108, devem constar nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

Quanto aos ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços de telecomunicações, bem como novas receitas arrecadadas de formas alternativas, serão compartilhados com os usuários de tais serviços, em conformidade com o § 2º do artigo 108 da Lei nº 9.472/97.

Não obstante, a oneração causada por novas regras sobre os serviços de telecomunicações, em razão da álea econômica extraordinária, bem como em virtude do aumento dos tributos ou encargos sociais (exceto o Imposto de Renda), acarretará a revisão do contrato de concessão (§ 4º do artigo 108 da Lei nº 9.472/97).

F) Cláusulas que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (artigo 51, XIII, do CDC).

Toda alteração contratual, superveniente da celebração do contrato, há de ser discutida bilateralmente entre o fornecedor e o consumidor. Assim, não é lícita a cláusula que concede ao fornecedor o privilégio de alterar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, mediante estipulações, como modificações de prazos, preços ou serviços, visando manter a igualdade e o equilíbrio contratual da relação de consumo.

Apesar de a Lei nº 9.472/97 não dispor expressamente sobre coibir a alteração unilateral do contrato por parte da concessionária, será observado, na vigência do contrato de concessão de serviços de telecomunicações, o inciso XIII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Há necessidade de manter as condições prescritas no contrato de concessão dos serviços de telecomunicações, visando proibir qualquer alteração unilateral por parte da empresa concessionária, prejudicando o usuário, parte hipossuficiente nessa relação contratual.

Qualquer alteração unilateral, de forma injustificada, das condições do instrumento contratual deve ser coibida pela ANATEL, que, como órgão regulador do setor de telecomunicações, fiscaliza as práticas exercidas pelas empresas concessionárias, principalmente quanto à fixação e aplicação das tarifas, onerando excessivamente os usuários dos serviços de telecomunicações.

G) Presunção de vantagem exagerada que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (artigo 51, § 1º, III, do CDC).

A onerosidade excessiva pode proporcionar: a) o direito do consumidor em modificar a cláusula contratual, a fim de que seja mantido o equilíbrio do contrato, conforme artigo 6º, V, do CDC; b) a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes não previstos pelas partes quando da conclusão do negócio (artigo 6º, V, do CDC); e c) nulidade da cláusula por relevar a desvantagem exagerada ao consumidor, em conformidade com o artigo 51, IV, e § 1º, III, do CDC.

Verifica-se que a onerosidade excessiva pode acarretar o enriquecimento sem causa, ofendendo o princípio da equivalência contratual, o qual é instituído como base das relações jurídicas de consumo (artigo 4º, III, e artigo 6º, II, todos do CDC).

Vale ressaltar que somente as circunstâncias extraordinárias podem ser conside-

radas quando da alegação, por parte do consumidor, de onerosidade excessiva.

Quanto à Lei nº 9.472/97, nos termos do artigo 108, os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas devem estar previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

Diante dessa análise conjunta dos diplomas legais, qual seja, as Leis nºs 9.472/97 e 8.078/90, verificou-se que ambas visam garantir o equilíbrio na relação fornecedor (concessionária) e consumidor (usuário). Assim, o Código de Defesa do Consumidor, por ser uma norma supralegal, deve ser aplicado também na prestação dos serviços de telecomunicações, suprimindo defeitos ou lacunas da Lei nº 9.472/97, a fim de proporcionar condições de execução e cumprimento do instrumento contratual fixado entre o usuário e a empresa concessionária.

### 3. Considerações finais

O trabalho realizado analisou as principais questões decorrentes da privatização do setor de telecomunicações no Brasil, tanto na área jurídica, como na econômica (relação de consumo).

Observou-se que a prestação dos serviços públicos pelo próprio Estado, bem como por empresas estatais, tornou-se inadequada e insuficiente. Inadequada devido aos crescentes processos de autarquização e burocratização que se instalaram no Sistema TELEBRÁS, em razão das gestões que lhe foram impostas, permitindo a interferência política partidária no setor. Insuficiente no que se refere ao atendimento à crescente demanda populacional do país, bem como a necessidade de um desenvolvimento tecnológico e qualitativo dos serviços de telecomunicações.

No sentido de adotar uma nova concepção de mercado, em que a competitividade, como fator dominante, faz-se presente, possibilitando o desenvolvimento tecnológico e a melhoria da qualidade dos serviços prestados, a Emenda Constitucional nº 8 de 1995

“flexibiliza” o monopólio estatal no setor de telecomunicações, abrindo espaço para a iniciativa privada.

Assim, modificou-se o inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, permitindo a concessão de serviços de utilidade pública a empresas de capital público e privado, bem como a criação de um órgão regulador.

A constituição desse órgão regulador das telecomunicações no País, com suas características e competências, consiste no cerne do presente trabalho, já que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, nesse novo cenário, tem função de suma importância. A entrada de investimentos de capital privado, a competitividade “saudável” entre as concessionárias, o controle de tarifas condizentes com a realidade social são fatores que dependem direta e indiretamente da constituição desse novo órgão.

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, chamada de Lei Geral das Telecomunicações, dispõe sobre toda a organização dos serviços de telecomunicações, bem como a criação e o funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, com regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações.

Caracterizada pela sua independência administrativa, financeira e instrumental, a ANATEL detém autonomia no controle e fiscalização do setor de telecomunicações, tanto no que se refere aos aspectos jurídicos (concessões, licitações, etc.), quanto aos econômicos (preços de tarifas, novas tecnologias, equipamentos, concorrência, etc.).

Notou-se que, com o surgimento desse novo cenário, a legislação específica ao setor de telecomunicações (Lei nº 9.472/97), apesar de complexa e extensiva, não é suficiente para abranger todas as situações jurídico-econômicas decorrentes da relação usuário–prestadora de serviços.

Nesse sentido, verificou-se que há necessidade da aplicação de normas que venham

complementar a Lei nº 9.472/97. Caracterizado pela sua função social e por normas gerais e supralerais, o Código de Defesa do Consumidor visa suprimir as deficiências legais no setor de telecomunicações, proporcionando à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL melhores condições de fiscalização e regulamentação dos serviços de telecomunicações.

Em conformidade com os artigos 2º e 3º do CDC, os usuários dos serviços de telecomunicações, bem como as concessionárias prestadoras de tais serviços podem ser enquadrados, de forma plena, nos conceitos de consumidor e fornecedor trazidos por esses preceitos legais.

Assim a ANATEL, como órgão regulador e fiscalizador, deve, em situações não previstas pela Lei nº 9.472/97, principalmente quanto a contratos de concessão de serviços de telecomunicações (evitando cláusulas abusivas, mantendo o equilíbrio na relação usuário–concessionária), valer-se das normas da Lei nº 8.078/90, já que se trata de preceitos supralerais, aplicáveis às relações de consumo de bens e serviços. A utilização das normas do CDC constitui um alicerce legal extensivo e complementar para a regulamentação e fiscalização do setor de telecomunicações no Brasil.

#### Notas

<sup>1</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 56.

<sup>2</sup>O Conselho Consultivo será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento. O Presidente do Conselho Consultivo será eleito pelos seus membros e terá mandato de um ano (artigo 34).

<sup>3</sup>A Corregedoria acompanhará permanentemente o desempenho dos servidores da Agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais e realizando os processos disciplinares (artigo 46).

<sup>4</sup>Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, se-

gado protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca (artigo 39).

<sup>5</sup>O ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir apreciações críticas sobre a atuação da Agência (artigo 45).

<sup>6</sup>Artigo 19 da Lei nº 9.472/97.

<sup>7</sup>Verifica-se que a Lei Geral de Telecomunicações, apesar de exercer as competências legais de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, não entra em conflito com as normas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

<sup>8</sup>Lei nº 5.070/66, artigos 2º, 3º, 6º, parágrafo único; 8º, § 2º.

<sup>9</sup>O não-pagamento da taxa de fiscalização em 2 (dois) exercícios funcionais ocasionará à concessionária sua caducidade, sem o direito de qualquer indenização.

<sup>10</sup>MORAES, Luiza Rangel de. A reestruturação dos setores da infra-estrutura e a definição dos marcos regulatórios. Brasília : IPEA, 1997. p. 17.

<sup>11</sup>MORAES, Luiza Rangel de. Op. cit., p. 17.

<sup>12</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. p. 8.

<sup>13</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 180.

<sup>14</sup>Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação. Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem, diretamente ou indiretamente, concorrer para o crime.

<sup>15</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 400.

<sup>16</sup>Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

<sup>17</sup>Nos casos sem licitação, as tarifas serão fixadas pela ANATEL e constarão obrigatoriamente do contrato de concessão (§ 4º do artigo 103 da Lei nº 9.472/97).

<sup>18</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 417-8.

## Bibliografia

ANTONELLI, C. Localized technological change in the network of networks: the interaction between regulation and the evolution of technology in telecommunications. *Industrial and Corporate Change*. Oxford, v. 4., n. 4, 1995.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Referências bibliográficas*: NBR 6023. Rio de Janeiro, 1989.

BARROS, Aidil Paes de, LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Projeto de pesquisa e proposta metodológica*. 7. ed. Petrópolis : Vozes, 1998.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. *Proposta de Emenda à Constituição nº 03/95*: altera o inciso XI do art. 21 da CF. Brasília : Câmara dos Deputados, 1995.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 8*. Brasília : Câmara dos Deputados, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lei de Concessões e permissões*: lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília : Congresso Nacional, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lei de licitações e contratos*: lei nº 8.666, de 21.06.1993, atualizada pela Lei nº 8.883 de 08.06.1994. São Paulo : IMESP, 1993.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.295 de 19 de julho de 1996*: lei que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regular e dá outras providências. Brasília : Congresso Nacional, 1996.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997*: lei que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília : Congresso Nacional, 1997.

BRASIL. Ministério das Comunicações. *As telecomunicações e o futuro do Brasil*: flexibilização do modelo atual. Brasília : Secretaria Executiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Proposta de Emenda Constitucional nº 03/95*: altera o art. 21, XI, da CF – Voto separado. Brasília : Câmara dos Deputados, 1995.

\_\_\_\_\_. *Proposta de Emenda Constitucional nº 03/95*: altera o art. 21, XI, da CF – Parecer. Brasília : Câmara dos Deputados, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1966/1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo : Atlas, 1996.

ENTERRIA, E. Garcia de. *Curso de derecho administrativo*. Madrid : Civitas, 1983.

- FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. *Serviços de telecomunicações: progresso técnico e reestruturação competitiva*. Rio de Janeiro : IEI, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998.
- JOHNSON, Bruce Baner et al. *Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública*. São Paulo : Edgard Blücher, 1996.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1996.
- LIMA, Rui C. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo : revista dos Tribunais, 1982.
- MARCANTÔNIO, Antônia Terezinha, SANTOS, Martha Maria dos, LEHEFELD, Neide Aparecida de Souza. *Elaboração e divulgação do trabalho científico*. São Paulo : Atlas, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- MORAES, Luiza Rangel de. *A reestruturação dos setores da infra-estrutura e a definição dos marcos regulatórios*. Brasília : IPEA, 1997.
- MUKAI, Toshio. *Estudos e pareceres de direito administrativo*. São Paulo : Atlas, v. 1. 1997.
- OLIVEIRA, J.C. de. *O papel do estado nas concessões de serviços públicos*. Franca : Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista, 1995. Tese de Doutorado.
- OLIVEIRA, Juarez de (org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid : Instituto de Estudios Administrativos, 1968.
- PESSINI, J. E. *Competitividade da indústria de equipamentos de telecomunicações*. Nota técnica do Projeto Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira. Coutinho, coord, IE/UNICAMP e IEI/UFRJ, Financiado por MCT/FINEP/PADCT, 1993.
- RODAS, J. Grandino. *Sociedades comerciais e estado de São Paulo*. São Paulo : UNESP/Saraiva, 1995.
- ROSSTON, G. L., TEECE, D. J. competition and "local" communications: innovation, entry and integration. *Industrial and Corporate Change*. Oxford, v.4, n.4, 1995.
- TAFNER, José, BRANCHER, Almerindo, TAFNER, Malcon A. *Metodologia científica*. Curitiba : Juruá, 1995.

# O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico

Priscila Campana

## Sumário

1. Introdução. 2. Panorama histórico do surgimento do Direito do Trabalho. 2.1. O direito trabalhista no Brasil de 1891 a 1930. 3. Do Estado de bem-estar social. 3.1. Getúlio Vargas e o surgimento da legislação trabalhista no Brasil. 4. Dos anos setenta ao neoliberalismo: panorama mundial. 4.1. Globalização como um novo imperialismo. 4.2. Os direitos sociais como obstáculo à acumulação do capital. 5. Sobre o neoliberalismo no Brasil. 5.1. Desregulamentação e ideologia. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

Este trabalho objetiva uma reflexão crítica sobre a desregulamentação no Direito do Trabalho e sua relação com a atual crise capitalista. Nesse sentido, o tema foi abordado numa mescla entre aspectos jurídicos e econômicos nas expressões do Estado liberal, social e neoliberal.

Nesse contexto, torna-se possível entender o desenvolvimento da regulamentação dos direitos trabalhistas atrelados ao Estado social, para finalmente compreender os porquês das atuais “flexibilizações” normativas, constatando que o processo globalizador de acumulação do capital orienta a política de um Estado neoliberal.

Dessa maneira, principalmente, é possível perceber o quanto o processo de regulamentação, e posteriormente de desregulamentação desses direitos sociais, está atrelado ao sistema de produção capitalista, suas crises e suas adaptações, tendo como

Priscila Campana é mestranda em Relações Sociais/CPGD-UFPR, advogada e professora nas Faculdades Santa Cruz.

pano-de-fundo o movimento histórico da luta de classes.

## 2. *Panorama histórico do surgimento do Direito do Trabalho*

Historicamente, o campo para o desenvolvimento do Direito do Trabalho surgiu no quadro social da Revolução Industrial, no século XVIII, e da razão iluminista, que erigia a garantia da dignidade do homem trabalhador de indústria<sup>1</sup>.

As massas operárias foram-se formando juntamente com crescimento industrial da cidade – na Inglaterra a mão-de-obra provinha principalmente do campo – e surge a figura do proletário: um trabalhador prestador de serviços em jornadas de 14 a 16 horas, habitante nas adjacências subumanas do próprio local de atividade, com prole numerosa e ganhador de salário em troca da venda da sua força de trabalho.

Não havendo regulamentação das relações de trabalho, o livre acordo das partes acabava por ocorrer injustamente, haja vista que era o empregador, pólo mais forte da relação, quem determinava ou modificava a jornada, as condições de trabalho e os salários, conforme suas necessidades. A inexistência de contratos escritos pressupunha então a falta de garantias mínimas ao trabalhador.

O liberalismo, embora permitisse a livre-troca do trabalho por salários e a transformação da riqueza em capital, pregava que o Estado deveria interferir o mínimo nas relações sociais, assegurando a liberdade civil e política, mas respeitando a existência de uma ordem econômica natural.

Nesse contexto, quando a organização sindical surgiu estruturando o movimento trabalhista, foi clandestinamente. O reconhecimento oficial dos sindicatos na Inglaterra ocorreu somente em 1871 e na França, em 1884.

O direito trabalhista, a partir da ação dos trabalhadores associados para defesa dos seus interesses contra a exploração capitalista, entretanto, somente foi instituciona-

lizar-se no século XX, no processo intervencionista<sup>2</sup> do Estado.

As reivindicações das massas urbanas trabalhadoras cresciam associadas às representações socialistas e anarco-sindicalistas, e ao impacto ideológico da Revolução Russa de 1917.

Desse momento histórico decorre o constitucionalismo social<sup>3</sup>, afirmando que o Estado deveria incluir direitos trabalhistas e sociais fundamentais na sua Constituição, pondo o trabalho sob sua proteção, garantindo a liberdade de associação, fixando salários e condições laborais. Exemplos marcantes desse processo foram a Constituição Social Mexicana em 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 e Constituição de Weimar em 1919. Ao final da Primeira Guerra, em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, consagrando os direitos fundamentais dos trabalhadores e criando uma legislação internacional do trabalho<sup>4</sup>.

O Estado deveria defender os trabalhadores pondo o trabalho sob sua proteção, garantindo a liberdade de associação para defesa das condições de trabalho e produção, reafirmando as normas de seguros sociais e permitindo a participação do trabalhador na empresa fixando salário e condições laborais.

As positizações significaram um efetivo avanço na esfera social. E entre as várias conquistas, escreve Karl Marx<sup>5</sup> que “a regulamentação da jornada de trabalho se apresenta, na história da produção capitalista, como luta pela limitação da jornada de trabalho, num embate que se trava entre a classe capitalista e a classe trabalhadora”.

O Direito do Trabalho, então, esclarece Luiz W. Vianna<sup>6</sup>, representa uma conquista da classe trabalhadora

“contra o pacto original do liberalismo, impondo limites legais ao homem apetitivo. É com leis de exceção, sublinha Marx, que as leis de proteção ao trabalho aparecem durante a primeira metade do século XIX,

criando um ramo do direito ao largo das relações privadas, puramente mercantis”.

### *2.1. O direito trabalhista no Brasil de 1891 a 1930*

A legislação trabalhista no Brasil foi ter campo para se desenvolver somente com o início da industrialização<sup>7</sup> do país e a expansão da relação assalariada, após a proclamação da República.

Com a concentração de 30% das indústrias nacionais no Rio de Janeiro e 16% em São Paulo, a população nessas capitais aumentava gradativamente. Havia também diversas oficinas de manufaturas de calçados, vestuário, móveis, e tintas, embora geralmente em locais longe de fiscalização. Os trabalhadores eram, na maioria, imigrantes italianos, portugueses e espanhóis<sup>8</sup>.

Entretanto, esse período desconheceu limitações legais à exploração do trabalho humano e as condições de trabalho dos operários eram péssimas com salários baixos, elevadas jornadas de trabalho e ambientes de trabalho insalubres.

O quadro era coerente ao Estado de inspiração liberal, pois a sua intervenção na formação de contratos era vista como limitação à liberdade dos contratantes.

Contudo, o número de greves, organizadas pelo movimento dos trabalhadores na busca por melhores salários e redução da jornada de trabalho, começou a se elevar, passando a ser uma preocupação.

Então, surgem as primeiras normas regulamentadoras da relação de trabalho nesse período. Em 1891, houve institucionalização de fiscalização permanente dos estabelecimentos fabris onde trabalhasse um elevado número de menores. Foi vedado o trabalho noturno dos menores de quinze anos e limitada a sete horas a jornada de trabalho. A menores de doze anos era proibido o trabalho. As normas sobre sindicatos foram o Decreto nº 979, de 1903 – sindicatos rurais–, e o Decreto Legislativo nº 1.637, de 1907, a respeito dos sindicatos urbanos<sup>9</sup>.

Justamente após a explosão das grandes greves de 1917-1919, principalmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, o Congresso aprova em 1919 a Lei de Acidentes do Trabalho, sendo criada também a Comissão de Legislação Social.

Progressivamente, a Lei Elói Chaves, de 1923, criou a caixa de aposentadoria e pensões para ferroviários, assim como estabilidade para os mesmos trabalhadores que completassem dez anos de emprego, sendo a rescisão contratual, nos casos permitidos, precedida de inquérito. No mesmo ano, é criado o Conselho Nacional do Trabalho, órgão de caráter consultivo dos poderes públicos, em assuntos relativos à organização do trabalho e da previdência social, sendo composto por operários, patrões e funcionários do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

Em 1925, foi reconhecido o direito a férias, com a Lei nº 4.982/25. E, posteriormente, em 1927, editou-se o Código de Menores, introduzindo medidas de assistência e proteção aos menores de dezoito anos, dispondo sobre o seu trabalho também.

### *3. Do Estado de bem-estar social*

O declínio do Estado liberal teve seu processamento com a primeira guerra mundial e posteriormente com a crise capitalista de 1930, o que propiciou o desenvolvimento do Estado social, também chamado de Intervencionista, de Bem-estar ou Providência, cuja característica era o dirigismo<sup>10</sup>. Com a quebra da Bolsa de Valores em 1929, a recuperação da crise capitalista somente viu solução na política keynesiana<sup>11</sup> de intervenção estatal na economia.

O Estado social vê então campo para seu desenvolvimento, sem atingir totalmente a autonomia da empresa privada, mas com importante participação na promoção de benefícios sociais como a execução de programas de moradia, saúde, educação, previdência social e pleno emprego, por meio da redução da taxa de juros e do incentivo a investimentos públicos.



De outro modo, o Estado social correspondeu também a um pacto social-democrata entre capitalistas e trabalhadores numa fase expansionista capitalista de 1940 até o final dos anos 60. Esse período de crescimento capitalista, marcado por livres movimentos de capital, moedas estáveis e livre comércio, representado também por multinacionais e instituições financeiras americanas instaladas em todos os continentes, é o que Hobsbawm chama de “era de ouro”<sup>12</sup>. Politicamente, ocorria a atuação forte do Estado como justificativa também de contenção do comunismo, haja vista a disputa pela hegemonia mundial travada entre os EUA e a URSS.

O desenvolvimento maior do direito trabalhista veio justamente nesse período, nas décadas de 50 e 60, num contexto de grande desenvolvimento econômico, em que o Estado de bem-estar investia crescentemente nos benefícios sociais.

Entretanto, na crise do Estado social, a partir dos choques econômicos na década de setenta, é que surge o neoliberalismo<sup>13</sup>, e, com ele, o discurso sobre a desregulamentação dos direitos trabalhistas, como única solução possível para a competitividade das empresas privadas e para os avanços tecnológicos.

### *3.1. Getúlio Vargas e o surgimento da legislação trabalhista no Brasil*

No Brasil, a crise mundial de 1929 favoreceu o desenvolvimento interno capitalista do país. A produção antes exportável direcionou-se para o mercado interno e o crescimento industrial projetou então a intervenção do Estado no mercado, como planejador econômico por meio de atuações a favor da burguesia industrial nacional<sup>14</sup>. Todavia, nesse processo, as greves se multiplicaram.

O governo Vargas, então, procurou também criar elos fortes com a classe operária, pondo em prática mecanismos de conquista ideológica e de disciplinamento de suas organizações sindicais, como seu

atrelamento ao Ministério do Trabalho, por exemplo. O objetivo era a contenção do movimento dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, a criação de mercado consumista para algumas indústrias nacionais.

Nessa década de 1930 é que, portanto, uma “legislação social”<sup>15</sup> efetiva teve campo para expandir-se, numa política pública estatal denominada de trabalhismo<sup>16</sup>.

O trabalhismo getulista vem caracterizar tal período, sintetizando o elo do Estado social legiferante com a classe operária.

O Estado, desempenhando um novo papel e influenciado pelo modelo corporativista<sup>17</sup> italiano, passou a intervir nas relações de trabalho.

Tais medidas interventivas, entretanto, foram aliadas à repressão policial. Ao mesmo tempo em que surgiram vários institutos previdenciários, construção de hospitais e conjuntos residenciais para os trabalhadores, as greves eram proibidas.

Foi sendo estruturada uma gama normativa: instituiu-se a Carteira Profissional em 1932, disciplinou-se a duração da jornada de trabalho do comércio, na indústria, nas farmácias, nos bancos, nos transportes terrestres e nos hotéis.

O direito coletivo, por outro lado, teve sua instituição legal em 1931. Os sindicatos foram considerados órgãos de defesa dos interesses profissionais e dos direitos dos seus associados, bem como órgãos de “colaboração” do Estado, num cunho bastante paternalista.

O período do Estado Novo, situado entre 1937 e 1945, foi de grande ambiguidade, pois associava o autoritarismo com o desenvolvimento econômico e social, principalmente por meio da implantação de uma ampla legislação trabalhista e de apoio à industrialização, mediante projetos na área siderúrgica e petrolífera. O movimento sindical foi controlado, censurado e reprimido.

O nacionalismo desenvolvimentista foi, segundo Octávio Ianni, o núcleo ideológico das políticas de massa, em que a crescente participação estatal na economia foi funda-

mental: “é nesse contexto que se situam as conquistas das classes assalariadas, em especial do proletariado”<sup>18</sup>.

Em 1940, foi criado o salário mínimo, que objetivava diminuir a pauperização da classe operária, ao mesmo tempo em que ampliava o mercado consumista para as indústrias de bens de consumo leve. Ou seja, o populismo<sup>19</sup> propiciou que fossem conciliados interesses em benefício da industrialização e do desenvolvimento nacionalista.

Nesse mesmo ano de 1940, é criado o imposto sindical, e em 1943, posta em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, num contexto de resistência patronal às concessões de direitos trabalhistas e subordinação do operariado aos aparelhos corporativos e repressivos do Estado.

As medidas destinavam-se, em síntese, a manter as relações de produção em conformidade com as exigências do desenvolvimento econômico.

Apesar disso, a concretização de uma legislação visando a garantia de direitos dos trabalhadores significou um avanço social, resultado de reivindicações, tensões e lutas operárias. À medida, inclusive, que a economia nacional se desenvolve e se diversifica com a industrialização, as greves são multiplicadas<sup>20</sup>.

A partir dos anos 50, a concentração de multidões nos grandes centros urbanos favoreceu as tensões entre a política de massas e o programa de industrialização, caracterizando o segundo governo de Vargas por mobilizações, como a greve dos 300 mil, em 1954, e que eclodiu em São Paulo durando 29 dias. A industrialização nessa década de 50 trouxe a modernização<sup>21</sup>, mas também o agravamento dos conflitos sociais.

Desde a década de 30, com um desenvolvimento amplo da indústria brasileira, por meio da substituição de importações, o Estado passara a intervir na economia, regulando a acumulação de capital e investindo em setores básicos. No período de 1950, como demonstram os projetos da Petrobrás e da Eletrobrás, o Estado incor-

porou a preocupação de um grupo de políticos, empresários e militares nacionalistas como o planejamento econômico. A utilização do pensamento tecnocrático era vista como uma forma de fortalecer o controle estatal sobre as decisões político-econômicas, sem o que seria inviável o desenvolvimento do capitalismo nacional.

De forma genérica, esse período evidenciou que o Estado intervencionista, desenvolvido a partir de 1930 no Brasil, atrelou-se aos projetos de industrialização, culminando na ampliação do setor produtivo e na diversidade de produtos na década de 50, tendo também criado legislação protecionista ao trabalhador.

Entretanto, o Estado social brasileiro não impediu que o capitalismo, em busca da lucratividade, continuasse a exploração ao trabalhador. Os direitos trabalhistas positivados não se efetivavam. Ou seja, apenas na versão econômica keynesiana é que o Estado brasileiro seguiu a política de intervenção, com vistas ao aumento de riqueza nacional e na política de emprego<sup>22</sup>.

#### *4. Dos anos setenta ao neoliberalismo: panorama mundial*

Num panorama mundial, em face da crise econômica do sistema a partir da década de setenta, das altas inflações (sistema superaquecido diz Hobsbawn)<sup>23</sup>, o Estado social entra igualmente em crise, e a política neoliberal vem emergir com o objetivo de garantir a acumulação de capital. A crise petrolífera surgia como agravante, com choques de preços, inflação e desemprego.

Assim, a doutrina neoliberal de Hayek, embora formulada no pós-guerra, foi somente ter terreno para se desenvolver no final dos anos 70, inaugurada pelo governo Thatcher em 1979 e o de Reagan em 1980.

Os neoliberais pregavam que as origens da crise estavam nos sindicatos e no movimento operário, que prejudicava as bases de acumulação capitalista com suas reivindicações sobre os salários e direitos sociais<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o neoliberalismo defende um Estado minimizado em relação aos direitos sociais e trabalhistas e, ao mesmo tempo, passivo em relação aos lucros dos capitalistas e aos interesses do mercado<sup>25</sup>. Preconiza liberdade de movimentos para todos, menos leis, mais espaço para a economia desenvolver-se livremente, mesmo desprezando políticas públicas estatais. Está, enfim, atrelado a essa nova fase do capitalismo internacional que orienta a formação de centros econômicos em regiões, a derrubada de fronteiras comerciais, a livre circulação do capital e o fortalecimento de conglomerados transnacionais.

Assim, o Estado deveria parar de interferir no mercado (opondo limites ao capital) e na defesa dos direitos sociais. Seu papel passava a ser o de interferir no incentivo aos processos de oligopolização e nos de avanços da tecnologia<sup>26</sup>.

Na atual década de noventa, principalmente após as transformações ocorridas na Europa oriental e na União Soviética, ocorrida de 1989 a 1991, o projeto neoliberal tem avançado<sup>27</sup>, preocupando os seus opositores com as privatizações das empresas estatais e desregulamentações dos direitos trabalhistas.

#### *4.1. Globalização como um novo imperialismo*

Na esteira do projeto neoliberal, as últimas décadas têm vivido fenômeno não tão hodierno quanto pareça: a globalização<sup>28</sup>. O fenômeno não é novo, pois, desde que o capitalismo se desenvolveu na Europa, sempre apresentou características transnacionais, mundiais, desenvolvidas por meio do mercantilismo, colonialismo e imperialismo.

Esse “novo imperialismo” significa uma projeção capitalista na tendência de mundialização da economia, cujo contexto é o da introdução de novas tecnologias e alta produtividade. Mostra-se associado ao projeto neoliberal porque fortifica-se com o enfraquecimento dos Estados nacionais periféricos. Ou seja, a expressão globali-

zação é relacionada à atual expansão capitalista, internacionalizando capitais e sendo impulsionada por uma revolução tecnológica. Nesse sentido, as empresas transnacionais alargam suas atividades difundindo técnicas de produção. E as fronteiras nacionais deixam de ser limites às atividades do capitalismo<sup>29</sup>.

As implicações decorrentes são grandes para o Estado do Terceiro Mundo. De maneira geral, e para o que aqui interessa, a “mundialização” provoca crise de regulação estatal em dois sentidos: primeiro, na incapacidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial e, segundo, na submissão desse mesmo Estado ao poder de forças econômicas supranacionais.

Pode-se assim dizer que o processo de globalização é aquele que preconiza regras do mercado capitalista sobrepostas a qualquer legislação social, sob controle das empresas transnacionais e em prejuízo das regulamentações originadas da soberania estatal dos países periféricos.

#### *4.2. Os direitos sociais como obstáculos à acumulação do capital*

Contudo, essa internacionalização do capital passou a simbolizar modernização, em meio ao neoliberalismo, e difunde-se a concepção de que, para que se possa acompanhar os movimentos globais e permitir o ingresso do Brasil na “modernidade”, é necessário um sistema jurídico adequado à nova economia mundial e um Judiciário que se subordine ao mesmo ideário<sup>30</sup>.

Nessa conjuntura, é possível perceber por que tem-se tornado cada vez mais difícil fazer valer os direitos sociais (vários deles já eliminados da legislação), compreendendo também por que a desregulamentação no direito trabalhista faz parte da estratégia neoliberal. O neoliberalismo tem como objetivo a implementação de enxugamento do Estado e, nesse contexto, de desregulamentação dos direitos. Como outra face da mesma moeda, a globalização

intensifica a exploração de mercados existentes e explora novos, com o objetivo de perpetuar a lógica capitalista do lucro e acumulação<sup>31</sup>.

O discurso “modernizador” do neoliberalismo preconiza que o Estado do bem-estar social e todos os seus “produtos” sociais, como os direitos sociais, passaram a ser um obstáculo muito grande para a economia globalizada, pois o crescimento econômico do país e a competitividade no mercado nacional ficam prejudicados por causa dos direitos sociais e seus “custos” excessivos. Nessa lógica capitalista, a prioridade não deixou de ser o lucro.

Assim, o receituário neoliberal é implementado por meio da flexibilidade no direito laboral, além das privatizações das empresas estatais e do corte dos gastos públicos sociais.

Tudo em coerência com a exploração humana em nome do capital, em que o neoliberalismo e a globalização, fenômenos entrelaçados, vão também criando o contingente de desempregados<sup>32</sup>.

Dessa maneira, como doutrina, tem o neoliberalismo uma grande implicação nas áreas política, econômica, social e cultural, mais gravemente sentida nos países de terceiro mundo. Afeta o desenvolvimento industrial, elabora uma política exterior submissa aos interesses econômicos do capital estrangeiro, sucateia as bases da educação e saúde pública. Prejudica, igualmente, o mundo do trabalho, provocando reflexões a respeito do desemprego, e também afeta a legislação social e trabalhista, por meio do que se pode chamar de flexibilizações no Direito do Trabalho.

### *5. Sobre o neoliberalismo no Brasil*

Nos países subdesenvolvidos, com a crise a partir de 1970, as dívidas externas sofreram aumento, houve baixa dos preços das matérias-primas e produtos agrícolas no mercado mundial, elevou-se a taxa de inflação e também do desemprego.

Uma ampla crise latino-americana, principalmente a partir dos anos 80, propiciou e vem mantendo o discurso neoliberal forte em suas bases<sup>33</sup>.

No plano econômico, a problemática é caracterizada pela dificuldade que tem o Estado latino-americano em defender interesses econômicos nacionais em face da onda da globalização. A soberania nacional é enfraquecida pelas imposições das entidades financeiras internacionais. E, no plano político, a crise passa pela incapacidade do Estado em gerenciar suas funções sociais básicas em nome da coletividade.

Para Tarso Genro, o Estado brasileiro realiza um “keynesianismo às avessas”<sup>34</sup> porque sua capacidade regulatória está voltada à total submissão do capital financeiro internacional.

Explicitamente, o Brasil e outros países latino-americanos aderiram às políticas neoliberais depois de 1989, no chamado Consenso de Washington<sup>35</sup>, sucumbindo às diretrizes impostas pelo Banco Mundial, FMI e Banco Interamericano de Desenvolvimento. E as diretrizes apontavam para as privatizações, para a desregulamentação dos mercados, redução do Estado e abertura às importações<sup>36</sup>.

No governo Itamar Franco, a hiperinflação mostrou-se conveniente para produzir o espaço em que o projeto neoliberal vingaria. Além de indicar a solução para a inflação alta, os neoliberais passaram a ‘satanizar’ a figura do Estado do bem-estar social como ineficiente e corrupto, diferente do Estado neoliberal, ágil e eficiente<sup>37</sup>.

Atualmente, no governo Fernando Henrique Cardoso, o neoliberalismo é aplicado integralmente, com contração da emissão de moeda, aumento das taxas de juros e abertura ao mercado internacional, criando elevados níveis de desemprego<sup>38</sup>.

Dessa maneira, para os neoliberais, algumas medidas são fundamentais para a manutenção dos seus interesses no âmbito capitalista: desregulamentação completa na economia e no direito, aceleração da com-

petição em nível mundial e a supressão do máximo de entraves, para inserir o Estado no processo de globalização.

### 5.1. Desregulamentação e ideologia

Muitos autores fazem a distinção entre o conceito de flexibilização e o conceito de desregulamentação, traçando critérios para a sua comparação e elaborando classificações<sup>39</sup>.

Contudo, como a finalidade a ser alcançada aqui é a de trazer o cunho ideológico e político das flexibilizações, as diferenças terminológicas são de menor importância, já que tanto o que seria a flexibilidade quanto o que seria a desregulamentação servem ao mesmo plano neoliberal, fazendo parte, como um todo, do processo de supressão das conquistas obtidas no Estado social.

Flexibilização, devendo ser percebida, poderia ser definida como a possibilidade, inserida na própria lei existente, de excetuar alguns direitos trabalhistas, tornando-os maleáveis, o que já ocorre<sup>40</sup>. E, nessa orientação flexibilizadora, pode-se tentar conceituar o que seja a “desregulamentação”, como uma segunda etapa do projeto neoliberal, pois a legislação trabalhista não sofre mais maleabilidade e sim é descartada, em nome de formas autocompositivas de solução de conflitos.

Dessa maneira, até existe a possibilidade de tentar diferenciações entre os vocábulos “flexibilização” e “desregulamentação”. Do mesmo modo, é possível uma esquematização dos tipos de flexibilização em setores na relação de trabalho, como, por exemplo, o da mobilidade do trabalhador, o da duração do contrato individual de trabalho e o setor salarial<sup>41</sup>.

Entretanto, o importante aqui é a análise política e ideológica do que significa a tendência de “retirada” de direitos sociais dos trabalhadores no contexto neoliberal. E o uso do termo “flexibilização” ou de “desregulamentação” são aqui utilizados como sinônimos. Ou seja, de forma ampla, ambos os institutos, representam um retro-

cesso na história do direito trabalhista brasileiro, indo de encontro ao princípio de proteção ao trabalhador, contido na Constituição Federal de 1988<sup>42</sup>.

Contudo, para entender essa tendência, é relevante, enfaticamente, observar o discurso neoliberal dessa tendência flexibilizadora das normas fundamentais do trabalhador, haja vista a nova ordem internacional de globalização e os projetos econômicos “criados” para os países periféricos.

Infelizmente, o que muitos autores acabam fazendo quando elaboram as diferenciações entre desregulamentação e flexibilização é apenas mascarar o fator ideológico desse processo de “retirada dos direitos sociais”, sem questionamentos políticos e filosóficos.

O discurso neoliberal de globalização defende a desregulamentação na justificativa de que deva ocorrer para atender a uma crise provisória do capital e que gerará empregos. Contudo, explica J. C. A. Pereira: “o que se constata é uma forma de obrigar os trabalhadores a cederem seus direitos laborais como meio de enfrentar a crise econômica, admitindo a incorporação de certas formas contratuais atípicas”<sup>43</sup>.

Ou, como explica Salette Maccalóz<sup>44</sup>, a flexibilização é simples *reformatio in pejus*, criação de novas leis, modificando as existentes para diminuir ou extinguir direitos, sendo uma estratégia da globalização na livre circulação de capitais e riquezas.

Em outras palavras, a flexibilização significa a renúncia, pelos trabalhadores, de muitos de seus direitos conquistados e positivados.

Quer dizer, a associação de desregulamentação ou flexibilização no Direito do Trabalho à modernidade faz parte de um discurso ideológico, instrumento de dominação que oculta os objetivos do sistema capitalista. Explica Marilena Chauí<sup>45</sup> que a ideologia cristaliza em “verdades” a visão invertida do real, fazendo também com que os homens criem que essas idéias são autônomas (não dependem de ninguém) e

que representam realidades autônomas (não foram feitas por ninguém)<sup>46</sup>.

Efetivamente, a afirmação de que as desregulamentações no direito trabalhista simbolizam progresso humano esconde, porque ideológica, os verdadeiros interesses (que sempre foram atrelados a auferição incessante de lucro) dos grandes banqueiros, dos industriais, dos conglomerados multinacionais, do patronato, na atual fase do neoliberalismo. Oculta o processo de acumulação capitalista e a exploração bárbara do trabalho humano<sup>47</sup>. A flexibilização é, portanto, um discurso aparentemente lógico e coerente que não traz o questionamento da existência da divisão do trabalho e da sociedade em classes. Ao contrário, porque interessa à manutenção do *status quo* de exploração e dominação da classe trabalhadora, esse discurso não mostra verdadeiramente a quais interesses atende.

Como a crise do Estado social é acompanhada pela tendência à flexibilização no Direito do Trabalho, não é de hoje que existem as flexibilizações legalmente instituídas, pelo que se pode depreender dos seguintes exemplos: a Lei nº 5.107/66 do FGTS, as Leis nº 6.708 e 7.238, o adicional de insalubridade, os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal de 1988 e, recentemente, a lei que institui o contrato de trabalho por tempo determinado.

Exemplo inicial é o do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado pela Lei nº 5.107, de 13-9-1966, em paralelo aos Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, uma opção a ser decidida pelo trabalhador, o qual se beneficiaria com a patrimonização da antiga estabilidade<sup>48</sup>.

A Constituição Federal de 1988 já não alude à estabilidade do empregado, tão-somente inseriu, entre os direitos sociais, no art. 7º, item III, “fundo de garantia do tempo de serviço”. Ou seja, a lei do FGTS flexibilizou a garantia de estabilidade do trabalhador<sup>49</sup>.

Ainda no plano infraconstitucional, há a antiga lei que prevê a redução de jornada

e de salários sob as condições ali previstas (Lei nº 4.923/65).

No mesmo sentido, o ordenamento jurídico constitucional traz alguns dispositivos com clara inspiração flexibilizadora: o art. 7º, VI (quanto à irredutibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo), XII (quanto à compensação e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva), XIV (jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva).

Uma terceira forma que compõe o arcabouço de possibilidades flexibilizadoras reflete-se nas terceirizações, que deixam de vincular diretamente o trabalhador com o capitalista. Conseqüência disso acaba sendo também a desmobilização da classe trabalhadora na luta por seus direitos.

O argumento principal dos ideólogos das desregulamentações, e mais precisamente deste projeto, é a geração de empregos, já que, segundo eles, as empresas pagam muitos encargos sociais.

Contudo, é de se perceber como os aparelhos ideológicos do Estado<sup>50</sup> conseguem convencer a opinião pública de que o trabalhador é o culpado pela situação de atraso social em que vive o país. Não obstante receber o menor salário mínimo do mundo, o trabalhador brasileiro é o responsável pela crise em que vivemos. Essa argumentação é utilizada para justificar a precarização das relações de trabalho, retirando os direitos colocados. Lauro Campos lembra que “em países que desregulamentaram o mercado de trabalho, como Argentina e Espanha, as taxas de desemprego estão atualmente entre as mais elevadas - respectivamente, 29% e 24%<sup>51</sup>”.

## 6. Considerações finais

Historicamente o direito do trabalho surgiu rompendo o mito da igualdade entre as partes numa relação contratual. Trata-se, portanto, de um direito especial porque parte da idéia de que a liberdade contratual

entre as pessoas, com poder econômico desigual, conduz a diferentes formas de exploração. Tanto mais, porque o sistema econômico capitalista propicia a tensão entre os interesses por lucro dos donos do meio de produção e os direitos de sobrevivência dos empregados vendedores de sua mão-de-obra.

Assim, o “moderno” discurso sobre a flexibilidade do Direito do Trabalho deve ser inserido num contexto mais amplo, histórico, político e econômico, de crises do sistema e do Estado.

Pode-se dizer que o fundamento da tendência de desregulamentação da legislação social está na crise do Estado social, marcada pela globalização da economia e seus avanços tecnológicos, e pelo neoliberalismo, fase atual de acumulação capitalista. Efetivamente, foi a partir dos refluxos econômicos mundiais capitalistas, a partir da década de setenta, que as propostas neoliberais, em oposição ao intervencionismo estatal, mostraram-se como única possibilidade de perpetuação do sistema. Entretanto, essa mesma década, marcada pela crise econômica, trouxe também desorganização dos mercados e o agravamento do processo inflacionário nos países periféricos.

Com a crise do Estado de bem-estar, entra em crise também o direito trabalhista, e as conquistas sociais passaram a ser vistas como ônus para muitas empresas. A isso acresceu-se o acelerado desenvolvimento tecnológico, num quadro de globalização em que há unificação de mercados mundiais por meio da articulação das empresas multinacionais e organismos financeiros.

No âmbito das relações de trabalho, elevou-se o número de desempregados, o desenvolvimento do trabalho informal e o subemprego, com incremento de inúmeras formas precárias de contratação e, logicamente, o arrocho salarial.

Foi assim que, na década de oitenta, começou a ser desenvolvido, na Europa e nos EUA, o movimento pela flexibilização das normas trabalhistas, justamente com a

implementação do neoliberalismo, cuja orientação é a defesa de um Estado mínimo, contraponto ao Estado de bem-estar social.

O termo flexibilização começou a ser utilizado no Brasil antes mesmo do Consenso de Washington, em 1989. Um grupo de advogados patronais nos Congressos de Direito do Trabalho discutiam a “necessidade” de flexibilizar as leis sociais porque eram “desatualizadas”: impediam a concorrência dos produtos brasileiros no mercado mundial, oneravam o empresariado nacional, geravam desemprego, bloqueavam o desenvolvimento econômico, violavam a liberdade das partes no contrato de trabalho, afastavam a livre negociação, enfim, a legislação social passou a ser o problema causador de todos os males. Procurando modificá-la, retirá-la, flexibilizá-la, a modernidade chegaria ao país e tudo seria possível.

O problema todo é que a maioria desses juristas atrelados à lógica do capital – o lucro –, quando definem ou defendem a flexibilização, igualam esse termo à modernização, num cunho essencialmente ideológico de mascarar os verdadeiros objetivos do processo de acumulação do sistema capitalista e suas crises cíclicas.

É sabido que a legislação trabalhista, no Brasil, teve sua formação atrelada a governo autoritário e populista, para o qual convinha a cooptação da classe operária, especialmente no referente ao direito coletivo, para a manutenção da “ordem” social. Entretanto, não se pode negar que houve avanços históricos no processo de regulamentação da legislação social brasileira, marcada sobretudo com a mobilização dos trabalhadores, desde o final do século passado, em busca de melhores condições de vida e de trabalho. Mesmo que se restrinjam ao aspecto do direito individual, a legislação trabalhista representou também uma conquista dos trabalhadores.

Nessas circunstâncias, o que os teóricos da flexibilização objetivam é a volta a um Estado de dois séculos atrás: descomprometido com os conflitos sociais provenientes

das relações de trabalho, e que são solucionados em base puramente autocompositiva.

Esse processo desregulamentador, parte do projeto neoliberal, não traz benefícios para os trabalhadores, ao contrário, significa a volta à exploração de mão-de-obra que ocorria no século passado, um retrocesso diante de tantas conquistas e lutas pelos direitos fundamentais do homem e sua positivação.

A flexibilização dos direitos sociais, assim, é mais um mecanismo capitalista de manutenção do sistema de exploração e auferição de lucros às empresas e conglomerados econômicos. Flexibiliza-se para a manutenção da mais-valia, para o controle da taxa de lucro. Quanto menos “encargos sociais” tiver o capitalista, quanto menos gastar com o trabalhador, melhor gerencia seus interesses na busca por acumulação de capital.

### Notas

<sup>1</sup> No contexto desse capitalismo nascente, a máquina a vapor e a indústria têxtil-algodoeira marcaram a Revolução que ocorria, modificando fortemente as condições trabalhistas por meio da divisão do trabalho e da especialização.

<sup>2</sup> Também chamado de dirigismo estatal, significa a tendência do Estado em manter uma intervenção reguladora na economia capitalista, em contraposição ao absentismo do Estado liberal.

<sup>3</sup> In: WOLKMER, Antônio Carlos. p. 18.

<sup>4</sup> A valorização do trabalho humano, criando medidas protecionistas, decorreu, entre outros fatos, das doutrinas socialistas, com o Manifesto Comunista de 1848, bem assim como pelo impacto das duas grandes guerras mundiais, marcos de reivindicações dos operários.

<sup>5</sup> In: MARX, apud VIANNA, Luiz Werneck. p. 23.

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Werneck. p. 23.

<sup>7</sup> Industrialização significa processo de criação de uma quantidade cada vez maior de indústrias orientadas para a modernização da economia do país, numa transformação da sociedade, de rural e agrícola, em urbana e industrial. “Portanto, não se considera como industrialização uma simples criação de indústrias isoladas, subordinadas às atividades primárias, mas sim um processo irreversível de criação de indústrias, com urbani-

zação e domínio da cidade sobre o campo”. In: VESENTINI, Willian. p. 89.

<sup>8</sup> No Estado paulista, em 1901, dos 50.000 operários existentes, os brasileiros eram menos de 10%. Na capital, entre 7.962 operários, 4.999 eram imigrantes. Em 1912, nas 31 fábricas de tecidos dessa capital trabalhavam 10.204 operários, dos quais 1.843 brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% espanhóis. Conforme NASCIMENTO, Amauri M. p. 39.

<sup>9</sup> O artigo 8º desse Decreto dispunha que: “os sindicatos que se constituírem com o espírito de harmonia entre patrões e operários, como os ligados por conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho, serão considerados como representantes legais da classe integral dos homens do trabalho (...)”.

<sup>10</sup> Dirigismo é a tendência do Estado intervir regulando a economia capitalista, em contraposição ao Estado liberal. “Sem conduzir necessariamente à estatização de empresas privadas, a ação governamental pode existir sob as formas de regulamento, participação, controle e planejamento da produção. Inclui medidas como tabelamento de mercadorias, serviços e salários, controle do comércio exterior, incentivos fiscais e creditícios, concessão de contratos de fornecimento ao Estado e execução de obras públicas”. In: SANDRONI, Paulo (org.). p.100.

<sup>11</sup> Keynes foi economista inglês responsável pela teoria que leva seu nome. Na sua principal obra, “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”, mostrava a inexistência do princípio do equilíbrio automático na economia capitalista, o princípio da “mão invisível” que regularia o mercado. Para que a economia encontrasse um nível de equilíbrio sem alta taxa de desemprego, o governo deveria intervir com uma política própria de investimentos e incentivos que sustentassem a demanda efetiva, mantendo altos níveis de renda e emprego, de modo que, a cada elevação da renda, o consumo e o investimento também crescessem. SANDRONI, Paulo (org.). p. 184.

<sup>12</sup> Um período em que “isso se deveu basicamente à esmagadora dominação econômica dos EUA e do dólar, que funcionou como estabilizador por estar ligado a uma quantidade específica de ouro, até a quebra do sistema em fins da década de 60 e princípios de 1970”. HOBBSAWN, Eric. p.267 e 270.

<sup>13</sup> No plano teórico, o neoliberalismo nasceu, pode-se dizer, na década de 40, quando Friedrich Hayek defendia em suas obras a tese de que qualquer forma de dirigismo econômico e centralista e o coletivismo levariam à falência econômica. Em 1947, Hayek, Karl Popper, Milton Friedman e outros reuniram-se na Suíça e instituíram a Sociedade de



Mont Pèlerin, passando a traçar estratégias para reduzir a atuação do Estado social e formulando as bases para um novo tipo de capitalismo. A crise do petróleo, mais tarde, deu vazão ao livre desenvolvimento do projeto neoliberal.

<sup>14</sup> Segundo Jacob Gorender, “com a queda vertical do valor das exportações, caiu também a capacidade para importar e as forças produtivas industriais avançaram com celeridade, apoiadas na acumulação precedente. De 1933 a 1939, a taxa média anual de crescimento da indústria de transformação foi de 11%, a mesma do ramo têxtil, que se recuperou da estagnação da década de 20”. GORENDER, Jacob. p. 65.

<sup>15</sup> Por legislação social pode ser entendido o conjunto de leis orientadas à regulamentação do mercado de trabalho, incluindo, no caso do Brasil, normas sobre a legislação trabalhista (reguladora das condições de trabalho no processo produtivo); à legislação previdenciária (reguladora da distribuição de serviços e benefícios devidos àqueles que participam ou participaram do esforço de produção); à legislação sindical (reguladora das condições de organização e participação da classe trabalhadora e também das condições de associação de interesses dos setores patronais); e à legislação criadora de uma Justiça do Trabalho, responsável por dirimir conflitos sociais na esfera jurídico-trabalhista, obstruindo sua deflagração aberta. Conforme GOMES, Angela de Castro, D’ARAÚJO, Maria Celina. p. 76.

<sup>16</sup> Trabalhismo é termo que se originou da trajetória dos trabalhadores em busca de seus direitos. Foi movimento iniciado no século XIX e que incluía a luta pelo reconhecimento dos sindicatos enquanto interlocutores legítimos, a defesa do direito de representação política dos trabalhadores e a criação de partidos de trabalhadores. O caso mais célebre é o do trabalhismo inglês. No Brasil, entretanto, a expressão esteve sempre mais relacionada a uma política pública estatal do que a uma intervenção autônoma do movimento dos trabalhadores. Idem, *ibidem*, p. 81.

<sup>17</sup> A organização sindical esteve atrelada a esse corporativismo. Segundo ele, os sindicatos deviam ficar sob o controle estatal, não tinham autonomia pois eram tidos como parcela do próprio Estado, exercendo funções transferidas por este. Princípios norteadores desse modelo são a unicidade sindical, a verticalidade e o enquadramento oficial tutelado pelo Estado.

<sup>18</sup> IANNI, Octávio. p. 56.

<sup>19</sup> De acordo com Angela de Castro Gomes, populismo é termo impreciso teoricamente, sendo utilizado em diversas manifestações distintas: “no Brasil (...) o termo tem sido usado para definir um tipo especial de arranjo político no qual os partidos não são devidamente institucionalizados, e a

própria sociedade não amadureceu formas organizadas e estáveis de participação. Estas características, associadas ao fato de que o Estado brasileiro tem tido um amplo papel de intervenção e direção, possibilitaram mecanismos diferenciados de participação em relação aos modelos clássicos da Europa. O país viveu, em períodos muito curtos, intensos processos de transformação econômica e técnica que não se fizeram acompanhar na mesma velocidade por transformações sociais e políticas. Estes fatores (...) contribuíram sobremodo para que se estabelecesse uma íntima relação entre o líder pessoal e a massa desorganizada e carente, que via no líder e no Estado um meio eficaz de fazer chegar mais rápido suas demandas aos centros de decisão”. GOMES, Angela. p. 79.

<sup>20</sup> IANNI, Octávio. p. 88.

<sup>21</sup> Segundo Marly Rodrigues, “modernização dos homens, tornando-os cada vez mais urbanos. Modernização de seus pensamentos e hábitos, tornando-os consumistas. Modernização do modo de vida, das cidades, da arquitetura, das artes, da técnica, da ciência”. RODRIGUES, Marly. p. 31.

<sup>22</sup> Celso Furtado elucida a questão em que há indicações da política econômica intervencionista do Estado brasileiro. Para os economistas, o Estado de bem-estar, ou Intervencionista, ocorreu no Brasil: “o caso reflete a experiência brasileira dos anos da depressão, quando os preços pagos ao produtor de café foram reduzidos à metade, permitindo-se, entretanto, que crescesse a quantidade produzida. A redução da renda monetária, no Brasil, entre 1929 e o ponto mais baixo da crise, se situa entre 25 e 30 por cento, sendo, portanto, relativamente pequena se comparada com a de outros países (...). A diferença está é que nos EUA a baixa de preços acarretava enorme desemprego, ao contrário do que estava ocorrendo no Brasil, onde se mantinha o nível de emprego se bem que se tivesse de destruir o fruto da produção. O que importa ter em conta é que o valor do produto que se destruíra era muito inferior ao montante da renda que se criava. Estávamos, em verdade, construindo as famosas pirâmides que anos depois preconizaria Keynes. (...) Explica-se, assim, que já em 1933, não se deve a nenhum fator externo e sim à política de fomentos seguida inconscientemente no país e que era um subproduto da defesa dos interesses cafeeiros”. FURTADO, Celso. p. 230.

<sup>23</sup> Elucida o autor que: “a expansão da economia no início da década de 1970, acelerada por uma inflação em rápida ascensão, maciços aumentos nos meios circulantes do mundo, e pelo vasto déficit americano, tornou-se febril e o sistema ficou superaquecido”. HOBBSAWN, Eric. p. 281.

<sup>24</sup> Explica Perry Anderson que os neoliberais viam que as origens da crise “estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de

maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”. ANDERSON, Perry. p. 10.

<sup>25</sup> In: MACCALÓZ, Salete et al. p. 80.

<sup>26</sup> Idem, ibidem, p. 103.

<sup>27</sup> Perry Anderson, quando faz um balanço do neoliberalismo, conclui que “economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas”. ANDERSON, Perry. p. 23.

<sup>28</sup> Marx e Engels são elucidativos a esse respeito: “impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte. Pela exploração do mercado mundial, a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo de todos os países (...). Em lugar do antigo isolamento de regiões e nações que se bastavam a si próprias, desenvolvem-se um intercâmbio universal, uma universal interdependência das nações”. MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo : Escriba, 1968.

<sup>29</sup> O historiador Eric Hobsbawm escreve a respeito de uma economia cada vez mais “transnacional”, a partir de 1960, nas suas palavras: passa a existir uma “economia mundial” crescente durante as décadas após 1973, movida por três aspectos: a existência de empresas transnacionais, a nova divisão internacional do trabalho e o aumento de financiamento *offshore*. HOBBSAWN, Eric. p. 272. Ou seja, a globalização representa a articulação de empresas e mercados com o objetivo da reprodução ampliada de capital, em nível mundial.

<sup>30</sup> BIAVASCHI, Magda. *As reformas do Estado em tramitação: breves considerações*. Texto apresentado no 3º Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho, realizado de 1º a 4 de maio de 1997.

<sup>31</sup> RAMOS, Alexandre Luiz. *Acumulação flexível e desregulamentação do Direito do Trabalho*. Texto apresentado no 3º Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho, realizado de 1º a 4 de maio de 1997.

<sup>32</sup> O desenvolvimento tecnológico e seus avanços na área da informática, abraçados à globalização, levam à desnecessidade de trabalhadores, e à conseqüente rarefação dos empregos. O que ocorre é que as novas tecnologias levam à tendência da queda da taxa de lucro (muita produção e pouco consumo). Para manter a lucratividade alta, os capitalistas precisam ampliar a mais-valia auferida, o que é feito ou por meio da expansão da jornada, ou por meio da intensificação do ritmo de trabalho, expulsando os trabalhadores da produção. Da mesma forma, há manutenção dos níveis de lucro reduzindo os “encargos” sociais com o trabalhador.

<sup>33</sup> Na década de oitenta, os países periféricos passaram a pagar os altos juros do dinheiro emprestado na década de setenta, dando vazão à crise da dívida externa, fase em que os organismos financeiros internacionais viram-se à vontade para traçarem as suas diretrizes de limitação à intervenção do Estado na área social. DALLEGRAVE NETO, José Afonso. p. 82.

<sup>34</sup> Expressão do jornalista Raimundo Rodrigues Pereira, utilizada por Tarso Genro. Idem, ibidem.

<sup>35</sup> Magda Biavaschi explica que “em novembro de 1989, em Washington, EEUU, reuniram-se funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados: FMI, Banco Mundial e BID, especializados em assuntos latino-americanos. Estiveram presentes, também, economistas de vários países latino-americanos que relataram as experiências ali realizadas. Com o objetivo de avaliar as reformas econômicas que vinham sendo empreendidas (não foram avaliados Brasil e Peru porquanto ainda não haviam aderido ao receituário), produziram um conjunto de conclusões afirmando a excelência e a importância da adoção da proposta neoliberal que o governo norte-americano vinha “recomendando” como *condição indispensável* para conceder cooperação financeira externa, bilateral ou multilateral. BIAVASCHI, Magda. op. cit.

<sup>36</sup> Idem, ibidem.

<sup>37</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. p. 81.

<sup>38</sup> Idem, ibidem, p. 82. A propósito, explica o mesmo autor que, a partir do Consenso de Washington, “houve significativos cortes orçamentários com saúde e educação, caindo pela metade os gastos de 1989 até a presente data”.

<sup>39</sup> Por exemplo, A. M. Nascimento entende que o vocábulo *flexibilização* refere-se ao direito individual do trabalho, enquanto *desregulamentação* diz respeito ao direito coletivo. Para José Francisco Siqueira Neto, “a *desregulamentação*, na verdade, é um tipo de *flexibilização* promovida pela legislação”. Entretanto, há também o entendimento no qual a flexibilização é espécie do gênero desregulamentação.

<sup>40</sup> Como exemplo, pode-se citar a jornada de trabalho, em que a flexibilidade da lei permite que qualquer quantidade de horas, inferior a oito, possa ser objeto de contrato, com a possibilidade de ajuste de salário. Ou seja, as leis trabalhistas estabelecem normas com limites máximos e mínimos, em que, fora desses, há possibilidade de negociação, havendo flexibilização, como enuncia o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho: “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

<sup>41</sup> Quanto à mobilidade, ocorre flexibilização referente à movimentação do empregado para dentro ou fora da empresa, significando a liberdade do empregador em admitir e despedir conforme sua vontade. Quanto à duração do contrato individual de trabalho, significa que, em função das necessidades das empresas, passam a existir contratações de trabalhadores temporários, contratos por prazo determinado, facilitando a rotatividade da mão-de-obra. E quanto ao salário, não somente teria seu valor reduzido como também estaria generalizada a remuneração maleável do trabalho prestado.

<sup>42</sup> Assim, as flexibilizações representam um retrocesso histórico, pois ferem as finalidades do direito trabalhista em vários de seus princípios. Tratados pela nova Constituição como direitos fundamentais, são direitos humanos e, portanto, irrenunciáveis, impedidos de serem objeto de “barganha”.

<sup>43</sup> PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. p. 66.

<sup>44</sup> MACCALOZ, Salette. p. 17 e 20.

<sup>45</sup> CHAÚÍ, Marilena. p. 87.

<sup>46</sup> Da mesma forma, a ideologia transforma as idéias das classes dominantes, dos donos dos meios de produção do capitalismo, em idéias dominantes para a sociedade como um todo, “de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das idéias)”, explica CHAÚÍ, p. 93.

<sup>47</sup> Sintetiza Marilena Chaúí que a ideologia é uma ilusão, necessária à dominação de classe, e que traz o conhecimento de uma realidade “como algo dado, feito e acabado que apenas classificamos, ordenamos e sistematizamos, sem nunca indagar como tal realidade foi concretamente produzida”. Op. cit., p.104.

<sup>48</sup> A verdade é que, para as empresas multinacionais, esse sistema de estabilidade no emprego significava grande sacrifício na auferição de seus lucros pois não tinham como obrigar trabalhadores “estáveis” a aceitar salários mais baixos, não podendo despedi-los exclusivamente por essa razão sem despesas. Com o novo instituto, não havia

reconhecimento de qualquer estabilidade, reduzindo os custos imediatos da demissão de trabalhadores. Os empregadores podiam agora demitir empregados com dez anos de casa sem justa causa. Da mesma forma, foi alterado o modo de pagamento das indenizações eliminando-se a necessidade de o empregador gastar grandes somas de uma vez em caso de demissões ou fechamento das empresas. Quer dizer, os capitalistas tinham agora liberdade para aumentar a rotatividade da mão-de-obra, mantendo mais baixos os salários. Assim, o FGTS substitui a antiga estabilidade do empregado, desonerando o empregador de pagamento de indenização ao demitido imotivadamente.

<sup>49</sup> O sistema é o de abertura de contas pela empresa, obrigada a depositar importância correspondente a 8% da remuneração. Os depósitos gozam de correção monetária e de capitalização de juros, à taxa de 3%. Há provisões para utilização da conta (art. 8º) ou de movimentação para aquisição de moradia própria (art. 10). O FGTS é administrado por um Conselho Curado (art. 12). As aplicações do FGTS são feitas por meio da Caixa Econômica Federal. Tais depósitos constituem um fundo que substitui as obrigações de indenização do empregador. Ao ser demitido, o trabalhador recebe indenização de sua própria conta de FGTS.

<sup>50</sup> Além da escola e da igreja, atualmente a imprensa atua como forte e mais potente aparelho ideológico estatal. A respeito dos aparelhos ideológicos, ALTHUSSER, Louis.

<sup>51</sup> In: CAMPOS, Lauro. *Folha de São Paulo*, São Paulo : 15/1/97.

## Bibliografia

- ALENCAR, Francisco et al. *História da sociedade brasileira*. Rio de Janeiro : Ao Livro Técnico, 1985.
- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa : Editorial Presença, s./d.
- ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis : Vozes, 1984.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo : Paz e Terra, 1996.
- BELTRAN, Ari Possidonio. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações do trabalho. *Revista LTr*. [s.l. : s.n.], v. 61, n. 4, abril de 1997.
- BEZERRA, Jaerson. Neoliberalismo: a doutrina de um reino chamado mercado. *Revista Democracia*. [s.l.:s.n.], n. 114, novembro/dezembro 1995.
- BIAVASCHI, Magda Barros. *As reformas do Estado em tramitação: breves considerações*. Texto apresentado no 3º Encontro Internacional de

- Direito Alternativo do Trabalho, realizado de 1º a 4 de maio de 1997.
- BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1993.
- CAMPOS, Lauro. Neoliberalismo e contrato temporário de trabalho. *Folha de São Paulo*. São Paulo : 15/1/97.
- CARVALHO, Amílton Bueno de. Flexibilização e direito alternativo. In: SOUZA JR, José Geraldo de. *Introdução crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília : Universidade de Brasília, 1993.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. (Coleção Primeiros Passos).
- DALLEGRAVE NETO, José Afonso. O Estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico. In: *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*. MACCALÓZ, Salette et al. Rio de Janeiro : Destaque, 1997.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo : LTR, 1995.
- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo : Editora da UNESP, 1997.
- FRAGA, Ricardo, VARGAS, Luiz. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo do trabalho*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Globalização e integração regional: horizontes para o reencantamento do Direito do Trabalho num quadro de crise do Estado-nação. In: *Revista LTr*. n. 2, fevereiro de 1997.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo : Nacional, 1991.
- GENRO, Tarso. O neoliberalismo e o cidadão-mercador. *Direito em Revista*. [s.l. : s.n.], n. 5, abr./ago. 1995.
- \_\_\_\_\_. Vinte teses em defesa de uma teoria democrática do Estado. *Folha de São Paulo*. São Paulo : 20/4/1997.
- GOMES, Angela de Castro, D'ARAÚJO, Maria Celina. *Getulismo e trabalhismo*. São Paulo : Ática, 1989. (Série Princípios).
- GORENDER, Jacob. *A burguesia brasileira*. São Paulo : Brasiliense, 1990. (Coleção Tudo é História).
- HAYEK, Friedrich. *Liberalismo: palestras e trabalhos*. n° 5, São Paulo : Editora Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1994. (Série Cadernos Liberais).
- HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- IANNI, Octavio. Metáforas da globalização. *Revista Idéias*. [s.l.:s.n.], ano 1 n. 1, janeiro/junho de 1994.
- \_\_\_\_\_. *O colapso do populismo no Brasil*. São Paulo : Civilização Brasileira, 1988.
- LEITE, Julio Cesar do Prado. Flexibilização das condições de trabalho. *Revista Trabalho e Processo*. [s.l. : s.n.], n. 6, São Paulo : setembro/1995.
- MACCALÓZ, Salette. Globalização e flexibilização. In: *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*. Rio de Janeiro : Destaque, 1997.
- MACIEL, José Alberto Couto Maciel. A globalização da economia e a redução de direitos trabalhistas. In: *Revista LTr*. [s.l.:s.n.], n. 4, abril de 1997.
- MAGNOLI, Demétrio. *O mundo contemporâneo*. São Paulo : Ática, 1990.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba : EDIBEJ, 1996.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo : Escríba, 1968.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo : Ltr, 1991.
- PASSOS, Edésio. O princípio da proteção e a desregulamentação das relações de trabalho. *Revista Genesis*. Curitiba : [s.n.], jul. 1996.
- PASTORE, José. Limites e virtudes da flexibilização. *O Estado de São Paulo*. São Paulo : 26/2/96.
- PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A dialética do sindicalismo brasileiro. *Revista Alter Ágora*. Florianópolis : [s.n.], n. 3, outubro de 1995.
- PETRAS, James F. Os fundamentos do neoliberalismo. RAMPINELLI, Waldir José, OURIQUES, Nildo Domingos (org.). *O fio da navalha*. São Paulo : Xamã, 1997.
- RAMOS, Alexandre Luiz. *Acumulação flexível e desregulamentação do Direito do Trabalho*. Texto apresentado no 3º Encontro de Direito Alternativo do Trabalho em Florianópolis: de 1/5 a 4/5/97.
- REALE, Miguel. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. In: *Revista LTr*. n. 1, janeiro de 1997.
- RIEGEL, Estevão. *Globalização, neoliberalismo e flexibilização: direitos e garantias*. Texto apresentado no 3º Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho, de 1 a 4 de maio de 1997.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Jornal de trabalho: flexibilização*. *Informativo Semanal*. COAD, ADT, 37/95. p. 413/407.
- RODRIGUES, Marly. *A década de 50: populismo e metas desenvolvimentistas no Brasil*. São Paulo : Ática, 1994. (Série Princípios).
- ROTH, André-Noel. O Direito em crise: fim do Estado moderno? In: *Direito e globalização econômica*. São Paulo : Malheiros, 1996.

- SANDRONI, Paulo (org.). *Novo dicionário de economia*. São Paulo : Best Seller, 1994.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Sobre a flexibilidade e a rigidez dos direitos sociais relativos ao trabalho no ordenamento constitucional de 5.10.88*. Florianópolis : [s.n.], 1996. (Trabalho apresentado como dissertação no curso de Direito).
- SIQUEIRA NETO, José Francisco. Desregulamentação ou regulamentação?. *Trabalho & Processo*. [s.l. : s.n.], n. 7, dezembro de 1995.
- SOUSA JR., José Geraldo, AGUIAR, Roberto (org.). *Introdução crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília : Universidade de Brasília, 1993.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. In: *Revista LTr*. [s.n. : s.l.], n. 1, janeiro de 1997.
- SZMUKLER, Beinusz (coord.). *Perspectivas do Direito do Trabalho*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1993.
- TEIXEIRA, Manfredo Araújo de Oliveira (org.). *Neoliberalismo e reestruturação produtiva: as novas determinações do mundo do trabalho*. São Paulo : Cortez; Fortaleza : Universidade Estadual do Ceará, 1996.
- VESENTINI, William. *Brasil, sociedade e espaço*. São Paulo : Ática, 1989.
- VIANNA, Luis Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1978.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo : Acadêmica, 1989.

# Possui a União Européia uma autêntica Constituição?

Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. Soberania e Constituição: elementos necessários à afirmação de uma soberania constitucional. 3. União Européia: organismo intergovernamental ou “Europa dos cidadãos”? 4. Está a Comunidade Européia no caminho de uma federalização ou mesmo constitucionalização? 5. Tratados de integração como instrumento de articulação entre o plano comunitário e o plano nacional. 6. O problema da legitimidade democrática e os novos desafios. 7. Considerações finais.

## 1. Introdução

A consolidação de grandes blocos econômicos de um lado e a globalização econômica de outro têm posto em cheque as instituições e projetos políticos clássicos, cuja principal base de sustentação repousa no ideal do Estado-nação, no interior do qual, em face da plena soberania interna e externa de que é investido (ao menos formalmente), devem-se processar as principais decisões políticas que irão estruturar um determinado povo, em um dado território e por meio de determinadas organizações político-administrativas nacionais.

A instituição da União Européia, por meio do Tratado de Maastricht, representou um marco decisivo no processo de integração europeu, consolidando a transferência de poderes e competências aos órgãos comunitários antes considerados parcelas inalienáveis da soberania estatal.

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior é Professor de Direito Constitucional na UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí) e da UNISUL (Universidade do Sul de Santa Catarina) e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

O ente comunitário, sem se revestir do caráter de um novo Estado nacional, surge então imbuído da finalidade precípua de “organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos” (art.1º, ex-art. A<sup>1</sup> do Tratado da União Européia, doravante TUE).

Ante essa nova realidade, muitas têm sido as questões formuladas, e maior ainda o número de respostas dadas pela ciência política e do Direito (aqui especial ênfase dada às repercussões na seara do direito constitucional), no afã de apreender o fenômeno da integração e compreender a sua “lógica” (se é que se pode falar em uma lógica própria).

Quando se discute acerca da natureza jurídica da União Européia e da existência de uma Constituição Européia (no sentido que o moderno constitucionalismo lhe empresta), discute-se a própria concepção de Estado e de soberania nacional.

Nesse contexto, uma questão central se impõe: a transferência de competências dos Estados aos órgãos comunitários implica uma correspondente alienação da soberania, ou de parte da soberania, em favor do ente comunitário?

A forma de se responder ao problema acerca da soberania vai determinar a forma como o indivíduo se posiciona ante o debate em torno das propugnadas federalização e constitucionalização da Europa e da necessidade de desenvolvimento de novos mecanismos de organização que dêem conta da multiplicidade e complementariedade dos diferentes níveis de realização da decisão e exercício do poder.

A esfera jurídica, como não poderia ser diferente, ao absorver as redefinições do insurgente cenário político, incorpora novos institutos que exigem seja o ordenamento jurídico comunitário concebido em estreita correlação com os ordenamentos nacionais internos, exigindo um redimensionamento na apreensão do fenômeno jurídico-político.

Não obstante o adiantado processo de alargamento vertical das atribuições conferidas à União, procurou-se aqui defender a necessidade de que seja assegurado um mínimo de elementos suficientes a garantir a integridade nacional, uma vez que é o elemento nacional a condição de possibilidade para o início e a manutenção de uma Comunidade de Nações.

Sem pretender esgotar a questão acerca da existência ou não de uma Constituição Européia, são apresentadas aqui algumas breves considerações em torno da natureza e da legitimidade da União Européia, valendo-se, para tanto, dos elementos fornecidos pelos tratados instituidores e do profícuo debate doutrinário que os circunda.

## *2. Soberania e Constituição: elementos necessários à afirmação de uma soberania constitucional*

A idéia de soberania é tradicionalmente associada às instâncias de decisão do Estado (dimensão de estatalidade), onde se apreçoam, em seu nome, as máximas de ilimitação interna e independência externa. Limitar a idéia de soberania a essas questões, que se revestem de um caráter eminentemente formal (tendo em vista que ignora as relações econômicas e políticas de poder que co-participam direta e indiretamente no processo de tomada de decisões), não responde às novas exigências decorrentes do pluralismo jurídico-político interno e da progressiva institucionalização e ampliação de esferas de decisão e controle supra-estatais.

Assim, faz-se mister elaborar um novo conceito de soberania estatal de forma que a cessão de competências e o deslocamento do âmbito de decisões, definitivas e vinculantes, para além das fronteiras nacionais se coadunem com a manutenção da identidade nacional do Estado-Membro.

Zagrebelky<sup>2</sup> propõe um redimensionamento do conceito de soberania, identificando-o à idéia de constituição, já que esta representa o fundamento de validade do ordenamento jurídico interno de cada país,

espelha o pacto constituinte dos poderes públicos nacionais, estatais e não-estatais.

A idéia de constituição assente no constitucionalismo contemporâneo transcende em muito as concepções da Ilustração propagandeadas pela França revolucionária (constituição-limite), representando mais que um mero pacto formal que disciplina a forma de organização do poder, ou que estabelece um catálogo de direitos individuais, ou ainda que trace metas a serem atingidas pelo Estado, mas dando-lhe uma feição dirigente e vinculativa<sup>3</sup>.

Assimilando a lição de Smend, a constituição é a “ordenação jurídica (...) da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, quer dizer, de seu processo de integração”<sup>4</sup>. Essa *função eminentemente integradora* impõe a coordenação dinâmica do Estado em *todos* os seus âmbitos de atuação, de forma que remete o indivíduo a uma concepção processual da constituição.

Essa dinâmica, consoante lição do mestre da teoria da integração, consiste na permanente restauração do Estado como agrupamento soberano da vontade popular, por meio de um “plebiscito diário” em que se conectam os elementos normativos ao contexto cultural que os circunscreve<sup>5</sup>.

Nesses termos, a constituição não se restringe ao texto constitucional, à idéia de lei vigente, mas a extrapola na medida em que encontra seu requisito de legitimidade diretamente nos cidadãos para os quais ela foi concebida e por meio dos quais é continuamente reafirmada e recriada.

A idéia de constituição pressupõe, portanto, a existência de um poder constituinte originário, dotado de autonomia plena<sup>6</sup> e responsabilidade direta daqueles que o exercem.

Se a soberania já não pode ser indelevelmente associada à idéia de estatalidade das decisões políticas (poderes públicos nacionais), o seu redimensionamento conduz à idéia de vinculação à teleologia constitucional.

Dessa forma, já não se afirma que o Estado decide autônoma e isoladamente as ques-

tões de política interna e externa, mas a sua existência (enquanto unidade nacional) resta assegurada por meio da obrigatoriedade, em face da supremacia de sua constituição nacional, de que decisões extra e infranacionais sejam formal (gozem de autorização constitucional expressa) e materialmente (guardem congruência com o Texto Maior) válidas.

Para Zagrebelsky, a constituição exsurge como um pacto consensualmente firmado<sup>7</sup> em que são fixados os fins últimos e as metas a serem atingidas por meio das políticas constitucionais<sup>8</sup>, apresentando-se como ponto de convergência de interesses, dotado de força unificadora e integradora.

Sobre tal concepção de constituição<sup>9</sup> é que se constrói a idéia aqui defendida de soberania constitucional irrenunciável, posto que se afigura como fonte de validade interna (intra-estatal) do ordenamento comunitário<sup>10</sup> e pressuposto último de validade da própria União Européia.

### 3. União Européia: organismo intergovernamental ou “Europa dos cidadãos”?

A União Européia goza de um *status* jurídico e político *sui generis*, sem precedentes anteriores<sup>11</sup>. Sua peculiaridade tem sido objeto de inúmeros debates, sendo marcada por um projeto, ainda inacabado, iniciado com a instituição do Tratado do Carvão e do Aço e do qual o Tratado da União Européia e a sua subsequente revisão geral de Amsterdã representam etapas decisivas.

Assim, a atual Comunidade Européia foi construída a partir das Comunidades Econômicas (Comunidade Econômica Européia, do Carvão e do Aço e Energia Atômica), as quais, em suas órbitas estritas, viam-se impulsionadas pelo comum interesse de promover, em meio a uma Europa destruída por uma guerra avassaladora, uma maior integração entre os povos.

Inicialmente concebida como instância supranacional em matéria estritamente



econômica, viu-se sendo profundamente transformada, mediante a progressiva ampliação de suas competências e do desenvolvimento de suas instituições. Tais alterações, contudo, não deslocaram seu fundamento último de validade, que repousa na soberania dos próprios Estados-Membros (constituição), enquanto orientados à máxima realização da dignidade humana dos indivíduos.

Vincular a referência à soberania nacional à máxima realização da dignidade humana faz-se importante, na medida em que, com isso, introduz-se o debate em torno da exigência de legitimidade do exercício do poder, que conecta o Estado e o indivíduo (grupos sociais) em uma relação indissociável de meio/fim.

Os anseios por participação e controle do processo decisório por parte da sociedade civil, subjacentes à anterior concepção de legitimidade, viram-se, como não poderia deixar de ser, transplantados para a seara comunitária, juntamente com a garantia da integridade do Estado nacional.

A manutenção do *status* dos Estados-Membros como Senhores do Tratado (*Masters of the Treaty*<sup>12</sup>) e o reconhecimento de ampla participação dos cidadãos e da garantia da preservação da identidade cultural dos diferentes povos europeus encontram-se delineados no art.1º (ex-art. A) do Tratado de Maastricht, instituidor da União Européia, ali expressos nos seguintes termos:

“Pelo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES instituem entre si uma UNIÃO EUROPÉIA, adiante designada por ‘União’.

O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo dos cidadãos.

A União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas

políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado. A União tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos.”

Esse dispositivo reúne três elementos que o autor do presente artigo reputa serem essenciais à compreensão e determinação da natureza da União Européia.

Primeiramente, *o papel ativo do Estado* (ente nacional) na formação da vontade comunitária, quando deixa claro que a União Européia deriva de uma decisão firmada, em conjunto e soberanamente, pelos diferentes Estados<sup>13</sup>, os quais, por meio de seus Chefes de Estado e/ou de Governo, em aditamento às disposições comunitárias precedentes, consolidam uma nova etapa no “processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa”<sup>14</sup>.

Por outro lado, resta irretorquível a posição privilegiada dos Estados-Membros no seio das instituições comunitárias, já que além de estes conferirem “o sentido e os objetivos para a União”<sup>15</sup>, por meio de Tratados regulados pelas normas de direito internacional público, são investidos de especial atribuição de fixar e promover a consecução das políticas e ações de integração comunitárias por meio do Conselho Europeu, do Conselho e da Comissão<sup>16</sup>.

Em seguida, pode-se destacar a exigência, como um dos objetivos expressos da União Européia, por um incremento da *legitimidade democrática*<sup>17</sup> constante na “instituição de uma cidadania da União” (art.2º, ex-art.B, § 1, 4º item, parte final, do TUE). Daí deriva o princípio da máxima participação dos cidadãos<sup>18</sup>, tendente a assegurar, em última instância, uma progressiva integração entre os povos.

Essa concepção de cidadania ativa é tornada possível por meio da observância e instrumentalização dos princípios da publicidade e transparência dos procedimentos (direito de amplo acesso à informação, frise-se, em sua própria língua, e direito de

petição) e da observância do princípio da subsidiariedade<sup>19</sup>.

Assim, a União assume o grande desafio de assegurar a unidade sem impor uma centralização autoritária; de instituir uma cidadania europeia<sup>20</sup> que organiza os indivíduos em nível Estadual sem, com isso, impor-lhes a abdicação, em prol do ente supranacional, de sua própria cidadania local, muito menos de suas identidades históricas e culturais.

Por fim, estabelece ainda o *domínio da União Europeia*, cuja seara as instituições comunitárias não podem, legitimamente, transpor, uma vez que estas devem ater-se às diretrizes fixadas nos três pilares comunitários sobre os quais estão assentadas as ações comunitárias.

No primeiro pilar são reunidas as competências concernentes à sua dimensão comunitária<sup>21</sup>, que envolvem questões relativas à cidadania europeia, políticas comunitárias, União Econômica e Monetária, etc., sendo compreendidas sob a *lógica da integração*<sup>22</sup> em que se afirma o monopólio legislativo da União e se consagra a uniformidade de interpretação do direito comunitário implementada, preponderantemente, pelo Tribunal de Justiça Europeu.

Enquanto o segundo e terceiro pilares correspondem, respectivamente, à política externa e de segurança comum<sup>23</sup> e à cooperação policial e judiciária<sup>24</sup>, os quais, informados por uma *lógica de cooperação intergovernamental*<sup>25</sup>, visam estimular a cooperação entre os organismos comunitários e nacionais, expressos por meio de uma maior contenção da esfera de atuação da União, que se reflete em uma maior cautela por parte da corte comunitária na sua prestação jurisdicional.

O entrecruzamento do papel do Estado e dos cidadãos europeus como atores essenciais à construção da União Europeia, e a delimitação prévia (como concessão dos Estados) dos âmbitos estritos de atuação dos entes comunitários, não autorizam a afirmação da existência de uma soberania eu-

ropéia (e por conseguinte de uma constituição europeia) ou de um Estado autônomo.

Ao mesmo tempo em que as instituições comunitárias, instituídas em decorrência dos Tratados Constituintes, estão vinculadas à realização dos mesmos, os Estados Contratantes igualmente devem ater-se aos termos entre si pactuados e às disposições normativas daí decorrentes, sem, com isso, abrir mão de sua integridade e de suas próprias instituições.

Nesse contexto, a efetiva transferência da esfera de decisão para instâncias externas aos limites dos Estados nacionais não macula, automaticamente, a sua integridade, muito menos cria um novo Estado soberano.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, há que se dissentir daqueles que concebem a Comunidade Europeia como um novo ente dotado de verdadeira “estrutura constitucional multi-soberana”<sup>26</sup>, para quem os Estados-Membros alienam parte de sua soberania, de forma a “simplesmente, não há (haver) nenhum núcleo de soberania que o Estado-Membro possa invocar, neste sentido, contra a Comunidade”<sup>27</sup>, caracterizando-o como uma “supranacionalidade de competências”<sup>28</sup>.

Da mesma forma que, em sentido oposto, exsurtem-se igualmente inaceitáveis aqueles argumentos que, insistindo em reconhecer nos tratados de integração elementos de “tratados de direito internacional”, negam a complexidade de que se revestem, construindo abstratamente a ordem comunitária como uma mera extensão da ordem legal nacional<sup>29</sup>.

Em meio a esse debate, como assinala Zuleeg, há unanimidade entre os autores quanto a inexistência de uma autêntica soberania europeia<sup>30</sup> (no sentido clássico da expressão), posto que a Comunidade nem goza da necessária autonomia e ilimitação originárias, nem da livre disposição no sentido de fixação das competências entre os Estados-Membros e entre si e estes últimos<sup>31</sup>.

Pode-se afirmar, com a Corte Constitucional Federal Alemã, que a Comunidade Eu-

ropéia, não obstante a sua atual proeminência, nada mais é que “uma comunidade intergovernamental de Estados”<sup>32</sup>, fundada em um pacto que lhe é anterior (tratados instituidores) e em decorrência do qual os Estados-Membros possuem inteira responsabilidade<sup>33</sup>.

Não se quer com isso negar o relevante papel que os cidadãos exercem no seu seio, ou ainda a responsabilidade direta dos representantes governamentais e do Parlamento Europeu perante os seus Parlamentos nacionais e perante a população de forma direta.

Um dos desafios que se impõem à Comunidade Européia consiste exatamente em consolidar o pleno exercício da cidadania e da vivência e assimilação por parte da população dessa identificação comum que conecta a diferentes povos e tradições, em um laço que transcende o aspecto econômico, mas que os vincula social e culturalmente, rumo ao que Haeverle entende como “Europa dos cidadãos”<sup>34</sup>.

Todavia, até que essa meta (utopia?) seja atingida, o atual grau de autonomia nacional em contraposição ao nível de integração não permite defender a existência de uma concreta constituição no plano da União Européia.

#### *4. Está a Comunidade Européia no caminho de uma federalização ou mesmo constitucionalização?*

Inúmeras têm sido as formulações, se não da existência de um Estado Federal Europeu autônomo, ao menos acerca da constatação de um processo de federalização da União<sup>35</sup>. Para Stern, ao se fazer uma análise comparativa (e evolutiva) entre as atribuições comunitárias e estatais, pode-se facilmente concluir que a Comunidade caminha rumo a uma constituição de um novo Estado nos moldes de uma Federação consoante as experiências vivenciadas pela Confederação Helvética, a Espanha e a Alemanha, sem prescindir, para tanto, do desen-

volvimento de “uma teoria política das supranacionalidades”<sup>36</sup>.

Em um outro sentido, mas igualmente defendendo de forma oblíqua a consolidação de princípios federais em uma futura Europa Unificada, Haeverle, após fazer breve comparação entre o processo contemporâneo de regionalização de países europeus – fato em menor escala também destacado por Pérez Calvo<sup>37</sup> –, vê na inserção do princípio da regionalização em nível comunitário a forma de preservar a diversidade cultural européia, tendo como escopo a consolidação de uma “Europa das Regiões”<sup>38</sup>.

Ainda sobre essa questão, e de forma mais incisiva, Lenaerts<sup>39</sup> defende a possibilidade da existência de uma “estrutura federal integrativa” concreta em nível europeu (e não simplesmente como um projeto em construção), que se realiza de forma semelhante ao modelo alemão de *federalismo executivo*<sup>40</sup>. Para o Professor da Universidade de Louwein, os elementos comuns a todo federalismo são: a existência de uma Constituição Federal e de um Judiciário federal, com jurisdição em todo o território, apto a dirimir os conflitos suscitados de forma vinculante. Segundo essa formulação, o que variaria nas diferentes experiências concretas verificadas seriam, tão-somente, as competências repartidas e os mecanismos de equilíbrio existentes entre os poderes constituídos.

Segundo Lenaerts, a usualmente aludida ausência de uma Constituição formal e de uma hierarquia entre as cortes comunitárias e nacionais representaria, tão-somente, problemas aparentes.

Quanto ao primeiro elemento, ele entende que é plenamente verificável, de um lado, ante a constatação de uma divisão horizontal e vertical<sup>41</sup> de competências, respectivamente, dos Estados-Membros entre si e destes em face da União; de outro, em decorrência da vinculação direta e imediata da lei comunitária operada no interior dos Estados Membros<sup>42</sup>. Enquanto o segundo elemento – existência de um poder federal – resultaria preenchido pelo Tribunal de Justiça

Europeu, que, de acordo com as atribuições a si conferidas pelas disposições instituidoras, exerce importante papel na aplicação (*enforcement*) dos princípios federais no cenário de integração, de forma equivalente a uma Corte Constitucional nacional<sup>43</sup>, já que, ao lhe ser incumbida a função de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado” (art. 220º, ex-art. 164º, do TCE), lhe é conferida a autoridade de autêntico guardião da Constituição Comunitária.

Parece, contudo, que os fundamentos invocados pelo autor – a multi-soberania e o exercício da soberania estatal por meio de “um processo de decisão conjunta” no plano comunitário<sup>44</sup> – não autorizam a instauração de uma autêntica relação vertical entre a União Européia e os Estados-Membros, uma vez que, não obstante ser reconhecida àquela personalidade jurídica de direito internacional, e ser assegurada aos particulares a possibilidade de responsabilizar as instituições comunitárias quando violados seus direitos e liberdades próprios, não goza a mesma da mesma independência legal que possui a União Federal, enquanto pessoa jurídica de direito público interno em estados organizados sob a forma federativa.

À União Européia não se pode atribuir uma vontade independente em oposição aos Estados-Membros, uma vez que estes, direta e conjuntamente, concorrem para a fixação das políticas comunitárias. Por ocasião da decisão sobre a constitucionalidade da Lei Federal de Adesão Alemã ao Tratado de Maastricht<sup>45</sup>, com propriedade e em atenção às peculiaridades da União Européia, o Tribunal Federal Alemão, analisando a sua natureza, afirmou<sup>46</sup> que:

“A União não tem uma personalidade legal diferenciada no tocante a sua relação com as comunidades europeias ou com os Estados-Membros (...). O Tratado de Maastricht interpreta a União como um nome para ‘atuação em conjunto’ dos Estados-Membros, não como uma entidade legal independente”<sup>47</sup>.

A União (atuação conjunta) exerce os poderes a si confiados em um âmbito específico, não tendo os seus tratados instituidores disciplinado o funcionamento geral das atividades intracomunitárias.

O Tribunal de Justiça Europeu representa a última voz, de um lado, nas tensões surgidas na relação dos Estados-Membros entre si, e naquelas havidas entre estes e os organismos comunitários, assim como, de outro, na análise de validade do direito comunitário secundário em face das prescrições do direito primário.

Não obstante essa proeminência, às cortes nacionais, igualmente, é incumbida a função de aplicar diretamente o direito comunitário, em uma relação de cooperação com o Tribunal de Justiça Europeu, sendo vedada a este último, ao menos diretamente, a revisão das decisões nacionais como uma “corte de cassação”.

Por fim, não há que se falar, como faz crer o autor, em uma autêntica constituição europeia, apesar da referência constante à ocorrência de um gradativo e crescente movimento no sentido de “constitucionalização” da Comunidade Européia, posto que vêm-se inserindo, nos seus textos constitutivos, referências típicas dos pactos fundamentais.

Ainda sob os auspícios da Comunidade Econômica Européia<sup>48</sup>, o juiz italiano Mancini reconhece a inexistência de uma Constituição Européia, por entender que o TCEE não salvaguardava, expressamente, os direitos fundamentais nem criava uma cidadania autônoma<sup>49</sup>.

Todavia, os elementos típicos de um pacto constitucional moderno, que passam a fazer parte do TUE, não têm o condão de, per si, *constitucionalizá-lo*. Essa inserção resulta, inclusive, como desdobramento dos princípios da liberdade, democracia e estado de direito (confirmado no 3º considerando do preâmbulo e no § 1 art.6º (ex-art.F) do TUE) que subjazem latentes nas sociedades democráticas europeias.

De um lado, a “instituição de uma cidadania da União” representa um dos objeti-

vos assinalados no item 3, § 1, art. 2º (ex-art. B) do TUE e reveste-se de um caráter complementar à cidadania nacional, não gozando da autonomia a que Mancini se reportava (§ 1, art. 17º - ex-art. 8º do TCE)<sup>50</sup>; de outro, os direitos fundamentais foram expressamente internalizados como princípios gerais de direito no ordenamento comunitário por força do § 2, art. 6º (ex-art. F) do TUE; é oportuno frisar de antemão que se encontra em via de elaboração uma Carta de Direitos da União Européia a par da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950<sup>51</sup>.

Tais dispositivos limitam-se a conferir um *plus* de legitimação aos Tratados instituidores.

Nesses termos, a transferência de competências para o ente comunitário e a plena aceitação no interior dos Estados dos efeitos das decisões tomadas em nível supranacional – pressupostos do processo de integração – não violam o ordenamento nacional, do contrário, com ele interagem por meio de expressa autorização constitucional e nos termos e condições nela fixados<sup>52</sup>.

Por tais semelhanças pode-se falar, obliquamente, em uma federalização ou constitucionalização da União Européia, na medida em que essas concepções modernas fornecem elementos empíricos para a construção de novos conceitos jurídico-políticos e para uma comparação entre o funcionamento das instituições européias e de instituições nacionais, sem com isso igualar-lhes a natureza.

Os tratados constitutivos da União Européia e as Constituições nacionais afiguram-se como possuidores de realidades díspares, razão pela qual quaisquer identificações ou aproximações devem ser devidamente ressalvadas.

### *5. Tratados de integração como instrumento de articulação entre o plano comunitário e o plano nacional*

Neste momento, faz-se mister analisar qual seria então a natureza e as funções das

normas de direito comunitário primário (tratados de integração), já que estes não podem ser essencialmente confundidos com uma Constituição.

O Tribunal de Justiça Europeu, ainda na vigência do Tratado da Comunidade Econômica Européia, no caso nº 294/83, *Les Verts (Partido Ecologista) vs. Parlamento Europeu*, decidido em 23.4.1986, reportou-se aos tratados instituidores da Comunidade Européia como sua “Carta Constitucional Básica”<sup>53</sup>; igual referência pode-se encontrar genericamente entre os diversos autores<sup>54</sup>.

O TJE refere-se analogicamente à lei constitucional básica, tendo em vista o caráter organizatório do Tratado da Comunidade Européia e a sua natureza diretamente vinculante, que também são características da Carta Constitucional.

Contudo, não preenchem os demais elementos de autonomia e da ordenação da dinâmica vital do Estado, mas gozam de uma peculiar e importantíssima função de “articulação entre o direito interno e o comunitário”<sup>55</sup> que lhes confere um duplo aspecto: de um lado servem de parâmetro de validade da norma ou ato supranacional e, de outro, tornam possível, vez que ato internalizado por meio dos procedimentos previstos na Constituição nacional, a produção imediata de efeitos dos atos e normas comunitárias no interior dos Estados.

O debate em torno da natureza constitucional ou não dos tratados instituidores da União Européia transcende a esfera meramente acadêmica, repercutindo diretamente nos limites e âmbitos da interpretação de seus dispositivos.

Ao se admitir a especificidade da interpretação constitucional, ante a interpretação jurídica genérica<sup>56</sup>, reconhece-se o caráter eminentemente aberto às valorações sociais e às exigências de contínua atualização dos conteúdos de seus dispositivos, legitimando-se, dessa forma, uma interpretação expansiva do texto constitucional, inserindo nele o efeito renovador inerente à dinâmica das transformações sociais, resul-

tado da máxima do efeito integrador inerente à força normativa da Constituição.

A peculiar situação dos tratados de integração<sup>57</sup> autoriza que seja reconhecida, de forma moderada, a teoria dos poderes implícitos desenvolvidos pelo constitucionalismo americano já na clássica decisão de *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte Americana reconhece a possibilidade do *judicial review*, sem expressa autorização constitucional, como decorrente de sua supremacia imanente.

Contudo, o que pode-se entender pelo acolhimento contemporizado dessa doutrina? Implica, de um lado, a necessidade de que o Tribunal de Justiça Europeu adote uma postura de autocontenção (*self restrain*) no tocante à análise da extensão e dos limites dos poderes conferidos ao organismo supranacional; de outro, a admissibilidade de que a Corte europeia confira interpretação extensiva àquelas disposições comunitárias tendentes a garantir e ampliar a tutela dos cidadãos.

Tais considerações, todavia, não devem perder de vista o caráter aberto e inacabado do atual processo de integração, posto que é propulsionado pela resolução (pré-disposição) das Partes Contratantes em “continuar o processo de criação de uma união (...) Na PERSPECTIVA das etapas ulteriores a transpor para fazer progredir a integração europeia”<sup>58</sup>.

### 6. O problema da legitimidade democrática e os novos desafios

A par desse processo de constitucionalização e federalização da União Europeia e da crescente ampliação das atribuições comunitárias, recrudescer no cenário comunitário o debate em torno das exigências (e subsequente controle) de legitimidade das ações dos organismos e instituições supranacionais europeias, em especial a questão do déficit democrático.

A tais desafios ainda não se possuem respostas “corretas” e definitivas. O que se

pode perceber, inclusive pelos desenvolvimentos constantes do Tratado de Amsterdã, que revisou o tratado instituidor da União, é um progressivo aumento da esfera de participação do Parlamento Europeu, assim como a preocupação de implementação de uma participação ativa dos cidadãos europeus, controlando e impulsionando as esferas “comunitárias” por meio da consagração do direito à informação, de petição e de manifestação em sua língua natal.

Há uma estreita correlação entre tal questão e o problema aqui enfocado: o da natureza da União Europeia e dos seus atos constitutivos, à medida que, crescentemente, a legitimidade democrática, entendida como efetiva participação de diferentes interesses sociais, vem sendo levada em consideração (e reivindicada) no processo de interpretação jurídica, em especial relativa à interpretação constitucional<sup>59</sup>.

Em face do caráter híbrido que marca a natureza da União Europeia, as exigências democráticas se impõem em um duplo plano, em nível dos Estados-Membros (“senhores” do Tratado) e no âmbito comunitário (máxima participação dos indivíduos). Por tais razões não há que se condicionar a satisfação do princípio democrático à mera participação efetiva dos dirigentes e representantes dos Estados-Membros no processo decisório (legitimação democrática indireta), uma vez que as decisões e atos normativos vinculam diretamente, e em escala progressivamente mais ampla, não só os Estados-Membros entre si, mas todos os indivíduos e grupos em correlação no seu interior.

Por outro lado, não se pode, de forma igualmente simplista, apresentar como solução a mera reprodução do modelo parlamentar em nível comunitário como medida de supressão do déficit apontado, já que poder-se-ia, como adverte Dehousse<sup>60</sup>, cair no erro de se adstringir a uma concepção de democracia representativa meramente formal, que não se coaduna com as novas exigências sociais, até mesmo por não se encontrar diante de um Estado nacional.

Assim, entende-se, com O'Keefe, que deve ser desenvolvida uma noção intermédia entre tais idéias (concepção dos modelos de legitimidade parlamentar e de participação dos Estados), que reflita o efetivo engajamento dos participantes (cidadãos, Estados-Membros, Parlamento Europeu, Conselho de Estado e Conselho das Regiões) no processo de decisão e o reconhecimento das pressões exercidas sobre cada um deles e deles para com os demais, enfeixados em um "sistema multi-nivelado de governança (...) no qual a natureza representativa do Parlamento Europeu é importante, mas não é a única fonte de legitimidade, pois as fontes e dimensões de legitimidade se tornam entrelaçadas, refletindo a dificuldade de identificar atores isolados"<sup>61</sup>.

### 7. Considerações finais

O processo de integração europeu e o fortalecimento das organizações supranacionais geraram um quadro institucional de complexidade e dinâmica tais que as formulações científicas, fundadas no paradigma da modernidade, já não se fazem aptas a apreendê-las na sua inteireza, operando uma radical revisão nos conceitos essenciais da ciência política contemporânea, atingindo em cheio seu principal ícone, qual seja, o Estado nacional.

Dessa forma, o conceito de Estado atravessa uma profunda crise de identidade e finalidades, que, por conseguinte, afeta diretamente os seus conceitos correlatos, como o de soberania e constituição.

Defendeu-se aqui que a associação entre soberania e constituição, alicerçada sobre a máxima da dignidade humana, torna possível a manutenção da integridade nacional mesmo ante as profundas transformações havidas no interior do ordenamento jurídico nacional.

Tal proposta apresenta-se não só como uma tentativa de apreender (e abstrair) teoricamente o fenômeno político em marcha, mas de dar uma resposta satisfatória ao

problema da identidade do Estado em face das organizações supranacionais, reestruturando os elementos e instituições no âmbito do paradigma da modernidade.

Para tanto, as Constituições nacionais exsurgem-se como autêntico fator de coesão e legitimação do Estado e da Sociedade, a ponto de afirmar-se a necessidade de transmutação da idéia de soberania clássica à idéia de soberania constitucional.

A União Européia, aqui compreendida como comunidade intergovernamental, goza de um aparato institucional próprio e é constituída por um ordenamento jurídico próprio e autônomo em face dos ordenamentos nacionais, mas em estreita conexão com estes, posto que se realiza (se concretiza), em parte, por meio das instituições nacionais, em uma relação de cooperação.

Portanto, não se pode afirmar a existência de uma soberania européia ou de um Estado Europeu, e, por via de consequência, de uma Constituição Européia, pois o requisito último de validade do ordenamento comunitário remonta à autonomia (constituição) dos diferentes Estados Contratantes que mantêm incólume a sua soberania (transformada em soberania constitucional).

Essa vinculação se opera por conta da dupla função de que se revestem os tratados instituidores (de integração), os quais, não obstante desprovidos das características essenciais de uma Constituição Européia, afiguram-se dotados de uma especial função de articulação entre os diferentes planos (comunitário e nacional), servindo, de um lado, como parâmetro de validade da norma ou ato supranacional e, de outro, possibilitando, no interior dos Estados-Membros, a aplicabilidade imediata das normas comunitárias e a produção de efeitos diretos aos cidadãos e empresas nacionais.

Sendo os tratados de integração e suas revisões subseqüentes espécies de tratados internacionais, submetidos às regras de ratificação próprias das normas de Direito

Internacional Público e sendo processados internamente segundo os procedimentos estabelecidos em cada ente associativo, a sua realização e implementação são precedidas e condicionadas nos termos em que se dá a opção dos Estados-Membros no exercício de sua soberania, daí que nestes (nos Estados) repousam o requisito último de validade do ordenamento comunitário.

Não obstante o contínuo processo de desenvolvimento da integração, o futuro da União Européia ainda se afigura incerto, de forma que se torna impossível enunciar um modelo definitivo a se configurar. Não há que se afirmar a existência de uma federação e de uma constituição, contudo, os atuais desdobramentos da política comunitária podem conduzi-los a uma federalização nos termos da “Europa das Regiões”, que concilie integração e autonomia, unidade na diversidade. Independentemente da direção a ser tomada, no atual estado de desenvolvimento cultural europeu, uma questão resulta essencial: a atual União Européia jamais poderá distanciar-se do modelo do Estado Constitucional de Direito, que tem na dignidade humana seu pressuposto antropológico-cultural e na realização dos direitos fundamentais um dos seus objetivos irrenunciáveis.

### Notas

<sup>1</sup> O Tratado de Amsterdã, de 2.10.97, ao alterar o Tratado da União Européia – TUE (Tratado de Maastricht) e os demais tratados instituidores, determinou fosse procedida uma renumeração de seus artigos a partir de sua vigência (em 1º.5.99), razão pela qual passar-se-á a numerar os artigos aqui citados com a nova sistemática, fazendo sempre remissão à referência legislativa anterior.

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Madrid : Trotta, 1995.

<sup>3</sup> Cf. Evolução na concepção de constituição apresentada por BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997 e CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa : Almedina, 1999.

<sup>4</sup> SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales,

1985. p. 132. Livre tradução do seguinte trecho: “*la ordenación jurídica (...) de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración*”.

<sup>5</sup> Idem, ibidem, p. 126.

<sup>6</sup> Não se está com isso afirmando o caráter absolutamente ilimitado do poder constituinte, uma vez que se encontra ele circunscrito a limites materiais, resultado da correlação de forças sócio-econômicas e do contexto cultural a ele subjacente.

<sup>7</sup> Para esse autor (Zagrebelks, 1995, nota 3, p. 13), uma constituição democrática representa uma “*propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un ‘compromiso de las posibilidades’ y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política com fuerza propia de arriba hacia abajo*”.

<sup>8</sup> Cf. Idem, ibidem, p. 14. Para o autor, política constitucional “*Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante la cual se persigue esse centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva*”.

<sup>9</sup> Compreendida aqui a integralidade dos seus elementos textuais e contextuais, e dotada de um sistema objeto de valores em permanente construção. Cf. HAEBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid : Trotta, 1998.

<sup>10</sup> Cf. BASTOS Jr., L. M. Recepção do direito comunitário europeu pelo ordenamento interno dos Estados-Membros: análise comparativa da realidade constitucional da Alemanha e Holanda. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 144, out./dez. 1999. p.217 e segs.

<sup>11</sup> Não obstante as inúmeras referências suscitadas entre o processo de integração europeu e o processo de formação da federação dos Estados Unidos da América, admite-se aqui uma semelhança apenas aparente, vez que apresentam diferenças viscerais e visam o atendimento de distintos objetivos em contextos radicalmente diferenciados (Cf. comparações feitas em COHEN. *The european preliminary reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgements: a study in comparative judicial federalism*. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 44, 1996; p. 421-461. LENAERTS, K. *Constitutionalism and many faces of federalism*. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley, CA, v. 38, 1990. p. 233; ZULEEG, M. *What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union*. *The American Journal of Comparative Law*. V. 45, 1997).



<sup>12</sup> Cf. Alemanha. Tribunal Constitucional Federal. Decisão sobre o Tratado de Maastricht. 12 de outubro de 1993. *International Legal Materials*. Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994. p. 428.

<sup>13</sup> Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos (Holanda), Portugal e Reino Unido.

<sup>14</sup> O TUE internalizou para o corpo normativo do presente tratado a primeira determinação que informava o preâmbulo do Tratado da Comunidade Econômica Européia (Tratado de Roma).

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional Federal. Op. cit. n.12, p. 429. Trad. livre do autor do trecho: “*It is the Member States which, through the Treaty, provide the means and set the objectives for the Union*”.

<sup>16</sup> O Conselho Europeu é o principal órgão político do desenvolvimento da União Européia; o TUE estabelece, no seu art.4º, que o Conselho “dará à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e definirá as respectivas orientações políticas gerais”. É formado pelos chefes de Estado e/ou de governo dos Estados-Membros que se reúnem duas vezes por ano. Os documentos finais redigidos nesses encontros, de cunho notadamente político, vinculam os rumos a serem adotados pela Comissão e demais instituições europeias. Enquanto o Conselho da União Européia, também chamado Conselho dos Ministros, ou Conselho, é formado por um representante de cada Estado-Membro em nível ministerial com poderes para vincular o seu governo. A composição oscila de acordo com a temática do encontro, podendo ser: Assuntos Gerais, Economia e Finanças, Agricultura, Transportes, Ambiente e Indústria. Quando o Conselho atua na qualidade de legislador, o direito de iniciativa cabe à Comissão Européia, que apresenta uma proposta ao Conselho. A Comissão é formada por 20 conselheiros indicados pelos governos nacionais para um mandato de cinco anos, submetidos a aprovação prévia pelo Parlamento Europeu e pelos parlamentos nacionais. É a maior instituição da União Européia e é associada ao coração da Europa na medida em que lhe são atribuídas as funções de apresentar propostas de legislação; ser a guardiã dos Tratados; e gerir e executar as políticas da União e as relações comerciais internacionais. Possui o direito de iniciativa para elaboração de regulamentos nas questões relativas ao processo de integração, no qual a União Européia possui competência exclusiva, e, juntamente com os Estados-Membros, pode igualmente propor a elaboração de regulamentos nos pilares de cooperação europeia.

<sup>17</sup> Cf. item 6, p. 20.

<sup>18</sup> Vale frisar o direito dos cidadãos europeus de participarem, ativa e passivamente, nas eleições locais de quaisquer dos Estados-Membros, garantida pelo art. 18º,1 (ex-art. 8º-A) do TCE.

<sup>19</sup> Cf. Protocolo sobre Subsidiariedade e Propor-

cionalidade ratificado pelos Estados-Membros da União Européia, assinado em 1997. Para uma apresentação das origens e desenvolvimentos do princípio da subsidiariedade, cf. BARACHO, J. A. O. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

<sup>20</sup> O TCE dispõe, na sua parte segunda, acerca da cidadania da União (arts. 17º a 22º, respectivamente ex-arts. 8º e 8º-E). Quanto ao problema suscitado em torno do conceito de cidadania europeia, cf. WEILLER, JHH. *Trading In and With Europe: The Law of the European Union: To be a European Citizen. Eros and Civilization*. Fall 1997. 4.10.99. Endereço eletrônico: <http://www.law.nyu.edu/weilerj/trading/eros.html>.

<sup>21</sup> As competências reunidas sob o denominado Primeiro Pilar afinam-se à sua dimensão comunitária, correspondendo às disposições constantes das Comunidades europeias: Comunidade (ex-Econômica) Européia, Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) e Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM), com as alterações introduzidas pelo Tratado de Maastricht e de Amsterdã.

<sup>22</sup> Cf. União Européia. *Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros*. Tratado de Amsterdã que altera o Tratado da União Européia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados (2.10.97). Síntese Descritiva. 15.5.99. Sítio Oficial da União Européia. Endereço eletrônico: <http://ue.eu.int/Amsterdam/pt/treaty/main.htm>. Mais especificamente, esclarece esse documento que “o método comunitário designa o modo de funcionamento institucional do primeiro pilar da União Européia. Com base no respeito pelo princípio da subsidiariedade, este método assenta numa lógica de integração, caracterizada nomeadamente pelos seguintes elementos: monopólio do direito de iniciativa da Comissão; recurso geral à votação por maioria qualificada no Conselho; papel activo do Parlamento Europeu (pareceres, propostas de alterações, etc.)”.

<sup>23</sup> Abrangida pelo Título V do TUE.

<sup>24</sup> Abrangida pelo Título VI do TUE.

<sup>25</sup> Cf. União Européia. Conferência dos Representantes... Op. cit., nota 22. “(...) o modo de funcionamento institucional dos segundo e terceiro pilares (...) assenta numa lógica de cooperação intergovernamental (método intergovernamental) caracterizada pelos seguintes elementos principais: direito de iniciativa da Comissão partilhado com os Estados-membros ou limitado a determinados domínios específicos; recurso geral à unanimidade no Conselho; papel consultivo do Parlamento Europeu; papel limitado do Tribunal de Justiça”.

<sup>26</sup> LENAERTS, K. Op. cit., n.11.

<sup>27</sup> Idem, ibidem. p. 220. Livre tradução do trecho: “*There simply is no nucleus of sovereignty that*

the Member States can invoke, as such, against the Community”.

<sup>28</sup> STERN, K. Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

<sup>29</sup> Cf. ALÁEZ CORRAL, B. Soberanía constitucional e integración europea. *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* (versión electrónica), n. 1, 1998. Endereço eletrônico:<http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos/primero/alaez1.htm>.

<sup>30</sup> Op. cit. Nota 32, p. 507.

<sup>31</sup> Encontra-se diante do critério *Kompetenz-Kompetenz*, em que os diferentes Estados entre si cedem parte de sua competência originária em favor de um ente supranacional; diferentemente do critério *Zero-Sum* em que os diferentes Estados abrem mão de sua soberania para constituir não um ente intergovernamental, mas um novo ente estatal. Cf. ZULEEG, M. Op. cit. Nota 11, p. 507-508; BOOM, S. The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany Be the “Virginia of Europe?”. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 43, 1995. p. 213-214.

<sup>32</sup> Alemanha. Tribunal Constitucional Federal. Op. cit., nota 12, p. 397. PÉREZ CALVO (Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitária. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 99, p. 9-22, 1998), referindo-se a esse posicionamento como aquele resultado de um “*punto de vista de los Estados*”, inclina-se pela sua aceitabilidade. Nesse mesmo sentido, cf. também ZULEEG, M. Op. cit., n.11.

<sup>33</sup> Em decisão firmada em 29.1.1998, no Caso Edouard Debois et Filis/Conselho e Comissão, processo T-113/96, o Tribunal de Justiça Europeu declarou que “a Comunidade não é *juridicamente responsável* pelas consequências da supressão da actividade de despachante oficial resultante do *estabelecimento do mercado único*, no qual são abolidas as fronteiras aduaneiras entre Estados-Membros. Com efeito, a supressão das fronteiras fiscais e aduaneiras resulta directamente do Acto Único. (...) Em contrapartida, não é possível invocar a responsabilidade da Comunidade a título de um dano resultante de um acto de direito comunitário primário como o Acto Único, que não constitui um acto das próprias instituições, mas um tratado internacional adoptado e aprovado pelos Estados-Membros, facto que não exclui que uma obrigação de indemnização possa ser imputada ao Estado-Membro com base no direito interno”. Comissão Europeia. Relatório Geral de 1998. 4.10.1999. Endereço eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/doc/off/rg/pt/1998/x1047.htm>

<sup>34</sup> Nesse sentido, afirma HAEBERLE, P. (*Rectos actuales del Estado Constitucional*. Oñati, Espanha :

IVAP, 1996. p.125) que: “a meu juízo a Europa do futuro há de ser construída de novo mais intensamente desde ‘dentro’ e desde ‘baixo’, ou seja, a Europa tem que ser vivida mais intensamente pelo cidadão desde sua constituição nacional, só assim surgirá a tão citada ‘Europa dos cidadãos’, a ‘Europa das regiões e dos entes locais’ “. Livre tradução do trecho: “*A mi juicio la Europa del futuro ha de ser construida de nuevo más intensamente desde ‘dentro’ y desde ‘abajo’, es decir, Europa tiene que ser vivida más intensamente por el ciudadano desde su Constitución nacional, sólo así surgirá la tan citada ‘Europa de los ciudadanos’, la ‘Europa de las regiones y de los entes locales’*”.

<sup>35</sup> Ao Tribunal de Justiça Europeu tem sido atribuído um papel decisivo (ativo) para a consolidação do princípio federativo e ampliação da esfera de atuação das instâncias comunitárias. Nesse sentido cf. DUBINSKY, P. The Essential Function of Federal Courts: the European Union and the United States compared. *The American Journal of Comparative Law*, Berkley (CA), v. 42, 1994; p. 295-345. COHEN, J. Op. cit. n.11; JACOBS, F. A new constitutional Role for the European Court of Justice in the next decade ?. In: *Symposium on Perspectives of the Constitutional Process of the European Union in the light of the Amsterdam Treaty*. Berlin: Humboldt-Universität, 12th. Nov 1998. Endereço eletrônico: [http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index\\_jacobs.htm](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index_jacobs.htm)

<sup>36</sup> Op. cit., nota 28, p. 874.

<sup>37</sup> PERÉZ CALVO, A. Op. cit., n.32. Aqui o autor destaca a federalização e regionalização como movimento crescente nos países europeus, inclusive naqueles de forte tradição unitária como a França.

<sup>38</sup> HAEBERLE, P.Op. cit., n.34, p. 47-97.

<sup>39</sup> Op. cit., nota 26.

<sup>40</sup> Ou “federalismo cooperativo” funda-se em um princípio de responsabilidade compartilhada, em razão da qual a legislação federal deixa lacunas a serem preenchidas e executadas pelos Estados federados. Para o seu reconhecimento no plano comunitário, o autor refere-se ao art. 5º do TCE (“Os Estados-Membros tomarão as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade. Os Estados-Membros facilitarão à Comunidade o cumprimento de sua missão. Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado”) como seu *fundamento constitucional* (“constitutional basis”). Cf. Op. cit., nota 26, p. 224-233.

<sup>41</sup> Para o autor, não há dúvidas quanto a existência da relação vertical entre a União Europeia e os Estados-Membros uma vez que: o Tratado con-

fere poderes explícitos à União, remete aos Estados-Membros as demais competências residuais, garantindo àquela, por meio do art. 308º (ex-art. 235º), a sua interpretação consoante a consagrada doutrina dos poderes implícitos desenvolvida pelo constitucionalismo americano.

<sup>42</sup> Cf. BASTOS JR. Op. cit., n. 10.

<sup>43</sup> Para uma comparação mais estreita entre as funções do Tribunal de Justiça Europeu e a das Cortes Constitucionais nacionais, cf. JACOBS, F. Op. cit., n.35.

<sup>44</sup> LAENERTS, K. Op. cit., n. 11, p. 231.

<sup>45</sup> Objeto de prolongada polémica no debate constitucional europeu acerca da natureza da União e dos reflexos para as relações entre os Estados-Membros e seus respectivos ordenamentos jurídicos e o direito comunitário. Para uma crítica dos fundamentos da democracia utilizados pela Corte Alemã, cf. WEILER, J.H.H. *The State "über alles": Demos, Telos and the German Maastricht Decision. The Jean Monnet Working Papers Review*. Harvard, 1995. Para uma crítica dos efeitos possivelmente desintegradores da decisão, cf. BOOM, S. Op. cit. n.31. Para um breve sumário dos tópicos tratados na referida decisão, cf. BOOM, S. Op.cit. n.31; WEGEN,G; KUNER, C. *Germany: Federal Constitutional Court Decision concerning the Maastricht Treaty. International Legal Materials*, v. 33, n. 2, p. 388-395, 1994; BARROSO, L. *A Constituição e o Conflito de Normas no Espaço – Direito Constitucional Internacional*. October 12, 1993. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, 1995. p. 21-43.

<sup>46</sup> Naquela oportunidade, com o assentimento expresso do Diretor-Geral de serviços legais da Comissão da Comunidade Européia, Diretor-Geral Jean-Louis Dewost, convidado pelo Tribunal Constitucional Alemão para participar, no auxílio na interpretação de certas provisões do Tratado, no curso dos debates orais travados por ocasião da decisão sobre o Tratado de Maastricht.

<sup>47</sup> Op. cit., nota 12. p. 428-429. Livre tradução do trecho: "*The Union does not have a distinct legal personality in terms of its relationship with the european communities or of its relationship with the Member States (...) The Maastricht Treaty construes the Union as a name for the Member States acting in concert, not as an independent legal entity*".

<sup>48</sup> Entre as alterações das disposições do Tratado de Roma introduzidas pelo TUE, encontra-se a substituição da expressão Comunidade Económica Européia pela Comunidade Européia ou União Européia.

<sup>49</sup> Apud O'KEEFE, D. *Sovereignty of Parliament in the Constitution of Europe: foundations of legitimacy in the divided power systems of the European Union (Draft version)*. London : University College, 1999.

<sup>50</sup> O carácter complementar à cidadania nacional

foi adicionado no TCE com a revisão de Amsterdã. A cidadania nacional representa, assim, um pressuposto sem o qual não há que se falar na existência de uma cidadania européia. Para o debate suscitado em torno da abrangência e dimensão da cidadania européia, cf. WEILER, J. Op. cit., nota 20.

<sup>51</sup> O Conselho Europeu reunido em Colónia (Alemanha), em 4.6.1999, firmou orientação nos seguintes termos: "o Conselho Europeu considera que, no actual estágio de desenvolvimento da União Européia, os direitos fundamentais vigentes à nível da União deverão ser reunidos numa Carta, adquirindo assim maior visibilidade", tendo o projeto de elaboração e método de desenvolvimento sido aprovados no Conselho Europeu de Tampere em 15.10.1999, o qual determina que os trabalhos de elaboração serão desenvolvidos em Bruxelas, em regime lingüístico integral (realizado em todas as línguas oficiais), devendo envolver um amplo processo de debate que reúna todas as instituições comunitárias, os diferentes Estados-Membros e os cidadãos europeus, sendo, inclusive, assegurado o direito de manifestação daqueles países candidatos a ingressarem na União Européia de acordo com a Agenda 2000 de alargamento da Comunidade. Informações obtidas no site oficial do Conselho Europeu na Internet. Endereço eletrônico: <http://eu.ue.int>.

<sup>52</sup> LOPEZ RUIZ, F. (La regla de reconocimiento y el Derecho Comunitario. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a distancia*, Madrid, n. 10-11, 1996. p. 109-110) defende que a abertura do ordenamento constitucional ao processo de integração representa uma auto-ruptura, na medida em que admite que âmbitos aconstitucionais tenham plena validade no interior do ordenamento jurídico nacional. Como se vê em BASTOS JR. (Op. cit. n.10), a soberania constitucional nos Estados-Membros resta assegurada. Só se poderia falar em uma auto-ruptura a partir do momento em que, por meio de uma decisão soberana do Estado-Membro, este abra mão de sua autonomia em favor da criação de um novo Estado.

<sup>53</sup> Apud Idem. p. 109.

<sup>54</sup> A título exemplificativo, LENAERTS (op. cit., nota 11, p. 210) assevera que "a Comunidade Económica Européia é uma Comunidade baseada no Estado de Direito, já que nem seus Estados-Membros nem suas instituições podem evitar uma revisão da questão na qual as medidas por ele adotadas estão em conformidade com a Carta Constitucional Básica, o Tratado". Livre tradução do trecho: "*The European Economic Community is a Community based on rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty*".

<sup>55</sup> Cf. LOPEZ RUIZ. Op. cit., nota52, p. 111.

<sup>56</sup> Sem negar o debate em torno da admissibilidade ou não de um caráter específico da interpretação constitucional. Para tanto, cf. COELHO, I. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre : SAFE, 1997.

<sup>57</sup> Existência de cláusulas assecuratórias de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos e do equilibrado funcionamento das instituições consoante os imperativos de democracia e liberdade.

<sup>58</sup> Últimos dois considerandos do Preâmbulo ao TUE.

<sup>59</sup> Cf. HALTERN, U. High time for a check-up: progressivism, populism, and constitutional review in Germany. 1996. *The Jean Monnet Papers Review* (electronic version) - University of Harvard.

<sup>60</sup> Cf. Comparing national and EC law: the problem of the level of analysis. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 42, 1994. p. 761-781.

<sup>61</sup> Op. cit., nota49. Livre tradução do trecho: "Rather a multilevel system of governance, such as that suggested by Helen Wallace, in which the representative nature of the EP is important, but not the only source of legitimacy as the sources and dimensions of legitimacy became intertwined (interfaced), reflecting the difficulty of identifying sole actores".

### Bibliografia

- ALÁEZ, Benito Corral. Soberanía constitucional e integración europea. *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e história constitucional* (versión eletrónica), n. 1, 1998. Endereço eletrônico: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos/primer0/alaez1.htm>.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Decisão sobre o Tratado de Maastricht. 12 de outubro de 1993. Tradução por G. Wegen e C.Kuner. *International Legal Materials*. Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994. p. 395-444. Referência Internacional: [BverfGE 89,155 (1993)].
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21-43.
- BASTOS JR., Luiz Magno P. Recepção do Direito Comunitário Europeu pelo ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros: análise comparativa da realidade constitucional da Alemanha e Holanda. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 144, out./dez. 1999. p.217 e ss.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- BOOM, Steve J. The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany Be the Virginia of Europe?. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 43, 1995. p. 177-226. Referência Internacional [43 *Am. J. Comp. L.* 177 (1995)].
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa : Almedina, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editores, 1997.
- COHEN, Jeffrey C. The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgements: a study Comparative Judicial Federalism. In: *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 44, 1996. p. 421-461. Referência Internacional: [44 *Am. J. Comp. L.* 421 (1996)].
- COMISSÃO EUROPÉIA. Relatório Geral de 1998. 04.10.1999. Endereço Eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/doc/off/rg/pt/1998/x1047.htm>
- DEHOUSSE, Renaud. Comparing National and EC Law: the problem of the level of analysis. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 42, 1994. p. 761-781. Referência Internacional [42 *Am. J. Comp. L.* 761 (1994)].
- DUBINSKY, Paul R. The essential function of Federal Courts: The European Union and the United States compared. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 42, 1994. p.295-345. Referência Internacional: [42 *Am. J. Comp. L.* 295 (1994)].
- HAEBERLE, Peter. Derecho Constitucional Comum Europeo. Tradução por Emilio Franco. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 79, 1993. p. 7-46.
- \_\_\_\_\_. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Tradução por Xabier Arzoz. Espanha : Oñati, IVAP, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Tradução por Ignacio G. Gutiérrez. Madrid : Trotta, 1998.
- HALTERN, Ulrich. High time for a check-up: progressivism, populism, and constitutional review in Germany. *The Jean Monnet Papers Review* (electronic version) - University of Harvard, 1996. Em 12.5.99. Endereço Eletrônico: <http://law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9604ind.html>
- JACOBS, Francis. A new constitutional Role for the European Court of Justice in the next decade ?.

- In: Symposium on Perspectives of the Constitutional Process of the European Union in the light of the Amsterdam Treaty. Berlin : Humboldt-Universität. 12th, nov 1998. Endereço Eletrônico: [http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index\\_jacobs.htm](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index_jacobs.htm).
- LENAERTS, Koen. Constitutionalism and many faces of federalism. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley, CA, v. 38, 1990. p.205-263. Referência Internacional: [38 *Am. J. Comp. L* 205 (1990)]
- LÓPEZ RUIZ, Francisco. La regla de reconocimiento y el Derecho Comunitario: un análisis del Derecho Comunitario desde la Teoría del Derecho. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, n. 10-11, 1996. p. 95-128.
- O'KEEFE, David. *Sovereignty of Parliament in the Constitution of Europe: foundations of legitimacy in the divided power systems of the European Union* (Draft version). London : University College. 1999.
- PERÉZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 99, 1998. p.9-22.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Tradução por J. Pérez Royo e P.Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Tradução da 5. edição alemã de 1983.
- UNIÃO EUROPÉIA. Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Européia, os tratados que instituem as comunidades européias e alguns actos relativos a esses tratados (2.10.97). *Síntese Descritiva*. 15.5.99. Sítio Oficial da União Européia. Endereço eletrônico: <http://ue.eu.int/Amsterdam/pt/treaty/main.htm>.
- UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado de Amsterdão: modo de utilização*. 29.4.99. Sítio Oficial da União Européia. Endereço eletrônico: <http://ue.eu.int/scadplus/leg/pt/s50000.htm>.
- UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia*. Tratado de Roma de 25.3.57 (recompilado a partir do Tratado de Amsterdão). 15.5.99. Sítio oficial da União Européia. Endereço eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttoc05.htm>.
- UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado que institui a União Européia*. Tratado de Maastricht de 7.2.92 (recompilado a partir do Tratado de Amsterdão). 15.5.99. Sítio oficial da União Européia. Endereço eletrônico <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttoc01.htm>.
- WEGEN, Gerhard, KUNER, Christopher. Germany: Federal Constitutional Court Decision concerning the Maastricht Treaty: october 12, 1993. *International Legal Materials*. Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994. p. 388-395. Referência Internacional [33 *I.L.M.* 388 (1994)].
- WEILER, J.H.H. The State "über alles": demos, telos and the German Maastricht Decion. *The Jean Monnet Working Papers Review*. Harvard, 1995. Endereço Eletrônico: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/95/9506ind.html>
- \_\_\_\_\_. Trading In and With Europe: the law of the European Union: to be a European Citizen. *Eros and Civilization*. Fall 1997. 4.10.99. Endereço Eletrônico: <http://www.law.nyu.edu/weilerj/trading/eros.html>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Tradução por Marina Gascón. Madrid : Trotta, 1995.
- ZULEEG, Manfred. What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 45, 1997. p. 505-526. Referência Internacional: [45 *Am J. Comp. L.*, 505 (1997)].

# Descentralização e subsidiariedade

Maria Coeli Simões Pires

## Sumário

1. Introdução. 2. Subsidiariedade do Estado no Brasil. 2.1. A subsidiariedade em relação ao mercado. 2.2. A subsidiariedade em relação à sociedade. 2.3. A subsidiariedade aplicada ao federalismo. 3. A descentralização como técnica de organização político-administrativa e a autonomia municipal. 4. A descentralização como método democrático de planejamento, execução e controle de políticas públicas e o município como espaço apropriado para as práticas participativas. 5. Potencialidades e constrangimentos dos processos de descentralização no âmbito do federalismo cooperativo. 6. Potencialidades e constrangimentos da participação popular. 7. Recomendações.

## 1. Introdução

A descentralização, tradicionalmente tomada, de um lado, como técnica organizativa do poder político e, de outro, como mecanismo de estruturação administrativa do Estado mediante a subjetivação de centros decisórios autônomos para instrumentalização de suas ações, modernamente, há de ser compreendida em suas novas conotações, à vista do princípio da subsidiariedade aplicado às múltiplas relações do Estado com a sociedade e com o mercado e àquelas estabelecidas pelos entes políticos entre si. Nesse sentido, apresenta-se como modelo de relação do Estado com os núcleos de poder coletivo, como método democrático de concepção, execução e controle de políticas públicas e como mecanismo do federalismo cooperativo.

Maria Coeli Simões Pires é Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG, Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG, Doutoranda junto à mesma instituição.

Vista como área de investigação aquela emoldurada pela descentralização, o foco de interesse perpassa a ordem federativa, o campo da organização administrativa, e dirige-se de forma mais detida ao ponto das políticas públicas, levando em conta, notadamente, as relações do Estado com a sociedade, à luz de paradigmas democráticos, enfaticamente inclusivos da cidadania, sem descurar aquelas que se estabelecem com outros núcleos de poder.

Sabe-se que, nos sistemas capitalistas, três núcleos dividem o espaço da arquitetura do poder coletivo: o Estado, como esfera pública governamental; a sociedade, como espaço público originário, tendo no cidadão a simplificação de sua expressão; e o mercado, como núcleo privado, cujo móvel é o lucro.

Tais núcleos tendem a estabelecer entre si múltiplas relações de complementariedade, cooperação e interdependência, as quais devem, ao final, ser harmonizadas no âmbito do Estado como dimensão especial da sociedade.

Contrariando essa tendência relacional, pode prevalecer a lógica da centralidade e superioridade do Estado, noção que leva em conta a inépcia dos outros potenciais núcleos de poder decisório para as soluções desejadas e, ao mesmo tempo, a auto-suficiência da esfera governamental para o desiderato.

Já a descentralização parte da crença do poder público na capacidade de outras instâncias, ou, senão, da contingência de aceitar o partilhamento das decisões com outros núcleos, por força das conquistas democráticas ou, simplesmente, das imposições suspeitas de modelos de organização e gestão.

De qualquer modo, a construção filosófica subjacente à moderna descentralização parece basear-se no princípio da subsidiariedade, incidente sobre as relações do Estado com aqueles núcleos.

O princípio, aplicado às relações do Estado com a sociedade e com o mercado, postula o respeito, por parte daquele, às liber-

dades das pessoas, dos grupos e das organizações e pressupõe instâncias ativas capazes de fazer suas opções. A presença do Estado, perdendo a absoluta centralidade das atenções, deve-se registrar quando, onde e na estrita medida da necessidade de subsidiar a ação daqueles núcleos e, especialmente, de harmonizar as múltiplas relações. Isso não significa, porém, a possibilidade de uma ordem social e econômica sem um disciplinamento jurídico estatal que regule as relações entre o indivíduo, o mercado, as instituições e o aparelhamento estatal.

À sua vez, a complementariedade de papéis das diversas órbitas de poder afasta a idéia da autoridade estatal como valor em si, para considerá-la relativizada à vista do jogo de forças e da trama relacional de que participa, o que não denota postura refratária à autoridade legitimada.

Internamente, no tocante ao federalismo, aplica-se o mesmo princípio às relações entre os entes estruturantes da federação, privilegiando-se o município, como esfera de execução de serviços públicos, e projetando-se a atuação subsidiária e sucessiva da esfera intermediária e da central. Pressupondo o respeito às “ordens federativas mais simples” e assentada na unidade da federação, a subsidiariedade invoca a ação paulatina das esferas locais, regionais e nacional, segundo os indicativos da demanda de ação governamental, a partir de sua localização primária e da capacidade de resposta do poder público envolvido.

## *2. Subsidiariedade do Estado no Brasil*

Para que se possa deslocar o princípio do plano de ideação para sua identificação na recente prática brasileira, registram-se as medidas que trazem subentendida essa vertente de subsidiariedade do Estado.

### *2.1. A subsidiariedade em relação ao mercado*

Sob esse ângulo, registra-se a enfática determinação do comando constitucional do art. 173, que limita a atuação direta do Estado na atividade econômica ao caráter sub-

sidiário e excepcional, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Essa limitação sinaliza o enfraquecimento do Estado empresário, seja sob regime monopolista flexibilizado ou concorrencial restrito (arts. 173 e 177 da Constituição da República) por meio das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais. As privatizações, o retorno às concessões, as terceirizações e o apelo forte às parcerias do setor privado, por um lado, e a redução da intervenção indireta do Estado no mercado, representada pelo seu papel normativo, regulador, fiscalizador, fomentador e planejador (arts. 174, §§ 3º e 4º, e 179), operada especialmente pela política de desregulamentação da economia, com a prevalência das regras de mercado, por outro, concretizam a ideologia da subsidiariedade, que, extremada ou distorcida pela política abstencista, ganha a conotação de liberalismo.

Nesse contexto, é certo que atividades econômicas típicas cabem ao mercado e que, em determinadas atividades, ele só pode atuar em complementariedade. Há ainda setores originariamente atribuídos ao Estado que, por mecanismos de cooperação, podem ser partilhados com o mercado. Assim, relações de complementariedade e de cooperação entre o Estado e o mercado, tendentes a suprir as demandas do aparelhamento administrativo e a insuficiência de recursos da sociedade, são inevitáveis e até desejáveis. Contudo, devem ser travadas sob o pálio da ética, que há de informar toda a aplicação do princípio da subsidiariedade. Não podem, portanto, ser olvidados os limites à liberdade de negociação, sendo intangível o interesse público por transação entre agentes públicos e a iniciativa privada. Isso, por imperiosa imposição do princípio republicano – fundamento de ordem política que rejeita o trato privado da coisa pública – e da isonomia – que obstaculiza o estabelecimento de privilégios em favor de qualquer agente do mercado. Do mesmo

modo, a devolução de atividades econômicas ao mercado não é livremente transacionada, pois se submete a normas e princípios de ordem pública e a imposições de natureza ética que transcendem o plano das regras do direito posto.

Não é sem razão que a ética das privatizações, a invocar a adequada relação entre o público e o privado, é questão recorrente nas discussões mais acaloradas de setores da sociedade e do mercado e constitui grande móvel de enfrentamento das forças políticas.

## 2.2. *A subsidiariedade em relação à sociedade*

Entre nós, ressaltam como principais manifestações do Estado subsidiário a participação popular nos processos de decisão, por meio de formas *sui generis* de democracia semi-indireta, que têm garantido, no âmbito das instâncias colegiadas, o compartilhamento do poder com as representações governamentais e sociais, em arranjos que prestigiam o princípio da paridade em política setorial; a adoção do planejamento participativo especialmente voltado para a instrumentalização de progressista política urbana; a mudança de perfil institucional das administrações, decorrente da democratização dos órgãos responsáveis pela definição e implementação de políticas sociais; e a valorização do controle democrático de gestão da coisa pública.

Esse quadro, que valoriza a integração do elemento social como componente da grande esfera pública, parece ganhar mais nítido contorno formal pelo acolhimento em nível legal da natureza pública do espaço coletivo não-governamental. É o que evidencia a controvertida Lei das Organizações Sociais, que, criando o Programa Nacional de Publicização, prevê o reconhecimento daquele caráter à atuação desenvolvida pelas associações e fundações da sociedade nas áreas de ensino, pesquisa científica, meio ambiente, cultura, saúde, mediante a identificação dessas entidades de índole privada e sem fins lucrativos como organi-



zações sociais, cujo liame com o Poder Público se dá por meio de contrato de gestão.

Na linha das experiências indicadas, verifica-se, no Brasil, uma tendência de democratização da gestão por meio de práticas participativas, cujas raízes iremos encontrar nos movimentos sociais e no sindicalismo, que projetaram novo padrão de sociabilidade política, enfaticamente traduzida na Constituição de 1988, a partir do parágrafo único do art. 1º, que incorpora o princípio da participação direta consignado na Declaração de Direitos do Homem.

Lembra Lyra que, a despeito da lógica corporativista dos sindicatos, a prática de democracia direta por eles adotada em muito contribuiu para a redemocratização, ao que se somam o *basismo* dos movimentos sociais catalisados pela Igreja Católica, o papel das organizações não-governamentais e o engajamento de setores da classe média<sup>1</sup>.

Desse modo, cabe destacar o papel desempenhado pela Igreja na institucionalização dos instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, a iniciativa popular de lei e o referendo. No tocante à política pública de saúde, o Movimento Popular de Saúde e o Movimento da Reforma Sanitária estiveram na luta pela universalização do direito, garantindo o regramento constitucional compatível e a implementação dos mecanismos de democratização representados pelos conselhos, conferências e outras instâncias. Relativamente à política de assistência social, ressaltam-se as iniciativas do Movimento dos Meninos de Rua, que garantiram avanços significativos no tratamento constitucional da matéria e o seu desenvolvimento no plano infraconstitucional por meio do respectivo Estatuto, e ainda a atuação da Associação Nacional dos Docentes do Ensino Superior, a que se atribui o mérito de ter colaborado para a incorporação de mecanismos democráticos no texto constitucional<sup>2</sup>.

O certo é que, como fruto de um esforço plural de segmentos progressistas, podem-

se encontrar, por uma leitura da Constituição, comandos expressivos que consagram modalidades variadas de participação popular. Confirmam-se, a propósito, os arts. 14; 29, XII, XIII; 187, *caput*; 194, VII; 198, III; 204, II; 206, VI; 216, §1º, entre outros.

A partir de tais comandos e mesmo como resultado de variados processos informais, a prática que se vem desenvolvendo põe em cheque a democracia representativa tradicional consistente na escolha eleitoral dos representantes encarregados da tomada de decisões e apoiada unicamente na participação institucional.

Contudo, se já se propugnou até pela instalação de poder popular para contrastar e suplantar a representação política, como se vislumbrou na proposta de composição dos conselhos populares de São Paulo, concebidos segundo a inspiração da Comuna de Paris, e, por outro lado, se defendem outros que se devam criar no âmbito do próprio Estado centros de poder corrosivos da institucionalidade, tendentes a projetar rupturas a partir da mudança de correlação de forças, sob o argumento de que a ampliação da cidadania é, por si, contraditória com a lógica excludente do capital, parece prevalecer a ênfase à democracia participativa, segundo modelos conceituais que a distanciam do padrão soviético, para admiti-la compossível com a democracia representativa densificada e com o capitalismo<sup>3</sup>.

Essa linha guarda coerência com o modelo constitucional que, mantendo a democracia representativa, dá-lhe nova textura, ao consagrar formas de participação direta do cidadão e mecanismos alternativos de participação indireta.

Para Lyra, que aprofunda a reflexão acerca da experiência participativa brasileira, essa práxis tem-se dado de modo compatível com a democracia representativa:

“Atualmente, a luta pela ampliação dos direitos de cidadania se insere em um espaço ético dotado de uma práxis e de uma eticidade política próprias, lastreada no respeito às regras

do jogo vigentes, no âmbito de uma democracia essencialmente representativa”<sup>4</sup>.

E mostra as possíveis influências sobre o regime capitalista:

“A participação é uma prática de aprofundamento da democracia e como tal poderá ou não concorrer para abalar o capitalismo. Dependendo da correlação de forças existentes, a luta pela democracia participativa aprimorará um regime de capitalismo democrático ou favorecerá a sua progressiva superação”<sup>5</sup>.

### 2.3. *A subsidiariedade aplicada ao federalismo*

Da incidência do princípio no federalismo, observa-se a remodelação estrutural da Federação a partir de 1988, quando o município ressurgiu vigoroso na reconstrução do Estado brasileiro, sobre os pilares da nova Constituição da República.

A Constituição de 1988, harmonizando contraditórios interesses e ideologias, assenta uma avançada disciplina da temática municipal, em resposta à força dos movimentos municipalistas atuantes na Constituinte, empenhados, de um lado, no rompimento com a filosofia centralista de onipotência da União e, de outro, no fortalecimento do município como núcleo especial de política urbana e como instância política relevante e prioritariamente vocacionada ao papel de construção da cidadania material.

Assim, se já não tínhamos uma Federação de traços tradicionais, a partir da nova ordem, ela mais se afasta daquele molde pela tonificação de suas peculiaridades, notadamente no que toca à distinção de tratamento dado ao município. Ganha este relevância no plano federativo, não só pela excepcionalidade do *status* a ele conferido, pela sua categorização como entidade condômina, mas também pelo efetivo poder que a ele se atribui, pelo menos no plano normativo, como resultado da decidida inversão do movimento expansionista do poder central.

Nesse sentido, a Carta, dando ênfase ao município e enaltecendo-o prodigamente em referências específicas, assenta a sua autonomia como elemento indispensável da organização federativa, promove a ampliação do campo autônomo nas diversas vertentes, principalmente a partir de comandos básicos preordenadores de sua lei orgânica, além de integrá-lo na tarefa conjunta de construção do Estado democrático.

A leitura do texto constitucional evidencia a preocupação do Constituinte em fortalecer a unidade local, quer no plano da estrutura do federalismo, quer no das relações do município no seio deste, mediante partilha mais generosa de competências – embora se verifique, ainda, a persistência de competências centralizadas, no tocante a uma gama considerável de matérias –, limitações às práticas clientelistas do Governo central e novo sistema de arrecadação e distribuição de recursos.

Por outro lado, a Constituição, ao estabelecer as novas premissas para o cumprimento da função social da propriedade urbana, situa o município na centralidade da política correspondente.

Finalmente, sob a filosofia do Estado garantidor, instila por todo o capítulo da ordem social mecanismos de acesso do cidadão aos benefícios do desenvolvimento, como forma de realização da justiça social, reconhecendo ao município papel importante como agente de políticas públicas, a justificar, sob o ângulo prestacional, a prioridade da instância local no concerto cooperativo do federalismo.

Sob a perspectiva reconstrutiva do federalismo, ressaltam-se as normas que definem o quadro competencial do município, especialmente as que conformam o perfil de sua autonomia tributária nos arts. 157, 158 e 159 da Constituição da República, que, conjugadas com aquelas relativas a repasses financeiros (arts. 34 e 165 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), fortalecem potencialmente o quadro municipal de finanças.

A Constituição prevê a presença exclusiva do município no centro de áreas por ela especificamente coarctadas ou atraídas ao abrigo da autonomia pela regra geral do interesse local, de resto definidora do raio do campo autônomo naquela esfera. Acena, ainda, para soluções mediante cooperação entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, consoante o disposto no art. 23, parágrafo único, e em outras passagens, em que sinaliza para a interação dos diversos níveis de governo. O novo arranjo de competências densifica, assim, a atuação municipal em diversos campos, de forma exclusiva ou enfaticamente compartilhada, já que, além de disposições que projetam o enquadramento de um federalismo cooperativo, o espaço da competência comum invoca, por si só, a lógica da cooperação.

Tudo isso autoriza a afirmação de Aspásia Camargo de que “o Município é a grande ousadia do Constituinte de 1988”.

### *3. A descentralização como técnica de organização político-administrativa e a autonomia municipal*

É certo que a descentralização é um fenômeno internacional de contornos próprios em cada realidade que lhe serve de suporte de aplicação.

No cenário interno, a temática, conotada por variadas modalidades, tem sua projeção variável no tempo. Há períodos marcados pela ênfase à descentralização política, conquanto contraditoriamente submetida a movimentos pendulares de constrição e de expansão, e outros, em que o norte da descentralização administrativa atrai as atenções. Hodiernamente ganha destacado relevo a descentralização como técnica de trespasse de responsabilidades a Estados e municípios e como método democrático de concepção, execução e controle de políticas públicas.

Na discussão da descentralização política, emerge nítida a importância do município.

O município, herança da organização política dos romanos – quando Roma firmou sua hegemonia sobre a Itália Central ou quando o consagrou como fruto da concepção desenvolvida pelas reformas promovidas por Júlio César –, desde a origem, vinha dotado de relativa autonomia e de instituições próprias, conformadas em quadro jurídico-institucional mais amplo<sup>6</sup>. Com o advento do Império, a autonomia municipal foi esvaziada, transferindo-se o poder à Ordem dos Decuriões, reservando-se aos integrantes da Cúria, por nascimento ou eleição, a condição de *municeps*, antes designativa de qualquer cidadão<sup>7</sup>.

O município resiste à queda do Império Romano, sofrendo, porém, em certo período, grande interferência da Igreja, para, depois, ganhar força na Idade Média, nos séculos XI e XII, na Itália, na França, em outras nações européias e na Península Ibérica, especialmente em Portugal, onde se preservam, na essencialidade, as características do Município Romano, e os municípios são marcados pelo espírito da reconquista, o que lhes influenciou a fisionomia da autonomia<sup>8</sup>.

No Brasil, a descentralização política, herança de Portugal, não é, também, caminho recente que se vem trilhando. Registram-se como primeiras instituições regulares na evolução político-social as vilas, reguladas pelas Ordenações. Com elas, instala-se o poder das Câmaras, distribuído entre os chamados “homens bons” da Colônia, o que carrega para aqueles órgãos superlativa importância no quadro político-administrativo interno.

Sabe-se que, confirmando as tendências contraditórias da Coroa, que criava capitânias e estimulava vilas, a descentralização foi tomada pelos portugueses como estratégia de ocupação territorial, modo mais seguro de garantir a dependência da Colônia, mediante a dispersão de seu poder em diversos pólos.

O resgate histórico da organização política brasileira mostra, todavia, que não há

linearidade no processo de descentralização. Ao contrário, registra-se alternância centralização-descentralização-recentralização.

Resume bem esse paradoxo a afirmação de Dória:

“... O Estado brasileiro atravessou todo o período imperial com o município junjido à autoridade do poder central.

A luta contra a centralização atravessou todo o Império, refletindo-se na articulação dos republicanos, na década de 1870. O municipalismo e o federalismo confundiam-se. (...) A autonomia municipal, bandeira republicana, tinha de ser, portanto, uma das grandes preocupações dos constituintes de 1890”<sup>9</sup>.

Assim, a descentralização concebida originalmente em moldes bastante peculiares só mais tarde ganha a conformação federativa com a Constituição de 1891. Não obstante isso, as Constituições estaduais republicanas cercearam a autonomia municipal. No século XX, agrava-se a tensão entre autonomia municipal e centralização, até que emerge com força o municipalismo, na esteira do movimento Pluralista. Seria, no entanto, a transformação do Brasil, de Estado agrário em um Estado essencialmente urbano, o grande móvel de mudança do referencial de desenvolvimento, com repercussões naturais nas relações e nos modos de vida, levando a própria sociedade a dar suporte a precárias formas de descentralização para solução de seus problemas, criando-se espaço para ampliação do poder das cidades<sup>10</sup>.

Resistindo à força da lógica desse processo, a concentração do poder na esfera da União, com exceções raras de partilhamento, instalou-se com raízes profundas, em razão dos resquícios do colonialismo que impulsionou as cidades a partir de interesses e artifícios da Metrôpole. Também teve forte influência no quadro brasileiro a imposição de uma relação autoritária que se

estabeleceu ao longo dos anos, com breves hiatos de prestígio da instituição municipal, com a agravante de que, em determinados contextos, o enaltecimento do municipalismo era a estratégia de fortalecimento da União. Com isso, os Estados e municípios mantiveram-se neutralizados pela União e, anos a fio, na periferia do poder, como meras instâncias gerenciais da União, sem significado na ordem federativa. Sujeitos à linha centralizante, de caráter racionalista, de prevalência da tecnocracia dos gabinetes, o municipalismo ficou também deslocado, como princípio ordenador de políticas públicas.

Sayad, na apresentação da obra “Município: *o poder local*”, de Og Dória, que reconta a história do Brasil a partir da trajetória dos Municípios, sintetiza as reflexões do autor:

“São quinhentos anos de conflitos entre o poder municipal e a metrópole portuguesa, entre a cidade e o imperador, entre a cidade e a província e finalmente, entre o município e o governo federal. Entre centralização e descentralização, entre democracia e autoritarismo – um conflito pendular, que ora dá um pouco de fôlego aos interesses locais, mas logo o retira em favor do outro, seja de Lisboa, Rio de Janeiro ou Brasília. Mas um movimento pendular assimétrico, pois o poder municipal dura pouco, aparece antes como uma revolta ou uma reação de vida curta, logo derrotada pelo outro”<sup>11</sup>.

Com efeito, a autonomia municipal, apesar de mantida em todos os textos constitucionais desde a sua inauguração nominal na Carta Republicana de 1891, foi, muitas vezes, relativizada ao longo da história brasileira, já que seu conteúdo não se manteve uniforme nem esteve infenso aos interesses da Coroa, às vicissitudes dos regimes e aos caprichos dos ditadores ou tecnocratas.

Novas perspectivas só se abrirão aos municípios na década de 80, a partir da mobilização da sociedade, da abertura política e

da distensão, e vão ganhar corpo na Constituição de 1988, a qual prescreve tratamento privilegiado à entidade local, integrando-a, formalmente, à Federação e agregando, ainda, ao poder local a competência para a elaboração de sua lei orgânica. Tudo isso vem consolidar, de modo expressivo, o conteúdo da autonomia municipal, sob o pilar do interesse local.

A Constituição de 1988 traz, portanto, um arranjo consistente da autonomia em fisionomia retratada a partir de quádruplo enfoque: político, auto-organizatório, financeiro e administrativo.

Tomada em leitura comparativa com diversos quadros de poder local em países desenvolvidos, denota a Constituição pátria a posição privilegiada do Brasil quanto à descentralização política.

Há de se entender, contudo, que a autonomia municipal, antes de privilégio, é o desafio que se apresenta a todas as municipalidades, que a devem estruturar no plano da realidade, sob pena, aí sim, de continuarem os cidadãos, cada vez mais, reféns das burocracias estatais, em nítido processo de desrespeito ao verdadeiro interesse local, e as coletividades, progressivamente mais dependentes e sem referências.

A criatividade, ao contrário, pode dar maior vigor à autonomia, como, de resto, é exemplo a recente prática brasileira, conforme relata Dória:

“No Brasil, as leis municipais resultantes do recente processo de democratização abriram novas possibilidades de descentralizar a escolha dos dirigentes municipais a nível distrital e setorial, com os conselhos de bairros e os conselhos de educação, saúde e meio ambiente que estão sendo implantados em algumas cidades”<sup>12</sup>.

Talvez pela inadequada exploração, o conteúdo da autonomia reconhecida ao ente local, entre nós, não guarde relação direta com o nível de eficiência dos serviços no plano municipal. Ao arrojo de autonomia municipal neste País não corresponde o

grau de eficiência alcançado em outras experiências. Nem a forma de Estado nem tampouco o modelo de organização prefiguram os resultados. Externamente, a relação mais direta se estabelece em função dos modelos de gestão e do grau de identificação do cidadão com a esfera comunitária.

Esse quadro de ineficiência da instância local leva à reflexão acerca da imperiosa necessidade de que as diversas facetas da autonomia encontrem atualizada tradução a partir de variados fatores que lhes impõem novos contornos: o princípio da subsidiariedade, a que nos aludimos; os diversos vetores do poder local, sem exclusão dos diversos centros potenciais de decisão que podem conformar novos pactos e negociações; a crise do Estado e a globalização, que evocam a referência municipal como contraponto na escalada universalizante das relações e que, pelas transformações que operam, podem favorecer a participação cidadã; e a emergência das cidades, como estratégia de superação das múltiplas crises no quadro contemporâneo e como espaço de convergência de práticas democráticas.

Depreende-se dessa ordem de cogitações que, além da reconstrução formal e material do federalismo de traço cooperativo, com ênfase para o ente local e repercussão no campo de sua autonomia, a concepção democrática de Estado é fator de fortalecimento da esfera municipal de governo, a ressemantizar o campo autônomo de sua ação.

#### *4. A descentralização como método democrático de planejamento, execução e controle de políticas públicas e o município como espaço apropriado para as práticas participativas*

A Constituição de 1988, consagrando o Estado Democrático de Direito e acolhendo as reivindicações dos movimentos organizados, firma o compromisso com a igualdade material (na ditadura brasileira, havia a ilusória igualdade de cunho legal, com a qual se tinham por legitimados *a priori* os

mais excludentes procedimentos). Sob a perspectiva democrática, a igualdade pressupõe o gerenciamento e a conciliação das diversidades, na busca de um denominador comum; invoca a garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos sociais; consagra a universalização dos benefícios da seguridade social, entre outros; e traça a diretriz de participação da sociedade na concepção, na execução e no controle das políticas públicas, o que põe em realce, sobretudo, o poder local e dá lugar à descentralização, sob o rótulo de políticas públicas participativas<sup>13</sup>.

Como conseqüência do agravamento do quadro social, da proliferação de práticas de ilegalidades, da ampliação da consciência cidadã, do acolhimento em nível constitucional de múltiplos direitos densificados da igualdade material, a máquina pública é impactada pela demanda cada vez mais densa e diversificada de benefícios, revelando-se ineptas as políticas existentes<sup>14</sup>.

À sombra da bandeira do neolocalismo como uma solução para as demandas sociais, o municipalismo passa a ser defendido sob enfoques diferentes e sobre bases ideológicas distintas: como mero componente de engenharia administrativa, com vistas à construção da eficiência na prestação do setor público ou como princípio democrático<sup>15</sup>.

Nesse contexto, pode-se dizer que a unidade em torno do municipalismo é meramente aparente: *escamoteia um dissenso muito profundo*. Daí por que o neolocalismo, como discurso recorrente, há de ser apreendido segundo as conotações que lhe emprestam os núcleos filosóficos subjacentes, os quais se inscrevem em *genealogias intelectuais distintas*. A devolução de funções a entes subnacionais pode ser mera estratégia de retirada de poder do Governo central, como alternativa para uma recentralização imposta pelo próprio fracasso, ou de transferência para a iniciativa privada, ou pode ser tida como postulação da democratização da gestão e da ampliação do controle social. Na primeira, o contraponto é o mercado

como mecanismo locativo e na segunda, a participação da cidadania<sup>16</sup>.

De qualquer modo, não há negar a importância do município como esfera potencial de democracia como registra Carlos F. Quintana Roldán, no prólogo da obra *El Municipio*:

*“Coincidimos con el Dr. Robles en afirmar que el Municipio sigue siendo la mejor escuela de la democracia, ya que no existe mejor ámbito que la vida comunal para vivir y sentir los problemas que genera la vida social, lo que a su vez nos plantea la participación solidaria de los vecinos en todo tipo de tareas, fundamentalmente aquéllas de connotación política”*<sup>17</sup>.

De fato, coloca-se a cidade como espaço privilegiado de enraizamento da estrutura político-administrativa e de gestão política contemporânea, podendo-se demonstrar que é nessa esfera que se projetam soluções para superação das crises e se reúnem os elementos e as condições de instrumentalização da cidadania e da prática democrática<sup>18</sup>.

Destaca-se, nesse sentido, a eminência das cidades, o que é enfatizado em diversas experiências de abordagem internacional e no tratamento de situações excepcionais de desequilíbrio, desde a década de 70, passando pela Conferência das Cidades Europeias (Roterdã, 1981), pela crise do Leste Europeu, até chegar à Conferência Habitat de Istambul de 1996, que privilegia práticas administrativas participativas exitosas.

Por essa razão e, mais, por se encontrar sensivelmente impactado, por um lado, pelo marcante fenômeno de complexificação social a impor a densificação de demandas e relações, em âmbito local, e, por outro, pela tendência globalizante da economia e da cultura, o município coloca-se como categoria funcional estratégica de garantia de referência e de identidade dos cidadãos e objeto de estudo multidisciplinar.

Sob a perspectiva democratizante, e com vistas à efetivação do princípio da cidadania ativa, evidencia-se a necessidade de se dotarem as instituições de maior identifica-

de comunitária, alternativa chave para modernizar a Administração, notadamente a municipal, e de condição favorável e prévia à participação, que postula a inclusão da cidadania para materialização da democracia política, econômica, social e cultural, por meio de adequadas políticas públicas<sup>19</sup>.

Sánchez, discorrendo sobre planejamento no México, enfatiza a necessidade da ampliação da participação organizada, de modo a assegurar, no âmbito do planejamento e da execução das políticas, a ingerência universal do povo, tomado como objeto e sujeito da administração democrática, como elemento do processo de mudança:

*“... para que los planos tengan expresión en el espacio y tiempo concretos de nuestra realidad institucional y nacional, se deberá nutrir y robustecer con el necesario alimento de la real opinión pública directa o indirecta”<sup>20</sup>.*

E arremata o autor:

*“De esta forma los planes serán el resultado natural de la verdadera expresión del pueblo, de la auténtica voluntad popular que a través de la consulta y opinión forme parte del proceso dinámico de transformación para llevar al país a los niveles de desarrollo deseados, por caminos de integración, unidad y democracia, y del real sentir del pueblo mexicano”<sup>21</sup>.*

Sánchez enumera as mais variadas modalidades de consulta como forma de participação cidadã no processo de planejamento, distinguindo-as, sobretudo, a partir dos objetivos com que são aplicadas: a popular, que ele considera, de certa forma, olvidada como instrumento de planejamento naquela experiência; a adotada como forma de concertar vontades e interesses no quadro do federalismo, em que a solidariedade e a conjugação de vontades no âmbito da comunidade nacional ganham relevo; a destinada a instrumentalizar a manifestação de vontade comum acerca de questões relevantes; aquela que funciona como instrumento catalisador de vontades discrepantes, partindo da obtenção de opiniões individuais

ou coletivas reconhecidas sobre matérias postas em debate; e a consulta como mecanismo de diplomacia<sup>22</sup>.

Alerta, enfim, para a necessidade de reformulação da lógica participativa:

*“... las fórmulas de participación hasta ahora usadas, han sido insuficientes en una trama tan compleja de relaciones sociales como las de nuestros días en México, que exige, una tecnificación cada vez mayor de las decisiones; pero como contrapeso, exige también, una reinversión de las fórmulas de participación directa de los administrados. Es decir, que es muy importante devolver el papel protagónico y la confianza a los ciudadanos”<sup>23</sup>.*

Desse modo, enfatizam-se as chamadas políticas públicas participativas, as quais, como evocação da própria adjetivação, não de ser tratadas não apenas no âmbito das institucionalidades da seara do governo, mas também sob enfoque que se apóie em noção mais abrangente de política, como formulação, na ampla esfera pública, de respostas às demandas sociais.

Essa a razão pela qual a análise aqui desenvolvida, conquanto prestigie o ente local no cenário das políticas públicas, não se atém às de caráter governamental, mas considera todas aquelas engendradas pela pluralidade dos centros de poder, isto é, o Estado em suas diversas instâncias e a sociedade em suas múltiplas manifestações organizativas.

No Brasil, pode-se perceber alguma alteração na lógica das políticas públicas, especialmente as governamentais. Vê-se que o quadro de múltiplas demandas e o apelo de participação precipitaram os processos de descentralização e cooperação, que têm conduzido à formação de várias políticas setoriais, sob novos moldes, alimentados, também, por tendências internacionais. O Sistema Único de Saúde – SUS –, que teve sua matriz na Reforma Sanitária Italiana de 1978, as políticas de controle social, que têm sua inspiração na França socialista, são exemplos. Mais recentemente, ganha ênfase

se a descentralização do ensino e da política de direitos humanos no âmbito dos diversos conselhos<sup>24</sup>.

### *5. Potencialidades e constrangimentos dos processos de descentralização no âmbito do federalismo cooperativo*

Na discussão da perspectiva descentralizante, seja sob o enfoque do federalismo cooperativo, seja sob o da participação da sociedade nas políticas públicas, emergirão, naturalmente, as potencialidades e os constrangimentos do processo, o que conduz à necessidade de sua desmistificação, em vez de uma postura *a priori* de apologia ou de rejeição de sua prática.

No Brasil, a descentralização vem ocorrendo de forma descoordenada, improvisada, artificiosa e impositiva, o que gera uma série de dificuldades para os diversos níveis de Governo, para os usuários dos serviços públicos e para a sociedade civil. Conseqüentemente, há necessidade de uma reflexão mais abrangente e profunda acerca do processo, para percebê-lo, não só em suas potencialidades e resultados imediatos, mas, sobretudo, sob a perspectiva dos constrangimentos que impõe, exatamente para que seja possível vislumbrar alternativas de superação.

Os processos de transferência de políticas públicas para entes subnacionais, em especial para a esfera local, vêm-se desenvolvendo sem os satisfatórios pressupostos das negociações políticas, impondo-se pela lógica autoritária no traspasse dos serviços sociais.

As bases de cooperação federativa não estão sequer suficientemente disciplinadas, nem pela via legal nem pelos pactos sociais.

No condomínio de poderes da Federação, há reconhecida ambigüidade na repartição de competências, e essa ausência de clareza em relação ao sistema de partilha de responsabilidades repercute no plano da aplicação.

O quadro de indefinições, incertezas e conflitos, por sua vez, acaba por gerar re-

sistências e disfunções, com sérios prejuízos para a eficiência na execução das políticas. As resistências recíprocas da União, do Estado e do município neutralizam os esforços em processos camuflados por falsos discursos, tendo as relações de poder subjacentes como substrato informador.

Assim, a União, ao assumir a vertente da descentralização, encontra barreiras naturais, externas e internas ao seu próprio aparelhamento, para estabelecer uma nova relação com níveis decisórios diferentes. Ao mesmo tempo em que se coloca como carro-chefe da descentralização, seja pelo apelo que o tema traz, seja pela irreversibilidade da solução, a União, por meio de sua burocracia, reage, sente-se ameaçada pela partilha de poder. Sem terem real clareza quanto à substantividade desse poder ameaçado, as pessoas envolvidas experimentam uma ansiedade malfazeja, que cria fantasmas e estrutura resistências, e, por isso mesmo, impeditiva da interação e da comunicabilidade de informações.

É possível vislumbrar-se, igualmente, o nível de resistência conformado à esfera intermediária. Contudo, em relação ao município é que se percebe mais evidente o processo de obstaculização. Na descentralização, o município, sentindo-se ameaçado ou em posição de completa sucumbência em face das responsabilidades e encargos que lhe são transferidos, limita-se a contornar o caos por meio de soluções artificiosas. Há ainda uma agravante nesse ponto: as soluções admitidas no âmbito das políticas setoriais descentralizadas são praticamente uniformes para os cinco mil municípios brasileiros, a despeito da realidade tão heterogênea que eles guardam. Isso gera, em face da diversidade do espaço territorial que constitui a base municipal, graves dificuldades para os respectivos governos locais e afasta, cada vez mais, o município legal, o município ideal, do município real.

Não bastasse a resistência cristalizada pelo próprio ente local, há, ainda, preconceito por parte dos usuários em relação aos



serviços prestados pelo município. Existe uma tendência a se admitir que a União é a mais poderosa, que ela tem seu arranjo institucional mais completo, mais adequado, mais eficiente, colocando-se em segundo plano a condição dos Estados e, com reservas, a capacidade do município, do qual não se pode esperar correta resposta na prestação de serviços.

Essa percepção, no entanto, deve ser alterada para que se compreenda que a proximidade da população em relação ao governo municipal com suas alternativas de gerenciamento de problemas pode garantir melhores resultados. Afastam-se, contudo, os binômios descentralização-democracia e municipalismo-eficiência.

Ainda da parte do usuário, há outras dificuldades que decorrem das tendências de radicalização, tanto por parte das correntes municipalistas, quanto das regionalistas. Os conflitos entre essas antagonias, muitas vezes, põem a descoberto os interesses dos usuários.

Por outro lado, as potencialidades dos processos de descentralização, que acenam para a superação das dificuldades relacionadas com a escassez de recursos destinados às diversas políticas, para a racionalização técnica, para a ampliação do controle e para a própria eficiência do serviço público, só atingem expressão efetiva se contornados os constringimentos que poderão impedir os resultados positivos do novo jogo de relações no quadro federativo.

## 6. *Potencialidades e constringimentos da participação popular*

Martínez, discorrendo sobre o município já em contexto da Reforma Municipal aprovada pela Constituinte Permanente do México em 1983, a qual busca a revitalização da instância local, dá realce à participação dos cidadãos como fator de fortalecimento do município:

*“El fortalecimiento municipal requiere una lucha de todos los niveles contra el*

*centralismo, contra el caciquismo, contra apatía y la desidia de los vecinos”*<sup>25</sup>.

O autor mostra também as conseqüências práticas da participação na gestão pública:

*“Cuando los vecinos no han coadyuvado en la toma de decisiones, desconfían de la eficacia de la solución, se abstienen de participar, critican las acciones y desconfían de sus autoridades, por ello es importante combatir la apatía, la indolencia, el desinterés de los vecinos, dándoles la participación debida en su Municipio”*<sup>26</sup>.

Nessa linha, verifica-se, interna e externamente, uma ampla tendência de adoção de políticas participativas.

Contudo, entre nós, apesar de a bandeira da participação vir sendo desfraldada de uma forma persistente, pode-se vislumbrar variada base de sua sustentação, conduzindo-se o vetor da democratização de políticas públicas, às vezes, mais em caráter emblemático do que conseqüente, não se afigurando a participação como resultado de internalização de uma filosofia ou como instrumento efetivo de controle da gestão pública na grande maioria dos municípios.

É o que ocorre quando o poder público toma a seu cargo a mobilização da comunidade com o propósito de manipular o processo participativo. Com a observação, não se pretende rejeitar o papel do Estado, de estimulador e indutor da mobilização, e só admitir como válida a participação espontânea. Ao contrário, pela natureza processual da democracia, pela sua estrutura cultural, pelas posições polarizadas da sociedade e do aparelhamento estatal, torna-se inconcebível, na seara das políticas públicas, a participação da sociedade sem indução pelo próprio Estado, ou, pelo menos, sem o comprometimento do Governo, seja pela incorporação de mecanismos institucionais, seja pela abertura às influências dos novos paradigmas e metodologias de gestão. Sob esse aspecto e no estágio processual de implantação das práticas democráticas, enfatiza-se a participação possa até ser um fim,

em si mesma, sem, contudo, descurar a projeção da racionalidade de resultados.

Na realidade, porém, o que se vê é a manipulação, com raras exceções, do que se pode traduzir como práticas de indução bem intencionadas. Nesse sentido, a participação pode ser um instrumento de autoritarismo dos mais arbitrários.

Além dessas dificuldades, outros obstáculos opõem-se à participação popular como mecanismo de democracia: a indiferença de significativa parcela dos segmentos da sociedade; a resistência por parte de outra e das estruturas de poder formal; o corporativismo, que desfoca o interesse geral para priorizar os específicos, que se traduzem em benefícios diretos para determinadas categorias; a postura refratária à institucionalidade de vários núcleos participativos tendentes a desqualificar as instâncias oficiais de participação, pela negativa de legitimidade à esfera institucional e resistência à interação nesse plano; a falta de sedimentação de cultura de cidadania; a ausência de divulgação dos processos informais de participação, como substrato para aprimoramento e internalização da lógica democrática; a prevalência de uma normatividade jurídica conservadora e excludente, como disciplina das relações quotidianas; a resistência por parte dos governos aos mecanismos democráticos, como ouvidorias autônomas (ouvidorias de instituições policiais, de universidades públicas, de municípios), conselhos de políticas sociais; as dificuldades de conciliação da força decisória da representação política e da sociedade civil organizada, na perspectiva da pluralidade democrática; a ausência de tradição de experiências participativas, o que pode conduzir à artificialização dos processos e mecanismos, que, por isso mesmo, prestam-se a camuflar o próprio autoritarismo<sup>27</sup>.

A despeito do quadro de incertezas quanto aos modelos participativos, fica muito claro que se deve afastar a mobilização como simples mecanismo de legitimação, isto é, a falsa participação, para buscar

uma forma mais qualificada, sustentada na representatividade e no domínio da informação.

Reafirma-se ainda que não se propugna por uma posição passiva do poder público no processo. Ao contrário, sustenta-se que a participação do poder público é fundamental até que se consolide o verdadeiro controle social que tem na “cena pública” o plano sensor das práticas administrativas e políticas. Em outras palavras, até que a sociedade civil incorpore os segmentos comunitários, disponha de canais legítimos de participação, de múltiplas arenas de consenso e possa contar com interlocutores capazes de adequada vocalização de problemas e percepções, ao Estado cabe apresentar alternativas para indução e apoio à participação popular.

Merece registro, no Brasil, a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre, cuja concepção propiciou um arranjo que combina democracia representativa e democracia direta, o que se projeta a partir do reconhecimento e da valorização da esfera pública não estatal, transferindo-se ao cidadão o poder de decidir sobre a alocação de recursos públicos e a eleição de políticas prioritárias, princípio que se acolhe na Lei Orgânica do Município desde 1997. A experiência da capital gaúcha figura entre as “Best Practices”, como gestão exitosa e inovadora, selecionada pelo Comitê Internacional da Conferência Habitat II, entre quarenta experiências mundiais apresentadas em Istambul, para aproveitamento por outras comunidades. Ultrapassando as linhas do corporativismo, o Orçamento Participativo, inteiramente internalizado na capital do Rio Grande do Sul, conseguiu colocar-se como prática de aperfeiçoamento da participação na busca da realização de interesse mais coletivo como instrumento de natureza política de transformação estrutural da sociedade. Registram-se, no Brasil, outras práticas semelhantes, as quais não se colocam, contudo, no mesmo estágio da experiência gaúcha.

No caso de Porto Alegre, assimila-se a participação como forma de partilhamento de responsabilidade, como lembra Martínez:

*“La participación de los ciudadanos en la solución de sus problemas tiende a responsabilizar al individuo y a la comunidad en su conjunto”*<sup>28</sup>.

Dessa forma, o grande apelo ao poder público é o de estruturar, nessa transição, mecanismos institucionais de participação e de partilhamento de responsabilidades, bem assim garantir, da parte dos gestores da coisa pública, o respeito aos consensos extraídos das amplas esferas de negociação e o reconhecimento dos esforços participativos em plural manifestação, afastando-se as instituições representativas hipertrofiadas sem os correlatos fins de democratização da gestão.

Com efeito, a idéia do respeito é nuclear. Nesse sentido, o *feedback* é importante, sinalizando para a avaliação das providências eventualmente adotadas e dos resultados obtidos. E como democratização é, antes de tudo, a apropriação igualitária de benefícios, dá-se realce à necessidade de transparência em relação às ações públicas e aos impactos delas decorrentes, porém, sem o viés de se pretender que estejam todos discutindo as mesmas questões e consensando as mesmas soluções.

Hoje, entretanto, percebe-se que a metodologia de participação nem sempre envolve técnicas avaliativas para permanente realimentação do processo.

Finalmente, merece reflexão a crítica que, de um modo geral, faz-se ao município, ao projetá-lo como espaço de fragmentação da identidade política. Ao contrário, a esfera local deve ser encarada como a seara em que as estruturas do pensamento ideológico possam atualizar-se na prática, pela efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Por fim, enfatiza-se que a gestão da cidade não depende apenas do domínio de técnicas gerenciais, mas, sobretudo, da capacidade de percepção da cidade e articula-

ção do poder que nela se instala, dos diversos setores da sociedade para que se possa efetivamente tornar viáveis a negociação e a regulação do conflito, podendo nele intervir o cidadão de forma propositiva e coerente com sua opção de cidadania.

Como as cidades, pela realidade que lhes é imanente, invocam o princípio da diversidade, o poder local há de tomar conformação e teor próprio, em cada espaço, pois diferentes são as cidades, as populações, e diferentes devem ser seus atores, interlocutores, suas formas de atuação e de compreensão das vivências que nela têm lugar. A diversidade não haverá de prejudicar, todavia, a unidade de valores e princípios de um Estado Democrático.

## 7. Recomendações

Feitas essas considerações, ousamos alinhar algumas recomendações que, de resto, podem ser colhidas fragmentariamente nos discursos recorrentes.

A descentralização há de ser filosofia e concepção interiorizadas como verdadeira política de Estado, descartando-se sua identificação com mero programa de Governo, de modo a dissociá-la de um dado comando político e a comunicar-lhe maior sinergia pelo envolvimento de outros atores que não só os decisores governamentais diretos.

Por outro lado, há consenso quanto à idéia de que a descentralização deve servir para distribuir efetivamente o poder. Não pode ser mero arranjo ou conformação aparente. Deve demandar a base substantiva de distribuição do poder decisório, pressupondo deslocamento real de recursos, competências, encargos e responsabilidades. Só o processo de descentralização que serve a esse objetivo redistributivo do poder há de ser como tal considerado.

É conveniente ainda que a descentralização leve em conta o macrocenário, tendo em vista os reflexos deste sobre a trama urbana, imediatamente alcançada pelos efeitos perversos dos fenômenos mais abrangentes. Isso se explica porque, além das di-

ficuldades internas, impõem-se aos centros urbanos, em especial às megacidades, graves desafios decorrentes da crise e das disfunções das políticas mundial e nacional.

Considerados os fatores externos e internos, a descentralização há de se colocar como objeto de um planejamento responsável, orientado por corretas balizas, entre as quais se possam colocar políticas descentralizadas, políticas que se devam manter centralizadas na União, na exata medida, de modo a não se configurar um processo de descentralização inconseqüente e nem uma camuflagem de uma indesejável recentralização. Devem, assim, ser rejeitadas as radicalizações absurdas, dirigindo-se para uma prática cooperativa e complementar.

Nessa vertente, reconhece-se prioritário o investimento na capacidade de gestão dos governos, em especial, naquelas equipes que diretamente devem assumir a transição, passando à formação de quadros, mediante aproveitamento de forças disponíveis e incorporação de outras. Esse investimento pressupõe a organização de base de dados e informações como insumo fundamental para o monitoramento das políticas.

Sob o enfoque da racionalização, adverte-se para a necessidade de dimensionamento ou redimensionamento dos recursos humanos, financeiros e técnicos. É de se registrar que, no tocante aos recursos, o grande desafio não diz respeito à alavancagem de novos meios, mas está direcionado, sobretudo, para a sua alocação e adequada utilização, de maneira que se assegure a razoável relação custo-benefício, e que se garanta sintonia com mecanismos mais modernos de gestão pública, o que não se consegue por meio de simples transmutação formal de controle de processos em controle de resultados.

Registra-se, também, a necessidade de aplicação dos princípios da eficiência alocativa de recursos públicos, que garanta a racionalização de gastos e a positiva relação de resultados, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, bem assim da respon-

sabilização dos agentes públicos envolvidos na gestão correspondente ou dos atores privados, cuja ação gere impactos especiais na esfera pública.

Além da eficiência alocativa de recursos, não se pode olvidar a óptica de apropriação de resultados de uma forma equalizada, na perspectiva da socialização de benefícios em contraponto à apropriação coletiva dos ônus da ação estatal, tão evidente na realidade brasileira.

Igual esforço deve ser desenvolvido na construção de soluções criativas para a burocracia municipal. No Brasil, sob o jugo contumaz do autoritarismo, o município organiza sua administração em perfeita simetria com o arranjo federal e o estadual, o que persiste nos dias atuais por força da herança cultural do autoritarismo.

Outro aspecto relevante é o atinente à relação do poder público com o setor privado, sobretudo por meio da contratualização. Na realidade, setor público e setor privado não são impossíveis, desde que não se estabeleça prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Há, portanto, espaço ético para as parcerias, para as interfaces daqueles setores. Contudo, se não se pode reconhecer a inépcia do mercado para soluções da economia, não há negar o sério risco de sua prevalência em questões que ao Estado e à sociedade se reservam. É preciso inquirir sobre o espaço em que o Estado e a sociedade agem, sobre o modo de atuação do poder público, sobre a expectativa quanto à eficácia de sua ação, para que se possa delinear com segurança o campo de cooperação para parcerias responsáveis ou operações contratualizadas.

Outro desafio de que se cogita é o do gerenciamento no plano democrático, isto é, o de construir e amadurecer o modelo próprio de gestão democrática, pois que é falso o binômio descentralização-democracia.

Nesse sentido, é pertinente a advertência de Martínez:

*“La descentralización del poder no conduce por sí mismo a la libertad local;*

*ésta só lo se expresa por la existencia de poderes locales autónomos sostenidos o fundados en una auténtica voluntad popular activa y participativa*<sup>29</sup>.

De fato, deve-se estar atento ao erro de perspectiva que se comete no tocante à descentralização, de acreditar que a proximidade da comunidade com a máquina administrativa, por si só, possa assegurar mais envolvimento social. A relação, com efeito, não é absoluta, pelo que uma preocupação que se justifica é a de se construir o caminho democrático pelo qual se possa projetar a cidadania ativa. Assim, a descentralização, como metodologia, adquire significado em cada setor, na sua projeção processual, e poderá levar a resultados diferentes, de acordo com a ideologia que a sustente.

Enfatizando a participação democrática, adverte-se para a necessidade de criação de novo padrão de sociabilidade, que incorpore a participação cada vez mais abrangente e conseqüente de todo cidadão, a partir de um novo patamar cultural; para a conveniência da quebra da resistência à institucionalidade para ocupação democrática de todo espaço institucional de participação, sem prejuízo da exploração da genuína esfera social; para a imperativa superação do corporativismo; para a democratização do aparelhamento estatal, arrogante e autoritário na prática das relações internas, em especial; para o apelo de fortalecimento do segmento participativo atomizado, mediante a incorporação de novos sujeitos do processo produtivo, das categorias excluídas, dos consumidores, da classe operária, dos grupos de defesa de direitos difusos e dos diversos setores afetados direta ou indiretamente pelas ações públicas; para a necessidade de reavaliação das práticas de ilegalidades; para a exigência de renovação da normatividade, com vistas à instrumentalização de efetivas mudanças no amplo quadro social; e, por fim, para a urgência de conciliação da pluralidade democrática a partir do tripé sociedade-cidadania-autoridade, esta, não apenas legiti-

mada pelo sufrágio universal ou pelo traço de institucionalidade, mas paulatinamente fortalecida no plano das relações.

Por fim, acreditamos, como Dória, que "... o processo de democratização e integração social só pode avançar se envolver decisivamente a vida municipal"<sup>30</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> LYRA, Rubens Pinto. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 23-38.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 23-38.

<sup>3</sup> ----- Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, n.140, out./dez. 1998. p. 11-16.

<sup>4</sup> *Idem*, *ibidem*, p.15.

<sup>5</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> DÓRIA, Og. *Município : poder local*. São Paulo : Editora Página Aberta, 1992. p. 21.

<sup>7</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 22.

<sup>8</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 33.

<sup>10</sup> MELO, Marcus André B. C. de. O Município na Federação Brasileira e a questão da autonomia. In: *Subsidiariedade e fortalecimento do poder local*. Debates. Fundação Konrad Adenauer Stiftung – Representação no Brasil. São Paulo : Centro de Estudos, n.6, 1995, p. 64.

<sup>11</sup> DÓRIA, op. cit., p. 12.

<sup>12</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 16.

<sup>13</sup> FERREIRA, Paulo Brum. O modelo federativo brasileiro: evolução, o marco da Constituição de 1988 e perspectivas. In: *Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local*. Debates. p. 9.

<sup>14</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>15</sup> MELO, op. cit., p. 65.

<sup>16</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 63.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ, Reynaldo Robles. *El Municipio*. México : Editorial Porrúa, S.A, 1987. p. 4.

<sup>18</sup> BORJA & SEBASTIÁ. La democracia territorial: descentralización del Estado y políticas en la ciudad. In: *Ciudad y territorio*. Madrid : MOPT, 61-82/ 13-41, 1989, p. 25-38.

<sup>19</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 25-28.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ, José García. *El Municipio: Sus relaciones con la Federación*. México : Editorial Porrúa, S.A, 1986. p. 314.

<sup>21</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>22</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*, p. 311.

<sup>24</sup> MELO, op. cit., p. 66.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ, op. cit., p. 168.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, p. 154.

<sup>27</sup> LYRA. As vicissitudes da democracia partici-

pativa no Brasil. op. cit, p. 23-38.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ, op. cit., p. 153.

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>30</sup> DÓRIA, op. cit., p. 16.

# A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

## Sumário

1. Introdução. 2. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro. 3. Princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas – a prevalência da norma mais favorável ao ser humano. 4. As novas perspectivas em relação aos direitos humanos. 5. Conclusões finais.

## 1. Introdução

Considerando essencial que o direito internacional e o direito interno se integrem eficazmente na proteção dos direitos do homem, o presente texto se propõe a estudar, neste meio século da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro, o processo de redefinição da democracia no Brasil, bem como a aplicação do princípio da *primazia da norma mais favorável* como regra de hermenêutica internacional. Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no processo de redefinição e reconstrução da democracia no âmbito brasileiro.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, necessário se faz a discussão de: a) como os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos fundamentais incorporam-se ao direito interno; b) quais são as regras de interpretação que devem

Valerio de Oliveira Mazzuoli é graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Presidente Prudente-SP.

ser adotadas, especialmente no que concerne à harmonização com o direito interno; c) como os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos influem no processo de redefinição da democracia no âmbito brasileiro.

Primeiro estudaremos a integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno brasileiro, fazendo uma interpretação sistemática entre o art. 5º, §§ 1º e 2º, art. 1º, III, e art. 4º, II, todos da Carta Magna da República de 1988. Como resultado hermenêutico da interpretação de tais normas, este estudo apresentará sua conclusão envolvendo o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano*, indicando os meios em que deve ser utilizado e processado no direito interno do país.

## 2. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro

O problema da concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatuto infraconstitucional pode ser resolvido, no âmbito do *direito das gentes*, em princípio, de duas maneiras. Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento *paritário*, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente<sup>1</sup>. O Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, enquadra-se nesse segundo sistema (monismo nacionalista). Há mais de vinte anos, vigora na jurisprudência brasileira o sistema paritário em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária (v. RTJ 83/809 e ss.), podendo, por isso, revogar as disposições em contrário ou ser revogado (*rectius*: perder eficácia) diante de lei posterior<sup>2</sup>.

Desde já, é necessário dizer que o estudo das relações entre o direito internacional e o

ordenamento interno se afigura um dos mais difíceis de se compreender, pois consiste em sabermos qual o tipo de relações que mantêm entre si<sup>3</sup>. O ponto nevrálgico da questão consiste em saber-se qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre o produto normativo convencional (norma internacional) e a norma interna. Para tentar resolver esse problema, duas grandes concepções doutrinárias surgiram: a *monista* e a *dualista*.

Foi Alfred von Verdross que, em 1914, cunhou a expressão “dualismo”, a qual foi aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a esse ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. Em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos<sup>4</sup>. Por isso é que esses compromissos exteriores, para os dualistas, não têm o condão de gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna do país, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno: uma lei, um decreto, uma lei complementar, uma norma constitucional etc.<sup>5</sup>.

Essa teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores e mais notáveis defensores. Foi de Triepel o primeiro estudo sistemático sobre a matéria (*Volkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuja concepção foi aprovada por Dionisio Anzilotti, na Itália, que a adotou, em 1905, em trabalho intitulado “*Il Diritto Internazionale*



*nel giudizio interno*”, e aplaudida também por Oppenheim. Essa corrente dualista estabelece diferenças entre o direito internacional público e o direito interno, entre elas a de que as regras internas de um Estado soberano são emanadas de um poder ilimitado, em relação ao qual existe forte subordinação de seus dependentes, o que não acontece no âmbito internacional. De forma que esses dois ordenamentos jurídicos – o do Estado e o internacional – podem andar pareados sem, entretanto, haver primazia de um sobre o outro, pois distintas são as esferas de suas atuações. Assim, não pode um preceito do *direito das gentes* revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento interno. O Estado pactuante apenas obriga-se a incorporar tais preceitos no seu ordenamento doméstico, assumindo somente uma obrigação moral, mas, se não o fizer, deverá ser, por isso, responsabilizado no plano internacional. Para os dualistas,

“as normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da *recepção*, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas”<sup>6</sup>.

Já os autores monistas partem da inteligência oposta. Para eles, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional é porque está-se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso; se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno do Estado, não se faz necessária, só por isso, a edição de um novo diploma, materializando internamente aquele compromisso exterior<sup>7</sup>.

Os monistas dividem-se em duas correntes: a) uma (*monismo internacionalista*), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem esse posiciona-

mento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de Direito Interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos<sup>8</sup>; b) já a outra corrente (*monismo nacionalista*) apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Os monistas defensores do predomínio interno dão, assim,

“relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desarte, ao culto da *constituição (sic)*, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”<sup>9</sup>,

vertente essa influenciada pela filosofia de Spinoza e de Hegel, defensor da soberania absoluta do Estado, seguida também por Wenzel e Chailley.

Assim, dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de *paridade normativa* com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los (como quer o STF) no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas<sup>10</sup>. Essa é posição já firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal há mais de vinte anos, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tra-

tados de direitos humanos, frente à Constituição Federal, como veremos logo adiante.

Pode surgir, assim, um impasse: determinados dispositivos de ordem interna concernente a uma liberdade individual dispendo de um modo e uma norma de direito internacional dispendo de outro. Podemos exemplificar com a questão da prisão civil por infidelidade depositária: a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXVII) apregoa que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de outro, dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” [grifos nossos], tratado esse que vem, por sua vez, corroborar o entendimento do art. 7º, 7, do Pacto de San José da Costa Rica (ao qual o Brasil aderiu sem reservas), que exclui de seu texto a figura do depositário infiel<sup>11</sup>.

Seguindo esse raciocínio, surge a indagação: com a ratificação, pelo Brasil, desses dois tratados internacionais, o disposto na Constituição Federal acerca da prisão civil do infiel depositário não estaria revogado? Segundo a orientação do STF, não. À exceção da Constituição holandesa, que, após a revisão de 1956, permite, em certas circunstâncias, que tratados internacionais derroguem seu próprio texto, é muito difícil que uma dessas leis fundamentais despreze, neste momento histórico, “o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado”<sup>12</sup>. De forma que, “posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*” – explicava o então Ministro Rezek –, “é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”<sup>13</sup>.

Segundo o entendimento da Suprema Corte, qualquer tratado internacional, des-

de que ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da *legislação ordinária*. Esta, como é sabido, não tem força nenhuma para mudar o texto constitucional. Isso porque a Carta Magna, como expressão máxima da soberania nacional, como diz o Supremo Tribunal Federal, está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite. Não havendo na Constituição garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro deve ser garantida a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* (repete-se: segundo o STF) o tratamento brasileiro dado às normas de direito internacional, o que faz operar em favor delas, nesse caso, a regra *lex posterior derogat priori*.

A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional. Aliás, mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já tinha-se pronunciado a respeito, a propósito da Convenção de Genebra da Lei Uniforme sobre Cheques, por votação unânime, em 4.8.1971, no RE 71.154-PR, de que foi relator o Min Oswaldo Trigueiro, *no sentido de que não é razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso Nacional, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu*. Isto é, não se exige, além da aprovação do tratado, a edição de um segundo diploma legal específico que reproduza as normas modificadoras. Alguns anos mais tarde, o plenário do STF voltaria a se manifestar, porém, com um avanço significativo, em destaque, *in verbis*:

“Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota

promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título” (publicado na íntegra o Acórdão na RTJ 83/809-848, RE 80.004-SE, relator do Acórdão Min. Cunha Peixoto, de 1.6.1977).

Para o STF, então, leis *especiais* têm prevalência sobre pactos ou convenções internacionais que lhes sejam posteriores, por serem estas normas infraconstitucionais *gerais* que, por esse motivo, não são aptos a revogar normas infraconstitucionais *especiais* anteriores (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Ou como dizia Papiniano: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”<sup>14</sup>.

A doutrina da Excelsa Corte, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Seria muito simples admitir que o não-cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder. Com uma tal assertiva parece que o não-cumprimento de tratados encontra uma justificativa. Tudo fica muito fácil desse modo.

Esse entendimento, entretanto, não é aceitável e muito menos permitido. Não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários<sup>15</sup>. E Mirtô Fraga exemplifica desta maneira:

“Se o Brasil, por exemplo, firmou convenção com Portugal, obrigando-se a reconhecer a portugueses, aqui residentes, os mesmos direitos do nacional, a não-edição do regulamento, por si só, já constituiria um ilícito internacional, que teria maior gravidade se, posteriormente ao convenciona- do, se editasse norma jurídica excluindo os portugueses, beneficiários da igualdade, do direito, por exemplo, de prestar concurso, para determinado cargo não-privativo de brasileiro nato”.

E continua:

“É um contra-senso afirmar-se que o Tribunal deve aplicar a lei posterior contrária ao tratado e admitir-se, ao mesmo tempo, a responsabilidade do Estado. Este é livre para contratar ou deixar de contratar. Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII. O monarca, então, personalizava o Estado, a soberania residia na pessoa do governante. Com o advento da Revolução Francesa e das idéias liberais, a soberania foi trasladada para a nação, representada nas Assembléias. O pacto, o ajuste, era, então, um ato do governante, em oposição à lei, ato da soberania nacional. E como o poder pertencia ao povo, o compromisso firmado pelo soberano não podia obrigar a nação, à qual era permitido dispor de forma contrária ao pactuado, em seu nome e sem sua audiência. A manifestação obrigatória do Poder Legislativo sobre os tratados assinados pelo Chefe de Estado surgiu, justamente, como resultado da democratização do poder. Na época atual, admitir-se possa o Legislativo, por lei, contrariar o tratado, que aprovou, é, em suma, reconhecer o predomínio das Assembléi-

as, em franca oposição a dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado, se não há, para tanto, expressa autorização da Lei Maior”<sup>16</sup>.

### 3. Princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas – a prevalência da norma mais favorável ao ser humano

A par de toda essa orientação, estamos convictos de que as soluções dadas até então para o problema da hierarquia entre tratados internacionais e a lei interna não são das melhores. Aliás, são das piores. A falta de lógica-jurídica que assola, nesse campo, os nossos tribunais, é assustadora. As soluções de que precisamos, no mais das vezes, se fazem presentes bem em frente dos nossos olhos. A solução para o nosso problema é simples e não requer quase nenhum esforço do intérprete. Tal solução vem justamente do estudo mais acurado dos direitos humanos.

Atualmente, o que se vem percebendo é o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação aos direitos humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado. O que pretendem, ao que nos parece, é que seja dado às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais o seu devido valor. Não admitem essa igualização dos tratados com a legislação interna do país. Ao contrário: desejam ver aqueles compromissos internacionais igualados à Constituição do Estado. Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica que:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção

ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ...”.

Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina, mais aberta a essa nova realidade atual, apóia a supremacia daquele produto convencional no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como se vê, são três as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo o que expôs o Ministro José Carlos Moreira Alves, do STF, em conferência inaugural ao Simpósio *Imunidades Tributárias*, coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, o § 2º do art. 5º da Carta da República “só se aplica aos Tratados anteriores à CF/88 (*sic*) e ingressam como lei ordinária”<sup>17</sup>. Salientou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição (*sic*)”, sendo que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”<sup>18</sup>. Raciocínio idêntico encontramos na sent. 48/79 da *Corte costituzionale* italiana que distinguiu as normas de *direito internacional geral* em dois grupos: as anteriores e as sucessivas à Constituição. Para as *normas anteriores*,

*“la Corte non si è pronunciata sull’-eventuale contrasto tra esse e le norme costituzionali, ma affermando che la norma internazionale sottoposta al giudizio si trovava in rapporto di specialità con le norme costituzionali apparentemente confliggenti, ha riconosciuto implicitamente la parità dell’una e delle altre, poiché l’applicazione del CRITERIO DI SPECIALITÀ come limite al CRITERIO CRONOLOGICO presuppone la parità delle fonti”*<sup>19</sup> [grifos nossos].

Para as normas internacionais posteriores à Constituição, a Corte italiana explicitamente afirmou que

*“il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall’art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione”*.

Assim estatuinto – explica Franco Modugno –,

*“la Corte ha implicitamente equiparato le norme internazionali generali posteriori alla Costituzione alle leggi formalmente costituzionali, anch’esse vincolate al rispetto dei principi fondamentali o supremi dell’ordinamento costituzionale (sent. 1146/88)”*<sup>20</sup>.

Abstraindo-se o entendimento da Corte constitucional italiana, e tratando-se do afirmado pelo ilustre Ministro, sem embargo de sua posição, pensamos que tal interpretação se ressent de equívoco, um tanto quanto justificado, tendo em vista os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, como já foi visto anteriormente neste trabalho.

Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógico, e muito menos jurídico, uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Fe-

deral para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988 somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental<sup>21</sup>. Esse é um ponto.

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais. Ademais, a afirmativa de que “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, em virtude de que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”, como veremos, é descabida. Primeiro porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte tornam-se *sim* petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1º do art. 5º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados “emendar” o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

O que ocorre é que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, referido pelo Ministro Moreira Alves, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto* (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Consti-

tuição de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio da não identificação ou da cláusula aberta)<sup>22</sup>. De forma que a cláusula do parágrafo 2º do art. 5º da Carta da República está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no *mesmo* grau hierárquico das normas materialmente constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

Se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) é porque está ela própria a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados pelo Brasil ratificados “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. Se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte é porque, pela lógica, eles “os incluem”.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan<sup>24</sup>, que, quando a Carta da 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. “Este processo de inclusão” – conclui essa ilustre Procuradora do Estado de São Paulo – “implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”. Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos

internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação essa consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais<sup>25</sup>. Merece o nosso aplauso essa nova doutrina, tão aberta e preocupada com a proteção dos direitos humanos.

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versam sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (...)”. Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF passou a adotar a já comentada teoria da *paridade*. Deve-se insistir, porém, que essa teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o § 2º do art. 5º da CF fala em *direitos e garantias expressos na Constituição*, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de *direitos e garantias* individuais é que estão amparados por essa cláusula, chamada, por isso mesmo, de *cláusula aberta*, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol de direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de “norma constitucional”<sup>26</sup>. À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restrin-

gem sua soberania e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e direito internacional (Cf. Pedro Dallari, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público* – o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, trabalho acadêmico)<sup>27</sup>.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 tiveram fundamental importância para a ratificação de inúmeros instrumentos de proteção dos direitos humanos. O marco inicial desse processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro, como nos lembra Flávia Piovesan, foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, seguiram-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995<sup>28</sup>.

O direito brasileiro, portanto, fez opção por um sistema diferenciado, combinando regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais, que não dispõem sobre direitos humanos<sup>29</sup>. Os tratados internacionais de direitos humanos, além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno. Já os demais tratados (tratados tradicionais), além de apresentarem natureza infraconstitucional nos termos do artigo 102, III, b, da Constituição (que admi-

te o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento interno. Como bem explica Flávia Piovesan<sup>30</sup>, o tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional de 1988,

“justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”.

Esse caráter especial passa a justificar, assim, o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos<sup>31</sup>. Dessa forma, o ser humano, nessa escala de valores, passa a ocupar posição central, já de há muito merecida.

Os direitos humanos provenientes de tratados, assim, têm natureza materialmente constitucional. Como observa Canotilho<sup>32</sup>, “o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio de divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, li-

berdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o ‘enriquecimento’ da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)”.<sup>33</sup>

Ressalte-se que, atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados, no mandamento do § 1º do art. 5º da CF, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, assim, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, esse decreto se faz necessário. Além de o artigo 5º, § 1º, da Carta da República impor essa conclusão, a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis<sup>33</sup>.

“Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subsequentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, ‘uma questão

regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional”<sup>34</sup>.

Além disso, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados constituem *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais”.

Dando a Carta Magna aos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados a natureza de “norma constitucional” e passando os direitos inclusos nesses tratados a constituir *cláusula pétrea*, nos termos de seu art. 60, § 4º, IV, por se tratar também de um *direito*, será igualmente *cláusula pétrea* aquela norma de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (supra: art. 29), que passa a ter também aplicabilidade imediata no que assegura que nenhuma de suas disposições *pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados-partes a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos...*

Foi adotado no Brasil, por tudo o que se viu, o monismo nacionalista kelseniano. Para essa corrente, a simples ratificação de um tratado já traz efeitos jurídicos tanto no plano internacional como no plano interno, compondo assim o direito internacional e o direito interno uma mesma e única ordem jurídica, pois a incorporação dos tratados na ordem interna se faria de imediato. É essa a lição de Celso Ribeiro Bastos<sup>35</sup>, que, em comentário ao § 2º do art. 5º da Magna Carta, diz:

“Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida in-



termediação legislativa. Doravante será, pois, possível a inovação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.

Parece-nos ter sido mesmo essa a vontade do legislador. E isso porque foi do jurista brasileiro Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a proposta feita na Assembléia Nacional Constituinte, de se inserir na Constituição a regra do art. 5º, § 2º. É esse eminente professor o responsável, pode-se dizer, pela existência do § 2º do art. 5º na nossa Carta Magna (Cf. Direitos e garantias individuais no plano internacional. In: *Assembléia Nacional Constituinte: atas das comissões*, v. 1, Brasília, n. 66, supl., 27.05.87, p. 111, e cf. p. 109-116; cf. também A. A. CANÇADO TRINDADE, “Entrevista”, 1 Justiça e Democracia – *Revista da Associação Juizes para a Democracia*. São Paulo, 1996, p. 7-17, especialmente p. 10-11). Assim se expressou esse eminente professor em prefácio à coletânea *Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos* da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (p. 20-21):

“O disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar a suas disposições vigên-

cia ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o art. 5º, § 1º e 2º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”<sup>36</sup>.

Essa sim nos parece ter sido a vontade do legislador, a verdadeira *mens legislatoris*, a qual, aliás, é merecedora de aplauso. Mas o desenvolvimento da presente construção não pára por aí. Outro ponto que passa despercebido pela maioria da doutrina, e que merece nossa reflexão, é o concernente aos princípios pela Constituição adotados, e que vem completar todo aquele entendimento do § 2º do art. 5º da Carta da República, por nós já analisado.

O raciocínio é simples: abstraído-se a referência aos tratados internacionais, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, é o princípio da *prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º, II). Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a *prevalência dos direitos humanos*, a outro entendimento não se pode chegar senão o de que todo tratado internacional de *direitos humanos* terá *prevalência*, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. A conclusão, aqui, mais uma vez, decorre da própria lógica jurídica, que não pode ser afastada, interpretando-se corretamente aqueles preceitos.

Fazendo-se uma interpretação sistemática da Constituição, que proclama em seu art. 4º, II, que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos* e em seu art. 1º, III,

que o Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, *inter alia*, a *dignidade da pessoa humana*, a outra conclusão não se chega senão a de que a vontade do legislador, no art. 5º, § 2º, da Carta da República, foi realmente aquela apontada pelo ilustre Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Assim, quando a Constituição dispõe em seu art. 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu art. 5º, § 2º, que, como já foi visto, tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados. Como bem exprimiu Pedro Dallari<sup>37</sup>,

“a *prevalência dos direitos humanos*, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo país para a regência da ordem internacional, não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito internacional público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’”.

Por sua vez, a *dignidade da pessoa humana*, como leciona o Prof. José Afonso da Silva<sup>38</sup>, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, concepção da qual também se filia Canotilho quando diz ser a dignidade da pessoa humana “a raiz fundamentante dos direitos humanos”<sup>39</sup>.

Não se tem dúvida, *v.g.*, de que o *direito à não prisão do infiel depositário*, no exem-

plo dado acima, é um direito decorrente de um dos *princípios* pela República Federativa do Brasil adotados (*prevalência dos direitos humanos*). Dessa forma, com base na própria Carta da República, deve-se entender que, em se tratando de *direitos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio da *primazia da norma mais favorável às vítimas*, princípio esse defendido com veemência pelo Prof. Cançado Trindade e expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição Federal. Em outras palavras, a *primazia* é a norma que, no caso, mais protege os direitos da pessoa humana, interpretação essa consoante com a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos Humanos. Se essa norma mais protetora for a própria Constituição, ótimo. Se não for, deixa-se esta de lado e utiliza-se a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direitos internacionalmente consagrados que é, para afastar, no exemplo, o cabimento da prisão civil do infiel depositário<sup>40</sup>. Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno em nível constitucional (CF, art. 5º, § 2º), a aparente contradição entre essas “duas normas constitucionais” conflitantes (uma possibilitando e outra impossibilitando a prisão do depositário infiel, *v.g.*) deve ser resolvida dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior, e que, *in casu*, é a *liberdade* do indivíduo e não a *propriedade* do bem. Entre os valores *liberdade* e *propriedade*, seria irracional entender-se que esse é o que deve prevalecer. Esse exemplo parece ter sido bem ilustrativo ao que pretendemos demonstrar.

Aliás, Constituições de diversos países do ocidente têm igualmente consagrado o primado do direito internacional em face do direito interno do país. Assim o fez a Constituição Alemã, que, em seu art. 25, expressamente dispõe:

“As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do

direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal”. Também o art. 55 da Constituição francesa de 1958 estabelece: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”. O art. VI (2) da Constituição dos EUA, por sua vez, dispõe: “Esta Constituição e as Leis complementares e todos os Tratados já celebrados constituirão a Lei suprema do País...”. Enfatizadamente a Constituição Grega de 1975, em seu art. 28, § 1º, enuncia: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”. A Constituição Espanhola, em seu art. 9.2, afirma: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha” (a própria Corte Europeia dos Direitos Humanos já se utilizou dessa disposição da Carta Espanhola, que expressamente se refere à “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, como norma de interpretação do direito interno do país). A Constituição política do Peru, de 1979, celebra em seu art. 101: “Os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”. Por último, e da mesma forma, seguindo a tendência das demais, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabeleceu, em seu artigo 75, 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm “hierarquia constitucional” e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Como bem lembram os ilustres Procuradores do Estado de São Paulo Roberto Au-

gusto Castellanos Pfeiffer e Anna Carla Agazzi<sup>41</sup>, o princípio da prevalência da norma mais favorável ao ser humano impõe a observância de duas regras de suma importância: a) em primeiro lugar, não suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos mais benéficos ao ser humano previstos nos tratados ratificados. Tal regra consta de maneira expressa da maioria dos tratados, como advém da circunstância do Estado obrigar-se a acatar os preceitos dos tratados. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, já dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado”; b) caso exista alguma disposição existente em lei promulgada internamente que seja mais favorável às pessoas residentes no país, essa norma prevalece sobre as disposições que constem de tratados aos quais o país aderiu.

Em que pesem as opiniões contrárias, a aplicação do princípio da *primazia da norma mais favorável* não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados. De ver-se que o próprio Título I da Carta da República, em que se insere o art. 4º, § 2º, já citado, é intitulado “Dos Princípios Fundamentais”. A dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), protegida por esses princípios, sobrepairá acima de qualquer disposição em contrário, limitativa de seu exercício. No atual contexto da “era dos direitos” de Bobbio, não há mais falar-se sobre a já superada polêmica entre monistas e dualistas, no que diz respeito à proteção dos *human rights*.

“No presente domínio de proteção” – como bem disse o Prof. Cançado Trindade –, “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância

por suas implicações práticas”<sup>42</sup>.

Um deles é o próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 5º, 2), que dispõe:

“Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, *sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau*” [grifo nosso].

“O critério da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos” – diz Antônio Augusto Cançado Trindade – “contribui, em primeiro lugar para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, tanto em dimensão vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). No tocante a esta última, o critério da primazia da disposição mais favorável às vítimas já em fim da década de cinquenta era aplicado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (petição nº 235/56, de 1958-1959), e recebeu reconhecimento especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer de 1958 sobre a *Associação Obrigatória de Jornalistas*. Contribui, em terceiro lugar (...), para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção”<sup>43</sup>.

Segundo MAX SORESEN, a primazia da norma mais favorável, hoje, é clara e se evidencia, “*por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cum-*

*plimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella*” (*Manual de derecho internacional*. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 1992). Ainda segundo o referido autor,

“*El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...]. Pero, [...], todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que queda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese*”<sup>44</sup>.

Por fim, cumpre deixar bem claro que os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a *denúncia*. Assim sendo, e a par de tudo o que já se viu até aqui, não há falar-se que a legislação interna, pelo *critério cronológico*, possa revogar ou derogar tratado. Este só pode ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei interna.

Pensar como pensam os que comungam do entendimento de que a lei posterior pode afastar a aplicação de tratados seria admitir a possibilidade de ser facilmente burlada a aplicação dos compromissos exteriores do Estado, internacionalmente assumidos. O sistema brasileiro, filiado ao monismo com prevalência do direito internacional (*monismo internacionalista* apregoado por Hans Kelsen),

“não admite, em caso de conflito de norma interna e convencional, seja violada a última. Excepcionalmente, pode acontecer que se aplique a lei, em prejuízo do tratado, acarretando, com essa ilicitude, a responsabilidade internacional do Estado. A decisão, aí, será, porém, política e não jurídica. Melhor denunciar o acordo firmado que violá-lo, se sua vigência não interessar mais

ao País. O princípio superior *pacta sunt servanda*, base de todo regulamento, e que informa, também, o Direito brasileiro, deve ser respeitado<sup>45</sup>.

É o que tem sustentado também o Juiz Antonio Carlos Malheiros, em diversos votos, com o apoio da doutrina de Haroldo Valladão e do Ministro Philadelpho Azevedo, para sustentar a inconstitucionalidade da prisão de depositário de bem por força do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (v.g. 1º TACiv-SP — HC 674.380-2 — julg. 14.2.96). A propósito de criticar os que entendem que os tratados de direitos humanos podem ser revogados por leis internas infraconstitucionais, indagou o Prof. Caçado Trindade: “Como poderia um Estado-Parte em um tratado explicar aos demais Estados-Partes a derrogação ou revogação do referido tratado por uma lei? Que segurança jurídica ofereceria este Estado no cumprimento de seus compromissos internacionais?”<sup>46</sup>.

#### 4. As novas perspectivas em relação aos direitos humanos

Por tudo o que foi visto acima, foi possível perceber qual a importância e qual o valor dos direitos humanos na sociedade moderna. Foi também possível vislumbrarmos um dinâmico movimento de exaltação àqueles direitos, muito embora aquém da necessária e desejável proteção de que são merecedores. O Brasil, por sua vez, não tem-se utilizado de todos os meios disponíveis ao seu alcance para efetivar a observância dos direitos humanos, consagrados nos tratados internacionais por ele ratificados. Os tratados de direitos humanos, como foi visto, impõem deveres aos Estados que a eles aderem. De notória importância é o dever que os Estados pactuantes têm de compatibilizar os comandos do produto normativo convencional com suas normas de direito interno. Daí a improcedência do argumento de que a Constituição Federal estaria subpondo-se a si mesma, ao permitir que o

produto normativo dos compromissos exteriores do Estado ingressasse em nosso ordenamento jurídico, em detrimento da soberania do país. Tendo em vista justamente esses tipos de alegações, o Secretário-Geral das Nações Unidas (B. Boutros-Ghali), em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (realizada em Viena, aos 14 de junho de 1993), sugeriu que

“(…) *par leur nature, les droits de l’homme abolissent la distinction traditionnelle entre l’ordre interne et l’ordre international. Ils sont créateurs d’une perméabilité juridique nouvelle. Il s’agit donc de ne les considérer, ni sous l’angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l’ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l’homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales*” (ONU, Communiqué de Presse n. DH/VIE/4, de 14.06.1993. p. 10)<sup>47</sup>.

Se pactuamos com normas que objetivam garantir um dos princípios fundamentais do homem, qual seja, a *liberdade*, inaceitável se apresenta a sua inobservância em face da violação de um compromisso assumido por nós e em prol de nós mesmos. Não se quer dizer com tal assertiva que os preceitos normativos oriundos do *direito das gentes* sempre venham a suplantar, de maneira irrestrita, o nosso ordenamento interno em detrimento da Constituição da República. Absolutamente não. Com exceção dos tratados de direitos humanos, como foi visto, nenhum outro tem o condão de se sobrepor aos mandamentos constitucionais. O que se pretende é dar luz a tais direitos para que eles – como nos ensina Flávia Piovesan – “venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”<sup>48</sup>.

Inserido num contexto de interesse global, por meio da ratificação dos tratados vol-

tados à proteção dos direitos humanos, o Brasil deve buscar alcançar sua identidade jurídica quanto à aplicabilidade daqueles tratados nas situações concretas regidas pelo ordenamento interno. Hoje, não é mais correto, nem mesmo admitido, o entendimento de que determinado direito contemplado, goze de tutela irrestrita e absoluta. Como bem disse o Professor Barbosa Moreira<sup>49</sup>, é necessário que exista uma prudente *flexibilização* de linhas divisórias, na interpretação dos interesses em conflito. Eis sua lição:

“Não se concebe, na vida da sociedade, que direito algum seja compreendido e exercitado como se não existissem outros que, sob tais ou quais circunstâncias, sem determinadas limitações e compressões, inevitavelmente com ele entrariam em choque. A interpretação da Constituição rejeita contradições que nulifiquem qualquer de seus preceitos. Mas, para preservar a todos o espaço devido, é imprescindível levar em conta as interferências que decorrem, para o exercício de cada qual, da necessidade de preservar o dos restantes. O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente *flexibilização* de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmonioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes. Basta atentar, v.g., nos conflitos que podem surgir, e com frequência surgem, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a obrigatória preservação da intimidade e da honra alheias” [grifo nosso].

Como se vê, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, posto que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna

(*princípios da relatividade ou conveniência das liberdades públicas*)<sup>50</sup>. Nas palavras do mestre Canotilho<sup>51</sup>, “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Trata-se, como lembra o eminente constitucionalista, de um verdadeiro “choque”, de um autêntico *conflito* de direitos e não de um *cruzamento* ou *acumulação de direitos* (como na concorrência de direitos)<sup>52</sup>. Dessa forma,

“quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua”<sup>53</sup>.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29, expressamente deixou consignado que:

“No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas”.

Cumprido então, neste momento histórico, levantar a questão: qual seria a correta interpretação das normas que afligem o cotidiano da plena vigência dos direitos humanos fundamentais, consagrados pela Cons-

tuição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais?

A resposta à questão encontra-se inserida na própria Carta da República.

Quando, em seu art. 4º, II, a Constituição proclama que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos* e, em seu art. 1º, III, que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, *inter alia*, a *dignidade da pessoa humana*, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela válvula de entrada do seu art. 5º, § 2º, como já foi visto por mais de uma vez no decorrer desse texto. Entretanto, não basta que um só dispositivo, embora de peso inquestionável, fique tão-somente a sustentar garantias tão arduamente conquistadas, pois modernamente não se pretende dar primazia a um ou a outro direito (interno ou externo), pois ambos foram elaborados com a mesma finalidade de ampliar a segurança de seus protegidos. Esse é o verdadeiro propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantidores dos mesmos direitos. Hoje, tal é a dificuldade de efetivação dos direitos humanos que, apercebendo-se disso, Norberto Bobbio enfatizou: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campos, 1992. p. 24)<sup>54</sup>.

Tal raciocínio expressa que o critério mais eficaz para o desempate de normas conflitantes é mesmo o da *primazia da norma mais favorável às vítimas*. Por consistir numa interpretação de amplo alcance, possibilita uma maior interação entre os tratados de direito internacional e o ordenamento interno do país, fortalecendo sobremaneira a eficaz proteção dos direitos e garantias individuais, amplamente consagrados por vários tratados internacionais. Logo, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana, visto que as

construções normativas convencionais não têm o condão de ferir o texto constitucional, mas sim de reforçar o rol de direitos e garantias fundamentais nele contidos. Os referidos complementos normativos internacionais só poderiam ferir a Constituição se vissem direta e objetivamente a suprimir de nossa Carta outro direito fundamental por ela já garantido. No entanto, é cristalina a intenção dos preceitos normativos do *direito das gentes*, que surge não como violador, mas sim como garantidor do direito fundamental de liberdade contido na Carta da República de 1988. A não se entender dessa forma, estar-se-ia admitindo verdadeira *aberratio juris*.

Como bem exprimiu o insigne Professor Barbosa Moreira, “a perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno”<sup>55</sup>. Porém, buscar alcançar a melhor forma de proteger os direitos fundamentais do homem garantidos na nossa Constituição é dever de todo cidadão, que dirá então daqueles que diretamente estão investidos do dever de bem defender os direitos humanos das violações, essas sim, tão presentes no mundo terreno.

## 5. Conclusões finais

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

I – Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, qualquer tratado internacional ratificado pelo Brasil passa a fazer parte do direito interno brasileiro, no âmbito da *legislação ordinária*, sem força para mudar o texto constitucional, pois, sendo a Constituição Federal a expressão máxima da soberania nacional, está ela acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com seu texto conflite. Não há, segundo o Supremo, garantia de *privilegio hierárquico* dos tratados internacionais sobre o direito interno brasileiro, devendo-se garantir a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* o tratamento brasileiro dado às normas de direito internacional (*lex pos-*

terior *derogat priori*). A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional público decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional, posto que uma lei *geral* seria incapaz de derogar uma outra que a ela seja *especial* (HC 72.131-RJ).

II – Sem embargo do entendimento da Suprema Corte nessa matéria, ficou estabelecido que, quando a Carta da República incorpora em seu texto direitos fundamentais provenientes de tratados, está ela própria atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, passando tais direitos a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, estando amparados inclusive pelas chamadas *cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º, IV).

III – Os demais tratados internacionais que não versem sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988.

IV – Esse resultado é obtido interpretando-se o § 2º do art. 5º da atual Carta Magna, em conjunto com o art. 4º, II, do mesmo diploma, que dispõe sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos, chamado pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade de *princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas*.

V – Os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, que é a *denúncia*, não se podendo mais falar que a legislação interna, pelo *critério cronológico*, tem poder para revogar ou derogar tratado internacional. Esse só pode ser alterado ou modificado por outra norma de categoria igual ou superior, que seja *internacional*, jamais por lei interna, como já bem sustentaram Antonio Carlos Malheiros, Haroldo Valladão e Philadelpho Azevedo.

VI – Os direitos humanos devem ultrapassar qualquer barreira impeditiva à consecução dos seus fins, mesmo que essa seja

uma imposição constitucional. Quando um tratado internacional de proteção a direitos humanos vem ampliar alguns dos direitos contidos na Constituição, tal tratado passa a ter, por autorização expressa da Carta Magna (art. 5º, § 2º), força para modificá-la, a fim de ampliar a ela os direitos nele contidos.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 104.

<sup>2</sup> Cf. GOMES, Luiz Flávio. *A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil*: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, RT 710/26.

<sup>3</sup> Para o estudo da matéria, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. In: *Curso de direito internacional público*. 11. ed., ver. e aum., Rio de Janeiro : Renovar, 1. vol., 1997. p. 103-117.

<sup>4</sup> Cf. ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 59.

<sup>5</sup> Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. In: *Revista especial do Tribunal Regional Federal*, 3ª Região (seminário). São Paulo : Imprensa Oficial, 1997. p. 29.

<sup>6</sup> ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 44. Sobre a jurisprudência brasileira de influência dualista, vide a respeito DOLLINGER, Jacob. In: *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 90-107, em que a matéria é citada e comentada amplamente.

<sup>7</sup> Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais..., cit., p. 29.

<sup>8</sup> Cf. ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 44-45.

<sup>9</sup> REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 5.

<sup>10</sup> Cf. Acórdão nº 662-2, do processo de Extração julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.96 (DJ, 30.5.97, p. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

<sup>11</sup> Para o estudo da matéria, vide o nosso *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante*: uma visão crítica à luz dos direitos humanos. Campinas : Agá Juris Editora, 1999; cf., ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. RAMOS, Nydia Maria Barjas. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* (Divisão Jurídica), Bauru: Instituição Toledo de



Ensino/Faculdade de Direito de Bauru, n. 26, ago./nov. 1999. p. 287-346.

<sup>12</sup> Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 103.

<sup>13</sup> Idem, p. 103-104.

<sup>14</sup> PAPINIANO (Digesto, liv. 50, tít. 17, frag. 80). Apud. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 135.

<sup>15</sup> Cf. FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional...*, p. 83.

<sup>16</sup> FRAGA, Mirtô. Idem, p. 83-84.

<sup>17</sup> *Simpósio sobre imunidades tributárias*: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord., conferencista inaugural ALVES, José Carlos Moreira. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 1998. p. 22. (Pesquisas tributárias. Nova série, n. 4).

<sup>18</sup> Idem, ibidem.

<sup>19</sup> MODUGNO, Franco. I “*nuovi diritti*” nella *giurisprudenza costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, p. 87.

<sup>20</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>21</sup> CF. nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição...*, cit., p. 30.

<sup>22</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra : Coimbra Editora, vol. 4, 1988. p. 153, *In verbis*: “O n. 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais” [grifos nossos].

<sup>23</sup> Confusa, a esse respeito, a lição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. que, em comentários ao § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, após reconhecer que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte “acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constituição”, não podendo ser abolidos “por força da cláusula ‘pétreia’ constante do art. 60, § 4º, IV”, leciona no sentido de que, em caso de conflito do tratado com o texto constitucional, deve prevalecer o comando estabelecido pela Carta Magna “na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional (...)” [grifo nosso]. (Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1, 2. ed., cit., p. 85). Parece evidente a contradição. Ou se admite que os tratados de direitos humanos têm índole e nível

constitucional, ou se admite que os mesmos ingressam no ordenamento pátrio ao nível da legislação ordinária. Impossível uma tal conciliação.

<sup>24</sup> Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997. p. 82.

<sup>25</sup> Contra: vide NERI, Paulo de Tarso. (coordenador): *Prisão de depositário infiel – constitucionalidade*, parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho criado pela Portaria GPF (Gabinete da Procuradoria Fiscal) nº 28/98. Esse parecer elaborado pelos ilustres Procuradores do Estado Paulo de Tarso Neri, Alexandre Cassettari, Altieri Pinto Rios Júnior e Frederico Bendzius, ao que nos parece, além de fazer uma interpretação equivocada do art. 5º, § 2º da CF, em cotejo com os arts. 49, I, 84, VIII, 59 e 60, §§ 2º e 4º, esqueceu-se de que a mesma Magna Carta dispõe em seu art. 4º, inc. II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, o que autoriza a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela válvula aberta do art. 5º, § 2º.

<sup>26</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*, cit., p. 105.

<sup>27</sup> Na lapidar lição de Mirtô Fraga: “(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela encontra seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional” [grifo nosso] (O conflito entre tratado internacional..., cit., p. 9).

<sup>28</sup> Vide, a propósito, a lição de J. A. Lindgren Alves: “Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias a sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição de Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às

obrigações internacionais por ele contraídas”. (Os direitos humanos como tema global. São Paulo : Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 108).

<sup>29</sup> A respeito do “sistema diferenciado”, vide o nosso *Direitos humanos & relações internacionais*, cit., p. 153 e ss.

<sup>30</sup> Op. cit., p. 94.

<sup>31</sup> A respeito, é de se ressaltar a lição de Juan Antonio Travieso, citado por Flávia Piovesan, *in verbis*: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado”. (*Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1990. p. 90).

<sup>32</sup> Direito constitucional, p. 68.

<sup>33</sup> Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e AGAZZI, Anna Carla. *Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro*: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

<sup>34</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, coletânea a qual o autor prefacia. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado. 1996. p. 34.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo : Saraiva, 2. v., 1989. p. 396.

<sup>36</sup> Cf. ainda TRINDADE, A. A. Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 630-635; e também TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 1. 1997. p. 407-408.

<sup>37</sup> *Constituição e relações exteriores*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 162.

<sup>38</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. cit., p. 106.

<sup>39</sup> *Direito constitucional*. p. 498 e ss.

<sup>40</sup> Cf. o louvável voto do Juiz Antônio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação nº 613.053-8.

<sup>41</sup> Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. AGAZZI, Anna Carla. *Integração...*, cit.

<sup>42</sup> Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos, in *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Op. cit., p. 43.

<sup>43</sup> Idem, ibidem, p. 44-45.

<sup>44</sup> Apud. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, em voto no Habeas Corpus nº 493.158-0/5 (voto nº 905).

<sup>45</sup> FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 114.

<sup>46</sup> Entrevista publicada na revista *Justiça e Democracia*, 1/7, jan./jun. 96.

<sup>47</sup> Tradução: “(...) por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas, pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais” [tradução nossa].

<sup>48</sup> Op. cit., p. 83.

<sup>49</sup> O Habeas Data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 90.

<sup>50</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, 2. ed. São Paulo : Atlas, v. 3, 1998. p. 46.

<sup>51</sup> Direito constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993. p. 643.

<sup>52</sup> Idem, ibidem.

<sup>53</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 46/47.

<sup>54</sup> No original: “Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico.” (*Sul fondamento dei diritti dell'uomo*).

<sup>55</sup> O Habeas Data brasileiro e sua lei regulamentadora, cit., p. 90.

## Bibliografia

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada

- em 5 de outubro de 1988, São Paulo : Saraiva, 2. vol. 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- CLAUDE, Richard Pierr, WESTON, Burns H (Editors). *Human rights in the world community: issues and action*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- FRAGA, Mirtó. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- \_\_\_\_\_. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Revista dos Tribunais*. [s.l.:s.n.], n. 710, dez. 1994. p. 21-31.
- GORDILLO, Agustin. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales – parte general*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1990.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota : West Publishing, 1993.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo : Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. 1. ed. Campinas : Agá Juris Editora, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. Campinas : Agá Juris Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_. A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte : Editora Mandamentos/Conselho Editorial e de Pesquisa do curso de Pós Graduação em Direito da UFMG, ano 3, n. 4, junho de 2000.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, RAMOS, Nydia Maria Barjas. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José de Costa Rica. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* (Divisão Jurídica). Bauru: Instituição Toledo de Ensino/Faculdade de Direito de Bauru, n. 26, ago./nov. 1999. p. 287-346.
- MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford : Clarendon Press, 1984.
- MODUGNO, Franco. *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, s./d.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Atlas, v. 3., 1998.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, (coord.), conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 1998 (Pesquisas tributárias. Nova série, n. 4).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. v. 4, Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. *Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988*. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, s./d.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, Tomo 52, 1984.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- \_\_\_\_\_. Procuradoria Geral do Estado. *Boletim do Centro de Estudos*. São Paulo, 22(2):101-130, mar./abr. 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

- SOUZA, Gelson Amaro de. *Processo e jurisprudência no estudo do direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip. *Human rights in context: law, politics, morals*. Oxford/New York : Oxford University Press, 1996.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, v.3, 1997.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires : Heliasta, 1990.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. A interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, v. 1, 1997.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *La constitución nacional y los derechos humanos*. 3. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1988.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 6. ed., rev., amp. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1983.

# O crime compensa?

Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional

George Rodrigo Bandeira Galindo

## Sumário

1. Introdução. 2. O projeto de artigos sobre responsabilidade internacional como codificador de regras secundárias. 3. A origem do conceito de crimes internacionais no seio da CDI. 4. A sessão de 1998 da CDI e os crimes internacionais. 5. Apreciação crítica. 6. Conclusões.

## 1. Introdução

O tema da Responsabilidade Internacional dos Estados, no qual se insere a noção de crimes internacionais, é dos mais antigos na agenda da Comissão de Direito Internacional – órgão que, no âmbito da Organização das Nações Unidas, preocupa-se, primordialmente, com a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Basta lembrar que, dos 14 temas da agenda original da Comissão, datada de 1949, um primeiro grupo foi devidamente analisado, tendo alguns temas sido convertidos em Convenções; outro grupo sequer foi estudado; o terceiro, composto apenas pela responsabilidade internacional, embora exaustivamente estudado, não resultou ainda em Convenção. E talvez não tenhamos a curto prazo uma Convenção sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, devido ao fato de que alguns temas são bastante controversos, entre eles, talvez o maior de todos, o tema dos crimes internacionais<sup>1</sup>.

George Rodrigo Bandeira Galindo é mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

O propósito do presente artigo é traçar algumas linhas básicas sobre o problema

dos crimes internacionais tendo em vista a sessão de 1998 da Comissão de Direito Internacional. A sessão foi extremamente valiosa por trazer: o primeiro relatório – em grande parte dedicado ao tema dos crimes internacionais – do professor James Crawford, da Universidade de Cambridge, Relator Especial para a Responsabilidade Internacional dos Estados; a análise dos comentários dos governos ao projeto de artigos, aprovado em 1996, em primeira leitura; e as discussões no seio da própria CDI. Ademais, após a sessão, houve um recrudescimento bastante acentuado do interesse doutrinário pela Responsabilidade Internacional e, especificamente, pelos crimes internacionais<sup>2</sup>.

A abordagem específica sobre os crimes internacionais neste trabalho deve-se a dois fatores básicos. O primeiro deles tem sua gênese na importância do tema no amplo contexto da codificação da responsabilidade internacional dos Estados, sendo fator, inclusive – como afirmamos anteriormente – que pode comprometer o projeto de artigos na forma de uma convenção internacional.

O segundo fator reside no caráter ideológico e simbólico da figura dos crimes internacionais. Ideológico, primeiramente, pois há uma nítida divisão da sociedade internacional quanto à desejabilidade da figura dos crimes internacionais. A divisão era ainda mais nítida antes dos eventos que circundaram a queda do muro de Berlim, e conseqüentemente, o fim da Guerra Fria, sendo os Estados socialistas, capitaneados pela União Soviética, francamente a favor da noção; enquanto os Estados Unidos e também seu bloco de influência, opostos ao desenvolvimento e consagração da noção de crimes internacionais, embora por muito tempo tenham demonstrado relutância em assim se posicionar.

Simbólico porque, especificamente no campo doutrinário, o embate entre os favorecedores e opositores da noção esconderá o velho debate entre positivistas e jusnaturalistas.

Karl Zemanek dividiu o projeto de codificação da Comissão de Direito Internacional em 3 fases: uma primeira, perfazendo o período de 1953 a 1961, em que o relator García Amador focalizou os problemas da responsabilidade por danos causados a estrangeiros; uma segunda fase, de 1962 a 1980, período em que ocorreu uma verdadeira virada na codificação da responsabilidade internacional, quando Roberto Ago propôs um projeto mais abrangente – não apenas limitado aos danos causados a estrangeiros – e introduziu a noção de crime internacional; e uma terceira fase, iniciada em 1980, com Willem Riphagen, que cuidou das partes 2 e 3 do tópico<sup>3</sup>. A essa classificação podem ser acrescentadas mais duas fases, devido ao estudo acima ser datado de 1987. Tendo por estopim o mesmo ano de 1987 e chegando a termo em 1997, uma quarta fase, tendo Gaetano Arangio-Ruiz, como novo relator, concluído as outras partes do projeto, afinal aprovado em primeira leitura pela Comissão. A quinta fase, ainda em curso, inaugurou-se no ano de 1998 com os comentários dos Estados sobre o projeto de artigos aprovado em primeira leitura e com o primeiro parecer do novo relator, James Crawford.

Mesmo sabendo que, nos dias atuais, a responsabilidade internacional é o maior exercício de codificação no seio da CDI<sup>4</sup>, essa sucessão de fases foi extremamente danosa para o projeto como um todo. A divergência de abordagens dos relatores fez surgir um texto em primeira leitura bastante desordenado, como se tivesse sido produzido – e de fato o foi – de forma compartimentalizada. Por exemplo, as divergências entre o segundo relator, Roberto Ago, e o quarto, Gaetano Arangio-Ruiz, eram inúmeras. No caso dos crimes internacionais, noção proposta por Ago, por exemplo, o relator Gaetano Arangio Ruiz chegou a afirmar que não sabia o que os crimes poderiam ser<sup>5</sup>. Por sua vez, como veremos posteriormente, a posição do atual relator é de que os dispositivos que tratam dos crimes internacionais devem ser

excluídos do projeto de artigos.

A divisão de abordagens entre o primeiro relator e o segundo, respectivamente, Garcia Amador e Ago, remete-nos à opção feita pela Comissão de Direito Internacional: o projeto de artigos sobre responsabilidade internacional deveria somente tratar de regras secundárias.

## *2. O projeto de artigos sobre responsabilidade internacional como codificador de regras secundárias*

Tendo elegido, em 1949, os temas aptos à codificação, escolhe a CDI, então, o tema da responsabilidade internacional. Somente em 1955, contudo, a Comissão decidiu iniciar o estudo da Responsabilidade Internacional, tendo apontado Frederico Garcia Amador como relator. Entre 1956 e 1961, o relator apresentou seis pareceres tratando da responsabilidade internacional sob o prisma dos danos causados às pessoas ou aos bens de estrangeiros.

Em 1962 foi criado um subcomitê a fim de estudar o enfoque futuro do projeto de artigos. Alguns membros favoreciam que se restringisse o projeto ao tema das regras primárias sobre responsabilidade internacional por danos causados a estrangeiros. Outros, como os membros do bloco socialista, propunham um enfoque relacionado com temas sobre a paz e a segurança, cujas normas, se violadas, engajariam uma responsabilidade internacional mais severa. A terceira posição seria ampliar o tópico da responsabilidade internacional por danos causados a estrangeiros para abranger as conseqüências à violação de qualquer obrigação primária, ou seja, restringir-se às regras secundárias sobre responsabilidade<sup>6</sup>.

A terceira opção foi a escolhida e, em 1963, foi nomeado Roberto Ago Relator Especial para a Responsabilidade Internacional, com o enfoque mais abrangente das regras secundárias sobre responsabilidade<sup>7</sup>.

A distinção entre regras primárias e secundárias continua sendo mantida pela

Comissão de Direito Internacional desde então, inclusive na revisão dos artigos em Segunda leitura. A idéia de regras secundárias e primárias é baseada na famosa distinção defendida por Herbert Hart em seu *O Conceito de Direito*.

Para Hart:

“enquanto as regras primárias dizem respeito às acções que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável”<sup>8</sup>.

As regras secundárias, seriam, portanto, regras sobre regras; regras criadas para regular regras.

A Comissão passou a assumir, portanto, que no Direito Internacional também existiram regras primárias e secundárias. Tal idéia, contudo, não é comungada pelo próprio Hart. Para ele, o Direito é formado pelo conjunto tanto de regras secundárias como de regras primárias. A existência de regras secundárias demonstra a evolução do Direito. A inexistência de tais regras seria atestado da primitividade do Direito. E aqui o próprio Hart nega ao Direito Internacional a existência de regras secundárias<sup>9</sup>, considerando-o um sistema meramente de normas primárias.

Diz-se que a distinção é um verdadeiro artefato, tomado emprestado de *O Conceito de Direito*, de Hart. Mas, como o atual Relator Especial para a Responsabilidade Internacional dos Estados afirmou, não há nada de errado com artefatos, se são eles úteis; além da distinção fazer com que princípios gerais de responsabilidade sejam formulados sem transbordar para o vasto e flutuante campo do conteúdo material dos direitos e obrigações dos Estados<sup>10</sup>.

De fato, a técnica da Comissão de se restringir ao trato somente das regras secun-

dárias foi a melhor de todas as opções. A preocupação agora se restringia à codificação das regras definindo as condições para a existência de um ato internacionalmente ilícito e suas conseqüências – ou seja, as próprias regras secundárias –, excluindo-se, pois, as regras que estabeleceriam obrigações, cujas violações poderiam servir de causa à responsabilidade – portanto as regras primárias. Seria virtualmente impossível lidar com todas as regras primárias que geram diferentes tipos de responsabilidades<sup>11</sup>. Garcia Amador tentou codificar somente as regras primárias sobre tratamento de estrangeiros, o que levava ao inconveniente de deixar de lado as demais regras primárias existentes no Direito Internacional<sup>12</sup>.

A “filtragem” da responsabilidade internacional, concentrando-se somente em regras secundárias, contudo, é bastante difícil. Observe-se, por exemplo, que ainda existem muitas críticas ao projeto da CDI – inclusive algumas relacionadas diretamente aos crimes internacionais, como veremos posteriormente –, pelo fato de ele codificar regras primárias. É inegável, pois, que há uma tendência do Direito Internacional da Responsabilidade Internacional – inclusive no âmbito da CDI – transformar-se no “Direito de Tudo”, visto que parece não haver nenhum tópico não abarcado pela responsabilidade internacional<sup>13</sup>. Não obstante, o processo de “filtragem” deve ser sempre constante.

### 3. A origem do conceito de crimes internacionais no seio da CDI

Em 1956, no seu primeiro relatório, Garcia Amador constatou a existência de duas categorias distintas de atos ilícitos: os “meramente ilícitos” e os “puníveis”, entre os quais, foram mencionados os crimes contra a humanidade e o genocídio. Ele perguntou à Comissão se seria apropriada a inclusão da distinção em seus trabalhos. À época, a Comissão decidiu negativamente quanto a tal opção<sup>14</sup>.

Embora se possa afirmar que Garcia Amador tenha sido o precursor da noção de crimes internacionais proposta posteriormente pela Comissão, estava ele a se referir aos crimes cometidos pelos indivíduos quando agem como órgãos dos Estados<sup>15</sup>.

O verdadeiro caráter precursor da idéia de crimes internacionais encontra-se na contribuição da escola soviética do Direito Internacional<sup>16</sup> e, por conseqüência, dos próprios Estados socialistas<sup>17</sup>.

Durante todo o período da “nova era” da codificação da responsabilidade internacional, após a opção pelo tratamento somente das regras secundárias, discutiu-se bastante a possibilidade de o projeto abarcar a distinção entre atos mais gravosos ou não à comunidade internacional no seu conjunto. Contudo, foi somente em 1976 que o conceito se consolidou, na forma de artigo, dentro do projeto da Comissão de Direito Internacional. Para o relator, Roberto Ago, desde a Segunda Guerra Mundial, teria surgido uma crescente tendência no Direito Internacional de escolher um restrito número de obrigações cujo respeito seria essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto. A existência de tais obrigações deveria, portanto, gerar um diferente tipo de responsabilidade.

Dois conceitos especialmente relevantes para a formação da idéia de crimes internacionais foram o de normas *jus cogens*, assim como o de obrigações *erga omnes*.

A emergência de normas *jus cogens* no Direito Internacional não foi pacífica. A codificação do Direito dos Tratados foi o palco para o seu surgimento. As normas *jus cogens* se referem à inderrogabilidade dos instrumentos convencionais. Da mesma forma que os crimes internacionais, percebeu-se que o Direito Internacional atribuía importância distinta a diferentes normas. No campo do Direito dos Tratados, tal distinção transformou-se em inderrogabilidade de determinadas normas. Destarte, assim consagrou a Convenção de Viena sobre Direito



dos Tratados de 1969:

“Art. 53: Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*):

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”<sup>18</sup>.

Uma das grandes críticas feitas à noção de normas *jus cogens* foi justamente a imprecisão de seu conteúdo. Na elaboração do projeto, que posteriormente se tornou uma convenção internacional, a CDI evitou os exemplos pelo fato de que isso poderia inibir a criação de novas normas *jus cogens*.

É, de fato, temerário afirmar que normas do Direito Internacional são consideradas *jus cogens*. Esse temor advém principalmente do fato de que a Corte Internacional de Justiça nunca se referiu ao conceito. Não obstante, a doutrina tem tentado esclarecer que normas possuiriam tal *status*. Assim, podem ser consideradas normas *jus cogens*: os princípios fundamentais da Carta da ONU, os direitos humanos fundamentais, o princípio da autodeterminação dos povos, do direito humanitário em conflitos armados e a liberdade do alto-mar<sup>19</sup>.

A noção de obrigações *erga omnes* surgiu em 1970, um ano após a consagração do conceito de *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Foi no caso *Barcelona Traction* que a Corte Internacional de Justiça se posicionou. Assim:

“33. Deve-se estabelecer, em particular, uma distinção essencial entre as obrigações do Estado para com a comunidade internacional no seu conjunto e as que nascem para com outro

Estado no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Tendo em conta a importância dos direitos envolvidos, pode-se considerar que todos os Estados têm um interesse jurídico na sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*.

34. Tais obrigações derivam, por exemplo, no Direito Internacional Contemporâneo, da proibição de atos de agressão e de genocídio, como também dos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, nele incluindo-se a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos de proteção correspondentes incorporaram-se no Direito Internacional Geral (...), outros estão contidos em instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal”<sup>20</sup>.

Diferentemente do consagrado no dispositivo sobre o *jus cogens*, a Corte Internacional de Justiça referiu-se especificamente a determinadas obrigações que possuem um caráter *erga omnes*, ou seja, cujo respeito os Estados devem não uns aos outros individualmente, mas à comunidade internacional no seu conjunto. Deve-se enfatizar que os tipos de obrigações são meramente exemplificativas.

Seguindo todos esses desenvolvimentos, foi incorporado o art. 19 ao projeto de artigos sobre Responsabilidade Internacional. Assim o dispositivo foi aprovado:

“Artigo. 19<sup>21</sup>. Crimes e Delitos Internacionais

1. Um ato de um Estado que constitui uma violação de uma obrigação internacional é um ato internacionalmente ilícito, qualquer que seja o objeto da obrigação internacional violada.

2. Um ato internacionalmente ilícito resultante de uma violação por um Estado de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de

interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação é reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto constitui um crime internacional.

3. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 2 e de acordo com as normas de Direito Internacional em vigor, um crime internacional pode resultar, por exemplo, de:

a. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz e da segurança internacionais, tal como a que proíbe a agressão;

b. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito de autodeterminação dos povos, tais como as que proíbem o estabelecimento ou a manutenção pela força de dominação colonial;

c. uma violação grave em larga escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, tais como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o *apartheid*;

d. uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e proteção do meio ambiente, tais como as que proíbem a poluição massiva da atmosfera ou dos mares.

4. Todo ato internacionalmente ilícito que não seja um crime internacional de acordo com o parágrafo 2 constitui um delito internacional”.

Dos vinte e três membros da Comissão que falaram sobre o tema, somente três discordaram da posição do Relator, embora não o fazendo por pensarem não existir consequências distintas para atos internacionalmente ilícitos de maior gravidade, mas por acreditarem ser inútil a inclusão desse tipo especial de responsabilidade no projeto<sup>22</sup>.

Em 1996, os artigos sobre responsabilidade foram aprovados em primeira leitura,

inclusive o art. 19, permanecendo a mesma redação aprovada pela Comissão em 1976.

#### 4. A sessão de 1998 da CDI e os crimes internacionais

O Relator Especial para a Responsabilidade Internacional, James Crawford, apresentou o seu primeiro parecer na sessão de 1998 da CDI. Uma grande parte do relatório foi dedicada especificamente aos crimes internacionais<sup>23</sup>.

Os três temas que requerem maior consideração, na visão do relator, são os crimes internacionais, as contramedidas e a solução de controvérsias. Contudo, ele chega a admitir que o aspecto mais controverso do projeto é a distinção proposta pelo art. 19 em crimes e delitos internacionais<sup>24</sup>.

Para o Relator James Crawford, há um contraste marcante entre a gravidade de um crime internacional e suas conseqüências limitadas dispostas, respectivamente, nos arts. 51, 52 e 53<sup>25</sup>. Ademais, o regime de contramedidas e garantias procedimentais é o mesmo tanto para crimes como para delitos internacionais<sup>26</sup>.

Ele também formula algumas críticas em torno do art. 19.

O art. 19 (1) diz o óbvio – e não mais que o implícito nos arts. 1 e 3. Na sessão de 1999, a proposta de eliminação do parágrafo chegou ao comitê de redação que sugeriu sua supressão à Comissão<sup>27</sup>. O art. 19 (4) oferece uma definição negativa de delitos internacionais, diferentemente dos crimes. Quanto ao art. 19 (2), é bastante circular, mas não mais que a definição de *jus cogens* proposta na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A definição de crimes poderia ser feita de outra maneira, como referindo-se aos seus distintos incidentes procedimentais; como por referência à existência de alguns sistemas específicos para investigação e execução; ou como por referência às conseqüências substantivas. Mas o art. 19 (2) nada disso faz. O art. 19 (3) é uma definição ilusória: um crime meramente “pode resultar” dos

atos enumerados; é pouquíssimo específico – um crime “pode resultar”, mas sujeito ao parágrafo 2 e às não especificadas “regras de Direito Internacional em força”. Para ele, o problema não é o de uma lista inclusiva, mas que o dispositivo não assegura que mesmo as violações enumeradas constituíssem crimes. Ademais, o art. 19 (3) contém subparágrafos díspares tanto no seu conteúdo como na sua relação com o Direito Internacional vigente. Se a distinção permanecer, será preciso detalhar mais os subparágrafos<sup>28</sup>.

É contraditório, para ele, que o 19 (2) enfatize as normas essenciais para os interesses fundamentais da comunidade internacional e o 19 (3) não se concentre na importância da norma, mas na sua gravidade – em alguns casos com expressões como “em larga escala” ou “massiva”. Mas o Direito Internacional não possui, por exemplo, uma norma que proíba o genocídio em larga escala, mas puramente o genocídio. Ou seja, o 19 (3) acrescenta um elemento adicional de gravidade independentemente da definição jurídica do próprio crime<sup>29</sup>.

O fato de que todos os estados são vítimas e podem buscar reparação quando do cometimento de um crime internacional é, talvez, a consequência mais significativa dos crimes. Entretanto, essa consequência não é distinta em caso de delitos – art. 40 (2) *e* ou *f* além do art. 40 (2) *e* *iii*, que, frise-se, não requerem que a violação tenha sido grave ou que a obrigação deva ser de essencial importância<sup>30</sup>. A idéia de que, em crimes, há a obrigação de não reconhecer como lícita a situação criada sugere que, por outro lado, Estados possam reconhecer como lícita a situação criada por um delito, sem levar em consideração a sua gravidade. No mesmo sentido, o projeto não concede os chamados “danos punitivos” aos crimes. Também não estabelece nenhum procedimento especial para a averiguação de um crime ou que consequências devam-se seguir a eles, deixando aos Estados individualmente tais procedimentos<sup>31</sup>.

Para o relator, portanto, as consequências específicas em caso de crimes são mínimas.

James Crawford analisou, também, os comentários dos governos ao projeto aprovado em primeira leitura. Somente 14 Estados apresentaram seus comentários ao projeto ao tempo da elaboração do seu projeto. Deve-se salientar que, apesar de reiterados esforços por parte da Comissão, somente um número pequeno de Estados apresentou seus comentários, o que dificulta bastante o trabalho da Comissão<sup>32</sup>.

Há uma clara divisão nos comentários apresentados pelos governos. Estados como França, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Irlanda, Áustria e Suíça são contrários à proposta de distinção entre crimes e delitos no projeto. Apesar de algumas divergências, os princípios básicos são os mesmos. Assim, não se poderia encontrar no Direito Internacional consuetudinário apoio para a existência dos crimes (EUA) nem se visualiza sua existência na idéia de desenvolvimento progressivo (Irlanda); o conceito de crime mina a responsabilidade internacional (EUA); a dicotomia é vaga e imprecisa (França); enfraquece o princípio da responsabilidade penal individual (Alemanha); os atos que o conceito de crime tenta proteger já o são pelo Capítulo VII da Carta da ONU (Alemanha); as consequências próprias dos crimes internacionais são insignificantes (Reino Unido); não há uma autoridade central no Direito Internacional contemporâneo para decidir sobre aspectos subjetivos do comportamento dos Estados (Áustria); uma tentativa de ocultar a inefetividade das normas convencionais de responsabilidade internacional por meio de uma máscara ideológica (Suíça)<sup>33</sup>.

Por outro lado, Mongólia, República Checa, Uzbequistão, Dinamarca (em nome dos países nórdicos), México, Argentina e Itália se expressaram de modo a aprovar a distinção entre crimes e delitos internacionais, mas com algumas divergências em relação uns aos outros, e com algumas críti-

cas ao projeto. Destarte, a distinção é fragmentária, assistemática, mas tem base no Direito positivo – basta ver a noção de obrigações *erga omnes, jus cogens* e as atividades do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII (República Checa); a distinção é válida, mas não pode ser deixada ao crivo dos Estados a determinação da responsabilidade penal, e sim a órgãos judiciais, coisa que não faz o projeto (Mongólia); a distinção entre crimes e delitos é o “mais espetacular aspecto da Parte I”, mas deve ser considerada alguma terminologia menos sensível (Dinamarca em nome dos países nórdicos); há uma diferenciação inadequada dos termos crime e delito, sendo isso explícito tanto nas conseqüências como no conceito do art. 19 (México); não parece apropriado utilizar a terminologia crimes internacionais, pois o Direito Internacional contemporâneo distingue entre responsabilidade internacional do Estado e responsabilidade penal internacional dos indivíduos (Argentina); deve haver mais desenvolvimentos na seara das conseqüências substantivas e nos incidentes procedimentais da distinção, dentro da estrutura das partes 2 e 3 do projeto (Itália); o regime especial de responsabilidade internacional nada tem que ver com sanções penais, como as impostas nos direitos penais internos, sendo apropriado outro termo que não crime (Itália)<sup>34</sup>.

Em torno das observações dos Estados, o Relator conclui que 1) o art. 19 é visto como exercício de desenvolvimento, havendo controvérsias sobre se ele é progressivo. Contudo, poucos governos acreditam que o conceito de crime tem forte base na prática e no direito atuais; 2) a definição de crimes internacionais, no art. 19 (2) e (3), precisa de uma maior clarificação; 3) as conseqüências derivadas da distinção criam dificuldades no sentido de permitir reações de Estados individualmente, sem se considerar a posição da comunidade internacional no seu conjunto; 4) há pouco ou nenhum desacordo sobre a proposição de que o Direito da Responsabilidade Internacional não é nem ci-

vil nem penal, mas internacional. Até os governos que apóiam a distinção não concordam com um regime de responsabilidade penal dos Estados; 5) é amplamente perceptível que a terminologia “crimes internacionais do Estado” potencialmente induz ao erro. Muitos comentários aceitam a distinção. Mas ela não precisa, e talvez não deva, ser expressa na linguagem crime/delito<sup>35</sup>.

Para o Relator, a posição tradicional do Direito Internacional, expressa pelo Tribunal de Nuremberg, é de que crimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e somente punindo indivíduos que cometem tais crimes é que as disposições do Direito Internacional são cumpridas<sup>36</sup>.

Para Crawford, decisões judiciais desde 1976 – o ano em foi adotado o art. 19 – apóiam a idéia de que o Direito Internacional contém diferentes tipos de normas. Por outro lado, não há apoio nessas decisões para uma categoria distinta de crimes<sup>37</sup>.

A prática estatal em 1976, por sua vez, é um pouco mais complexa. De tempos em tempos a linguagem crimes foi utilizada no que tange à conduta dos Estados em campos como agressão, genocídio, *apartheid*, manutenção de dominação colonial, assim como a condenação – pelo menos em alguns casos – do uso ilegal da força, da discriminação racial sistemática ou da manutenção pela força de dominação colonial. Ao elaborar o art. 19, a Comissão, tendo em vista isso, concluiu que a opinião geral seria de que alguns desses atos genuinamente constituem crimes internacionais, ou seja, que determinados ilícitos são mais graves que outros, devendo possuir, portanto, conseqüências mais graves<sup>38</sup>.

A prática de 1976 a 1995 foi analisada no sétimo parecer do antigo relator Gaetano Arangio Ruiz. Os pontos mais relevantes lembrados por Crawford são: 1) o renascimento do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (v.g. o caso do Iraque); 2) o desenvolvimento pro-

gressivo de sistemas de responsabilidade por certos crimes no Direito Internacional, por meio de dois tribunais *ad hoc* e o futuro Tribunal Penal Internacional; 3) o desenvolvimento do Direito Internacional Penal em vários tópicos, como a proteção das forças de paz da ONU e a ação contra bombardeamentos terroristas; 4) um contínuo desenvolvimento de coações contra o uso de armas químicas, biológicas e bacteriológicas, e contra a proliferação de armas nucleares. Por outro lado, tal período foi caracterizado pela inconsistência. Nenhuma ação foi tomada em casos como do genocídio no Camboja ou das mútuas agressões entre Irã e Iraque. As ações do Conselho de Segurança, a partir de 1990, não envolveram a “criminalização” de Estados, nem mesmo quando de violações a normas básicas. Para o Relator, o Iraque nunca foi tratado como criminoso<sup>39</sup>.

Ao mesmo tempo, no período de 1945-1970, uma gama de conceitos se consolidaram no Direito Internacional, tais como o da responsabilidade penal dos indivíduos, com a mencionada criação dos tribunais *ad hoc* e a futura criação do Tribunal Penal Internacional; a emergência das normas *jus cogens* na seara do Direito dos Tratados; e as obrigações *erga omnes*, reconhecidas pela Corte Internacional de Justiça<sup>40</sup>.

Todos esses desenvolvimentos corroboraram a idéia de que há uma hierarquia de normas e que a importância de algumas normas básicas é considerada como envolvendo uma diferença não meramente de grau, mas de espécie. Espera-se que tal diferença repercuta no campo da responsabilidade internacional. Por outro lado, isso não significa que a diferença entre essas normas produza dois regimes distintos de responsabilidade, e menos ainda – na sua visão – que devam ser distintas entre crimes e delitos<sup>41</sup>.

Quanto a distinção entre categorias de atos internacionalmente ilícitos mais e menos graves, em primeiro lugar, a Comissão – quando da elaboração do art. 19 – foi rigorosa ao resistir à tentativa de dar qualquer

indicação sobre o que ela pensava dever ser o regime de responsabilidade aplicável aos atos internacionalmente ilícitos mais graves. Tais questões foram deixadas em aberto. Em segundo lugar, ela parecia negar que todos os crimes ou delitos internacionais pudessem estar sujeitos a um regime uniforme. Em resumo, não somente inexistia um regime único para todos os atos internacionalmente ilícitos, como era duvidoso que existissem apenas dois regimes. Há sempre a possibilidade de uma norma em particular prescrever suas próprias conseqüências ou ser sujeita ao seu próprio regime, sendo isso verdade, em particular, ao crime internacional paradigmático: o crime de agressão. Por outro lado, se a categoria de crimes internacionais fosse fragmentada dessa forma, poder-se-ia indagar: 1) o que restaria da própria categoria; 2) como poderia ser resolvida antecipadamente a existência da categoria sem referência às conseqüências que advêm de tais crimes; 3) como essa investigação poderia ser concluída sem, de fato, codificar as regras primárias do caso. Em terceiro lugar, a Comissão negou que a maneira de proceder com o fim de desenvolver um regime de responsabilidade por crimes fosse estabelecer um regime básico para todos os atos internacionalmente ilícitos e acrescentar conseqüências para os crimes. Esse mínimo denominador comum, que pode ser chamado de *delict plus*, foi rejeitado. Contudo, foi a abordagem utilizada pela Comissão na era Arangio Ruiz para determinar as conseqüências dos crimes internacionais<sup>42</sup>.

A Comissão foi fortemente influenciada pelo uso do termo crime em relação ao crime de agressão, embora afirmasse que a noção de crimes não deveria ser confundida com a de crimes cometidos pelos indivíduos sob o Direito Internacional. Todavia, desde 1976, o termo crime internacional tem ganhado cada vez mais sentido corrente como referência a crimes cometidos por indivíduos. Há, portanto, na sua visão, risco de confusão terminológica<sup>43</sup>.

O parecer do Relator termina com a análise das abordagens possíveis aos crimes internacionais. Assim, haveria cinco abordagens distintas.

A primeira delas é a do projeto, ou seja, a abordagem *delict plus*.

A Segunda propõe a substituição do conceito de crime internacional pelo de ato ilícito excepcionalmente grave. Substituir-se-iam os termos, enquanto a parte 2 prosseguiria mais minuciosamente na distinção entre atos ilícitos ordinários e os atos ilícitos excepcionalmente graves.

A terceira seria a favor de um regime de gradação completa da responsabilidade penal do Estado, a ser elaborado no projeto.

A quarta prefere a rejeição do conceito de responsabilidade penal do Estado. Assim, o Direito Internacional não reconhece nem deve reconhecer esse tipo de responsabilidade, devendo, portanto, ser abolida do projeto.

A quinta e última tem por desejo que se exclua a noção do projeto. No caso, o regime penal para a responsabilidade internacional, mesmo que desejável, não é questão que seja necessária ou apropriada para se tratar nesse estágio da codificação e nesse texto<sup>44</sup>.

Quanto à primeira abordagem, o relator oferece uma série de críticas.

Exceto pelo próprio art. 19, as regras de origem da responsabilidade internacional, que constam da parte 1 do projeto, não distinguem entre crimes e delitos, sendo as chamadas regras de atribuição as mesmas. Tanto em caso de crime ou delito, o art. 27 não distingue quanto ao dever de não auxiliar na comissão de um crime. A definição de circunstâncias excludentes da ilicitude é a mesma tanto para crimes como para delitos – embora não seja óbvio que as condições aplicáveis à força maior ou ao estado de necessidade, por exemplo, devam ser as mesmas para ambos. Ademais, a noção de consentimento pareceria estar excluída. Quanto à noção de falta (culpa ou dolo), o seu requerimento é maior em relação aos crimes. No caso da responsabilidade objeti-

va, ela é mais questionável em relação aos crimes<sup>45</sup>.

Todas essas questões são esquecidas pelo projeto. Pode-se dizer, no entanto, que tais questões devam ser resolvidas pelas regras primárias. Mas à categoria de crimes internacionais se esperaria que existissem algumas regras comuns ao menos no que tange ao requerimento da falta na comissão de um crime<sup>46</sup>.

Na parte 2 do projeto, que trata do conteúdo, formas e graus da responsabilidade internacional, há algumas, mas não muitas, distinções entre crimes e delitos<sup>47</sup>.

Em primeiro lugar, enquanto todos os Estados são lesados por um crime, em qualquer violação de uma regra estabelecida para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, todos os Estados também são lesados, quer em caso de crimes ou delitos, como preceitua o art. 40 (2), *e, iii*<sup>48</sup>.

Em segundo lugar, quanto aos direitos do Estado lesado no campo da cessação e reparação, é dedicado o art. 52 do projeto. As conseqüências dispostas nesse artigo não são centrais à noção de crime, sendo insuficientes à noção como proposta no art. 19. Assim, nada é dito nesse art. 52 sobre os chamados danos punitivos<sup>49</sup>, deixando livre a aplicação de multas ou de outras formas de intervenção no governo do Estado criminoso que possam restaurar a *rule of law*. Também não se estabelece a coordenação das conseqüências estabelecidas no próprio art. 52<sup>50</sup>.

Em terceiro lugar, no que diz respeito às contramedidas, não há distinção entre crimes e delitos. Dentro das categorias de Estados lesados, no art. 40, não há distinção entre os diretamente afetados pela violação e os outros Estados, além de não haver qualquer disposição sobre a coordenação de contramedidas por parte de todos os Estados lesados com o crime<sup>51</sup>.

Em quarto lugar, quanto às obrigações de todos os Estados, surgidas em caso de crime (art. 53), três delas – *a, b e c* – são nega-

tivas. No caso de *a*, a obrigação de não reconhecer como lícita a situação criada pelo crime não é limitada aos crimes, mas também se estende aos delitos. No *b*, um Estado não pode auxiliar outro Estado na manutenção de uma situação ilícita também em caso de delito, como preceitua o art. 27. O 53 *d* prescreve que os Estados são obrigados a cooperar com outros Estados na aplicação de medidas destinadas a eliminar as conseqüências do crime. Daria a entender esse dispositivo que os Estados não têm obrigação de cooperar para eliminar as conseqüências ilícitas, por exemplo, em caso de grave violação de direitos humanos que não seja crime ou de qualquer outra obrigação *erga omnes*<sup>52</sup>?

Em quarto lugar, quanto à solução de controvérsias, não há, da mesma forma, distinção entre delitos e crimes<sup>53</sup>.

Quanto à primeira abordagem, conclui, portanto, o Relator que as conseqüências para os crimes no presente projeto são limitadas e, na maior parte, não-exclusivas<sup>54</sup>.

Quanto à segunda abordagem, a da substituição do termo crime por atos ilícitos excepcionalmente graves, deve-se ressaltar que isso evitaria a conotação penal do termo crime. Mas, para o Relator, deve-se analisar aqui duas perspectivas<sup>55</sup>.

Primeiramente, se o termo atos ilícitos excepcionalmente graves não se refere a uma diferente categoria, mas somente a violações mais graves do Direito Internacional, não há um regime distinto de responsabilidade internacional. As violações do Direito Internacional vão das mais sérias às menos sérias, e a parte 2 do projeto já reflete tais graduações, independentemente da questão dos crimes.

Se, no entanto, o termo proposto se refere a uma categoria distinta, ele não a denomina. No Direito Internacional, duas categorias possíveis são as das obrigações *erga omnes* e das normas *jus cogens*. Mas essas categorias não correspondem à de atos ilícitos excepcionalmente graves, pois pode haver violações de normas *jus cogens* que não en-

trem nessa categoria, assim como nem toda violação de obrigações *erga omnes* se insere no âmbito dos atos ilícitos excepcionalmente graves. Aqui, o dilema dos crimes permanece. De um lado, a redenominação pode refletir a variação de gravidade dos atos internacionalmente ilícitos; alternativamente, pode-se referir à existência de normas envolvendo a comunidade internacional no seu conjunto (obrigações *erga omnes* e normas *jus cogens*). Por outro lado, pode ser apenas uma referência disfarçada à noção de crime. Nesse caso, para o relator, não há indicação de um regime distinto de responsabilidade para as violações mais sérias ou para violações de obrigações *erga omnes* ou *jus cogens*<sup>56</sup>.

A terceira abordagem propõe uma verdadeira criminalização da responsabilidade internacional. O relator começa por observar que estruturas estatais podem estar envolvidas em condutas criminosas, como nos casos de genocídio, de tentativa de extinção de Estados, expulsando ou escravizando povos. Se o Tribunal de Nuremberg afirmou que ações criminosas são conduzidas por indivíduos, por vezes tais indivíduos são de difícil apreensão, além de contarem eles com a colaboração de outros. Da mesma forma, se os indivíduos já são responsabilizados perante o Direito Internacional, seria estranho que o próprio Estado – a pessoa paradigmática do Direito Internacional – fosse isento de qualquer culpa<sup>57</sup>.

O relator constata que são cinco os requisitos para uma verdadeira responsabilidade penal dos Estados: 1) os crimes internacionais precisam ser devidamente definidos (*nullum crimen sine lege*); 2) é preciso um procedimento adequado para a investigação de um crime por parte da comunidade internacional no seu conjunto; 3) garantias procedimentais são necessárias; ou seja, um sistema de devido processo legal em relação a acusações de crimes cometidos pelos Estados; 4) sanções apropriadas, após a determinação, em nome da comunidade internacional no seu conjunto, que um crime

foi cometido, devendo ser as sanções devidamente definidas; 5) um sistema pelo qual o Estado criminoso possa eximir-se de culpa. O projeto não satisfaz nenhuma dessas condições<sup>58</sup>.

Outra abordagem é a da supressão completa da possibilidade da existência de crimes. Para o Relator, esta opção deve ser rejeitada porque há algum apoio na prática estatal para a noção, pelo menos no caso de alguns crimes como o de agressão. Deve-se levar em consideração que sistemas jurídicos, à medida que se desenvolvem, parecem precisar da noção de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ademais, vários governos apóiam a distinção formulada no art. 19; e, nos estágios iniciais da discussão sobre a parte 1 do projeto, a distinção alcançou ampla aceitação<sup>59</sup>.

A quinta e última abordagem é denominada pelo relator de descriminalização da responsabilidade internacional. Para Crawford, se há alguma prática apoiando a noção, ela é embrionária, com exceção do crime de agressão, tratado na Carta da ONU. Não há um sistema coerente para lidar com a conduta criminoso dos Estados, quer do ponto de vista procedimental como substantivo. Por outro lado, já existe um conceito de obrigações *erga omnes* e de normas inderrogáveis (*jus cogens*). Esses conceitos necessitam ser refletidos no projeto, o que não reintroduziria a noção de crimes internacionais sob outro nome. Para ele, a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve ser separada do tratamento ao Direitos das Obrigações. Essa é a melhor solução, pois não preclui o desenvolvimento futuro da noção; ao mesmo tempo não torna triviais outras violações graves de Direito Internacional, como a coexistência de duas categorias (crimes e delitos) certamente faria<sup>60</sup>.

Para o relator, o reconhecimento dos crimes internacionais representaria uma grande evolução para o Direito Internacional. O presente projeto não faz justiça ao conceito ou suas implicações para a ordem jurídica

internacional. O assunto merece tratamento separado, quer pela CDI, se o Sexto Comitê puder confiá-la tal tarefa, ou por algum outro órgão<sup>61</sup>.

O Relator finaliza a parte que versa sobre os crimes internacionais de seu relatório com algumas recomendações. Assim, recomenda que o art. 19 (e conseqüentemente 51 a 53) seja excluído do projeto. O art. 40 (3) deve ser reconsiderado a fim de lidar com o tema das violações de obrigações *erga omnes*. A exclusão da noção seria sem prejuízo de: a) o escopo do projeto, que deveria continuar a cobrir todos os ramos das obrigações internacionais, de onde quer que se origine; e b) a noção de crimes internacionais e seu possível desenvolvimento futuro, quer como um tópico especial para a CDI, quer por meio da prática estatal e das organizações internacionais competentes<sup>62</sup>.

O debate da CDI sobre os crimes internacionais foi bastante importante para se saber a posição dos membros da comissão diante do tema, tendo em vista o projeto como um todo sobre responsabilidade internacional.

A Comissão ficou dividida acerca da questão se a prática estatal reconheceria a existência dos crimes internacionais. Alguns membros afirmaram que o conceito não era estabelecido no Direito da Responsabilidade Internacional, não havendo base jurídica para uma distinção qualitativa de violações de Direito Internacional. Não haveria, pois, base para os crimes internacionais de Estado na prática estatal, em contraste com os crimes cometidos por indivíduos no Direito Internacional. A jurisprudência internacional, do mesmo modo, não apoiaria a distinção, nunca tendo um Estado aparecido como réu em um processo penal no Direito Internacional<sup>63</sup>.

Outros membros consideraram a noção como essencial para a proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional no seu conjunto. A falta de um julgamento baseado no Direito não implicaria a inexistência dos crimes, mas a ausência de



órgãos com jurisdição para com ele lidar. As noções de crimes e *jus cogens* foram pouco usadas porque são poucas as normas que têm esse caráter, além de graves violações serem raras. Embora a evidência possa tender a afirmar da não-existência da criminalidade do Estado, isso não significa que não seja apropriado ou necessário à Comissão tentar fazer algo a respeito disso<sup>64</sup>.

A Comissão discutiu sobre as cinco abordagens a respeito dos crimes internacionais.

No caso da abordagem presente no projeto, discutiu-se sobre a definição de crimes como proposta pelo art. 19. De um lado, a definição foi descrita como confusa, circular, imprecisa para efeitos de Direito Penal, ficando na dependência do reconhecimento da comunidade internacional. Por outro lado, foi enfatizado que todas as definições eram difíceis, incompletas e arbitrárias. Enfatizou-se que ela não é menos precisa ou menos completa que a definição de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>65</sup>.

Quanto ao problema das conseqüências dos crimes internacionais, alguns membros afirmaram que não se justificaria a existência dos crimes internacionais por conseqüências triviais, incorretas e confusas, que não trazem quaisquer penalidades de cunho criminal, danos punitivos ou outras sanções<sup>66</sup>.

Outra parte da Comissão, por sua vez, sustentou que as conseqüências tão parcas aos crimes eram devidas ao fato de a Comissão ter abordado o tema de maneira inconsistente. Tais dispositivos insatisfatórios surgiram da idéia de a Comissão tratar das conseqüências de delitos e crimes indistintamente e, somente depois, das verdadeiras conseqüências dos crimes<sup>67</sup>.

Alguns membros acharam que a Segunda leitura seria o momento ideal para distinguir as conseqüências dos crimes e dos delitos. Uma distinção qualitativa no tema da reparação era necessária, vez que uma compensação pecuniária não seria apropriada em casos de crimes graves, como o de

genocídio. Sugeriu-se que verdadeiramente surgisse um regime diferente para lidar com as violações de uma norma fundamental para a salvaguarda da comunidade internacional no seu conjunto – o que não há nos arts. 51-53 – e que fossem preenchidos vários pontos, como quem poderia levantar a questão da violação e que maquinário determinaria a existência de violações graves<sup>68</sup>.

A Comissão discutiu sobre a abordagem dos atos ilícitos excepcionalmente graves. Alguns membros apoiaram essa abordagem, por ela evitar a confusão com a conotação penal que tem a palavra crime no Direito Interno. Para outros, o conceito de crimes não teria tal conotação, pois cada sistema jurídico dá a cada palavra seu próprio significado. A terminologia não seria, pois, importante, podendo ser substituída por outra palavra, contanto que a idéia básica do art. 19 (2) permanecesse. Também foi sugerido que o termo crime fosse substituído por “violação de uma regra de fundamental importância para a comunidade internacional no seu conjunto” ou mesmo a violação de uma regra de *jus cogens*. Para outros membros, a terminologia crimes internacionais teria adquirido um grau de aceitação que, se substituída, poderia torná-la insignificante. O conceito deveria, então, ser equiparado com o de crime no Direito Interno e, na medida do possível, as conseqüências existentes para os crimes no Direito Interno deveriam também existir para os crimes internacionais<sup>69</sup>.

Alguns membros apoiaram a terceira abordagem - que propõe o desenvolvimento de uma verdadeira responsabilidade penal dos Estados. Para eles, não seria necessária a existência dos cinco elementos que levantou o Relator para uma verdadeira responsabilidade penal internacional dos Estados. Essa perspectiva partia da idéia de que a responsabilidade penal dos Estados teria de ser idêntica à responsabilidade penal no Direito Interno. Seria utópica a idéia de desenvolver os cinco elementos em um sistema de Responsabilidade Internacional<sup>70</sup>.

A Quarta abordagem – da exclusão da noção de crimes internacionais – foi proposta por vários membros. Os argumentos seriam de que a noção não teria valor jurídico; iria de encontro à maioria dos desenvolvimentos no Direito Internacional; não seria essencial à tarefa da Comissão, e tentar fazê-lo atrasaria o trabalho da Comissão; não existiriam instituições judiciais ou quase-judiciais que pudessem solucionar a questão de saber se um crime foi cometido; a comunidade internacional não estaria pronta para aceitar a noção; as disputas entre Estados cresceriam, por poderem referir-se uns aos outros como criminosos<sup>71</sup>.

Outros membros, contrários a essa abordagem, sustentaram sua posição com os seguintes argumentos: a noção de crimes em termos de violações excepcionalmente graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não é nova e seu surgimento remonta ao século dezenove; os termos crime e delitos tornaram-se parte da consciência pública e do *corpus* do Direito Internacional e da Responsabilidade Internacional; a noção de crimes internacionais faz parte de um processo evolutivo do Direito Internacional e o desenvolvimento da comunidade internacional – exemplificado em conceitos como de obrigações *erga omnes*, *jus cogens* e a solidariedade internacional; de fato, Estados freqüentemente cometem crimes e alguns foram submetidos a certas condições que resultaram em tratá-los virtualmente como criminosos; a supressão do conceito ignoraria importantes desenvolvimentos no Direito Internacional e prestaria um desserviço ao tópico da responsabilidade e ao *rule of law* nas relações internacionais<sup>72</sup>.

A Quinta e última abordagem, apoiada pelo Relator, recebeu algum apoio no seio da Comissão. Assim, seria preservado o conceito de crimes internacionais como um tópico distinto da responsabilidade, a ser elaborado pela Comissão, tendo em vista os desenvolvimentos futuros do Direito Internacional<sup>73</sup>.

No caso da adoção dessa opção, várias visões foram postas tendo em vista o conteúdo de uma possível cláusula que tratasse dos crimes no projeto sobre responsabilidade internacional. Sugeriu-se a inclusão de uma cláusula em que a Comissão reconhece a existência de crimes internacionais, não tendo rejeitado o art. 19. Também foi sugerido que seria mais apropriado indicar que a supressão do art. 19 era sem prejuízo de desenvolvimentos futuros em torno da noção de crimes internacionais fora do projeto de artigos, tanto como um tópico separado para a Comissão, como por meio da prática estatal ou de organizações internacionais<sup>74</sup>. Outros membros se puseram contrariamente ao estabelecimento de cláusula desse tipo, que distinguísse crimes e delitos<sup>75</sup>.

A Comissão não chegou a nenhum consenso na sessão de 1998, devido às numerosas divergências dos membros. As conclusões provisórias foram de que, sem prejuízo da perspectiva de qualquer membro da Comissão, o tema dos crimes internacionais seria posto de lado por enquanto. Também deveria ser considerado se o desenvolvimento de noções-chaves, dentro do projeto, como de obrigações *erga omnes* e normas peremptórias *jus cogens* e uma possível categoria das mais graves violações de obrigações poderiam resolver os temas advindos do art. 19.

De acordo com o cronograma da Comissão de Direito Internacional, a sessão de 2000 tratará do terceiro parecer do Relator Especial, que versará sobre a parte 2 e outros temas restantes. A sessão de 2001 tratará com o quarto parecer do relator especial, que tratará de temas pendentes, além de, para essa sessão, estar programada a adoção do projeto de artigos em Segunda leitura<sup>76</sup>. Isso significa que, até 2001, a Comissão terá de tomar alguma posição com respeito a exclusão ou adoção do conceito de crimes internacionais no seio do projeto sobre responsabilidade internacional.

A sessão de 1999 do Sexto Comitê da ONU trouxe mais alguns comentários por

parte dos Estados com respeito ao projeto sobre responsabilidade internacional aprovado em primeira leitura pela Comissão de Direito Internacional<sup>77</sup>. Alguns governos que não apresentaram comentários à Comissão o fizeram no Sexto Comitê. Assim, para a Espanha, não obstante a terminologia que a Comissão adotar para os crimes, o projeto deve estabelecer um regime específico de responsabilidade para graves violações. A Polônia apóia a substituição da noção de crimes internacionais por “violação particularmente grave de uma obrigação internacional”. A Índia afirmou que o conceito de crime internacional é útil e deve ser cuidadosamente desenvolvido. Israel tem reservas quanto à utilidade do conceito de crimes internacionais e à relevância de suas conseqüências específicas. O Japão se opõe à inclusão do conceito<sup>78</sup>.

### 5. *Apreciação Crítica*

O debate atual acerca do estabelecimento da noção de crimes internacionais tem ofuscado talvez o ponto mais importante acerca da questão: qual o cerne e a importância da noção de crimes internacionais para a comunidade internacional e para o conseqüente desenvolvimento do Direito Internacional. Como afirmou Abi-Saab, a situação do conceito de crimes internacionais pode ser analisada sob três níveis de análise: o histórico, o sociológico e o técnico<sup>79</sup>.

Historicamente, na Carta da ONU, em 1945 – ao menos nos temas da paz e da segurança –, há a consagração de um valor supremo: a necessidade e a indivisibilidade da paz. No mesmo sentido, também baseado na carta, surge o movimento para a proteção dos direitos humanos. Isso significa que, a partir de 1945, surgiu uma nova categoria de normas no Direito Internacional, normas cujas violações são crimes internacionais. O fato de tais conseqüências não terem sido percebidas, de pronto, a partir daquele fenômeno histórico não significa que elas não existam.

Sociologicamente, a comunidade internacional passou a considerar certos interesses ou valores como primordiais ou essenciais, consagrando conseqüências mais graves às violações dessas normas. A comunidade internacional passa então a modificar sua estrutura primordialmente indiferenciada e unicelular no sentido de uma estrutura normativa hierárquica.

Tecnicamente, é claro que, se a comunidade internacional consagra alguns valores supremos, deve-se admitir um regime especial de responsabilidade contra a violação das normas que protegem tais valores.

O conceito de crimes internacionais está, portanto, diretamente envolvido com os valores que a comunidade internacional consagra. Em resumo, os crimes internacionais protegem simplesmente valores. Normas *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e crimes internacionais possuem o mesmo substrato – todos os conceitos se referem a valores fundamentais consagrados pela comunidade internacional no seu conjunto.

É justamente o tipo de obrigação envolvida e não o seu caráter universal que impõe as chamadas obrigações *erga omnes*<sup>80</sup> – ou seja, são os valores fundamentais protegidos que definem tais obrigações, e não o fato de envolverem tais valores a comunidade internacional no seu conjunto. E isso se aplica, também, às normas *jus cogens* e aos crimes internacionais, pois compõem dois dos três círculos da teoria proposta por Giorgio Gaja, que serve para explicar o relacionamento dos três conceitos<sup>81</sup>. A teoria dos três círculos propõe que cada conceito seja representado por um círculo. O maior deles – englobando os outros dois – seria o das obrigações *erga omnes*. O segundo círculo seria formado pelas normas *jus cogens*, menor que o das obrigações *erga omnes* e maior que o dos crimes internacionais, englobando-o. O terceiro círculo, o dos crimes internacionais, seria o menor de todos. Portanto, toda violação de uma norma *jus cogens* seria a violação de uma obrigação *erga omnes*, não sendo a recíproca verdadeira. Do mesmo

modo, um crime internacional seria tanto a violação de uma obrigação *erga omnes* como de uma norma *jus cogens*, não sendo a recíproca verdadeira para ambos os casos.

A inserção dos crimes internacionais no contexto da codificação da responsabilidade internacional envolveu uma grande luta ideológica entre Estados capitalistas e socialistas, e entre Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos. Como afirmado anteriormente, a inserção da noção se deveu em grande parte à contribuição dos Estados socialistas, o que foi apoiado prontamente pelos Estados subdesenvolvidos. Os Estados Unidos sempre foram grandes opositores dessa noção, diante da possibilidade de os Estados socialistas e subdesenvolvidos poderem considerá-los criminosos diante de sua atitude.

Após o fim da guerra fria, diversos fatores antes não conhecidos ou obscurecidos vieram à baila e a situação internacional se modificou completamente. Alguns comentaristas afirmam que a situação, não somente com respeito à idéia de crimes internacionais, como a dos conceitos que dão fomento à criação de uma hierarquia no Direito Internacional (em que se incluem, também, as obrigações *erga omnes* e normas *jus cogens*), inverteu-se. Assim, o antigo terceiro mundo estaria menos preocupado com uma hierarquia no Direito Internacional do que com a coexistência em um mundo multicultural. Os Estados Unidos, por sua vez, gozando de poder hegemônico único, estariam vendo as vantagens da hierarquia, devido a sua possibilidade de influenciar tanto o conteúdo das normas como o controle das consequências de suas violações. Vale ressaltar, nesse sentido, como se modificou a posição dos Estados Unidos quanto à responsabilidade penal dos indivíduos<sup>82</sup>.

Não obstante, essa constatação não é corroborada nos comentários dos Estados ao projeto sobre responsabilidade internacional em primeira leitura. Diante das poucas observações recebidas pela Comissão e discutidas na Sexta Comissão, constata-se que há uma divisão da comunidade inter-

nacional com respeito à viabilidade do conceito de crimes internacionais. Todos os governos de Estados subdesenvolvidos estão de acordo com o conceito, embora proponham algumas modificações. Por sua vez, todos os governos de Estados desenvolvidos se posicionaram contrariamente à adoção dos crimes internacionais, com exceção da Itália e da Dinamarca (em nome dos países nórdicos), que aceitam a distinção entre delitos e crimes. Portanto, pode-se dizer que ainda existe uma divisão da comunidade internacional quanto aos crimes internacionais. Alguém pode afirmar que os comentários – por terem sido em pequeno número – não são representativos da comunidade internacional. Esse argumento não deixa de ter procedência, mas deve-se levar em conta dois fatores: há, pelo menos, uma tendência, por parte dos países subdesenvolvidos, de ainda acatar o conceito de crimes internacionais; de outro lado, grande parte dos Estados desenvolvidos mais poderosos dentro do concerto internacional (incluindo-se os Estados Unidos, o Reino Unido, a França, a Alemanha e o Japão, no sexto comitê) apresentaram comentários se opondo à distinção entre crimes e delitos.

Do ponto de vista dos internacionalistas, a divisão entre os que propõem a noção de crimes internacionais e os que a rejeitam é mais profunda (e também mais antiga) do que se possa imaginar. Aqui não há uma similaridade com os Estados. Internacionalistas do terceiro mundo podem ser contra a noção; assim como aqueles provenientes de países desenvolvidos podem ser a ela favoráveis<sup>83</sup>.

Joseph Weiler – num estudo que já remonta mais de dez anos e que injustamente é pouco citado – parece ter sido o que melhor explicou o duelo dos internacionalistas acerca da terminologia crime internacional<sup>84</sup>. Esse duelo não teria existido com tanta força se a palavra crime tivesse sido evitada. O fato é que tal palavra possui um valor simbólico que transcende seu aspecto técnico<sup>85</sup>.

Para os que apóiam o art. 19 como está, a eficiência da linguagem justifica e até necessita do termo crime, devido ao fato de o ato ilícito ser tão grave que somente o uso do termo mais negativo da linguagem jurídica – crime – seria suficiente. Com a utilização da palavra crime, a comunidade internacional estaria fazendo o seu melhor a fim de contribuir para a supressão de comportamentos “criminosos”<sup>86</sup>.

Os que se opõem ao art. 19 também se colocam contrariamente a atos ilícitos como a agressão, o genocídio e outros crimes internacionais. Entretanto, eles acreditam que a terminologia, aqui, dá margem a um papel oposto àquele preconizado pelos que apóiam o artigo. A caracterização do comportamento daquele que cometeu um ilícito pode ter algum efeito sancionatório, mas igualmente diminuiria o valor do rótulo crime. Porque a noção não poderia possuir, na ordem internacional, uma conotação penal, isso como que corroeria o valor das palavras, ao usar o termo crime nesse sentido<sup>87</sup>.

Para Weiler, a criação dos crimes internacionais é um reflexo da desilusão com o que se chamou de o maior progresso da era do pós-guerra – a evolução do sistema da Carta da ONU. A era da Carta foi caracterizada pela evolução de novas normas, novas instituições e novos procedimentos. Veio, então, a desilusão com o sistema, percebendo que ele não se mostrou à altura das expectativas que nele se tinham depositado, como, por exemplo, a inefetividade do sistema de manutenção da paz e outras mais<sup>88</sup>.

Para os que apóiam o conceito de crimes internacionais, a criação de uma nova categoria de atos ilícitos é uma reação a tal declínio, tentando dar novo fôlego ao sistema da Carta, em que os velhos mecanismos falharam, e resolver as contradições da Carta sem nela tocar.

Os que se opõem ao art. 19 acreditam que a criação de uma nova categoria de atos ilícitos reproduz tudo que havia de mal e de errado no Sistema da Carta. Ela procura cri-

ar um “direito supra-superior” (*higher higher law*) que possui as mesmas deficiências das formulações existentes (vago, excessivamente aberto e também aberto a uma excessiva manipulação)<sup>89</sup>.

Assim, Weiler divide metaforicamente os proponentes e opositores da noção em profetas e juízes, conforme faz uso desses termos a Bíblia. Os profetas veriam a nova categoria com poder de deter um processo de declínio; enquanto os juízes veriam a nova categoria como um instrumento que somente acentuaria o declínio<sup>90</sup>.

O que existe, na verdade, nesse duelo, é um confronto entre jusnaturalistas e juspositivistas, afirma Weiler. Um outro aspecto em que é possível analisar esse fenômeno é a existência ou não de conseqüências para os crimes. Os profetas acreditam na existência dos crimes mesmo se não existem conseqüências específicas para a sua violação. A mera existência dessas normas já fomentaria a criação dessas conseqüências. Para eles, o *jus* poderia preceder o *remedium*, o que levaria a uma visão neonaturalista, em que normas básicas de justiça devem possuir um lugar fundamental no Direito Internacional. Então, a pedra de toque do sistema jurídico internacional seria a prática dos Estados seguindo certos princípios gerais. Os juízes, por sua vez, não acreditam na criação de direitos sem estabelecer conseqüências para eles. O brocardo latino aqui se aplica perfeitamente: *ubi remedium, ibi jus*. Isso significa que, por sua vez, a postura dos juízes tende bastante, em contraposição ao jusnaturalismo dos profetas, ao positivismo, o que leva esse grupo a se opor à idéia de uma prática estatal baseada em princípios gerais, afirmando que ela (a prática) simplesmente não surge se as conseqüências para os crimes internacionais não são claramente estabelecidas<sup>91</sup>.

Em conclusão, conforme Weiler, o duelo entre profetas e juízes é, portanto, bem mais amplo do que parece, abarcando a concepção sobre o próprio sistema jurídico internacional, por exemplo, nas dicotomias en-

tre o naturalismo e o positivismo; entre a justiça e a ordem; entre o consensual e o majoritário<sup>92</sup>.

Um dos argumentos do relator contra o art. 19 é de que os exemplos nele contidos são bastante indeterminados, estabelecendo, por exemplo, critérios tanto qualitativos (importância fundamental da obrigação violada) como quantitativos (quando, por exemplo, utiliza a palavra *massiva*). Ainda se afirma que 1) a formulação de exemplos é um péssimo método de codificação; 2) a enumeração do art. 19 se esquece que o Direito está em constante mutação; e 3) os exemplos são altamente discutíveis ou mesmo bastante amplos e imprecisos<sup>93</sup>. Contudo isso apenas é um defeito de redação facilmente sanável por parte da Comissão<sup>94</sup>, não sendo, portanto, algo que comprometa a noção de crimes internacionais. Do mesmo modo, a crítica não procede no que diz respeito aos critérios quantitativos e qualitativos, como posteriormente discorreremos. Realmente, parece proceder o argumento de que esses exemplos estariam na seara das regras primárias, não devendo o projeto tratar desse aspecto. Daí a proposição de alguns que esses exemplos aconteçam nos comentários da Comissão ao art. 19, e não em seu próprio corpo<sup>95</sup>.

No que tange às conseqüências dos crimes internacionais, o relator afirma que elas são muito poucas, não distinguindo substancialmente os delitos dos crimes<sup>96</sup>. O fato é que a elaboração do artigo sobre responsabilidade internacional foi extremamente confusa. Como já afirmamos anteriormente, um projeto de codificação que dura quase cinquenta anos, com cinco relatores diferentes com posições às vezes completamente antagônicas, entra, necessariamente, em contradição interna. O papel da Segunda leitura é justamente corrigir esses erros e proporcionar um projeto mais coerente no seu conjunto<sup>97</sup>. De fato, são poucas ou não distintas as conseqüências para os crimes internacionais; por outro lado, as conseqüências para os delitos são bastante amplas,

abarcando conseqüências que somente deveriam ocorrer em caso de crimes. Por exemplo, os danos punitivos deveriam restringir-se ao caso de crimes – diferentemente do que faz o projeto –, assim como a obrigação por parte do Estado que cometeu o ato internacionalmente ilícito de assegurar ou garantir a sua não-repetição. Existindo tais conseqüências para os delitos, isso só aumenta a possibilidade do recurso às contramedidas, o que, sem dúvidas, favorece os Estados mais poderosos<sup>98</sup>. Ademais, o projeto não desenvolve as conseqüências surgidas do fato de, em caso de crime, todos os Estados serem considerados lesados; assim como a implicação dos indivíduos quando do cometimento de um crime internacional pelo Estado<sup>99</sup>. Todas essas considerações somente levam a crer que a Comissão precisa se concentrar mais no problema das conseqüências dos crimes internacionais.

Quanto à questão das contramedidas, deve-se salientar que a forma com que a Comissão abordou é controvertida não só quanto aos crimes, mas também quanto os delitos. O tema foi muito discutido na Comissão, e grandes diferenças ainda persistem. No que diz respeito aos crimes internacionais, talvez a melhor solução seria tratar a questão como tratou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados o problema das normas *jus cogens*<sup>100</sup>. Nesse sentido, um artigo do projeto poderia estabelecer a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça no que tange aos crimes internacionais, a não ser que as partes concordassem na arbitragem. Tal procedimento criaria um órgão legítimo para afirmar quando um crime foi cometido ou que conseqüências deveriam seguir-se a ele<sup>101</sup>.

A essa proposta, que foi discutida no seio da Comissão, alguns põem dois inconvenientes. O primeiro deles se deve ao fato de não gozar a CIJ de jurisdição compulsória. A própria Convenção sobre Responsabilidade Internacional poderia impor a jurisdição da Corte, mas os Estados não a aceitariam, devido à imprecisão dos crimes inter-

nacionais. O segundo fator se assenta na morosidade habitual da Corte Internacional de Justiça, que faria as conseqüências dos arts. 52 e 53 inócuas. Se fosse permitido aplicar tais conseqüências antes da decisão da CIJ, o que aconteceria se depois de 4 ou 5 anos a Corte julgasse que não houve crime? Ademais, como todos os Estados são lesados com o cometimento de um crime internacional, aproximadamente 200 Estados poderiam engajar-se num processo submetido à Corte<sup>102?</sup>

Ambos argumentos são baseados num pragmatismo cético. Se, de fato, a Corte Internacional de Justiça não possui jurisdição compulsória e é bastante morosa, isso não impede que o sistema judicial internacional se desenvolva. E esse desenvolvimento somente se dará com o aumento da confiança na Corte. Não impor a ela papéis ousados somente perpetuaria os inúmeros defeitos que nela são presentes. Isso envolve, também, a modificação do papel – e não por meio de modificações institucionais – da Corte perante a comunidade internacional. A Corte precisa tomar, sim, posturas mais ousadas diante das questões internacionais, como o fez, por exemplo, no caso Estados Unidos x Nicarágua. Vale dizer que, apesar de o conceito de normas *jus cogens* existir há mais de trinta anos, a Corte nunca a ele se referiu explicitamente<sup>103</sup>.

Os órgãos mais legítimos da atual comunidade internacional para apreciar a questão dos crimes internacionais seriam a Assembleia Geral da ONU e a Corte Internacional de Justiça. A primeira tenderia a politizar por demais determinadas matérias, o que não aconteceria em relação à segunda, por ser (embora às vezes só teoricamente) independente.

Outra crítica do Relator, no que concerne ao projeto, é o seu papel, que tenderia a ser residual, dada a multiplicação de regimes para cada crime internacional. O caso típico disso seria o papel residual do projeto em relação à Carta da ONU, no caso do crime de agressão. É possível se opor a essa

posição constatando diversos direitos internos. Por exemplo, os códigos civis estabelecem disposições específicas para os mais usuais tipos de contratos. Mas, em suas partes gerais, há regras gerais para os diversos tipos de contratos. Pelo contrário, portanto, tais disposições gerais trazem estrutura e ordem aos crimes<sup>104</sup>. Ademais, o sistema da Carta da ONU é diferente do sistema da responsabilidade. Os dois têm objetivos e lógicas diversas. As Nações Unidas cuidam da manutenção da paz e da segurança internacionais, e não de assegurar o direito; o objetivo mesmo da responsabilidade internacional é assegurar o direito<sup>105</sup>.

Quanto à opção do Relator de desenvolver os conceitos de obrigações *erga omnes* e normas *jus cogens*, em detrimento da noção de crimes internacionais, deve-se analisar o relacionamento entre esses três conceitos. Como já afirmamos anteriormente, a melhor explicação para tal relacionamento se encontra na teoria dos três círculos, de Gaja. As obrigações *erga omnes* comporiam o círculo mais amplo; as normas *jus cogens*, um círculo menos amplo, e os crimes internacionais, um círculo ainda menor.

É no relacionamento desses dois últimos círculos que Abi-Saab vê uma possível abordagem por parte da CDI. Para ele, a distinção entre esses dois círculos não tem que ver com substância, mas com os efeitos de um tratado considerado inderrogável. O fato de ter surgido o conceito de normas *jus cogens* no Direito dos Tratados concentrou a questão na inderrogabilidade e na invalidade de tratados. Mas isso deu às normas *jus cogens* uma conotação diferente daquela existente no Direito Interno. Ali, nem todas as normas peremptórias são consideradas de ordem pública. Algumas normas ou princípios peremptórios são inerentes ao conceito de Direito e de Sistema Jurídico, e impostas pela lógica ou pela necessidade jurídica a fim de que o sistema jurídico exista e continue a funcionar de maneira regular. Essas são normas peremptórias sistêmicas. Mas, além disso, todo sistema jurídico, re-

fletindo os dados históricos e culturais, além da visão coletiva do mundo da sociedade que ele pretende regular, considera determinados valores e interesses comuns como superiores e merecedores de uma proteção jurídica especial. As normas que fornecem essa proteção são normas peremptórias substantivas. São essas as normas de ordem pública cuja violação dá origem a um regime mais severo de responsabilidade no Direito Internacional.

Tais normas, no contexto da responsabilidade internacional, poderiam resolver o problema de um regime mais severo de responsabilidade internacional. Essas violações poderiam não ser chamadas de crimes internacionais, mas de “violações de normas ou obrigações substantivas (ou outro adjetivo) de *jus cogens*”. Para Abi-Saab, isso não só unificaria os padrões de referência em diferentes contextos, como situaria a definição de *jus cogens* por parte da Convenção de Viena na sua verdadeira perspectiva. Isso vai de encontro, aparentemente, à intenção do Relator, que é evitar a existência de um duplo regime de responsabilidade internacional, o que a presente proposta, sem dúvidas, continua a propor<sup>106</sup>.

O grande problema dessa posição é que ela, retirando a noção de crime internacional, cria outro problema de ordem terminológica. O conceito de normas *jus cogens* seria utilizado em dois contextos diferentes. E mesmo a adjetivação da expressão com palavras como substancial criaria confusão. Uma expressão distinta para o contexto da responsabilidade internacional seria mais acertada.

Além disso, tal posição faz crer que a noção de crimes internacionais não ocupa nenhum lugar no ordenamento jurídico internacional, senão como violações de normas *jus cogens*. Conforme a teoria dos três círculos, as normas *jus cogens* e os crimes internacionais pertenceriam, ambos, ao círculo maior, o das obrigações *erga omnes*. Isso já significa que as noções são diferentes. Os adjetivos qualitativos e quantitativos tão

criticados pelo Relator ocupam o centro da noção de crimes internacionais. Se a Comissão tivesse se concentrado apenas na importância da violação para a comunidade internacional no seu conjunto, então os crimes internacionais seriam violações de normas *jus cogens*. Essa gravidade, às vezes, é acrescentada por adjetivos como em “larga escala” ou “massiva”. Tantos esses elementos quantitativos como qualitativos não trazem nenhum empecilho à noção. De fato, o Relator tem razão quando afirma que os arts 19 (2) e 19 (3) se contradizem. O primeiro não se refere à gravidade, o que se assemelharia à noção de *jus cogens*. Uma possível modificação do art. 19 não deve eliminar o elemento gravidade, mas sim acrescentá-lo ao art. 19 (2). Nesse caso, o art. 19 (3) poderia ser excluído.

Isso não elide a necessidade de a Comissão desenvolver mais detalhadamente as noções de obrigações *erga omnes*<sup>107</sup> e normas *jus cogens* – como propõe o Relator –, mas sem retirar a noção de crimes internacionais.

Quanto ao termo crimes internacionais, deve-se dizer que a situação mudou um pouco quanto à divisão dos internacionalistas entre profetas e juizes. Um dos fatos que mais contribuiu para tal modificação foi, sem dúvidas, o fortalecimento de um Direito Penal Internacional e, por consequência, da responsabilidade internacional do indivíduo. A existência de dois tribunais *ad hoc* que visam julgar indivíduos perante o Direito Internacional e a criação de um futuro tribunal com esse escopo – o Tribunal Penal Internacional – difundiram a noção de crimes cometidos pelos indivíduos no Direito Internacional. Claro que o Tribunal de Nuremberg já estabelecia que os indivíduos poderiam ser passíveis de responsabilização perante o Direito Internacional, mas os desenvolvimentos recentes fortaleceram essa idéia e a noção de crimes internacionais parece estar mais associada, no Direito Internacional Contemporâneo, com o indivíduo do que com o Estado. Desse modo, é inegável afirmar que o termo crimes inter-



nacionais, no contexto do projeto de artigos sobre a Responsabilidade Internacional, gera algumas confusões<sup>108</sup>.

Contudo, nós acreditamos que tais confusões podem ser contornadas, e se houvesse uma verdadeira vontade por parte da Comunidade Internacional, assim como por parte da doutrina, o termo crime internacional poderia ser mantido, mesmo existindo uma concepção com conotações penais – o que não seria o caso dos crimes internacionais de Estado – aplicadas aos indivíduos. E nesse ponto nós nos colocaríamos como profetas, na terminologia de Weiler, no sentido de que a noção de crimes não estaria em um contexto penal, além de possuir ela uma função psicológica importante no que concerne ao comportamento dos Estados – inibindo-os de cometer crimes, para não serem assim rotulados. Ademais, a palavra crime adquiriu legitimidade desde 1976 e é amplamente utilizada<sup>109</sup>.

Mas um outro fator, que não pode ser desprezado, surge diante de tal questão, militando contra a terminologia crimes internacionais. Como o Relator, James Crawford, admitiu, é possível que, no futuro, surja uma verdadeira responsabilidade penal dos Estados – assim como acontece nos Direitos Internos, com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Se o termo crime internacional é consagrado sem conotações penais e, no futuro, surge a noção de crimes internacionais com uma verdadeira conotação penal, que nome a eles seriam dados? Isso leva a concluir que a proposição de uma noção de crimes internacionais sem conotação penal pode inibir o surgimento de uma noção de crimes com essa conotação, além de criar um sério problema terminológico para o futuro. O abandono da noção de crimes internacionais não significa, na nossa opinião, de forma alguma, que sua substância deva ser abandonada. A terminologia crimes internacionais não é justificativa para se “jogar o bebê com a água do banho”<sup>110</sup>. E, se fosse o caso de a Comissão somente propor um duplo regime de res-

ponsabilidade internacional com a terminologia crimes internacionais, a terminologia crimes internacionais deveria ser mantida. Como decididamente não é o caso dessa possibilidade no seio da Comissão, uma mudança de termos poderia ser apropriada, o que caberia a ela decidir que termo seria o mais adequado, sendo “atos ilícitos excepcionalmente graves” uma boa opção.

## 6. Conclusões

O embate acerca dos crimes internacionais envolve uma questão mais ampla e também fundamental para o Direito Internacional: sua evolução ou não. Num tempo em que todas as ideologias – exceto a reinante – parecem ter desaparecido, a noção de crimes internacionais reflete os interesses mais caros à comunidade internacional; ou seja, valores que ela reputa como fundamentais, e que assim são considerados pelo seu conjunto.

É pura hipocrisia afirmar que o Direito Internacional é o meio em que somente os mais fortes prevalecem. Os que isso afirmam apenas contribuem para que as relações de poder prevaleçam sobre a igualdade jurídica dos Estados. O Direito Internacional pode, sim, ser um instrumento de modificação da comunidade internacional. Basta somente coragem e vontade para modificar o *status quo* vigente. As utopias só existem para quem nelas acreditam e nela se petrificam. A linha que separa a realidade da utopia é tênue. Cabe somente ao homem decidir se a realidade se tornará utopia ou se a utopia se tornará realidade.

Nesse sentido, a noção de crimes internacionais não é utópica. Os que afirmam que a sociedade internacional não está preparada para a noção são os mesmos que afirmam que nela somente os fortes prevalecem – e com isso se beneficiam, por serem (coincidentemente?) os mais fortes. Os Estados, assim como os internacionalistas, não possuem qualquer empecilho para tornar a noção de crimes realidade. Se a terminologia é

imprecisa, que ela seja modificada!; se há defeitos de redação, que eles sejam concertados!. A noção faz com que o Direito Internacional evolua, até porque pretende fazê-lo mais efetivo.

Percebe-se, pelos comentários da Comissão, que, se ela está dividida entre os que apóiam a noção e os que a rejeitam, os primeiros também estão divididos. Uns acreditam que o projeto de artigos deve permanecer como está; outros acham que devem ser feitas modificações, mas a noção de crimes não teria conotação penal; um terceiro grupo acredita que o projeto deve desenvolver um verdadeiro regime de responsabilidade penal dos Estados. Os que rejeitam a noção o fazem simplesmente afirmando da sua inviabilidade e, no máximo, fazendo uma pequena concessão ao propor a inserção de um artigo que dê margem a futuros desenvolvimentos em favor dos crimes internacionais. É essa justamente a posição do relator que peca em dois sentidos. Mesmo a consagração de um artigo desse tipo seria retroceder no pouco que se conquistou na seara da responsabilidade internacional, ou seja, a existência de regimes diferenciados em caso de violações mais graves. Por outro lado, ele somente vê a possibilidade de crimes internacionais com um sentido penal.

O fato é que, como o representante norteamericano afirmou, houve um apoio substancial à proposta do relator de excluir a noção de crimes internacionais nas discussões da Comissão<sup>111</sup>. Do mesmo modo, alguns se mostram céticos em acreditar que a comissão venha a trazer um regime mais elaborado para os crimes<sup>112</sup>.

É importante salientar que, se, ao menos aparentemente, os Estados mais poderosos são contrários à noção, enquanto os menos poderosos apóiam a distinção entre crimes e delitos, a não-apresentação por esses dos comentários ao projeto enfraquece a possibilidade de a Comissão apoiar a distinção, pois, para os codificadores, a frase de Gilberto Amado é sempre recorrente: “(...) toda

a obra de codificação razoavelmente concebível e realizável há de inspirar-se nesta preocupação assaz precária – corresponder ao interesse, às aspirações possíveis dos Estados”<sup>113</sup>. Entretanto, deve-se ter em mente o que Philip Allott afirmou:

“internacionalistas não são servos dos governos, mas da sociedade internacional. Como juristas, eles são servos não do poder, mas da justiça. É, portanto, dever dos internacionalistas, mesmos aqueles empregados por governos, considerar não apenas o que é de interesse desse ou daquele Estado, mas o que é de interesse da sociedade internacional”<sup>114</sup>.

A noção de crimes internacionais é imprescindível para o desenvolvimento do Direito Internacional. Não importa que nome se dê, o fato é que deve ser reconhecido que há um regime específico para as violações que atentam contra os interesses mais profundos da comunidade internacional no seu conjunto. Como a delegação da Dinamarca, em nome dos países nórdicos, enfatizou, a noção é o “mais espetacular aspecto da Parte I”. E talvez seja mesmo o aspecto mais espetacular do projeto inteiro; projeto que possui nitidamente uma imensa influência civilista – embora todos propugnem que a responsabilidade internacional não seria nem penal nem civil, mas somente internacional. Mesmo se não consagrado no projeto, a noção de crimes internacionais será sempre vista por aqueles que acreditam no Direito Internacional como a melhor tentativa de modificar este que é, provavelmente, o ramo mais conservador do Direito Internacional, a Responsabilidade Internacional dos Estados<sup>115</sup>.

#### Notas

<sup>1</sup> Pode-se mesmo afirmar que há razões para acreditar que essa longa e trabalhosa obra da Comissão está afetando de forma danosa a Sociedade e o Direito Internacionais. Cf. ALLOTT, Philip. State responsibility and the unmaking of international

law. *Harvard International Law Journal*. Cambridge : [s.n.], v. 29. n. 1, 1988. p. 1.

<sup>2</sup> Veja-se, por exemplo, o simpósio dedicado ao tema da responsabilidade internacional, com vários artigos específicos sobre os crimes internacionais, no segundo número de 1999 do *European Journal of International Law*. Contribuíram para o simpósio: Georges Abi-Saab, Christian Dominicé, Giorgio Gaja, Pierre-Marie Dupuy, Christine Chinkin, Andrea Gattini, Vaughan Lowe, Christine Gray, Alain Pellet e James Crawford. Nesse sentido, cf. Symposium: State responsibility. *European Journal of International Law*. Firenze, v. 10, n. 2, 1999. p. 339-460.

<sup>3</sup> Cf. ZEMANECK, Karl. La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites. In: WEIL, Prosper (org.). *Responsabilité internationale*. Paris : Pedone, 1987. p. 6-8.

<sup>4</sup> Cf. ROSENSTOCK, Robert. An international criminal responsibility of States? In: *International law on the eve of the twenty-first century: views from the International Law Commission*. New York : United Nations, 1997. p. 266.

<sup>5</sup> Cf. PELLET, Alain. Can a State commit a crime? Definitely, yes! *European Journal of International Law*. Firenze, v. 10, n. 2, 1999. p. 431.

<sup>6</sup> Cf. ROSENSTOCK, Robert. *Op. cit.*, p. 269-270.

<sup>7</sup> O parecer da Comissão, com as conclusões do citado subcomitê, foi considerado pela Assembléia Geral em 1963, tendo todas as delegações, exceto uma, concordado com a nova abordagem da Comissão. A delegação dissidente foi a dos Estados Unidos, que preferiam a codificação das regras sobre Responsabilidade Internacional por danos causados a estrangeiros. Cf. SPINEDI, Marina. International crimes of State: the legislative history. In: WEILER, Joseph H. H.; CASSESE, Antonio; SPINEDI, Marina (eds.). *International crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*. Berlin : New York: de Gruyter, 1988. p. 15.

<sup>8</sup> HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996. p. 104.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 229-253. Para uma defesa da existência de regras secundárias e primárias no Direito Internacional, cf. ABI-SAAB, Georges. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. La Haye, tome 207, 1987. p. 122.

<sup>10</sup> Cf. CRAWFORD, James. Revising the draft articles on State responsibility. *European Journal of International Law*. Firenze, v. 10, n. 2, 1999. p. 446.

<sup>11</sup> A multiplicidade de regras secundárias gera um problema também extremamente grave, qual seja o dos regimes auto-suficientes. Nesse sentido, cf. especialmente SIMMA, Bruno. Self-contained

regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*. The Hague, v. 16, 1985. p. 111-136.

<sup>12</sup> A importância da distinção foi reiterada pela Comissão na Sessão de 1998, apesar de admitir suas imperfeições. Cf. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session. State Responsibility. UN Doc. A/53/10 (1998), para. 226.

<sup>13</sup> Cf. HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. New York : Oxford University Press, 1995. p. 162.

<sup>14</sup> Cf. SPINEDI, Marina. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 11.

<sup>16</sup> Para a contribuição da escola soviética do Direito Internacional, principalmente do Professor Grigory Tunkin, e o surgimento da noção de crimes internacionais como posteriormente proposta pela CDI, veja-se a excelente bibliografia preparada por Marina Spinedi. Nesse sentido, cf. SPINEDI, Marina. International crimes of State: bibliography 1946-1984. In: WEILER, Joseph H. H. *Op. cit.*, p. 340-353.

<sup>17</sup> Embora a posição que tenha vencido no subcomitê sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados tenha sido a terceira, como já dito, os que apoiavam a primeira solução (foco em questões sobre a paz e a segurança) afirmaram que as posições por ele defendidas tinham de ser levadas em consideração do mesmo modo, em virtude de grandes desenvolvimentos – como a proibição da ameaça ou uso da força nas relações internacionais – terem afetado o Direito da Responsabilidade Internacional, como enfatizado pelo representante chefe de tal posição, Grigory Tunkin. O parecer do Subcomitê, embora confirmando a terceira posição, asseverou que deveria ser dada atenção às possíveis repercussões de novos desenvolvimentos no Direito Internacional no campo da Responsabilidade Internacional. Cf. SPINEDI, Marina. International crimes of State: the legislative history. *Op. cit.*, p. 14-15.

<sup>18</sup> RANGEL, Vicente Marotta. Direito e relações internacionais. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 259. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, dispõe o mesmo que sua antecessora de 1969, *ipsi literis*. Jochen Frowein afirma que Tribunais Internos já haviam reconhecido a existência de normas *jus cogens* no Direito Internacional, e cita um caso na Alemanha e outro nos EUA. Nesse sentido, cf. FROWEIN, Jochen A. Reactions by not directly affected states to breaches of public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. La Haye, tome 248, 1994. p. 364-365.

<sup>19</sup> Cf. FROWEIN, Jochen. Jus Cogens. In: BERNHARDT, Rudolf et alli (eds.). *Encyclopedia of Pu-*

*blic International Law*. Instalment 7. Amsterdam : New York : Oxford : North Holland, 1984. p. 329.

<sup>20</sup> *International Court of Justice*. Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970. Case concerning the Barcelona traction, Light and Power Company, Limited, 1970. p. 32.

<sup>21</sup> Tradução do autor. No original, em inglês:

“Article 19 -*International crimes and international delicts*

1. *An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.*

2. *An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.*

3. *Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:*

a. *a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;*

b. *a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;*

c. *a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;*

d. *a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.*

4. *Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict”.*

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session. State Responsibility. UN Doc. A/51/10 (1996), para. 206.

<sup>22</sup> Cf. SPINEDI, Marina. *International crimes of State: the legislative history*. In: *Op. cit.*, p. 21-23. Para um histórico completo do desenvolvimento da noção de crimes internacionais, cf. *Idem, ibidem*, p. 7-138.

<sup>23</sup> Cf. CRAWFORD, James. *First report on State responsibility*. UN Doc. A/CN.4/490/Add. 1-3 (1998).

<sup>24</sup> Cf. CRAWFORD, James. *First report on State responsibility*. UN Doc. A/CN.4/490 (1998), paras. 6-7.

<sup>25</sup> Desta forma (tradução do autor):

“Artigo 51. Conseqüências de um crime internacional

Um crime internacional acarreta todas as conseqüências jurídicas de qualquer outro ato internacionalmente ilícito, além das conseqüências expostas nos artigos 52 e 53.

Artigo 52. Conseqüências Específicas

Quando um ato internacionalmente ilícito de um Estado é um crime internacional:

a. a prerrogativa de um Estado lesado a obter restituição em espécie não é sujeita às limitações expostas nos sub-parágrafos (c) e (d) do artigo 43;

b. a habilitação de um Estado lesado a obter satisfação não é sujeita à restrição do parágrafo 3 do artigo 45.

Artigo 53. Obrigações para todos os Estados

Um crime internacional cometido por um Estado acarreta em obrigação para todos os outros Estados de:

a. não reconhecer como lícita a situação criada pelo crime;

b. não prestar auxílio ou assistência ao Estado que cometeu o crime, mantendo a situação criada.

c. cooperar com outros Estados na execução de obrigações sob os sub-parágrafos (a) e (b); e

d. cooperar com outros Estados na aplicação de medidas projetadas para eliminar as conseqüências do crime”.

No original, em inglês:

“Article 51. *Consequences of an international crime*

*An international crime entails all the legal consequences of any other internationally wrongful act and, in addition, such further consequences as are set out in articles 52 and 53.*

Article 52. *Specific consequences*

*Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:*

a. *an injured State’s entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43;*

b. *an injured State’s entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45.*

Article 53. *Obligations for all States*

*An international crime committed by a State entails an obligation for every other State:*

a. *not to recognize as lawful the situation created by the crime;*

b. *not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created;*

c. *to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs (a) and (b); and*

d. *to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime”.*

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session. State Responsibility. UN Doc. A/51/10 (1996), paras. 238-

240. O art. 43, que trata da restituição em espécie, dispõe no subparágrafo (c) que a restituição em espécie não pode-se dar quando envolver um ônus desproporcional em benefício do Estado lesado, se recebesse a restituição em espécie ao invés da satisfação. E no subparágrafo (d) dispõe que a restituição não pode pôr em sério perigo a independência política ou estabilidade econômica do Estado que cometeu o ato internacionalmente ilícito. Por sua vez, o art. 45, que cuida da satisfação, dispõe no seu parágrafo 3 que o direito de obtê-la não pode-se dar se ela enfraquece a dignidade do Estado que cometeu o ato internacionalmente ilícito. Portanto, esses três casos não se aplicam quando do cometimento de crime internacional.

<sup>26</sup> Pelo art. 48 do projeto, o Estado deve cumprir a obrigação de negociar – que está consubstanciado na parte três do projeto, arts. 54-60, tratando da solução de controvérsias na seara da responsabilidade internacional – com o Estado que cometeu o ilícito antes de recorrer às contramedidas.

<sup>27</sup> Cf. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session. *State responsibility*. UN Doc. A/54/10 (1999), para. 66.

<sup>28</sup> Cf. CRAWFORD, James. *First report on State responsibility*. UN Doc. A/CN.4/490/Add. 1 (1998), para. 46-49.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, para 50.

<sup>30</sup> Assim (tradução do autor):

“Artigo 40 Acepção de Estado lesado

1. Para efeito dos presentes artigos, entende-se por “Estado lesado” qualquer Estado lesado em um de seus direitos por outro Estado, se esse ato constitui, conforme a Parte I, um ato internacionalmente ilícito desse Estado.

2. Em particular, entende-se por “Estado lesado”:

(...)

e. se o direito lesado pelo ato de um Estado surge de um tratado multilateral ou de uma regra de Direito Internacional Costumeiro, qualquer outro Estado parte no tratado multilateral ou obrigado pela norma relevante de Direito Internacional costumeiro, se é estabelecido que:

i. o direito foi criado ou é estabelecido em seu favor;

ii. a lesão do direito pelo ato de um Estado necessariamente afeta o gozo dos direitos ou o cumprimento das obrigações dos outros Estados partes no tratado multilateral ou obrigados pela norma de Direito Internacional costumeiro; ou

iii. o direito foi criado ou é estabelecido para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

f. se o direito lesado pelo ato de um Estado surge de um tratado multilateral, qualquer outro Estado parte no tratado multilateral, se é estabelecido que o direito foi expressamente estipulado nesse

tratado para a proteção dos interesses coletivos dos Estados partes.

3. Ademais, entende-se por “estado lesado”, se o ato internacionalmente ilícito constitui um crime internacional, todos os outros Estados”.

No original, em inglês:

“Article 40 - Meaning of injured State

1. For the purposes of the present articles, “injured State” means any State a right of which is infringed by the act of another State, if that act constitutes, in accordance with Part One, an internationally wrongful act of that State.

2. In particular, “injured State” means:

(...)

e. if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty or from a rule of customary international law, any other State party to the multilateral treaty or bound by the relevant rule of customary international law, if it is established that:

i. the right has been created or is established in its favour;

ii. the infringement of the right by the act of a State necessarily affects the enjoyment of the rights or the performance of the obligations of the other States parties to the multilateral treaty or bound by the rule of customary international law; or

iii. the right has been created or is established for the protection of human rights and fundamental freedoms;

f. if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty, any other State party to the multilateral treaty, if it is established that the right has been expressly stipulated in that treaty for the protection of the collective interests of the States parties thereto”.

3. In addition, “injured State” means, if the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other States”.

Report of the international law commission on the work of its forty-eighth session. *State Responsibility*. UN Doc. A/51/10 (1996), para. 227.

<sup>31</sup> Cf. James Crawford. *First report on State responsibility*. UN Doc. A/CN.4/490/Add. 1 (1998), para. 51.

<sup>32</sup> Ao que consta, o Brasil não apresentou, até o presente momento, os seus comentários ao projeto de artigos.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem* para. 52.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, paras. 53-59. Embora não analisado pelo Relator em seu parecer, a Grécia também elaborou comentários acerca do projeto aprovado em primeira leitura. A posição grega é de apoio à noção, afirmando que o art. 19, estabelecendo os crimes internacionais, é um dos mais importantes e essenciais artigos no projeto de artigos. Os comentários da Grécia, assim como dos outros Estados, podem ser encontrados na *homepage* do projeto sobre responsabilidade internacional do Lauterpa-

cht Research Centre for International Law, da Universidade da Cambridge. Cf. <http://www.law.cam.ac.uk/RCIL/ILCSR>.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem* para. 60.

<sup>36</sup> Cf. CRAWFORD, James. First Report on State Responsibility. UN Doc. A/CN.4/490/Add. 2 (1998), para. 61.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem* para. 63.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem* para. 64.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem* para. 65.

<sup>40</sup> *Idem, ibidem* para. 66-70.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem* para. 71.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem* para. 73.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem* para. 74.

<sup>44</sup> Cf. CRAWFORD, James. First report on State responsibility. UN Doc. A/CN.4/490/Add. 3 (1998), para. 76.

<sup>45</sup> *Idem, ibidem* para. 79-83.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem*, para. 83.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, para. 84.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, para. 84.

<sup>49</sup> Sobre o relacionamento entre danos punitivos e crimes internacionais, cf. WITTICH, Stephan. Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages and the law of State responsibility. *Austrian Review of International and European Law*. Vienna : [s.n.], v. 3. n. 1, 1998, p. 145-146.

<sup>50</sup> *Ibidem*, para. 84.

<sup>51</sup> *Ibidem*, para. 84.

<sup>52</sup> *Ibidem*, para. 84.

<sup>53</sup> *Ibidem*, para. 85.

<sup>54</sup> *Ibidem*, para. 86.

<sup>55</sup> *Ibidem*, para. 87.

<sup>56</sup> *Ibidem*, para. 87.

<sup>57</sup> *Ibidem*, para. 89.

<sup>58</sup> *Ibidem*, paras. 91-92.

<sup>59</sup> *Ibidem*, paras. 95-96.

<sup>60</sup> *Ibidem*, paras. 97-99.

<sup>61</sup> *Ibidem*, para. 100.

<sup>62</sup> *Ibidem*, para. 101.

<sup>63</sup> Cf. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session. State Responsibility. UN Doc. A/53/10 (1998), para. 273.

<sup>64</sup> *Ibidem*, para. 274.

<sup>65</sup> *Ibidem*, para. 288.

<sup>66</sup> *Ibidem*, para. 298.

<sup>67</sup> *Ibidem*, para. 299.

<sup>68</sup> *Ibidem*, para. 300.

<sup>69</sup> *Ibidem*, para. 302.

<sup>70</sup> *Ibidem*, para. 306.

<sup>71</sup> *Ibidem*, para. 317.

<sup>72</sup> *Ibidem*, para. 318.

<sup>73</sup> *Ibidem*, para. 319.

<sup>74</sup> *Ibidem*, para. 320.

<sup>75</sup> *Ibidem*, para. 321.

<sup>76</sup> Cf. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session. State Responsibility. UN Doc. A/54/10 (1999), para. 644.

<sup>77</sup> Os Estados que apresentaram comentários: Alemanha, Áustria, Chile, China, Dinamarca (em nome dos países nórdicos), Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, França, Índia, Israel, Itália, Japão, Nova Zelândia, Paquistão, Polônia, Reino Unido, República Checa, Singapura, e Suíça.

<sup>78</sup> Para um resumo dos pontos principais discutidos nessa sessão do Sexto Comitê, cf. BO-DEAU, Pierre. Comments and Observations by Governments in the 6<sup>th</sup> Committee – 54<sup>th</sup> Session – 1999. Summary of Main Points. <http://www.law.cam.ac.uk/RCIL/ILCSR>.

<sup>79</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The concept of “international crimes” and its place in contemporary international law. In: WEILER, Joseph H. H. *Op. cit.*; p. 141-145.

<sup>80</sup> Cf. GAJA, Giorgio. Obligations *erga omnes*, international crimes and *jus cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>81</sup> *Idem, Ibidem*, p. 159-160.

<sup>82</sup> Para o tema da hierarquia no Direito Internacional Contemporâneo, incluindo-se o problema da inversão de posição quanto a seus oponentes, assim como outras questões, cf. WEILER, Joseph H. H. PAULUS, Andreas L. The structure of change in international law or Is there a hierarchy of norms in international law? *European Journal of International Law*. Firenze : [s.n.], v. 8. n. 4, 1997. p. 545-565.

<sup>83</sup> Cf. WEILER, Joseph H. H. On prophets and judges. Some Personal Reflections on State Responsibility and Crimes of State. In: WEILER, Joseph H. H. *Op. cit.*, p. 320.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem* p. 319-335.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*, p. 323.

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 324.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*, p. 325.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem*, p. 326-327.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, p. 329.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 329.

<sup>91</sup> *Idem, ibidem*, p. 332-333.

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*, p. 334.

<sup>93</sup> Cf. PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime?... *Op. Cit.*, p. 430.

<sup>94</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The Uses of Article 19. *European Journal of International Law*. Firenze. v. 10. n. 2, 1999, p. 342.

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*. p. 342.

<sup>96</sup> Alguns se centram nas parcas diferenças no que tange às consequências para negar a viabilidade da distinção. Cf. ZEMANECK, Karl. The legal foundations of the international system: general course on public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. La Haye. Tome 266, 1997. p. 272.

<sup>97</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>98</sup> Cf. PELLET, Alain. Can a State Commit a

Crime?... *Op. cit.*, p. 431.

<sup>99</sup> Idem, *ibidem*, p. 432-433.

<sup>100</sup> O art. 66 *a* da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados estabelece:

“Artigo 66 Procedimentos de solução judiciária de arbitragem e de conciliação

Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução for alcançada nos doze meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte procedimento será adotado:

a. qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem”. RANGEL, Vicente Marotta. *Op. cit.*, p. 264. O parágrafo 3 do art. 65 da Convenção se refere aos meios de solução de controvérsias referidos no art. 33 da Carta da ONU (negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico). O art. 53 se refere às normas peremptórias (*jus cogens*).

<sup>101</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The Uses of Article 19. *Op. cit.*, p. 343.

<sup>102</sup> Cf. BOWETT, Derek William. Crimes of state and the 1996 report of the international law commission on State responsibility. *European Journal of International Law*. Firenze : v. 9. n. 1, 1998. p. 168.

<sup>103</sup> Para uma análise da necessidade de mudança de postura da Corte Internacional de Justiça, cf. DUPUY, Pierre-Marie. The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice. *New York University Journal of International Law and Politics*. New York : v. 31. n. 4, 1999. p. 791-807.

<sup>104</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *Op. cit.*, p. 347.

<sup>105</sup> Cf. PELLET, Alain. Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international. In: *International law on the eve of the twenty-first century: views from the international law commission*. *Op. cit.*, p. 314.

<sup>106</sup> Cf. ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *Op. cit.*, p. 348-349. Em um sentido semelhante, a posição de Alian Pellet é de que seria mais fácil e conveniente definir um crime internacional como a violação de uma norma *jus cogens*. Para ele, a Comissão assim não procedeu em 1976 por razões políticas e de prudência, temendo que, dizendo-se que um crime internacional seria a violação de uma norma *jus cogens*, alguns Estados que não aceita-

vam a noção de *jus cogens* também não aceitassem a noção de crimes internacionais. A situação internacional provou que os temores quanto à noção de *jus cogens* era infundados. Assim, a noção não destabilizou a sociedade internacional, nem trouxe abusos. Pellet também acredita que o órgão que deveria deliberar sobre os crimes internacionais deveria ser a Corte Internacional de Justiça, tendo ele, inclusive, como membro da Comissão, proposto isso. Cf. PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime?... *Op. cit.*, p. 428-429.

<sup>107</sup> Nesse caso, uma das modificações poderia ser feita no art. 40 (2) *e iii*, que, ao considerar todos os Estados lesados quando da violação de uma norma para proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, esquece que existem outras obrigações *erga omnes*, em que todos os Estados são lesados. Portanto, o dispositivo em questão deveria referir-se não somente às obrigações relativas a direitos humanos, mas a todas as obrigações *erga omnes*. Cf. GAJA, Giorgio. Should All References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility? *European Journal of International Law*. Firenze, v. 10. n. 2, 1999. p. 367.

<sup>108</sup> Christian Dominicé, por exemplo, admite que, no passado, acreditava que o termo crimes internacionais, no contexto da responsabilidade internacional dos Estados, seria linguisticamente conveniente, não implicando uma criminalização do Direito Internacional. Sua opinião, hoje, é diversa, acreditando que o termo crime, com suas conotações penais, pode criar confusão. Cf. Dominicé, Christian. The international responsibility of States for breach of multilateral obligations. *Op. cit.*, p. 359.

<sup>109</sup> Cf. PELLET, Alain. Can a State commit a Crime?... *Op. cit.*, p. 434.

<sup>110</sup> Cf. PELLET, Alain. Vive le crime!... *Op. cit.*, p. 306.

<sup>111</sup> Cf. ROSENSTOCK, Robert. The fiftieth session of the international law commission. *American Journal of International Law*. Washington : [s.n.] v. 93. n. 1, 1999. p. 239.

<sup>112</sup> Cf. GAJA, Giorgio. Should all references to international crimes disappear... *Op. cit.*, p. 366.

<sup>113</sup> AMADO, Gilberto. O direito internacional e as nações unidas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro : [s.n.], v. 134, 1951. p. 339.

<sup>114</sup> ALLOTT, Philip. State responsibility and the unmaking of international law. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>115</sup> Cf. SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. La Haye. Tome 250, 1994. p. 233.

# Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código do Consumidor

Plínio Lacerda Martins

## Sumário

1. O fornecimento de energia elétrica como serviço essencial. 2. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor. 3. A teoria da lesão e o direito do consumidor a reparação por danos praticados pelo fornecedor. 4. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo. 5. O corte de energia e o constrangimento do consumidor. 6. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica. 7. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso. 8. A prática abusiva do corte de serviço essencial.

### *1. O fornecimento de energia elétrica como serviço essencial*

Os serviços de energia elétrica são, sem dúvida, relações de consumo, considerado fornecedor a empresa de energia elétrica, na forma do art. 3º do CDC, e os usuários são consumidores na forma do art. 2º e parágrafo único da norma consumerista.

O serviço de energia é serviço público essencial, subordinado ao princípio da continuidade, na forma do art. 22 do Código do Consumidor, da mesma forma que o serviço de telefonia e água<sup>1</sup>.

Enuncia o art. 22 e seu parágrafo único do CDC que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissonárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Plínio Lacerda Martins é Mestre em Direito e Professor de Direito do Consumidor UGF.



Cumprê registrar que a Portaria nº 03/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (publicada em 19/3/99) reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia<sup>2</sup>.

## 2. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor

Verifica-se, em muitos casos, que o consumidor não efetua o pagamento não porque não queira, mas porque há situações imprevisíveis que fogem à esfera de sua vontade, tais como o atraso no salário, problemas de saúde, etc., inviabilizando o pagamento da conta de energia elétrica.

Arrimadas a esse fato existem hipóteses de débitos indevidos praticados pelo fornecedor, que, com a ameaça de desligamento, impossibilitam o direito de revisão.

O art. 6º, X, do CDC consigna que é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

O art. 4º do CDC estabelece a política nacional das relações de consumo, cujo objetivo é atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida.

Prescreve ainda a legislação consumerista a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º, II, d); devendo o Estado ainda providenciar a

“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (art. 4º, III).

O art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal estabelece:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

(...)

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece, no art. 6º, que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, afirmando no § 1º o conceito de serviço adequado como sendo “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>3</sup>.

Por fim, registra-se que o art. 4º, VII, do CDC imputa ao Estado o dever da melhoria dos serviços públicos.

## 3. A teoria da lesão e o direito do consumidor a reparação por danos praticados pelo fornecedor

O Código do Consumidor assegura ao consumidor o direito de reparação pelos danos sofridos. Estabelece o art. 6º, VI, do CDC:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

No mesmo sentido estabelece o art. 22, parágrafo único, do CDC:

“Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causa-

dos na forma prevista neste Código” (grifo nosso).

Antônio Herman Benjamin conclui ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC que:

“Uma vez que a Administração não esteja cumprindo as quatro obrigações básicas enumeradas pelo *caput* do art. 22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as *personas jurídicas compelidas a cumpri-las*. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o *ressarcimento dos prejuízos* sofridos pelos consumidores”<sup>4</sup>.

Diante dos conflitos de consumo, que surgem a cada dia entre o fornecedor e o consumidor, verifica-se o desequilíbrio entre as partes, em face de uma prática comercial abusiva ditada pela parte mais forte, demonstrando a manifesta vantagem excessiva. Surge assim a necessidade do intervencionismo estatal, permitindo inclusive a revisão das cláusulas contratuais pactuadas em razão do abuso, que implica lesão ao direito do consumidor.

Demonstrado está que as práticas abusivas ocasionam um desequilíbrio na relação de consumo, podendo ocasionar uma lesão à parte mais desfavorecida.

Assim, o poderio econômico da parte mais forte faz evoluir o desequilíbrio da força contratual, que dita condições, faz prevalecer interesses egoístas, contrata sem combate, mascarando os privilégios e assegurando a eficiência e a rentabilidade<sup>5</sup>.

É cediço que, envolvendo relação de consumo, os princípios contratuais clássicos são mitigados e temperados pelo princípio da onerosidade excessiva, também conhecido pela máxima romana *cláusula ‘rebus sic stantibus’-imprevisibilidade*, (teoria da imprevisão) e pela teoria da lesão<sup>6</sup>.

Se existe uma desvantagem exagerada, fica caracterizada para o consumidor uma lesão (*laesio*), sendo esse tema abordado pela doutrina como “Teoria da Lesão”.

A lesão é vício em grau de igualdade do dolo, erro ou vício do negócio jurídico, sendo certo que o fato de a parte contratar não implica que a mesma não possa discutir o contrato, buscando a revisão de cláusulas com onerosidade excessiva<sup>7</sup>.

Por isso, no caso da manifesta vantagem excessiva, a doutrina denomina esse fato *dolo de aproveitamento*<sup>8</sup>, que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, não prevalecendo em relação à parte mais vulnerável.

A Lei do Consumidor consagrou a Teoria da Lesão, bastando para a sua configuração o fato superveniente arrimado ao fato da onerosidade excessiva, concretizando, assim, a lesão ao direito do consumidor.

No magistério de Caio Mário, o instituto da lesão continua presente na proteção à parte contratual mais fraca, “e tudo indica que veio para ficar”<sup>9</sup>.

Com acerto, o fato de o fornecedor efetuar o desligamento de energia elétrica do consumidor inadimplente ocasiona uma lesão ao direito do consumidor, dificultando o direito de acesso à justiça para discussão do débito indevido, consolidando em vantagem manifesta excessiva para o fornecedor (autotutela).

#### 4. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo

O CDC consagra a ação governamental de coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado do consumo (art. 4º, VI).

Cada dia tornam-se mais comuns reclamações contra o fornecedor pelos serviços prestados.

Não são raras as vezes em que o consumidor/usuário é surpreendido com um débito indevido em sua conta, e a solução outorgada pelo fornecedor consiste na orientação de o consumidor pagar a conta inde-

vida para após discutir, sob pena de corte do fornecimento.

Prescreve o art. 39, inciso IV, do CDC que se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços constitui prática abusiva repudiada pela norma do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor traz preceito expresso a respeito do princípio da boa-fé (art. 4º, inciso III, da norma do consumidor), concretizando assim o *princípio da boa-fé objetiva*.

No dizer da doutrinadora Cláudia Lima Marques,

“Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes. Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada”<sup>10</sup>.

O Código do Consumidor, presumindo o consumidor como parte contratual mais fraca, impõe aos fornecedores de serviços no mercado um mínimo de atuação conforme à boa-fé. O princípio da boa-fé nas relações de consumo atua limitando o princípio da autonomia da vontade e combatendo os abusos praticados no mercado.

Há práticas comerciais que ocasionam desequilíbrio na relação contratual, atentando contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo, devendo ser declaradas abusivas tais práticas.

O Código do Consumidor prevê, no art. 6º, IV, como direito básico do consumidor a proteção contra cláusulas abusivas. Também prevê como direito básico do consumidor, no mesmo dispositivo legal, a proteção

contra práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços<sup>11</sup>.

Há que se observar que o Código de Defesa do Consumidor apresenta, no art. 39, uma lista de práticas abusivas, sendo certo que a lista não é taxativa, admitindo outras práticas comerciais como sendo abusivas, desde que figure o significativo desequilíbrio entre os direitos do consumidor, a manifesta vantagem e a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

Infere-se que, sem boa-fé, princípio que norteia o sistema, a prática é abusiva.

### 5. O corte de energia e o constrangimento do consumidor

Conforme leciona Hélio Gama, a “Constituição Federal traz dispositivo de proteção da honra da pessoa, enquanto o Código Penal comina crime ao ato de exacerbação no exercício arbitrário das próprias razões”. Assevera Hélio Gama que “era comum submeter-se os devedores à execração pública ou constrangê-los até pagarem os seus débitos”; afirmando que certos credores se aproveitam dos mecanismos de cobrança “para aviltar as dignidades dos seus devedores”<sup>12</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, contudo, veda a prática do constrangimento na cobrança de dívidas, determinando que o consumidor não pode ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça e nem exposto a ridículo pela cobrança de dívida.

Consagra o art. 42 do CDC:

“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”

Com se sabe, a lei do Consumidor repudiou a cobrança vexatória a tal ponto de tipificar como criminosa a conduta que expõe o consumidor a constrangimento em razão de dívida.

Estabelece o art. 71 do CDC:

“Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, cons-

trangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.”

Vale transcrever as lições do Prof. Hélio a respeito do conceito de constrangimento, sustentando *in verbis*:

“Ao nosso ver, o constrangimento de que fala o CDC é aquela imposição de situações que venham a atormentar o devedor, fazendo com que as agruras da cobrança que sofra se transformem em condenação adicional ou acessória”<sup>13</sup>.

Seria o caso de indagarmos: será que a cobrança do fornecedor de energia elétrica que ameaça interromper o serviço público essencial do usuário/consumidor inadimplente não configura para o consumidor um constrangimento? Será que essa cobrança não dificulta o acesso à Justiça?

*O fornecimento de energia é serviço essencial.* A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI, X, e art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

### 6. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica

Cumpra registrar *a priori* que a relação de consumo é prevista no Código do Consumidor como norma jurídica especial, que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo.

A bem da verdade, o Código do Consumidor não é uma simples norma jurídica e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além do direito instrumental.

No magistério de Maria Helena Diniz, “sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito”, estabelecendo as relações entre eles, projetando-se numa dimensão significativa. “O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária”<sup>14</sup>.

Nesse sentido surge a ponderação: como entender a norma prevista no art. 22 do CDC, que estabelece que os serviços públicos essenciais deverão ser prestados de forma contínua, e a norma posterior que autoriza o corte do fornecimento do serviço essencial por falta de pagamento?

Estabelece o art. 22 do CDC:

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

A lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece no art. 6º, § 3º:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

A Portaria nº 466 de 12 de novembro de 1997 do DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, atual Agência Nacional de Energia Elétrica) estabelece diversas situações em que o concessionário poderá suspender o fornecimento de energia elétrica, com destaque para o inciso I –

art. 76 – “por atraso no pagamento da conta após o decurso de 15(quinze) dias de seu vencimento mediante prévia comunicação do consumidor”.

Da análise dos textos legais, seria o caso de interpretarmos que a Lei nº 8.987/95 derogou a lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor) no sentido que o serviço essencial pode ser interrompido? Seria o caso de aplicarmos o critério cronológico de resolução de conflitos de normas: *lex posteriori revoga legis a priori*?

Salvo melhor juízo, o critério para resolução desse possível conflito não se traduz nesse critério cronológico. É certo que ambas as normas jurídicas pertencem à mesma hierarquia e que a lei da concessão do serviço público é posterior à lei do consumidor. Também é certo que a lei das concessões foi criada atendendo o dispositivo normativo constitucional previsto no art. 175, que prescreve:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

Não vislumbramos no texto constitucional autorização às empresas concessionárias e permissionárias para efetuarem o desligamento do serviço essencial. Ao contrário, a Carta Magna prescreve que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter os serviços adequados, fato esse não verificado na atualidade.

Destarte, em caso de antinomia entre o critério de especialidade (Código do Consumidor) e o cronológico (lei da concessão do serviço público), não se aplica o critério *lex posteriori revoga legis a priori*, e sim o critério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Há que se atentar que a norma do consumidor, como norma especial, contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de consumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula a concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

### 7. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso

É cediço que o Código do Consumidor surgiu atendendo a um comando constitucional, estabelecendo um sistema de defesa do consumidor. Conforme já registrado anteriormente, se há relação de consumo, os direitos dos usuários/consumidores são regulados e tutelados pelo Código do Consumidor.

O art. 1º do CDC é bem claro ao dispor que o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias, atendendo assim à política nacional de relação de consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo.(art. 4º, caput).

Com conhecimento jurídico sólido sobre o assunto, o jurista Marcos Maselli Gouvêa afirma que “a defesa do consumidor é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXII, e um princípio da ordem econômica, previsto no art. 170, V”<sup>15</sup>.

A Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana como um fundamento bá-

sico (art. 1º, III, da CF). No art. 170, V, da CF estabelece:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor”.

No mesmo sentido, o direito do consumidor está elencado entre os direitos fundamentais da Constituição.

José Geraldo Brito Filomeno esclarece, a respeito do art. 1º do CDC, que sua promulgação se deve a “mandamento constitucional expresso. Assim a começar pelo inc. XXXII do art. 5º da mesma Constituição, impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>16</sup>.

O 40º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu que o direito de proteção ao consumidor é *cláusula pétrea da Constituição Federal* (art. 5º, XXXII, CF/88)<sup>17</sup>.

Conforme demonstrado, o Código do Consumidor erigiu do comando Constitucional, estabelecendo expressamente no art. 1º do CDC a despeito da norma Constitucional.

Nesse sentido, é correta a premissa que qualquer norma infraconstitucional que ofender os direitos consagrados pelo Código do Consumidor estará ferindo a Constituição e, *mutatis mutandis*, deverá ser declarada como inconstitucional.

Nessa direção, estabelece Arruda Alvim:

“Garantia constitucional desta magnitude possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirar de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir em óbice à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor”<sup>18</sup>.

Sem embargo dessas considerações, faz-se necessário comentar o princípio da proi-

bição do retrocesso em face das garantias fundamentais.

Com efeito, o direito do consumidor possui o *status* de direito constitucional e, com tal, não pode o legislador ordinário fazer regredir o “grau de garantia fundamental” conforme leciona Marcos Gouvêa<sup>19</sup>.

A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção “por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade” (art. 6º, §3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o art. 22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e “contínuos”.

Arrimado a esse fato, acrescente-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça que o dispositivo apresenta, consolidando, assim, na autotutela do direito do fornecedor.

Admitir a possibilidade do corte de energia elétrica implica flagrante retrocesso ao direito do consumidor, consagrado em nível constitucional. Por isso, o princípio de retrocesso veda que lei posterior possa desconstituir qualquer garantia constitucional. Ainda que *lex posteriori* estabeleça nesse sentido, a norma deverá ser considerada inconstitucional.

Por tais razões, é manifesta a inconstitucionalidade do dispositivo legal previsto no art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95 que autoriza a interrupção de serviço essencial, em razão do princípio da proibição de retrocesso.

## 8. A prática abusiva do corte de serviço essencial

Recentemente, o Juízo da 8ª Vara de Falências da Capital do Rio de Janeiro concedeu liminar em uma ação coletiva, proposta

pelo núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, determinando a proibição de cortar a luz dos consumidores por falta de pagamento ou mesmo constatação de outras irregularidades<sup>20</sup>.

A ação coletiva foi interposta contra a Light e Cerj, sendo acolhido o argumento da Defensoria Pública, no sentido de que o desligamento de energia, pautado na Portaria 466/97 do DNAEE (agora pela Agência Nacional de Energia Elétrica), fere a Constituição, permitindo a imposição unilateral de dívidas sem observância do devido processo legal além de submeter o consumidor a constrangimento e ameaça na cobrança de dívidas, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, exigindo mecanismos legais para a cobrança de créditos.

Em Juiz de Fora/MG, o Ministério Público Estadual, por meio da Promotoria de Justiça do Consumidor, ingressou com Ação Civil Pública em face da CEMIG por idêntico fundamento legal, argumentando a ilegalidade do corte de energia elétrica, que constitui prática abusiva, em flagrante desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da ilegalidade do corte em relação ao serviço essencial é patente, a exemplo da sentença da Juíza Aparecida Oliveira, de Anápolis, Goiás, que expressamente considerou o corte ilegal, porque “a água é de necessidade da população, de consumo imprescindível e não pode ser cortada sob nenhum propósito”<sup>21</sup>.

O STJ já se pronunciou a respeito da impossibilidade da interrupção de serviço essencial, *in verbis*:

“Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento”<sup>22</sup>.

Dessa forma, o aresto do E. STJ decidiu por unanimidade que o fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, fundamentando:

“O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamen-

tal, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários”.

Para o Ministro Garcia Vieira, relator do processo,

“a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento”.

casos previstos no Código de Defesa do consumidor.

O Ministro Garcia Vieira afirma ainda em seu *decisum* que, para receber seus créditos, a CASAN deve usar os meios legais próprios,

“não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim no império da lei, e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e o não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população”.

No mesmo sentido, *o fornecimento de energia é serviço essencial*. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la, sem prejuízo da condenação do fornecedor pelo dano moral e patrimonial sofrido pelo consumidor<sup>23</sup>.

Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado, quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), na forma como prescreve o art. 6º, X, do CDC (adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral), sem prejuízo da reparação dos danos provocados (a teor do art. 6º, VI, do CDC, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”).

A respeito, claríssima a lição de Mário Aguiar Moura:

“A continuidade dos serviços essenciais significa que devem ser eles prestados de modo permanente sem interrupção, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior que determine sua paralisação passageira. A hipótese é a de o particular já estar recebendo o serviço. Não pode a pessoa jurídica criar descontinuidade. Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados, o transporte, água, esgoto, fornecimento de eletricidade com estabilidade, linha telefônica, limpeza urbana, etc.”<sup>24</sup>.

Leciona Mário de Aguiar que

“uma inovação trazida pela atual Constituição é a extensão do mesmo critério às concessionárias ou permissionárias do serviço público. Assim, no caso dos serviços concedidos de transporte, fornecimento de água, eletricidade etc., as empresas respondem perante terceiro segundo os critérios da responsabilidade sem culpa nas mesmas condições do que ocorre com a pessoa jurídica pública”<sup>25</sup>.

O ilustre jurista Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, comentando o art. 22, ressalta o seguinte:

“A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais – e só eles – devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo”<sup>26</sup>.

Na esteira do entendimento pretoriano, a jurisprudência tem firmado o entendimento de que o corte de fornecimento de energia elétrica é ilegal, conforme julgado da Colenda Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O r. aresto faz menção ao eminente Desembargador Protásio Leal, afirmando que deve a concessionária aguardar o pronunciamento da Justiça, não podendo exigir de imediato o pagamento do alegado débito sob ameaça de corte de fornecimento de energia elétrica, “sendo o serviço prestado bem indispensável, não pode ser ele suspenso bruscamente sem motivo justificado”<sup>27</sup>.

Em idêntica direção, decidiu a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça Catarinense, em reexame de sentença de Ação de Mandado de Segurança, pela confirmação da sentença *a quo*, fundamentando que se

“houver débito a cobrança deverá ser feita pela via própria. O que não pode é o usuário ser coagido a pagar o que julga razoavelmente não dever sob o teor de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica bem indispensável na vida humana”<sup>28</sup>.

Apreciando caso semelhante, assim decidiu o Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Ementa: Mandado de segurança. Ato praticado por concessionária de serviço público. Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento de fatura. Segurança concedida. Decisão confirmada. Tratando-se de serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, para possibilitar a continuidade da empresa-impetrante, o ato da concessionária, que ameaça cortar tal fornecimento por falta de pagamento da fatura, é ilegal e abusivo, podendo ser afastado via mandado de segurança”<sup>29</sup>.

Com efeito, não há justificativas para a prática abusiva do corte de energia elétrica por falta de pagamento por parte do fornecedor de energia na cobrança de dívidas,



expondo o consumidor a constrangimento, sendo certo que existem mecanismos legais de cobrança, não sendo possível referendar a autotutela.

Há que se referir que aos Juízes é permitido o controle das cláusulas e práticas abusivas. Destarte, faz-se necessário a providência jurisdicional, em prol dos consumidores, para que o direito consagrado no Código do Consumidor não seja violado com o corte da energia elétrica, que é considerada *serviço essencial*; coibindo o abuso na cobrança, que deve ser efetuada pelos meios legais em direito admitidos.

Estabelece o art. 5º, XXXV, da CF que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário a simples ameaça a direito, como admitir-se que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de fazer “justiça com as próprias mãos”?

Nos casos de inadimplência, portanto, cabe às rés, com resguardo do Princípio da Isonomia, ingressar em Juízo para cobrar quanto lhes é devido. E, até mesmo, para pedir ao Juiz que mande interromper o serviço de fornecimento de energia. Porque o Juiz, que representa o Estado e diz o direito (jurisdição), pode determinar a providência excepcional em procedimento cautelar, se assim lhe parecer.

Por outro lado, o *fornecimento de energia é serviço essencial*. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI e X, do Código de Defesa do Consumidor.

Perfilhando o entendimento expressado, chega-se a conclusão que constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, sendo vedado o corte de energia por parte do fornecedor, em razão do serviço ser considerado essencial, não pre-

valecendo a norma que autoriza a interrupção de serviço essencial (art. 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95), pois a mesma conflita com o código do consumidor, prevalecendo a norma consumerista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori revoga legis a priori*.

### Notas

<sup>1</sup> Hermam Benjamim afiança que “o Código não disse o que entendia por *serviços essenciais*. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de *energia elétrica*, os de gás, os de telefone, os de correios)...” (grifo nosso). VASCONCELLOS, Antônio Herman de, BENJAMIN et. al. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 111.

<sup>2</sup> Estabelece a Portaria do Ministério da Justiça no item 3: “3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta...”.

<sup>3</sup> Estabelece ainda a lei da concessão do serviço público que a atualidade do serviço “compreende a modernidade das técnicas do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (§2º).

<sup>4</sup> VASCONCELLOS, Antônio Herman de. BENJAMIN, Herman. *Op. cit.*, p. 111

<sup>5</sup> Apud AMARANTE. Maria Cecília Nunes, *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 1998.

No mesmo sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma em aresto que “o art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança”. A boa fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, v. 14, 1995. p. 22.

<sup>6</sup> A respeito das teorias sobre a base do negócio, em especial o trabalho da doutrina germânica adotando a teoria da base subjetiva do negócio apresentado por Paul Oertmann contrapondo a Windscheid, que repudiava a correlação entre a pressu-

posição e a *rebus sic stantibus*; a teoria da base objetiva do negócio e a unitária e a teoria moderna de Karl Larenz. Op. cit. In: SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos* : do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 133-137.

<sup>7</sup> Palestra proferida pelo Prof. Silvio Capanema no GAMA JUR, em 26/4/99, na Universidade Gama Filho, sobre o tema: “Os Princípios Contratuais e a Nova Realidade Econômica”.

<sup>8</sup> O 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado em Gramado (RS) concluiu, no item 4, que “o CDC, no art. 39, V, adota como causa de revisão do contrato (art. 6º,V) a lesão objetiva, prescindindo do estado de necessidade do consumidor ou do *dolo de aproveitamento* do fornecedor”. Conclusões aprovadas no 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado entre 8 a 11 de março de 1988 sob o título: “A Sociedade de Serviços e a Proteção do Consumidor no Mercado Global” – Gramado (RS), painel V, Serviços Bancários e Financeiros, item 4, aprovada por maioria.

<sup>9</sup> Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 213.

<sup>10</sup> Claudia Lima Marques, Congresso Mineiro de Direito do Consumidor sobre Saúde e Qualidade. Belo Horizonte-MG, realizado de 15 a 17 de maio de 1996. p. 32.

<sup>11</sup> Estabelece o Código do Consumidor : “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Sobre práticas abusivas, ver art. 39 do CDC.

<sup>12</sup> GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 91.

Afirma ainda Hélio Gama que os fornecedores, quando são cobrados, sabem muito bem como contornar as cobranças e até mesmo utilizam-se de protelações legais para deixar de pagar as suas dívidas. Já quando são credores, submetem os consumidores a constrangimento. Op. cit. p. 91.

<sup>13</sup> GAMA. Op. cit. p. 92.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 9.

<sup>15</sup> Marcos Maselli Gouvêa. Mestrando da UERJ e Promotor de Justiça da Coordenadoria de Defesa do Consumidor do Rio de Janeiro. Trabalho jurídico apresentado nos autos da ação nº 98.001.047233-1. 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca da Capital do R. J. 10/8/99.

<sup>16</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos

autores do anteprojeto. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 21.

<sup>17</sup> 40º Congresso do Consumidor, op cit., painel I, Mercosul, Privatização. Concorrência e Serviços Públicos. Item 8, aprovado por unanimidade.

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, XXXII, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, assegurando ainda no art. 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea.

<sup>18</sup> ALVIM, Arruda, et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1995. p. 15.

<sup>19</sup> Nesse sentido, o Parecer de Marcos Maselli Gouvêa é incisivo ao comentar o princípio da proibição de retrocesso afirmando: “Em segundo lugar, há que se observar, na seara das garantias fundamentais, o princípio da proibição do retrocesso. Com efeito, se o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, estabeleceu a legitimidade mesmo para os que não são associados, não pode o legislador *teratológico* das medidas provisórias fazer regredir o grau da garantia”. Op. cit.

<sup>20</sup> Light e Cerj não podem cortar fornecimento de luz. *Jornal do Comércio*. Caderno B, Direito e Justiça. Rio de Janeiro : 15/12/99. p. 8.

<sup>21</sup> Publicada na *Gazeta Mercantil*, de 9.3.92.

<sup>22</sup> Apud decisão unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou o recurso especial da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN. Proc. RESP.201112.

<sup>23</sup> A respeito, o doutrinador Benjamim leciona, ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC, que: “o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo impõe o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores”. VASCONCELLOS, Antônio Herman de, BENJAMIN, Herman, et. al. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 111.

<sup>24</sup> MOURA, Mário Aguiar. O poder público como fornecedor perante o código de defesa do consumidor. *Repertório de jurisprudência IOB*. [s.l.:s.n.], 2. quinzena de abril/92. p. 17.

<sup>25</sup> Afiança ainda Mário de Aguiar que, “dentro da obrigatoriedade de serem tais serviços contínuos e permanentes, vem à baila a regra administrativa de corte de fornecimento, v.g., de água, eletricidade, linha telefônica, no caso de o usuário deixar de pagar as taxas impostas pelo Poder Público. Sou de parecer que tal ação da Administração viola o princípio da continuidade, ofendendo norma cogente de proteção ao consumidor. Será ato contrário à lei e que enseje o remédio da restauração do serviço. Os meios que tem o Poder Público são o de

promover a cobrança das taxas impagas na forma da lei. No geral, no caso de descumprimento dos deveres previstos no art. 22, ou seja, se os serviços se mostram inadequados por vícios de qualidade, quantidade, diferentemente das opções que se abrem ao consumidor para a hipótese de ser fornecedor um particular ou uma pessoa jurídica de direito privado, contra o Poder Público deve ser ele compelido a normalizar, restaurar ou conservar os serviços, respondendo, ainda, pelos danos provenientes dos vícios verificados. Essa é a única via, eis que de maior interesse para o particular é a prestação do serviço”. Idem, *ibidem*.

<sup>26</sup> VASCONCELLOS, Antônio Herman de, BENJAMIN, Hermam, et. al. *Op.cit.*, p. 110.

<sup>27</sup> Decisão proferida na Apelação Cível em mandado de segurança (acórdão nº 3.610 - Comarca de Joinville, Rel. Des. Nestor Silveira, 4ª Cam. Civil, 29/10/92). A decisão foi motivada em razão da Ação de mandado de segurança impetrado contra

a empresa concessionária de serviço de energia elétrica, Centrais Elétricas de Santa Catarina-CELESC, fundamentando o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a empresa concessionária “utilizou de meio coercitivo para o usuário pagar o débito vencido, sendo serviço fundamental que não pode ser interrompido. Violação manifesta a direito líquido e certo. Pedido procedente”, afirmando ainda que o ato praticado pela concessionária retirou do consumidor “o direito de exercitar sua defesa contra eventual cobrança abusiva, do que resulta violado direito líquido e certo (art. 5º, LV, da CRFB)”.

<sup>28</sup> Acórdão da 3ª Cam. Civil TJ/SC. rel. Des.Wilson Guarany. *Jurisprudência Catarinense*. 46/71.

<sup>29</sup> Trabalho apresentado no Curso de Direito do Consumidor, na Universidade Gama Filho. *Corte no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento*. Jur. 168. UGF. Rio de Janeiro : 3/12/99, p. 4.

# O domínio público dos terrenos fluviais na Constituição Federal de 1988

Manoel Adam Lacayo Valente

## Sumário

1. Introdução. 2. A dominialidade pública fluvial e dos terrenos de marinha na Constituição de 1988. 2.1. A situação peculiar dos terrenos marginais e das praias fluviais. 3. Espécies jurídicas de terrenos fluviais. 3.1. Terrenos de marinha. 3.2. Terrenos acrescidos de marinha. 3.3. Terrenos reservados ou marginais. 4. Conclusão.

*“Une rivière ne peut être une chose en l’air”<sup>1</sup>.*

## 1. Introdução

A matéria sobre os bens públicos, em face de sua situação *numerus clausus* no corpo da Constituição, parece de fácil compreensão jurídica. Contudo, como o texto constitucional aponta, tão-somente, em termos indicativos os bens que compõem o patrimônio de cada ente federativo, é na ordem jurídica infraconstitucional, no âmbito da legislação ordinária, que se encontram as conceituações legais de cada um daqueles itens patrimoniais. Nesse segmento de delimitação normativa, tendo em consideração o elevado número de diplomas legais existentes e alterados ao longo dos anos, é que residem a complexidade e as dificuldades de interpretação e de aplicação do direito positivo sobre o patrimônio das pessoas de direito público. Assim, no que toca aos bens públicos, o intérprete deve ser extremamente cuidadoso em seu processo de decisão jurídica, principalmente porque grande parte

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, e bacharel em Comunicação Social. Possui Curso de Especialização em Processo Legislativo, ministrado pela Universidade de Brasília, e é Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA.

da legislação ordinária que regula a matéria é anterior à Constituição Federal de 1988. Essa situação exige do intérprete jurídico o permanente confronto entre a antecedente ordem normativa e os princípios contemplados pela Constituição vigente, objetivando identificar, com precisão, onde, porventura, a atual Lei Fundamental não recepcionou o antigo disciplinamento legal, tendo sido operada a revogação constitucional.

## 2. A dominialidade pública fluvial e dos terrenos de marinha na Constituição de 1988

“As coisas públicas, em seu conjunto, formam o domínio público, a dominialidade pública”<sup>2</sup>.

A Constituição Federal de 1988, no que diz respeito aos rios e aos terrenos de marinha, adotou a seguinte sistemática de divisão patrimonial:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

(...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

(...)

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”<sup>3</sup>.

Pelo confronto sistemático dos comandos inseridos nos arts. 20 e 26 da Constituição Federal, podemos deduzir que, na esfera patrimonial do Estado, existem:

I - rios federais;

II - rios estaduais;

III - terrenos marginais e praias fluviais federais; e

IV - terrenos de marinha e seus acrescidos de natureza federal.

Assim, verifica-se que os rios encontram-se sob a dominialidade pública federal e estadual, sendo rios federais os que se encontram nas seguintes situações:

I - que estejam em terrenos do domínio da União;

II - que banhem mais de um Estado;

III - sirvam de limites com outros países;

IV - se estendam a território estrangeiro; e

V - provenham de território estrangeiro.

Por exclusão, incluem-se na dominialidade pública estadual os demais rios.

“Conforme a Constituição Federal de 1988, nos arts. 20 e 26, todos os rios são públicos e pertencem à União ou aos Estados, não aos Municípios. Todos os rios existentes se incluem em uma das duas categorias, da União ou dos Estados. Os rios incluem-se, destarte, em dois grandes grupos: a) os do domínio público da União; b) os do domínio público dos Estados. Tais categorias, a *contrario sensu*, excluem naturalmente quaisquer outros. *Não se pode mais aludir ao rio particular, porém, tão-só às águas particulares, para a designação de outras espécies, que não são rios e não se incluem assim no domínio público*”<sup>4</sup>.

### 2.1. A situação peculiar dos terrenos marginais e das praias fluviais

O texto constitucional de 1988 inovou ao introduzir no domínio da União os terrenos marginais e as praias fluviais. Sobre essa modificação, contudo, no ambiente doutrinário, pode-se verificar uma certa discrepância quanto ao efetivo sentido da expressão “*bem como os terrenos marginais e as praias fluviais*”. Para alguns intérpretes constitucionais, devem figurar como propriedade da União apenas os terrenos marginais e as praias fluviais adstritos aos seus rios. Para esses, a dominialidade sobre os terrenos marginais e sobre as praias fluviais con-

diciona-se pela dominialidade simultânea sobre os rios:

“São da propriedade da União quando marginais de água doces sitas em terras de domínio federal ou das que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou ainda se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (art. 20, III, da Constituição). *Por seguirem o destino dos rios, são da propriedade dos Estados quando não forem marginais de rios federais*”<sup>5</sup>.

“O dispositivo amplia a propriedade da União ao elencar entre os seus bens os terrenos marginais às águas citadas bem como as praias fluviais”<sup>6</sup>.

Por outro lado, há os que entendem que a dominialidade da União alcança todos os terrenos marginais de rios públicos e todas as praias fluviais:

“O texto em vigor inclui estes terrenos que são os das margens dos rios públicos entre os bens da União;”

“Aplica-se aqui o que foi dito logo acima. *Estas praias* que eram bens de uso comum do povo, tornam-se, agora, bens da União”<sup>7</sup>.

Assevera a doutrina da hermenêutica que “onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo”. A redação do inciso II do art. 20 do texto constitucional não restringiu a propriedade da União aos terrenos marginais e às praias fluviais inerentes aos seus rios. O texto, em sua parte final, não diz “bem como os terrenos marginais e as praias fluviais dessas correntes de água”, mas refere-se aos terrenos marginais e às praias fluviais em sua plenitude, como, por exemplo, no inciso IV do mesmo artigo, alude às praias marítimas em sua totalidade. A propriedade da União sobre correntes de água é que é limitada pelas condicionantes geográficas constantes do preceito constitucional. Vale acrescentar que, durante o processo de revisão constitucional, foi apresentado o Parecer nº 68, da Relatoria da Revisão Constitucional, referente aos recur-

sos hídricos de água doce, que, na sua conclusão, propugnava, entre outras alterações no texto da Carta, por “restringir a propriedade da União aos terrenos marginais e praias fluviais *dos cursos de água de seu domínio*”<sup>8</sup>. Além disso, a União é proprietária exclusiva de todos os terrenos de marinha, estejam esses em margens de rios federais ou estaduais. Assim *s.m.j.*, à luz do novo texto constitucional, *a propriedade dos terrenos marginais, em sua totalidade, é da União.*

### 3. Espécies jurídicas de terrenos fluviais

A adequada compreensão da abrangência do domínio público, sobre os terrenos banhados por correntes de águas fluviais, requer uma prévia noção conceitual a respeito das espécies de terras encontradas às margens dos rios. Cumpre registrar que essa taxionomia do solo é de natureza jurídica, sem correlação com a ciência geográfica. Por oportuno, também deve ser ponderado que alguns dos terrenos aqui enfocados como fluviais, dado ao objeto do nosso ensaio, também podem ser encontrados em zonas lacustres e marítimas.

#### 3.1. Terrenos de marinha

“Ao que tudo indica, os terrenos de marinha – ou simplesmente marinhas –, como instituto de Direito, tiveram sua origem na cidade do Rio de Janeiro. Realmente, os primeiros atos públicos que deles cuidaram, datados do século XVII, fazem referências a fatos ocorridos nessa cidade, e juristas e historiadores, ao se referirem a essa espécie de bem público, ligam-na à antiga Rio de Janeiro.

Depreende-se da leitura da legislação que vigorou no início da efetiva ocupação de nosso território que a finalidade das marinhas estava centrada em *quatro aspectos* de sua utilização. De fato, *eram necessárias para os serviços de embarque e desembarque de coisas públicas ou particulares, para a*

*defesa da cidade e para a obtenção de renda, além de algumas vezes se prestarem para a extração de sal*<sup>9</sup>.

Essas palavras, do Prof. Diogenes Gasparini, deixam claras a origem e a finalidade dos terrenos de marinha no direito brasileiro. Essencialmente, os terrenos de marinha constituem faixas de terras reservadas que se inscrevem no domínio público da União. Sua denominação de “marinha” decorre do fato de serem terrenos que são banhados pelas águas do mar ou pelas águas dos rios e lagoas que sofram a influência das marés<sup>10</sup>.

Desde o *Alvará de 10 de maio de 1672*, que estabeleceu providências sobre os terrenos de marinha implicados na extração do sal, inúmeras foram as determinações legais destinadas a definir os terrenos de marinha. As principais, entretanto, em nossa visão, foram as consolidadas no *Decreto n° 4.105, de 22 de fevereiro de 1868*, que firmaram a primeira conceituação daqueles terrenos com a observância do preamar médio do tempo da execução da Lei de 15 de novembro de 1831, as constantes do *Decreto n° 4.120, de 21 de fevereiro de 1942*, que determinaram que se fizesse a medição das “marinhas” pela linha do preamar máximo atual, e as insertas no *Decreto -Lei n° 9.760, de 5 de setembro de 1946*, que fizeram retornar a medição dos terrenos de marinha a partir do ponto do preamar médio de 1831<sup>11</sup>. Esse último diploma é o que, até o presente, define legalmente os denominados terrenos de marinha. O art. 2° do Decreto-Lei n° 9.760/46 estabeleceu o seguinte conceito jurídico sobre aqueles terrenos:

“Art. 2°- São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e *nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés*;

b) os que contornam as ilhas situ-

adas em zonas onde se faça sentir a influência das marés.

*Parágrafo único* - Para os efeitos deste artigo, a influência das marés é caracterizada *pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos do nível das águas*, que ocorra em qualquer época do ano”.

Essa definição funciona como a vigamestra da administração patrimonial dos terrenos de marinha. O art. 20, inciso VII, da Constituição Federal ganha contornos precisos com a conceituação fixada pelo Decreto-Lei n° 9.760/46.

Pinto Ferreira, comentando os terrenos de marinha, apresenta sua classificação e a sua posição sobre a natureza desses bens imóveis com as seguintes palavras:

“Os terrenos de marinha podem ser classificados de duas maneiras: a) de acordo com a sua localização, *em continentais, costeiras e insulares*, conforme se localizem no interior dos continentes, nas costas ou afinal nas ilhas costeiras e oceânicas; b) de acordo com as águas que os banham, classificam-se em *marítimos, fluviais e lacustres*, segundo sejam banhados pelas águas do mar, pelas águas dos rios e pelas águas das lagoas, desde que, nos últimos casos, as águas sofram a influência das marés.

Os terrenos de marinha *são bens dominicais disponíveis* que integram o patrimônio da União (Dec. n° 24.643, de 10-7-1934 – Código de Águas – art. 11)”<sup>12</sup>.

Assim, o que estabelece a chamada “área de marinha”, no que diz respeito às regiões às margens dos rios, é a determinação legal constante do art. 2° do Decreto-Lei n° 9.760/46, que complementa a determinação do art. 20, VII, da Constituição Federal. A legislação básica, aplicável aos terrenos de marinha, além das normas já citadas, é constituída dos seguintes diplomas legais:

I- Decreto-Lei n° 1.561, de 13 de julho de 1977;

II- Decreto-Lei nº 1.876, de 15 de julho de 1981;

III- Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985;

IV- Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987;

V- Decreto nº 95.760, de 1º de março de 1988;

VI- Decreto-Lei nº 2.422, de 30 de março de 1988;

VII- Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998; e

VIII- Lei nº 9.821, de 23 de agosto de 1999.

Por último, cabe arrematar que os terrenos de marinha, independentemente de sua localização geográfica no território nacional, pertencem, na sua totalidade, à União. Dessa forma, a propriedade dessas áreas, em rios estaduais, inscreve-se no patrimônio federal.

### 3.2. Terrenos acrescidos de marinha

“Terrenos acrescidos são os que se formam ao lado dos terrenos de marinha, pressupondo a existência destes. Eles foram definidos pelo art. 1º do Decreto nº 4.105, de 1868, e pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, art. 1º, como os que se formam natural ou artificialmente para o lado do mar ou dos rios, em prosseguimento aos terrenos de marinha”<sup>13</sup>.

A Constituição Federal, em seu art. 20, VII, tutela, além dos terrenos de marinha, os seus acrescidos, incluindo-os como bens da União. A definição legal dos terrenos acrescidos de marinha consta, também, do Decreto-Lei nº 9.760/46. Em acordo com o art. 3º desse instrumento legal, os terrenos acrescidos de marinha são classificados como “os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagos, em seguimento aos terrenos de marinha”.

### 3.3. Terrenos reservados ou marginais

O exame desta espécie jurídica de terrenos fluviais, considerada a antiguidade da sua existência, requer que se faça uma breve

resenha legal sobre a matéria.

Em 26 de setembro de 1867, a Lei nº 1.507, em seu art. 39, estabeleceu a seguinte ordem:

“Art. 39. Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, *fora do alcance das marés*, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, e o Governo autorizado para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos de marinha”<sup>14</sup>.

Posteriormente, o Decreto nº 4.105, de 2 de fevereiro de 1868, que regulou a concessão dos terrenos de marinha, *dos reservados nas margens dos rios* e dos acrescidos natural ou artificialmente, prescreveu, em seu art. 1º, § 2º, o seguinte:

“Art. 1º.....

§ 2º São terrenos reservados para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e dos que se fazem navegáveis, todos os que são banhados pelas águas dos ditos rios, *fora do alcance das marés*, vão até a distância de sete braças craveiras (15 metros) para a aparte da terra, contadas desde o ponto médio das enchentes ordinárias (Lei nº 1.507, de 26 de setembro de 1867, art. 39)”.

Em 10 de julho de 1934, por sua vez, o Código de Águas, aprovado pelo Decreto nº 24.643, em seu art. 14, dispôs:

“Art. 14. Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, *fora do alcance das marés*, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias”.

Dessas três definições legais, podemos extrair as características distintivas dos terrenos reservados, a saber:

I - situados nas margens dos rios navegáveis e dos que se fazem navegáveis;

II - fora do alcance das marés; e



III - medindo 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias.

Sucedeu, entretanto, que, por força do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispôs sobre os bens imóveis da União e revogou, em seu art. 218, as disposições em contrário, a *denominação dos terrenos reservados foi alterada para a de terrenos marginais*. Com efeito, o art. 4º do mencionado Decreto-Lei fixou a nova conceituação nos seguintes termos:

“Art. 4º - São terrenos marginais os que banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 (quinze) metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias”.

Afora essa alteração vocabular, os demais elementos caracterizadores dos antigos terrenos reservados foram mantidos. Essa definição legal, combinada com o disposto no art. 20, III, *in fine*, da Constituição Federal, é que assegura o domínio da União sobre os terrenos marginais<sup>15</sup>.

*Releva registrar que os terrenos reservados ou marginais não devem ser confundidos com as margens dos rios propriamente ditas*. Essas, as margens, que se classificam em internas e externas, ao lado do álveo e da corrente de água, compõem o conjunto que denominamos rio. *Os terrenos marginais, por sua vez, são faixas de terras que se projetam, por quinze metros, sobre as margens externas dos rios navegáveis*, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias. Tanto que o texto de 1867 refere-se à “zona de sete braços reservadas nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis”. Igualmente, não deve ser confundida a noção de terrenos marginais com a *servidão administrativa*, prevista no art. 12 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que instituiu o Código de Águas, de 10 metros sobre as margens de correntes *não navegáveis*.

Para terminar este segmento sobre os terrenos marginais, transcrevemos as seguintes palavras de Diogenes Gasparini:

“A finalidade dessas faixas é proteger as águas e possibilitar a realização de obras e serviços públicos pela Administração Pública, no ‘interesse de sua melhor utilização, no aproveitamento das suas riquezas e no seu policiamento’, conforme se pode inferir dos arts. 11 e 12 do Código de Águas.

Esses terrenos diferem dos de marinha posto que estão *fora do alcance das marés*, conforme indicado nas definições oferecidas pela legislação citada anteriormente”<sup>16</sup>.

#### 4. Conclusão

Em face de todo o exposto, podemos concluir este artigo com as seguintes posições:

a) a Constituição Federal, em seu art. 20, estabeleceu o domínio patrimonial da União sobre os rios, terrenos marginais, praias fluviais, terrenos de marinha e seus acréscimos, excluídas as correntes de água do patrimônio estadual;

b) o texto constitucional apresenta uma clareza redacional incontestável, no que diz respeito à dominialidade patrimonial da União sobre os terrenos marginais e sobre as praias fluviais;

c) o que estabelece a chamada “área de marinha”, no que concerne às regiões situadas nas margens dos rios, é a determinação legal constante do art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46, que complementa a prescrição do art. 20, VII, da Constituição Federal;

d) o Decreto-Lei nº 9.760/46, em seu art. 4º, alterou a denominação dos terrenos reservados para terrenos marginais, preservando as demais características técnico-jurídicas desses imóveis; e

e) os terrenos reservados ou marginais não devem ser confundidos com as margens dos rios e nem com a servidão de trânsito de que trata o art. 12 do Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas).

## Notas

<sup>1</sup> PROUDHON. *Traité du Domaine Public*, apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Editora Forense Universitária, v.4, 1992. p.1838. “Um rio não pode ser uma coisa no ar.” A frase sinaliza para a exigência metodológica de definição criteriosa dos seres, objetos e fenômenos da natureza.

<sup>2</sup> Idem, ibidem, p. 1834.

<sup>3</sup> “O que o legislador constituinte, no art. 20, III, denomina de ‘rios e correntes de água’, aqui, no art. 26, passa a denominar de ‘águas fluentes’, como se ‘água corrente’ federal fosse diversa de ‘água fluente estadual’.” Idem, ibidem, p. 1837.

<sup>4</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo : Editora Saraiva, v.1, 1989. p. 475.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996. p. 538.

<sup>6</sup> PRICE WATERHOUSE. *A constituição do Brasil de 1988*. p. 247, apud BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo : Editora Saraiva, v.3, 1992. p. 62, nota de rodapé n. 5.

<sup>7</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Editora Saraiva, v.1, 1990. p. 149-150.

<sup>8</sup> Relatoria da Revisão Constitucional. Parecer nº 68, de 16 de maio de 1994. Recursos hídricos de água doce. Relator: Nelson Jobim. *Coletânea de pareceres produzidos*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1994, Tomo III. p. 198.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1995. p. 511.

<sup>10</sup> Maré: movimento periódico das águas do mar, pelo qual elas se elevam ou se abaixam em relação a uma referência fixa no solo. Definição constante do *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1994. p.1091.

<sup>11</sup> Preamar é o ponto mais alto a que sobe a maré. É o mesmo que maré cheia. A *preamar média* é a superfície de nível em sua acepção mais geral, correspondente à posição média de preamares observadas durante uma ou várias lunações, de maneira a atender-se não só à ação conjunta da lua e do sol, como também à ação das causas perturbadoras normais e a reduzir ao mínimo a influência das causas acidentais ou anormais. Definição dada pelo Clube de Engenharia do Rio de Janeiro em 1904. MELLO, Humberto Haydt de Souza. *Terrenos de marinha*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 12, out./dez. 1966. p. 239-240.

<sup>12</sup> PINTO FERREIRA, op. cit., p. 483.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 483.

<sup>14</sup> Braça: antiga unidade de medida de comprimento equivalente a dez palmos, ou seja: 2,2 m. Definição constante do *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1994. p.280.

<sup>15</sup> Consulte-se, sobre o tema, o ensaio, de Martin Outeiro Pinto, intitulado “Terrenos reservados nas margens dos rios navegáveis – bens públicos ou particulares?” publicado na *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 9, de 1995, p. 217-236. O autor, em seu estudo, é categórico ao afirmar que: “pela simples leitura do art. 20 fica claro que os terrenos reservados, que sempre foram do domínio da União, continuam a pertencer-lhe, quer seja por força do disposto no inciso I (os que atualmente lhe pertencem), quer seja pelo inc. III. Veja-se que a restrição ou delimitação ‘em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham’ referem-se apenas aos ‘lagos, rios e quaisquer correntes de água’, e não aos terrenos marginais e às praias fluviais. A análise lógica e gramatical revela a conclusão acima exposta.

Assim, óbvia fica a dominialidade dos terrenos reservados pela União, *independentemente do Estado-membro em que estejam situados*.”

<sup>16</sup> GASPARINI, op. cit., p. 525.

# Da tentativa

Cláudio Brandão

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Histórico da tentativa. 3. *Iter Criminis*. 4. Requisitos da tentativa. 5. Formas da tentativa. 6. Punibilidade da tentativa.

### *1. Considerações iniciais*

O crime pode ser estudado em sua estrutura e em sua manifestação. Na estrutura, estudam-se os elementos essenciais do delito (antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade), bem como suas respectivas causas de exclusão. Na manifestação do crime, estuda-se o delito com referência ao ambiente exterior, destarte, estudam-se o concurso de pessoas, o concurso de crimes, as circunstâncias do crime e a tentativa.

Eduardo Correia, no seu festejado Direito Criminal, diz que entre a ideação criminosa (*nuda cogitatio*) e a consumação do crime desenrola-se uma série mais ou menos longa de atos. Quando há a consumação, que é a reunião de todos os elementos do tipo legal do crime, todos esses atos são absorvidos por ela, que é a figura de maior relevo; mas, quando não há a consumação, os atos anteriores são revestidos de grande relevância jurídico-penal. O Direito foi buscar na transação das soluções dos pretéritos Direitos Romano e Germânico a solução para a punibilidade desses atos. Para o Direito Romano, nos crimes públicos a tentativa era punida como delito consumado; para o Direito Germânico, em regra, a tentativa

Cláudio Brandão é Professor titular da Faculdade de Direito de Olinda, Professor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

era impunível. Como dito, a transação entre esses dois Direitos originou a tradicional tripartição entre atos preparatórios, tentativa e frustração<sup>1</sup>.

Adaptando o pensamento de Correia à realidade brasileira, já que a norma brasileira não diferencia legalmente a tentativa da frustração (como ocorre em Portugal), diremos que a transação entre o Direito Romano e o Direito Germânico originou a tripartição entre os atos preparatórios, a tentativa imperfeita (que corresponde a tentativa do CP Português, cujo conceito será dado mais adiante) e a tentativa perfeita (que corresponde a frustração do CP Português).

## 2. Histórico da tentativa

Os romanos não chegaram a desenvolver o instituto da tentativa; Mommsen afirma que no “Direito Romano não existia o conceito de tentativa nem, é claro, uma palavra técnica para designá-lo”<sup>2</sup>. O desenvolvimento do instituto da tentativa data do século XVI, com os Práticos ou pós-glosadores italianos, mormente Próspero Farinacius, por meio de sua obra *Tractatus Criminalis*. Farinacius chamava a tentativa de *Conatus*. Ele já distinguia entre a *conatus proximus* e a *conatus remotus*. A *conatus remotus* são os atos preparatórios e a *conatus proximus* são os atos de execução. Com isso, Farinacius deu as bases da doutrina científica da tentativa.

Essa doutrina foi finalizada, todavia, somente em 1810, com o advento do Código Penal francês. O Código Penal francês instituiu a definição de tentativa que é adotada por quase todos os Códigos atuais. O referido diploma penal<sup>3</sup>, em seu artigo 2º, estabelece que só há tentativa quando *iniciada a execução*, o crime não chega a consumir-se por circunstâncias alheias à vontade do agente. O grande mérito do CP francês foi estabelecer o termo inicial para a punição da tentativa, qual seja, a existência de atos de execução. Entretanto, o Código Penal da França de 1810 pune a tentativa com a mesma pena do delito consumado, solução repudiada pela maioria das legislações<sup>4</sup>.

## 3. Iter criminis

O crime, como todo fato humano, nasce, vive e morre; de um ponto de vista dinâmico, diz-se que ele percorre várias fases, que constituem o *iter criminis*<sup>5</sup>. São elas: I) *cogitatio*, é a cogitação, a ideação criminosa; II) *conatus remotus*, são os atos preparatórios; III) *conatus proximus*, são os atos de execução e IV) *consumatio*, que é a consumação.

A cogitação é a primeira fase do *iter criminis*. Toda ação humana passa por uma elaboração intelectual, assim, o crime também passa pela elaboração intelectual. É essa elaboração intelectual denominada *cogitação*. Como sabido, a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Portanto, se só há o querer, que é a cogitação, não há ação, e por isso não há crime. A *nuda cogitatio*, o simples querer o crime, não é punida. Já bradava, sobre isso, no Direito Romano o jurisconsulto Ulpiano e, com relação ao Direito Moderno, são felizes as palavras de Welzel:

“Também no Direito Penal da vontade não se castiga a vontade má como tal, mas a vontade má em realização; isto não só porque a vontade má não é apreensível e a moralidade não pode ser imposta a força, mas também pelo profundo abismo que separa, em último caso, os pensamentos dos fatos”<sup>6</sup>.

Na história do Direito Penal, todavia, já se deu relevância à *nuda cogitatio*. Isso se deu no Direito Penal nazista, que era idealizado pela Escola de Kiel. Para a Escola de Kiel, o Direito Penal é um Direito de luta, que deve servir aos ideais superiores da raça ariana. O crime é originado por bacilos que se encontram no ser humano (surge, pois, a *bacteriologia criminal*) e deve ser combatido antes que o sujeito pratique a ação, pois a função do Direito Penal é evitar que os delitos aconteçam. Assim, o Direito Penal é um direito da periculosidade, que deve punir o agente antes que ele comece a delinquir, basta que haja a ideação criminosa para ser imputada ao sujeito uma pena. Dizem, ainda, os teóricos do Direito Penal nazista que a vontade de delinquir só pode ser captada pelos

líderes do povo, pois estes podem apontar quem age contra o são sentimento popular.

O Direito Penal da Escola de Kiel serviu para dar um subsídio filosófico e dogmático para as arbitrariedades e atrocidades cometidas pela Alemanha hitlerista. Por ser um Direito Penal de exceção, admitia a punição pela simples cogitação, punição essa fundada na periculosidade do agente. Nesse sentido, pois, não existe a figura da tentativa nos crimes “contra o são sentimento popular”, visto que a simples cogitação vai consumá-lo<sup>7</sup>.

No Direito Penal de um Estado de Direito, não há a possibilidade de punição pela simples cogitação; nem de tentativa, nem de crime consumado, visto que só há ação se houver cogitação exteriorizada, ou seja, se houver um querer e um fazer.

A segunda fase do *iter criminis* são os atos preparatórios e a terceira fase são os atos de execução.

O problema da diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução é tão controvertido que o penalista alemão Geyer o comparou com a quadratura do círculo.

Em geral se diz que os atos preparatórios são os que estão longe da consumação e os atos de execução são os que estão próximos da consumação. Só que essa definição é vaga e não é viável que o Direito Penal dela se sirva.

Carrara propôs uma teoria para a diferenciação dos atos preparatórios dos atos de execução. O penalista italiano distinguiu quatro elementos no crime: 1º) o sujeito ativo primário; 2º) o sujeito ativo secundário; 3º) o sujeito passivo do atentado e 4º) o sujeito passivo da consumação<sup>8</sup>.

O sujeito ativo primário é o criminoso. O sujeito ativo secundário são os instrumentos do crime. O sujeito passivo do atentado são os instrumentos e as pessoas de que o sujeito ativo primário se serve como meio para o delito. O sujeito passivo de consumação é a pessoa ou a coisa em que recai a execução do crime. Para Carrara, ato preparatório é aquele que se esgota nos sujeitos ativo primário e secundário, sem passar ao

sujeito passivo. Tais atos são tidos como inidôneos porque não expõem a perigo direto o bem jurídico. Segundo Carrara:

“Os atos inidôneos não podem, pois, ser imputados como delitos ao autor da pretensa tentativa. Se a inidoneidade se verificou nos primeiros momentos da ação, cessa qualquer imputação daqueles como tentativa, porque todos eles carecem de perigo”<sup>9</sup>.

Ato de execução é aquele que diz respeito ao sujeito passivo do atentado e ato consumativo é aquele que vai até o sujeito passivo de consumação, pois são eles que são idôneos para agredir o bem jurídico<sup>10</sup>.

Devemos salientar, entretanto, que o critério de Carrara tem hoje interesse puramente histórico.

Hodiernamente, o critério mais utilizado para diferenciar ato preparatório de ato de execução é o início da realização do verbo descrito no tipo. Por conseguinte, ato preparatório é aquele que ainda não chega a realizar o verbo descrito no tipo; a *contrario sensu*, ato de execução é aquele que realiza o verbo núcleo típico. Nesse sentido Welzel:

“A lei circunscreve (de acordo com o modelo francês) o ponto de início da tentativa com as palavras: princípio de execução. (...) A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, põe-se em relação imediata com a realização do tipo delitivo”<sup>11</sup>.

Assim, são atos preparatórios, por exemplo, a compra dos instrumentos, a escolha do melhor local e da melhor hora, o planejamento. Geralmente os atos preparatórios são impuníveis. A tentativa representa um perigo de lesão aos bens jurídicos; se se punisse o ato preparatório, estar-se-ia punindo um *perigo* de lesão a um bem jurídico, dessarte enquanto

“não exista ação alguma que possa ser considerada como concreção do verbo abstratamente caracterizado no tipo, o limite entre preparação e tentativa não terá sido sobrepassado”<sup>12</sup>.

Os atos preparatórios só são puníveis quando forem erigidos a tipos penais autônomos, como, v.g., o tipo penal do art. 291 do Código Penal<sup>13</sup>.

Os atos de execução, conforme explicado, são aqueles que começam a realizar o verbo descrito no tipo, como, por exemplo, disparar uma arma, no homicídio; pegar a coisa, no furto, etc.

Todavia, a dificuldade desse critério reside nas chamadas situações fronteiriças. No furto, como o núcleo-tipo é subtrair, o ato de execução começaria quando o agente tem o contato físico com a coisa; entretanto, é inegável a tentativa de furto quando, v.g., o agente é surpreendido num apartamento à noite, sem ainda ter pego a coisa. Para solucionar tais dificuldades, Frank elaborou a fórmula da tentativa, que reconhece o início da execução em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada<sup>14</sup>. Assim, o agente surpreendido em um apartamento antes de ter contato físico com a coisa responderá por ato de execução de furto e, por conseguinte, por tentativa de furto, pela necessária correspondência entre a sua ação e a realização do tipo.

A consumação é a reunião de todos os elementos da definição legal do crime<sup>15</sup>; nos crimes que exigem o resultado (crimes materiais), é a concretização da conduta e do resultado. Nos crimes em que não se exige resultado, é a simples realização do verbo descrito no tipo. É relevante salientar que, nos crimes que não exigem resultado, um eventual dano posterior que seja acarretado pela ação será tido como mero exaurimento do crime.

#### 4. Requisitos da tentativa

Para que haja a tentativa, são necessários dois elementos:

1º) atos de execução

2º) não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Esses elementos estão espelhados no art. 14, II, do Código Penal, que estabelece:

“Diz-se o crime:

I- (*omissis*)

II- tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

Com relação ao primeiro requisito (atos de execução), já foi visto que, antes de iniciada a atividade típica, não há que se falar em tentativa, posto que estamos diante dos atos preparatórios e o primeiro requisito da tentativa são os atos de execução.

O segundo elemento da tentativa diz respeito à necessidade de circunstâncias alheias à vontade do agente impedirem a consumação do delito. Se o agente, por sua própria vontade, não consuma o delito, estamos diante de outros institutos penais, como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. O Direito, na tentativa, considera reprovável a ação não consumada porque o agente dirigiu a sua vontade para a prática do ato lesivo ao bem jurídico. *Destarte, o agente teve o dolo do crime*, porém, circunstâncias alheias a sua vontade obstacularam a consumação; isso se dá porque na tentativa,

“o tipo objetivo não está completo na tentativa; o tipo subjetivo, ao contrário, deve dar-se plenamente, com o mesmo conteúdo e a mesma forma que é necessário para a punição pelo delito doloso consumado”<sup>16</sup>.

#### 5. Formas da tentativa

A tentativa no direito brasileiro pode ser dividida em tentativa perfeita e em tentativa imperfeita.

A tentativa perfeita, também chamada crime falho, é aquela em que o agente realiza todos os atos de execução, mas a consumação não sobrevem. Pode-se citar como exemplo a ação de Tício, que dá vinho envenenado a Simprônio durante o jantar. Todavia, Simprônio não morre porque, por uma característica biológica, era imune ao veneno. Nesse caso, o agente praticou todos

os atos de execução e o resultado morte não sobreveio por circunstâncias alheias a sua vontade. Houve, pois, tentativa perfeita. No Direito comparado, há ordenamentos, como o Espanhol e o Português, que consideram a tentativa perfeita como frustração, que é um instituto independente da tentativa, punido mais gravemente.

A tentativa imperfeita é aquela em que o agente não pratica todos os atos de execução. É o caso, por exemplo, de Mévio, que, querendo matar Tício com uma facada no pescoço, tem seu braço desviado por Simpônio, que escorregara, de modo que o ferimento se produziu na mão da vítima, não acarretando sua morte. No Direito comparado, ainda os ordenamentos Espanhol e Português, a tentativa imperfeita corresponde à figura da tentativa.

É relevante ressaltar ainda a figura da tentativa branca. A tentativa branca não produz nenhuma lesão efetiva ao bem jurídico, como no caso de Maria que descarrega o tambor de seu revólver no seu marido João e nenhum projétil atinge a vítima, devido à péssima pontaria do sujeito ativo.

### 6. Punibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida por conta de uma *extensão típica*. Quando a norma penal define os delitos, ela o faz na forma consumada. Se faltar qualquer dos requisitos da definição legal, quer de natureza objetiva, quer de natureza subjetiva, não há crime por falta de tipicidade. Todavia, na parte geral do Código Penal pátrio, diz-se que existe o crime na sua forma tentada e na sua forma consumada (art. 14). Para a figura da tentativa adquirir existência, por meio da tipicidade, é necessária uma combinação entre a parte geral do Código com os tipos penais da parte especial; nesse sentido, pode-se afirmar que a tentativa se configura por conta de uma extensão típica.

A punibilidade da tentativa está prevista no parágrafo único do art. 14 do CP, que estabelece:

“Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.”

Não havendo disposição em contrário, pois, a tentativa enseja uma causa de diminuição de pena obrigatória.

Conforme salienta Damásio de Jesus,

“nossa lei não faz diferença entre a tentativa perfeita (crime falho) e a tentativa imperfeita, pelo qual recebem igual tratamento penal no que tange a aplicação da pena em abstrato (art. 14, parágrafo único). Todavia, quando da imposição da sanção em concreto, o juiz deve levar em conta a existência de uma das espécies (art. 59, *caput*)”<sup>17</sup>.

São três as principais teorias que fundamentam a punibilidade da tentativa: a teoria objetiva (que é a adotada no Direito brasileiro), a teoria subjetiva e a teoria da impressão.

A teoria subjetiva veio de Tittman, mas seu grande elaborador foi von Buri, que, inclusive, introduziu-na na jurisprudência alemã do antigo Tribunal do Império. *Para a teoria subjetiva, o fundamento da punibilidade da tentativa é a vontade contrária ao Direito posta em ação*<sup>18</sup>. A teoria subjetiva data da época em que ainda não havia uma distinção científica entre antijuridicidade e culpabilidade, sendo a antijuridicidade considerada uma ação lesiva ao Direito, provocada por um ato mau. Por isso se dá tanta relevância à vontade do agente. César Roberto Bitencourt afirma, com relação a essa corrente, que a pena da tentativa era similar à pena do crime consumado<sup>19</sup>, posto que, tanto na tentativa quanto no delito consumado, o aspecto moral, subjetivo estava completo.

A teoria da impressão também é digna de menção. Tal teoria, atualmente, é a teoria dominante na Alemanha e são partidários dela Maurach e Jescheck. A referida teoria da impressão foi fundada por Horn e foi desenvolvida por von Bar e nasceu da tentativa de conciliar elementos objetivos e subjetivos para fundamentar a punibilidade da

tentativa. Para essa teoria, é punível a tentativa pela atuação da vontade contrária ao Direito que é idônea para abalar a confiança dos súditos na vigência do Ordenamento Jurídico, em virtude do perigo de lesão aos multirreferidos bens jurídicos. Há pois o elemento objetivo, que se traduz no atuar exterior que expõe a perigo os bens protegidos pelo Ordenamento Jurídico, e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz essa exposição a perigo<sup>20</sup>.

Entre as teorias sobre a punibilidade da tentativa, a que nos interessa mais de perto é a objetiva, porque é a adotada no Ordenamento Jurídico pátrio. Ela foi elaborada por Feuerbach e desenvolvida por Carrara. Para a teoria objetiva, a tentativa é punível porque há um perigo ao bem jurídico e essa exposição a perigo acarreta um dano público. O dolo é igual em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), portanto o que diferenciará a tentativa da preparação é o âmbito objetivo: *o perigo próximo da realização do resultado típico*<sup>21</sup>. A teoria objetiva apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o *dano efetivo* ao bem jurídico, enquanto no tentado, *um perigo de dano*<sup>22</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra : Almedina, tomo 2. 1992. p. 225-226.

<sup>2</sup> MOMMSEN, Theodore. *El derecho penal romano*. Madrid : Espanã Moderna, 1898. p. 103.

<sup>3</sup> Diz o referido diploma: "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'á été suspendue ou si elle n'a manqué effet que par des circonstances independantes de son auteur, est considérée comme le crime même." ANCEL, Marc. *Les codes pénaux européens*. Paris : Centre Français, de Droit Comparé, tomo 2, 1957. p. 633.

<sup>4</sup> ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife : Companhia editora de Pernambuco, 1993. p. 61-67.

<sup>5</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Pádua : CEDAM. 1992. p. 426.

<sup>6</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997. p. 221.

<sup>7</sup> Cláudio Brandão. A importância da conceitualização da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n.133, s.d.

<sup>8</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tomo 1, Tradução por J. L. Franceschini e J. Barra. São Paulo : Saraiva, 1956. p. 258-266.

<sup>9</sup> Idem, ibidem. p. 262.

<sup>10</sup> Carrara afirma que: "a propósito de idoneidade, deve-se distinguir entre o sujeito passivo do atentado e sujeito passivo da consumação. (...) É sujeito passivo da consumação a coisa ou a pessoa sobre a qual devia efetivar-se o ato consumativo do malefício. Todas as demais coisas ou pessoas, sobre as quais, pela natureza do fato, deva o culpado exercer atos como meio para alcançar a posterior execução de outros atos sobre o sujeito passivo da consumação, são sujeito passivo do atentado". Idem, ibidem. p. 264-265.

<sup>11</sup> WELZEL, Hans. Op. cit. p. 224.

<sup>12</sup> DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoria del delito*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958. p. 92.

<sup>13</sup> Art. 291. Fabricar, adquirir ou fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

<sup>14</sup> Apud MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires : Astrea, tomo 2, 1995. p. 24-25.

<sup>15</sup> Segundo Jakobs: "Un delito está siempre consumado ya cuando se han realizado, en un contexto imputable, los elementos del tipo que se mencionan en la Parte Especial. La consumación es, pues, un concepto formal queno indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos." *Derecho Penale*. Madrid : Marcial Pons, 1995.p. 855.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günter. Op. cit. p. 866.

<sup>17</sup> JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 329.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p. 465.

<sup>19</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 243.

<sup>20</sup> MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz . Op. cit. p. 28.

<sup>21</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada : Comares. 1993. p. 464.

<sup>22</sup> Sobre a obrigatoriedade da diminuição da pena, é esclarecedora a assertiva de Anton Oneca : "Desde el momento en que nos coloquemos en un punto de vista objetivo para justificar la punibili-



dad del delito intentado, se impone la aplicación de una sanción atenuada con relación al delito consumado, pues aquél representa una disminución en su elemento material". ONECA, José Anton. *Derecho Penal*. Madrid : Ed. do autor, tomo 1, 1949. p. 408.

### *Bibliografia*

- ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife : Companhia editora de Pernambuco, 1993.
- ANCEL, Marc. *Les codes pénaux européens*. Paris : Centre Français de Droit Comparé, tomo 2, 1957.
- BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceitualização da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal. n.133. Jan./Mar. 1997.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. tomo 1. Tradução por J. L. Franceschini e J. Barra. São Paulo : Saraiva, 1956.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo 2. Coimbra : Almedina, 1992.
- DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Madrid : Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada : Comares, 1993.
- JESUS, Damásio. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Pádua : CEDAM, 1992.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires : Astrea, tomo 2, 1995.
- MOMMSEN, Theodore. *El derecho penal romano*. Madrid : Espanã Moderna, 1898.
- ONECA, José Anton . *Derecho Penal*. tomo 1. Madrid : Ed. do autor, 1949.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997.

# Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial

Daniela Mello Coelho

A reforma do aparelho do Estado, também denominada reforma administrativa, insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas pelo atual Governo no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do Estado brasileiro às novas demandas do mercado e às crescentes relações entre os Estados.

A idéia que norteia essa nova concepção de administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão-cliente e, para melhor compreendê-la, imprescindível se demonstra a evolução da atuação da administração pública, no cenário nacional, ao longo dos anos.

O Poder Público brasileiro, no curso de sua história, esteve sempre vinculado ao tratamento abusivo e descompromissado com a *res publica*. Pode-se afirmar que foi somente na década de 30 deste século, com a criação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que se verificou o primeiro passo no sentido de implantar um serviço público organizado, prevendo-se a realização de concurso público e fixando-se critérios para a aquisição de bens e serviços<sup>1</sup>.

A partir de então, novas regras foram sendo elaboradas visando à melhor estruturação do aparelho do Estado, ainda caracterizado pela centralização do poder e pela tomada de decisões administrativas em nível federal. Nesse contexto, a administra-

Daniela Mello Coelho é Mestranda em Direito Administrativo - Faculdade de Direito da UFMG e Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte.

ção pública, ainda que adstrita a certas regras e normas regulamentadoras de sua atuação, como o Código de Contabilidade Pública, e submetida a critérios burocráticos, não se encontrava totalmente afastada das práticas de cunho patrimonialista.

A grande reforma da administração pública brasileira ocorreu com a promulgação do Decreto – lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal. A fixação dos princípios fundamentais das atividades administrativas passa a conferir os parâmetros referentes à estrutura e ao funcionamento da administração pública, que, regida pelos princípios do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, assume uma feição essencialmente pragmática e vinculada aos estritos preceitos normativos.

A caracterização da administração como entidade burocrática insere-se no contexto de total submissão ao texto legal e à excessiva fixação de regras para o alcance do objetivo pretendido, o que, muitas vezes, acaba por enfatizar os meios em detrimento de um resultado mais eficiente e rápido. A burocracia, no entanto, deve ser entendida como a ênfase nos meios cientificamente elaborados, isto é, o destaque conferido aos instrumentos dispostos e aplicáveis para o alcance do resultado, a partir de critérios e regras previamente fixados e cientificamente desenvolvidos.

A observância dos meios garante a satisfação do interesse que se pretende tutelar, uma vez que a conduta do administrador ou do servidor responsável vincula-se aos ditames normativos e submete-se a um permanente controle. Vê-se, portanto, que a administração pública formal baseia-se em princípios racional-burocráticos, caracterizados pela ênfase no formalismo, pela extinção dos privilégios decorrentes da ingerência patrimonialista, pelas idéias de carreira, hierarquia funcional e impessoalidade.

As medidas adotadas no Brasil para a consolidação do modelo burocrático foram

acolhidas pelas três esferas de poder, entes dotados de autonomia política e administrativa, de modo bastante semelhante, conferindo-se à União a atribuição de fixar normas gerais em algumas matérias relacionadas à atividade administrativa, em especial sobre licitações e contratos.

A Constituição Federal de 1988 veio reforçar e reafirmar as práticas burocráticas, estabelecendo normas aplicáveis aos institutos das licitações e contratações públicas, ao ingresso em cargo ou emprego público ao regime jurídico cívico dos servidores civis, à responsabilidade civil, penal e administrativa dos agentes públicos e às entidades da administração pública indireta (que praticamente se submetem às mesmas regras rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado).

Não obstante a ênfase conferida à descentralização administrativa a partir do DL 200/67, o que se verifica é uma verdadeira submissão das entidades descentralizadas às normas aplicáveis à administração direta, o que acarreta perda de autonomia, aparente submissão dos aspectos técnicos e científicos em função das exigências políticas, dificuldades das empresas estatais atuarem em condições isonômicas nas relações de mercado com as empresas privadas, em face da observância de normas rígidas de licitação e contratação de bens e serviços. Verifica-se que a descentralização foi tomando rumos incompatíveis com as atuais exigências do mercado e com a posição do Poder Público, que pretende afastar-se da condição de prestador de serviços para consolidar-se na posição de fiscalizador e controlador dos serviços oferecidos pelas entidades privadas.

Acrescenta-se a essa realidade a busca de um serviço de melhor qualidade e que garanta ao usuário meios de participação e de fiscalização na sua prestação, em face do distanciamento existente entre o poder público prestador de serviços e seus destinatários, que ficam à margem das decisões que atingem diretamente seus direitos e obrigações.

Nesse cenário, a reforma administrativa emerge-se como instrumento inafastável para a concretização dos ideais traçados pelo atual Governo brasileiro, que busca tornar-se mais competitivo e menos oneroso, desvinculando-se de certas atividades, até então por ele exercidas, com a diminuição de seus gastos, a partir, entre outras medidas, do enxugamento da máquina estatal com critérios de demissão de servidores, de fixação de suas regras de remuneração, de publicização de serviços públicos não-estatais e de privatização de empresas estatais.

A administração gerencial caracteriza-se pela existência de formas modernas de gestão pública, modificando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações estabelecidas entre o Poder Público e seus servidores e alterando, também, a própria atuação da administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a efetiva concretização do regime democrático, mediante a participação mais intensa dos cidadãos.

Para se alcançar os objetivos traçados por esse modelo de administração, algumas medidas são de imprescindível adoção, e devem ser observadas na estrutura da própria administração, em relação ao tratamento jurídico conferido aos servidores públicos e aos procedimentos administrativos utilizados na gestão dos interesses públicos.

Nesse sentido, vale destacar que a idéia de eficiência refere-se às atividades típicas desenvolvidas pelos órgãos da administração direta, bem como às atividades realizadas pelas entidades da administração indireta. A reforma administrativa, visando ao alcance desse objetivo, reforça a autonomia e a atuação dessas entidades ao instituir as agências executivas e ao conferir maiores poderes às empresas estatais, no tocante à regulamentação de normas sobre licitação e contratos, à sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, entre outros.

Na esteira dessa concepção de concentrar na estrutura do Poder Público tão-somente as atividades referentes ao núcleo es-

tratégico (Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios e Ministério Público), cria-se o Programa Nacional de Publicização, com o objetivo de transferir para o setor público não-estatal os serviços não-exclusivos do Estado, elaborando, para tanto, a Lei das Organizações Sociais, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que, ao celebrarem contrato de gestão com o Poder Público, passam a gerir recursos públicos para a execução dos serviços que lhes forem transferidos.

Para a implantação de grande parte dessas medidas, o Poder Público disciplinará as atividades e a responsabilidade de sua execução por meio de contrato de gestão, que poderá ser firmado entre o Poder Público e os administradores das entidades da administração indireta, ou entre aquele e os órgãos da administração direta. O contrato de gestão apresenta-se como instrumento inafastável do modelo de administração gerencial, em face da possibilidade de prever mecanismos afirmadores da eficiência, da desburocratização e da responsabilidade por resultados.

As medidas não se limitam ao âmbito da organização administrativa, em si considerada, mas se estendem em relação aos cidadãos, que assumem uma posição de maior destaque e passam a ser vistos como clientes, podendo fiscalizar e exigir a qualidade do serviço oferecido, prevendo a Emenda Constitucional 19, na nova redação dada ao § 3º do art.37, CF/88<sup>2</sup>, a existência de uma lei que disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

Os aspectos da administração gerencial assemelham-se às técnicas utilizadas pelas empresas privadas, em especial, o caráter competitivo e a contenção de gastos.

Em artigo publicado<sup>3</sup> na *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, o doutorando Flávio da Cunha Rezende faz uma análise das experiências da reforma no campo da gestão do setor público e destaca o novo movimento teóri-

co-conceitual, conhecido como *new public management* (nova gestão pública), em que “o princípio basilar da *new public management* é o de que as organizações públicas podem ser gerenciadas atendendo aos imperativos da *performance*, combinando eficiência, efetividade e qualidade no atendimento às demandas por serviços públicos, desde que arranjos institucionais adequados possibilitem tal combinação”<sup>4</sup>.

A noção de *management public* é bem recente. O termo *management* é um termo de origem anglo-saxônica, que designa, em linhas gerais, a maneira de conduzir uma entidade levando em consideração o mercado e as técnicas de negociação, objetivando uma tendência global direcionada a um tipo de reforma administrativa<sup>5</sup>.

O gerencialismo é uma técnica de instrumentalização e operacionalização das políticas públicas previamente desenvolvidas e aceitas pela organização. É, portanto, meio de implementação. Nesse sentido, não se distingue da burocracia, que, também, não apresenta o elemento político como caracterizador de seu conceito, ao contrário, enfatiza o aspecto procedimental interno das organizações públicas. O que os distingue são os métodos adotados para o alcance dos fins pretendidos, entre eles a adoção de critérios mais flexíveis ou rígidos e a ênfase nos meios ou nos resultados.

O conjunto de estruturas públicas na vida econômica e social é largamente difundido. Utilizando formas jurídicas variáveis, em particular as formas advindas do direito privado, essa evolução tem progressivamente conduzido a uma diluição da diferença entre o “público” e o “privado”. Todos esses elementos, sumariamente resumidos, explicam as novas exigências da gestão pública, que se encarna no conceito de *management public*<sup>6</sup>.

Pode-se afirmar que o desenvolvimento do *management public* é acompanhado da introdução de técnicas na gestão pública, a partir de procedimentos e métodos desen-

volvidos nas empresas privadas. Entretanto, o *management public* não se confunde do-  
ravante com o *management* privado. O contexto, o objetivo, as demandas não são comparáveis. Da mesma forma, as relações e os métodos não podem ser. O *management public* constitui uma disciplina autônoma que combina as exigências públicas que se traduzem pelas regras de organizações de funcionamento particulares, globalmente ligadas à noção de serviço público, e uma preocupação de eficiência e eficácia que conduz os responsáveis a terem de transportar os exemplos vindos das empresas privadas, sem no entanto, negar o caráter de inovação à gestão pública<sup>7</sup>.

A idéia principal desenvolvida por esse novo movimento é tentar conferir certa proximidade entre as organizações do setor público com as organizações do setor privado, a partir de uma estruturação progressiva com base na *performance* e nos resultados. Para o alcance desse objetivo é necessário proceder-se à transformação do padrão de incentivos, isto é, do conjunto das regras internas que organizam o funcionamento de cada instituição, revisando-se as normas internas relativas à licitação, aos contratos e ao regime jurídico dos servidores. A adoção de tais regras permitirá às instituições maior autonomia organizacional e a especialização, acarretando melhor utilização dos recursos e a agilidade no atendimento das demandas em relação a recursos humanos, bens e serviços.

Verifica-se que a reforma administrativa brasileira foi elaborada com adoção parcial dos princípios da *new public management*, pois visa à melhoria da *performance* pública, eliminando os excessos de padronização e a lentidão dos meios.

O que se almeja é uma administração eficiente e voltada para o controle dos resultados, em oposição a algumas regras da administração burocrática, que adota o controle dos procedimentos e prima pela existência de normas que estabeleçam padrões hierárquicos rígidos e excesso de regras de

rigor técnico, que impedem o alcance de resultados eficientes e ágeis. Não se pode afirmar que a administração pública gerencial pretende negar todos princípios da administração burocrática, pois se apresentam inseparáveis de sua concepção a impessoalidade, o profissionalismo, a legalidade e a moralidade. No entanto, a administração gerencial fornece formas flexíveis de gestão, confere autonomia ao administrador na execução de suas tarefas relacionadas aos aspectos materiais, financeiros e humanos e utiliza-se de um controle *a posteriori*, deslocando-se a ênfase dos meios para os fins.

A justificativa para a reforma do aparelho do Estado não tem como único fator a crise do Estado burocrático, mas, também, a crescente escassez de recursos financeiros, as modernas regras de economia de mercado, caracterizadas pelo modelo de globalização, e o afastamento das decisões públicas do cidadão, o que impede a legitimidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que o poder deixa de ser a expressão da vontade popular e passa a representar o interesse de poucos.

### Notas

<sup>1</sup> Nesse sentido é a opinião do advogado e membro do Conselho de Reforma do Estado João Piquet Carneiro, para quem o Brasil teve, na verdade, duas grandes reformas administrativas: “a de 1937, que criou o DASP (...), e a de 1967, que foi a reforma modernizante, no sentido de afastar do modelo centralizador para um modelo descentralizador, fundado na delegação de competência e na autonomia dos órgãos periféricos da administração”. In: Os ciclos de avanço e retrocesso no Estado brasileiro: reforma gerencial. *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*. [s.l.:s.n.], n. 4, novembro, 1998.

<sup>2</sup> Art. 37, § 3º: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros adminis-

trativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

<sup>3</sup> A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. *Revista do Ministério da Administração e Reforma do Estado*. [s.l.:s.n.], n. 4, nov.1998.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>5</sup> Os ordenamentos ingleses e americanos foram os pioneiros na implantação das reformas do modelo administrativo. Na Grã-Bretanha, especificamente no governo Thatcher, o país vivenciou o desenvolvimento das regras do novo modelo, entretanto, o *managerialism* foi realmente definido e estruturado nos Estados Unidos no século XIX. Em outros países, como a Nova Zelândia, a experiência ocorreu durante o período de 1984 a 1994, sendo assumida por governos distintos. Já na França, berço do Direito Administrativo pátrio, foi a partir dos anos 80 que o tema da reforma do Estado ganhou destaque, com o surgimento de novas idéias prevendo a modificação da estrutura organizacional e o funcionamento do aparelho estatal. A circular de 26 de julho de 1995 positivou o tema e introduziu os princípios que regem a modernização da administração francesa.

<sup>6</sup> Nesse sentido tem-se as lições de Jean-François Auby. In: *Management public: introduction général*. Paris : Ed. Sirey, 1996. p. 9.

<sup>7</sup> No tocante a esse aspecto, ressalta-se que pesquisas realizadas nos Estados Unidos em relação às atividades gerenciais desenvolvidas nos setores público e privado afirmam, baseadas em suporte empírico, que as funções básicas dos administradores públicos e privados são praticamente idênticas, sendo que os dirigentes das organizações públicas encontram-se submetidos a uma série de limitações não existentes na atividade comercial e industrial. Assim entende-se que os papéis desempenhados pelos burocratas do setor público não são muito diferentes daqueles exercidos por seus correlatos do setor privado. Nesse sentido são as opiniões dos autores GRAHAM Jr., Cole Blease, HAYS, Steven W. In: *Para administrar a organização pública*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1994.

### Bibliografia

AUBY, Jean-François. *Management public: introduction général*. Paris : Ed. Sirey, 1996.

BURSZTUN, Marcel. *Introdução à crítica da razão desestatizante*. *Revista do Serviço Público*. [s.l.:s.n.], ano 49, n. 1, jan-mar. 1998.

CARNEIRO, João Piquet. *Os ciclos de avanço e retro-*

- cesso no Estado brasileiro: reforma gerencial. Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.* [s.l.:s.n.], n. 4, novembro, 1998.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, FRANÁÑDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo.* v.1., 7. ed. Madrid : Editorial Civitas, 1995.
- GRAHAM Jr., Cole Blease, HAYS, Steven W. *Para administrar a organização pública.* Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1994.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial.* Tradução por Carolina Andrade. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- REZENDE, Flávio da Cunha. A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. *Revista do Ministério da Administração e Reforma do Estado.* [s.l.:s.n.], n. 4, novembro 1998.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo.* Tradução por Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra : Almedina, 1981.
- TÁCITO, Caio. *Perspectiva do direito administrativo no próximo milênio.* *Revista Jurídica Administração Municipal.* [s.l.:s.n.], ano 3, n. 6, s.d.

# O projeto da modernidade e o direito

Ricardo Maurício Freire Soares

## Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O projeto da modernidade e suas implicações jurídicas. 3. A crítica ao projeto da modernidade. 4. O desdobramento histórico do projeto da modernidade. 5. Conclusão.

*“O projeto da modernidade formulado no século XVII pelos filósofos do Iluminismo consiste num desenvolvimento implacável das ciências objetivas, das bases universalistas da moralidade e da lei e de uma arte autônoma consoante a lógica interna delas, constituindo ao mesmo tempo, porém, uma libertação dos potenciais cognitivos acumulados em decorrência de suas altas formas esotéricas e de sua utilização na práxis; isto é, na organização racional das condições de vida e das relações sociais. Os proponentes do Iluminismo [...] cultivavam ainda a expectativa extravagante de que as artes e as ciências não somente aperfeiçoariam o controle das forças da natureza, como também a compreensão do ser e do mundo, o progresso moral, a justiça nas instituições sociais e até mesmo a felicidade humana.”*

Jürgen Habermas

*“A idéia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, senão sobre o triunfo da razão? Somente ela estabelece uma correspondência entre a ação humana e a ordem do mundo, o que já buscavam*

Ricardo Maurício Freire Soares é Professor Substituto de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Federal da Bahia e ex-Presidente do CEPEJ - Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA.



*pensadores religiosos, mas que foram paralisados pelo finalismo próprio às religiões monoteístas baseadas numa revelação. É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade.”*

Alain Touraine

*“O que estamos vivendo não é a crise da modernidade. Estamos experimentando a necessidade de modernizar os pressupostos sobre os quais se baseia a modernidade. A crise atual não é a crise da razão, mas a ... dos motivos irracionais da racionalização, da maneira como esta tem sido buscada até agora.”*

André Gorz

*“Modernidade é o transitório, o passageiro, o contingente, é uma das metades da vida, e, a outra, o eterno e o imóvel.”*

Baudelaire

*“Il faut être absolument moderne.”*

Rimbaud

## *1. Aspectos introdutórios*

O presente trabalho cristaliza a reflexão e a inquietude intelectual que permearam o Grupo de Filosofia Jurídica do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA no biênio 1996/1997. Sem a pretensão de esgotar o tema, propusemo-nos a delinear: a) os aspectos fundamentais do chamado “projeto da modernidade”, bem como sua repercussão na esfera jurídica; b) as contradições do programa moderno, diagnosticadas por uma extensa crítica filosófica; c) os sinais da redefinição teórico-pragmática da modernidade; e, finalmente, d) as mudanças processadas no âmbito jurídico, com ênfase à lógica da argumentação.

## *2. O projeto da modernidade e suas implicações jurídicas*

Desde a época do renascimento, a humanidade já havia sido guindada ao patamar de centro do universo. Típica da nova perspectiva era a visão de Francis Bacon,

segundo a qual os homens poderiam desvendar os segredos da realidade, para, então, dominar a natureza. “Saber é poder”, afirmava um exultante Bacon. Posteriormente, René Descartes lançou as bases filosóficas do edifício moderno, definindo a essência humana como uma substância pensante (*cogito, ergo sum*) e o ser humano como um sujeito racional autônomo. Na mesma senda, Isaac Newton conferiu à modernidade o seu arcabouço científico ao descrever o mundo físico como uma máquina, cujas leis imutáveis de funcionamento poderiam ser apreendidas pela mente humana. Na seara político-social, despontou o pensamento de John Locke, propugnando não só uma relação contratual entre governantes e governados, em detrimento do absolutismo, como também a supremacia dos chamados direitos naturais perante os governos tirânicos.

Abeberando-se nesse rico manancial de idéias, coube ao movimento iluminista estruturar o multifacético projeto da modernidade, inaugurando, de modo triunfal, a idade da razão. Emanuel Kant ainda complementaria o ideário moderno, ao enfatizar o papel ativo da mente no processo de conhecimento. Para Kant, o intelecto sistematizaria os dados brutos oferecidos pelos sentidos por meio de certas categorias formais (espaço e tempo). Nessa perspectiva, o “eu pensante”, ao desencadear suas potencialidades cognitivas, afigurava-se como o criador do próprio mundo a ser conhecido. A pretensão transcendental de Kant supunha, assim, que a cultura e a ética refletiriam padrões universalmente racionais e, portanto, universalmente humanos.

Aduzidos os fundamentos do projeto da modernidade, cumpre dissecarmos os elementos de sua conformação histórica. Para tanto, valemo-nos da arguta análise oferecida por Boaventura Santos. Consoante assinala o sociólogo português, o programa moderno é constituído pelos pilares da regulação e da emancipação. Esses pilares configuram-se como vetores societários em constante entrechoque, vale dizer, forças

sociais em permanente tensão dialética. O pilar regulatório engloba as instâncias de controle e heteronomia. De outro lado, o pilar emancipatório expressa as alternativas de ampliação da personalidade, ensejando rupturas, descontinuidades e transformações.

O pilar da regulação assenta-se em três instâncias diretivas de conduta: o *mercado*, espaço em que a consecução dos interesses privados conflui para o bem comum; o *estado*, ente político detentor do monopólio da coerção organizada; a *comunidade*, como referência à unidade e à integração horizontal dos membros de uma coletividade. Por sua vez, o pilar da emancipação resulta do concurso das racionalidades libertárias: a *racionalidade cognitivo-instrumental* da ciência e da técnica, edificadora de um saber a serviço do homem; a *racionalidade estético-expressiva* das artes e da literatura, impulsionando a imaginação, a criatividade, o rompimento das fronteiras delimitadoras do mundo real; e a *racionalidade moral-prática* da ética, que propicia a ação humana autodeterminada, livre de interferências comportamentais.

O programa da modernidade funda-se no equilíbrio entre os referidos pilares, assegurado pela correlação existente entre os princípios regulatórios e as lógicas emancipatórias. Assim, a racionalidade moral-prática, que rege o direito, amolda-se, de forma privilegiada, ao princípio do estado, uma vez que o estado moderno detém a primazia na produção e aplicação das normas jurídicas. A racionalidade cognitivo-instrumental, por seu turno, alinha-se ao princípio do mercado, porquanto a ciência e a técnica afirmam-se como as molas mestras do incomensurável desenvolvimento do modo de produção capitalista.

No plano epistemológico, o projeto da modernidade traz em seu bojo a suposição de que o conhecimento é preciso, objetivo e bom. Preciso, pois sob o escrutínio da razão torna-se possível compreender a ordem imanente do universo; objetivo, porquanto o

modernista se coloca como observador imparcial do mundo, situado fora do fluxo da história; bom, pois o otimismo moderno conduz à crença de que o progresso é inevitável e de que a ciência capacita o ser humano a libertar-se de sua vulnerabilidade à natureza e a todo condicionamento social.

O cerne do programa moderno é, indubitavelmente, a confiança na capacidade racional do ser humano. Os modernos atribuem à razão papel central no processo cognitivo. A razão moderna compreende mais do que simplesmente uma faculdade humana. O conceito moderno de razão remete à assertiva estoica, vigente no período greco-romano, de que uma ordem e uma estrutura fundamentais são inerentes ao conjunto da realidade. Nesse sentido, o programa moderno se alicerça na premissa de que a correspondência entre a tessitura da realidade e a estrutura da mente habilita esta última a discernir a ordem imanente do mundo exterior.

Em síntese, a idéia de uma modernidade denota o triunfo de uma razão redentora, que se projeta nos diversos setores da atividade humana. Essa razão deflagra a secularização do conhecimento, conforme os arquétipos da física, geometria e matemática. Viabiliza a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, concebida como a única forma válida de saber. Potencializa, por meio do desenvolvimento científico, o controle das forças adversas da natureza, retirando o ser humano do reino das necessidades. Permite ao homem construir o seu destino, livre do jugo da tradição, da tirania, da autoridade e da sanção religiosa. Propicia, outrossim, a emergência do paradigma liberal-burguês nas esferas política e jurídica.

Aproveitando o ensejo, passemos a versar sobre as implicações jurídicas do programa moderno.

O conceito de *estado de direito* é pedra angular para o entendimento da modernidade jurídica. Surgido na dinâmica das revoluções burguesas (revolução gloriosa, inde-

pendência norte-americana, revolução francesa), o *estado de direito*, no magistério autorizado de Norberto Bobbio, sintetiza um duplo e convergente processo de *estatização do direito e juridificação do estado*. Como bem assinala José Eduardo Faria, o estado liberal-clássico inaugura um padrão histórico específico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil. Essa relação é intermediada por um ordenamento jurídico que delimita os espaços político e societal. A ordem jurídica acaba por separar a esfera pública do setor privado, os atos de império dos atos de gestão, o interesse coletivo das aspirações individuais.

O *estado de direito* apresenta, como traços marcantes de sua conformação histórica, os princípios da soberania nacional, da independência dos poderes e da supremacia constitucional. O princípio da separação dos poderes, técnica destinada a conter o absolutismo, atribui a titularidade da função legislativa a parlamentos compostos pelos representantes da nação, restringe o campo de atuação do executivo aos limites estritos das normas legais e confere ao judiciário a competência para julgar e dirimir conflitos, neutralizando-o politicamente. O estado submete-se ao primado da legalidade. A lei é concebida como uma norma abstrata e genérica emanada do parlamento, segundo um processo previsto pela constituição. A carta magna, na acepção liberal, apresenta-se como uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada em regra num documento escrito, mediante o qual se estrutura o poder político e se asseguram os direitos fundamentais.

Conforme se depreende, a idéia moderna de que os homens encontram-se aptos a delinear um projeto racional informa as definições clássicas de lei e constituição. As normas legais afiguram-se como instrumentos de uma *razão planificante*, que engendra a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. A constituição, produto de uma razão imanente e universal que organiza o

mundo, cristaliza, em última análise, o pacto fundador de toda a sociedade civil.

O fenômeno da *positivação* é também expressão palmar da modernidade jurídica, ensejando a compreensão do direito como um conjunto de normas postas. Ocorrido no século XIX, corresponde à *legitimidade legal-burocrática* preconizada por Max Weber, que se funda em ritos e mecanismos de natureza formal. A *positivação* consiste no processo de filtragem, mediante procedimentos decisórios, das valorações e expectativas comportamentais presentes na sociedade, que, assim, são convertidas em normas dotadas de validade jurídica. A lei, resultado de um conjunto de atos e procedimentos formais (iniciativa, discussão, *quorum*, deliberação) torna-se, destarte, a manifestação cristalina do direito. Daí advém a identificação moderna entre direito e lei, restringindo o âmbito da experiência jurídica.

A análise global da conjuntura da época possibilita o entendimento do sentido dessa idolatria à lei. O apego excessivo à norma legal reflete a postura conservadora de uma classe ascendente. A burguesia encampa o poder político e passa a utilizar a aparelhagem jurídica em conformidade com seus interesses. Como salienta Machado Neto, se a *utopia jusnaturalista* impulsiona a revolução, a *ideologia legalista* legitima a preservação do *statu quo* pelo argumento de que o conjunto de leis corporifica o justo pleno, cristalizando formalmente os princípios perenes do direito natural. Além disso, as demandas do industrialismo, a celeridade das transformações econômicas exigem um instrumental jurídico mais dinâmico e maleável. Em contraste com o processo de lenta formação das normas consuetudinárias, a lei se afigura como um instrumento expedito, pronto a disciplinar as novas situações de uma realidade cambiante. Ocorre, no dizer de Tércio Sampaio, a “institucionalização da mutabilidade do direito”, isto é, o direito muda toda vez que se modifica a legislação. A ordem jurídica torna-se contingencial e manipulável conforme as circuns-

tâncias. O fastígio do princípio da separação de poderes, técnica de salvaguarda política e garantia das liberdades individuais, é outro fator preponderante. Na concepção moderna, o juiz, ao interpretar a lei, deve ater-se à literalidade do texto legal, para que não invada a seara do poder legislativo. O magistrado restringe-se a perquirir a *voluntas legislatoris*. A aplicação do direito ampara-se no dogma da subsunção: o raciocínio jurídico consiste na estruturação de um mero silogismo, envolvendo uma premissa maior (a diretiva normativa genérica) e uma premissa menor (o caso concreto).

Ressalte-se ainda que teorização jurídica da era moderna concebe o direito como um ordenamento dessacralizado e racional. Emerge, como grande contribuição epistemológica do jusnaturalismo clássico, a noção de *sistema jurídico*, que erige a prevalência de um princípio axiológico superior (o valor da justiça, postulado da razão) do qual se extrai o conteúdo dos demais princípios que integram o referido sistema. Ulteriormente, o ordenamento jurídico adquire feição lógico-formal, passando a ser entendido como um sistema fechado, axiomatizado e hierarquizado de normas. Dessa concepção moderna defluem as exigências de acabamento, plenitude, unicidade e coesão do direito. Nessa perspectiva sistêmica, são negadas as existências de lacunas e de antinomias normativas.

Expostos os contornos da modernidade jurídica, cumpre agora discorrermos sobre as contradições do programa moderno, trazendo à baila os diagnósticos apresentados pelo pensamento filosófico contemporâneo.

### 3. A crítica ao projeto da modernidade

No decorrer de seu transcurso histórico, o projeto da modernidade, excessivamente amplo em seu campo de realizações, entra em colapso. A vocação maximalista dos pilares regulatório e emancipatório, bem como dos princípios e lógicas internas inviabiliza o cumprimento da totalidade de suas

promessas. Ocorre, em determinados momentos, a expansão demasiada do espaço social ocupado pelo mercado, a maximização da racionalidade científica e, de um modo geral, o desenvolvimento exacerbado do vetor da regulação ante o vetor da emancipação. O pilar emancipatório assume a condição de roupagem cultural das forças de controle e heteronomia, o que põe termo ao equilíbrio tão almejado entre os pilares da modernidade.

O programa da modernidade vai dissolver-se num processo de racionalização global da sociedade, que acaba por vincular a razão às exigências do poder político e à lógica específica do desenvolvimento capitalista. O conhecimento científico da realidade e o poder por ele exercido sobre a natureza e a vida social, concebidos como meios de emancipação do homem, tornam-se um fim em si mesmos, acarretando a destruição dos ecossistemas e a conseqüente perda da qualidade de vida. Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acaba promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos tornam-se, assim, receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (*alienação*); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (*coisificação*); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (*massificação*). A alienação, a coisificação e a massificação constituem-se patologias de uma modernidade que, na concepção de Hannah Arendt, banaliza o próprio mal.

Os sintomas dessa modernidade doente, envelhecida e envilecida pelos desvios e excessos do processo racionalizador, foram analisados por uma ilustre plêiade de filósofos e de cultores das ciências sociais. O recrudescimento das contradições geradas pela dinâmica de racionalização abre mar-

gem ao aprofundamento de interpretações críticas, aptas a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. São questionados também alguns pressupostos basilares do programa moderno, tais como o suposto dualismo sujeito-objeto e a própria existência de verdades universais. Entre outras, cumpre enfocarmos as contribuições de Nietzsche, Heidegger, Gadamer, Derrida, Foucault, Rorty e Adorno.

Coube a Friedrich Nietzsche desferir o primeiro golpe contra a modernidade no final do século XIX. O irracionalismo de Nietzsche insurge-se contra a razão e a moral, contestando o fio condutor de todo o projeto da modernidade. O mundo moderno, segundo Nietzsche, caracteriza-se pelo niilismo, pelo esvaziamento e esterilização dos valores. Opõe a essa modernidade um passado arcaico, regido por forças dionisíacas que enfatizam o prazer, o êxtase, o movimento e a energia. O culto de *Dionísio* reflete a vitória do heterogêneo sobre o homogêneo, da anomia sobre a lei. Aponta, outrossim, para o advento de um novo ser humano (*super-homem*), liberto dos binários opressivos *bem-mal* e *dever-culpa*.

Na perspectiva existencialista, Heidegger critica o modo de pensamento moderno. Para Heidegger, o estilo racional de conhecimento olvida o ser, reprimindo-o em benefício do ente. A pedra angular de sua obra é o conceito de *dasein* (*ser-no-mundo*). Heidegger propõe a substituição da concepção cartesiana-kantiana do sujeito como substância independente da sociedade e do fluxo histórico. Rompe, pois, com o pretensão dualismo sujeito-objeto em favor de um fenômeno unitário que congregue o *eu* e o *mundo* numa mesma dimensão ôntica.

Valendo-se do desconstrucionismo literário, Hans-Georg Gadamer solapa o programa epistemológico da modernidade. Segundo Gadamer, o significado não é inerente ao mundo. O sentido não está oculto à espera de que o *eu conhecedor* o traga à tona e o desvende. O conhecedor não descobre um significado *pré-existente lá fora*. Pelo contrá-

rio, o significado emerge à medida que o intérprete se envolve num diálogo com o “texto” do mundo. Desse modo, a contínua conversação hermenêutica enseja a fusão de horizontes entre o intérprete e a realidade.

Com base nessas idéias, o filósofo francês Jacques Derrida reivindica o abandono tanto da “*ontoteologia*” (tentativa de estabelecer descrições ontológicas da realidade) como da “*metafísica da presença*” (a idéia de que algo transcendente está presente na realidade). Assim, já que não há nada transcendente que seja inerente à realidade, diz ele, tudo o que emerge no processo de conhecimento é a perspectiva do *eu* que interpreta o *mundo*.

Michel Foucault, num dos momentos mais salientes de sua vasta obra, evidencia o entrelaçamento entre as formações discursivas e o poder. Para Foucault, toda interpretação da realidade consiste numa declaração de poder. O conhecimento é sempre o resultado do uso de um poder subjacente. Nomear algo significa exercer poder e, portanto, imprimir violência ao que é nomeado. Segundo o filósofo, nas sociedades modernas, esse poder é exercido mediante práticas pontuais, que atravessam o espectro social sob a forma de *disciplinas*, cristalizando-se em instituições de registro, observação e classificação (caserna, escola, penitenciária). Do conjunto de seu pensamento emerge, pois, a denúncia de uma *razão tecnocrática*: o saber como serviçal e corolário lógico do poder. Nesse sentido, o conhecimento científico se converte num eficiente instrumento de dominação.

Seguindo a esteira do pragmatismo norte-americano, Richard Rorty desfaz-se da concepção clássica da verdade como natureza reflexa seja da mente, seja da linguagem. Segundo ele, a verdade não é estabelecida, quer pela correspondência de uma afirmação com a realidade objetiva, quer pela coerência interna das afirmações em si mesmas. Rorty argumenta que devemos abandonar a busca pela verdade e nos contentarmos com a interpretação. Ele propõe a fi-

losofia da construção cujo objetivo é dar prosseguimento ao diálogo e não à descoberta da verdade.

No contexto da escola de Frankfurt, Theodor Adorno denuncia a hegemonia de uma *razão totalitária*, que alimenta a burocratização crescente da vida social. Esta imposição de ritos burocráticos, cuja fonte matricial é o sistema capitalista, promove a automação das condutas e o conformismo dos atores sociais.

Eis, resumidamente, as críticas mais agudas desferidas ao ideário moderno. Nesse momento, cumpre observarmos os condicionamentos sofridos pela modernidade para, ao final, discernir as alternativas de redefinição do programa moderno, inclusive na esfera jurídica.

#### 4. O desdobramento histórico do projeto da modernidade

O transcurso histórico do projeto da modernidade pode ser dividido em três períodos. À medida que se sucedem esses períodos, o programa moderno adquire novos contornos. Ocorrem, no âmbito dos pilares regulatório e emancipatório, significativas transformações.

##### *Primeiro período: o despertar do programa moderno*

No primeiro período, que compreende o século XIX, o mercado, esfera das atividades econômicas, amplia-se desmesuradamente, resguardando-se, *pari passu*, da ingerência estatal. O estado liberal é, pois, abstencionista, encarregando-se de cumprir as funções essenciais, a saber, a manutenção da ordem interna e a preservação da segurança externa. A sociedade civil, entendida como um espaço em que os particulares perseguem a consecução dos interesses privados, consagra o atomismo e o individualismo dos atores sociais. O sistema democrático representativo baseia-se numa cidadania formal e estatizante, cujo exercício se cinge ao ato isolado de votar, conducente a um

mero ritualismo eleitoral.

No plano cognitivo, as lógicas da ciência, da arte e da ética distanciam-se progressivamente uma das outras, mediante um processo de crescente especialização. A racionalidade científica desenvolve-se de forma assombrosa, passando a fincar sua supremacia perante os outros campos do conhecimento. No que concerne à racionalidade jurídica, convém destacar dois relevantes aspectos: a concepção de um sujeito das relações ético-jurídicas como referido à figura abstrata do indivíduo e a tendência ao culto das formas, que se revela de modo exemplar no formalismo jurídico da escola de exegese, formada pelos comentaristas do código napoleônico.

##### *Segundo período: o equilíbrio mercado/estado e o cientificismo*

No segundo período que abrange o final do século XIX, o período entreguerras e as primeiras décadas posteriores à segunda grande guerra, o espaço social ocupado pelo estado se expande. Verifica-se então um maior equilíbrio entre o *estado*, agente de regulamentação social, e o *mercado*, espaço de produção e distribuição de riqueza. A consolidação do movimento operário, o fortalecimento dos sindicatos e a crise estrutural do sistema financeiro capitalista alteram o perfil estatal. O estado mínimo liberal-burguês, mero ente ordenador das relações sociais, é substituído pelo estado-providência, ente diretivo e controlador, que passa a intervir na sociedade. Assume, pois, duas funções básicas: a promoção do progresso econômico e a tutela dos cidadãos mais desfavorecidos. No que se refere a esta última vertente, o *welfare state*, mediante prestações positivas, potencializa o exercício dos direitos fundamentais de segunda geração (saúde, moradia, seguridade social, educação). O estado converte-se, outrossim, num mediador da relação capital-trabalho, surgindo as formas históricas da social-democracia e do neocorporativismo. Diante da necessidade de respostas cada vez mais céle-

res e eficazes a questões econômicas, financeiras e administrativas, o poder executivo vai assumir a função legislativa e exercer um papel de planificação dos mercados nacionais.

Ademais, no plano do conhecimento, nota-se, com o advento do *positivismo científico* de Augusto Comte, a hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental. O modelo positivista de ciência enfatiza a experimentação, o uso de uma metodologia indutiva, a neutralidade axiológica e o consequente distanciamento entre o sujeito e o objeto. Esse paradigma positivista é adotado pelo sociologismo eclético, que reduz a totalidade da experiência jurídica à sua dimensão fática. Cumpre salientar ainda o surgimento, no período entreguerras, da teoria pura de Hans Kelsen, cuja natureza essencialmente lógico-formal implica a concepção do direito como um sistema escalonado de normas, depurado de apropriações fáticas e valorativas.

#### *Terceiro período: pluralismo e razão comunicativa*

O terceiro período, que se inicia na década de 60 e se estende aos dias atuais, é caracterizado pela reaquisição da hegemonia do mercado. As crises do petróleo, ocorridas em 1973 e 1979, concorrem, de modo preponderante, para o colapso jurídico-político do estado providência. Dos escombros do *welfare state*, emerge o *estado neoliberal*, cuja atuação se pauta no seguinte receituário: liberalização dos mercados, estabilidade monetária, controle das contas públicas, corte das despesas sociais e política de privatizações. O fenômeno da *globalização*, que intensifica a interdependência das economias nacionais em escala internacional, promove, gradualmente, o esvaziamento da soberania estatal. A atuação do estado orienta-se cada vez mais pelo contexto econômico externo e pelos arranjos das instâncias transnacionais de decisão político-jurídica.

Com base nesse multifário panorama, André Roth vislumbra o advento de um ver-

dadeiro neofeudalismo. Verifica, assim, a dissolução dos pressupostos que distinguem o estado feudal do estado moderno. Estariam superadas, pois, as dicotomias esfera pública x esfera privada, poder político x poder econômico, ordem externa x organização estatal interna. O ilustre professor de Genebra aponta a existência de uma miríade de instâncias transnacionais de concertação política e composição dos conflitos, que atravessam as fronteiras dos estados, para impor as suas decisões aos governos e às coletividades de cada nação.

As formas tradicionais de representação (sindicatos e partidos políticos) cedem espaço aos chamados novos movimentos sociais, agentes de uma solidariedade concreta e participativa, cujas atividades materializam o princípio da comunidade expresso na matriz do programa moderno. Os novos movimentos sociais orientam-se por reivindicações pontuais, revelando o caráter multidimensional da opressão capitalista. O capitalismo não só propicia a exploração econômica dos trabalhadores pela classe burguesa, mas também abrange outras formas de diferenciação e exclusão social baseadas no sexo, na raça, no consumo e na perda da qualidade de vida.

Processam-se mudanças importantes no âmbito do conhecimento. Merece destaque a concepção de racionalidade comunicativa preconizada por Habermas. Essa nova razão brota da intersubjetividade do cotidiano, operando numa tríplice dimensão. Segundo Habermas, a razão comunicativa viabiliza não só a relação cognitiva do sujeito com as coisas (esfera do ser), como também contempla os valores (esfera do dever ser), sentimentos e emoções (esfera das vivências subjetivas). Trata-se, pois, de uma razão dialógica, espontânea e processual: as proposições racionais são aquelas validadas num processo argumentativo, em que se aufere o consenso por meio do cotejo entre provas e argumentações. A racionalidade adere aos procedimentos pelos quais os protagonistas de uma relação comunicativa

apresentam seus argumentos, com vistas à persuasão.

Duvida-se, outrossim, da exatidão científica. O conhecimento científico não mais comporta certezas absolutas e inquestionáveis. As leis e as generalizações da ciência, delineadas na forma determinística (*se x então y*), são relativizadas, denotando, ao revés, alta probabilidade de ocorrência dos fenômenos estudados. Nesse sentido, são exemplos eloqüentes a física quântica, a teoria da relatividade e o princípio da incerteza formulado por Werner Heisenberg.

Ainda no tocante à potencialidade e aos limites do conhecimento científico, cumpre mencionar a alternativa epistemológica perfilhada por Boaventura Santos. O insigne sociólogo refere-se a uma imprescindível segunda ruptura no campo da epistemologia. Se a primeira ruptura epistemológica consistiu na separação da ciência moderna do senso comum, a segunda ruptura se cristaliza na tentativa de converter a ciência num novo senso comum. Faz-se necessário, pois, a efetiva participação da comunidade na definição das prioridades científicas e no controle, mediante balizas éticas, do poder destrutivo da ciência. A necessidade de uma postura comunitária mais interventiva torna-se patente ao observarmos os danos ecológicos causados pelo uso desenfreado do conhecimento científico e os riscos de uma utilização incosequente da biotecnologia e da engenharia genética. Opondo-se ao moderno paradigma de conhecimento, que prima pela distância existente entre o sujeito e o objeto da relação cognitiva, Boaventura Santos postula ainda uma nova forma de conhecimento. Deste modo, o modelo cognitivo preconizado por Boaventura Santos enfatiza a proximidade sujeito–objeto e o mapeamento do contexto cultural em que se processa o conhecimento.

Nesse ponto, é possível traçar um paralelo com as ponderações de Thomas Kuhn, para quem a ciência se afigura como um fenômeno histórico dinâmico, um constructo sociocultural de uma comunidade humana.

Kuhn foi o pioneiro de uma nova análise sobre o modo de desenvolvimento da ciência. Para ele, as modificações teóricas são transformações radicais no modo como os cientistas observam o mundo. De tempos em tempos, segundo Kuhn, os cientistas abandonam sua trilha linear e desencadeiam súbitas explosões criativas chamadas de *mudanças paradigmáticas*. O paradigma deve ser entendido como um sistema de crença que prevalece numa determinada comunidade científica. A transição de um sistema explanatório para outro constitui uma revolução científica. Nesse sentido, a obra de Kuhn leva ao reconhecimento de que os fundamentos do discurso científico e da própria verdade científica são, em última análise, sociais. A ciência não se embasa numa observação neutra de dados, conforme propõe a teoria moderna. De acordo com o novo entendimento, o conhecimento científico não é uma compilação de verdades universais objetivas, mas um conjunto de investigações histórico-condicionadas, com amparo em comunidades específicas.

Como reação ao modelo mecanicista de explicação dos fenômenos, tendente a compartimentar a realidade em esferas estanques, cumpre salientar o esforço intelectual do físico Frijot Capra. Para ele, a visão do todo deve prevalecer sobre a das partes. Seja no plano biológico, seja no social, é possível, segundo Capra, evidenciar uma imbricação necessária entre sistemas, seres, fenômenos e relações existenciais.

Convém, neste momento, adentrarmos na seara do direito, de modo a verificar as alterações ocorridas nos fundamentos da modernidade jurídica.

Descortinam-se novas tendências, apontadas com muita propriedade por J. J. Gomes Canotilho. O direito não mais se afigura exclusivamente como um centro ativo e diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasma condutas e implementa um projeto global de organização e regulação social. O direito, nos dias atuais, caracteriza-se, essencialmente, por



ser reflexivo e mero indicador de uma coexistência societária harmoniosa. Atua como um verdadeiro anteparo ou lubrificante das relações intersubjetivas, reduzindo as interferências e os atritos entre os sistemas (político, econômico, ideológico) que perfazem a estrutura da sociedade. A concepção tradicional, que concede ao estado o monopólio de produção da normatividade jurídica, é substituída por uma compreensão da natureza plural e multiorganizativa do fenômeno jurídico. No âmbito específico da sociedade civil, delineiam-se novos pólos definidores das regras de convivência, relativamente independentes da chancela estatal. Nesse sentido, ocorre um refluxo de instituições tradicionais (estado, parlamento, governo) e a emergência da sociedade como um espaço privilegiado de composição dos interesses (contratos, negociações coletivas) e de acomodação dos conflitos. Daí decorre a atmosfera atual de desoficialização, informalidade e deslegalização que perpassa a ordem jurídica. As lacunas normativas, abertas pelo desmonte do arcabouço jurídico-político estatal, são colmatadas pelas práticas concretas de grupos oriundos diretamente da sociedade civil.

Sob o influxo do pensamento culturalista (“lógica do razoável” de Recasens Siches, “verdade de conduta” de Carlos Cossio), cristaliza-se a consciência de que o ato de interpretar/aplicar o direito não consiste numa simples operação lógico-formal, mas antes envolve o recurso a instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congrega valores, porquanto o direito revela-se como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca da *voluntas legis*, verificando a finalidade da norma em face das circunstâncias socioculturais. Não se concebe mais o direito como um sistema hermético, mas como um sistema aberto, permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. É cada vez mais plausível o entendimento de que os operadores do direito devem procurar as significações ju-

rídicas no contexto de interações comunicativas. Desse modo, a linguagem se afigura como o veículo para a compreensão dos sentidos incrustados na experiência do direito.

Nesse compasso, merece registro a contribuição atual de Chaim Perelman para a ciência do direito. Partindo da distinção cunhada por Aristóteles entre o *raciocínio dialético*, que versa sobre o verossímil e serve para embasar decisões, e o *raciocínio analítico*, que trata do necessário e sustenta demonstrações, Perelman situa o raciocínio jurídico no primeiro grupo, ressaltando a sua natureza argumentativa. Segundo o lógico e jusfilósofo belga, as premissas do raciocínio jurídico não se apresentam dadas, mas escolhidas. O orador que as elege (o advogado, o promotor, o juiz etc.) deve, de início, buscar compartilhá-las com o seu auditório (juiz, tribunal, júri, opinião pública). Em seu cotidiano, o operador do direito é instado a formular argumentos a fim de convencer o interlocutor da tese sustentada: o *advogado* organiza idéias na petição inicial (transcreve doutrina, cita jurisprudência, relata fatos) com o fito de convencer o juiz a decidir em favor da sua pretensão; o *promotor público*, no júri, descreve o *iter criminis*, com o intuito de despertar nos jurados a certeza de culpa do acusado; o *doutrinador* transpira erudição para que a comunidade jurídica prestigie o seu parecer acerca de um problema jurídico; o *magistrado*, ao proferir uma decisão, fundamenta-a para que juízo *ad quem* se convença de que a solução encontrada para o caso concreto foi a mais adequada, justa e cabível.

O processo de convencimento jurídico pode desdobrar-se ainda em três aspectos, a saber, identidade ideológica, mobilização emotiva, intercâmbio intelectual. Em certas situações, o interlocutor se convence da mensagem do orador apenas em função de um desses fatores (como o apelo emocional no júri popular). Todavia, para que a persuasão seja eficaz, exige-se o concurso desses fatores: os valores e a visão de mundo do

orador e interlocutor devem ser compatíveis (*identidade ideológica*); o orador deve valer-se do manejo de emoções e instintos do subconsciente do interlocutor (*mobilização emotiva*); e, finalmente, o orador deve dominar técnicas de organização de idéias até para imprimir aparente logicidade aos fatores ideológicos e emocionais (*intercâmbio intelectual*).

Destarte, o convencimento jurídico se afigura como uma interação comunicativa. De um lado, o orador, de outro, o interlocutor (receptor, auditório) e, unindo-os, uma mensagem. O convencimento resulta do processo pelo qual o interlocutor compartilha da mensagem emanada do orador. O interlocutor, com efeito, não se limita a entender ou aceitar a mensagem, mas a adota como se fosse sua. A persuasão depende, em larga medida, da utilização de valores socialmente aceitos, capazes de conferir força de convicção ao exercício retórico. Nesse sentido, tornam-se evidentes os pontos de similitude entre a razão comunicativa de Habermas e a lógica da argumentação de Perelman, sucedânea da tradição do culturalismo jurídico.

### 5. Conclusão

Em face de tudo quanto foi exposto, concluímos que:

- O projeto da modernidade não cumpriu a totalidade de suas promessas, desnaturando-se no decorrer de seu transcurso histórico. A ênfase desmesurada concedida ao *mercado* e a hipertrofia da *racionalidade técnico-científica* acabaram inviabilizando a realização plena do ideário moderno.

- No plano interno, a dicotomia moderna estado/sociedade civil é substituída por uma maior interação entre esses pólos. O *estado* não é mais o centro do poder legítimo, nem tampouco a única fonte de autoridade. Admite-se a emergência de um pluralismo societário, que se delinea por meio das práticas concretas de grupos organizados. No plano externo, o *estado* perde a condição de

referência, à medida que o fenômeno da *globalização* abala os alicerces da soberania nacional.

- Os pressupostos epistemológicos da modernidade são solapados. Não mais prevalece a suposição de que o conhecimento é bom, objetivo e exato. O otimismo moderno no progresso científico é substituído pelo ceticismo no tocante à capacidade de a ciência resolver os grandes problemas mundiais, mormente os ecológicos. Não se aceita a crença na plena objetividade do conhecimento. O mundo não é um simples dado que está “lá fora” à espera de ser descoberto e conhecido. A aproximação entre o sujeito e o objeto é uma tendência presente em todas as modalidades de conhecimento científico. O trabalho do cientista, como o de qualquer ser humano, é condicionado pela história e pela cultura. A verdade brota de uma comunidade específica. Assim, o que quer que aceitemos como verdade, e até mesmo o modo como a vemos, depende da *comunidade* da qual participamos. Esse *relativismo* se estende para além de nossas percepções da verdade e atinge sua essência: não existe verdade absoluta e universal. A verdade é sempre relativa à *comunidade* da qual participamos.

- Amplia-se a dimensão racional moderna para congregar valores e vivências subjetivas. A racionalidade é inserida no processo comunicativo. A verdade resulta do *diálogo* e do *consenso* entre sujeitos de uma dada comunidade.

- A modernidade jurídica é reformulada. Sedimenta-se a consciência de que o direito se afigura como um sistema aberto, suscetível aos influxos fáticos e axiológicos. A *razão comunicativa* é transposta para o plano jurídico. A teoria e a prática jurídicas passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos litígios, potencializando o uso do convencimento e de técnicas persuasivas pelos operadores do direito. O raciocínio jurídico, no âmbito de um processo comunicativo, não se resume a uma mera operação lógico-formal, mas con-

catena freqüentemente *tópicos de argumentação*, objetivando auferir o consenso do *audi-tório universal*.

Essas conclusões não nos autorizam a decretar o esgotamento irreversível do programa moderno. Devemos, isto sim, preservar as conquistas históricas da modernidade para adaptá-las às circunstâncias de uma nova era. As tendências que se descortinam no cenário teórico e nas práticas concretas geram perplexidade, mas também oferecem-nos sinais evidentes de que as metas inculpidas no projeto da modernidade podem ainda ser atingidas. Seria demasiado otimismo vislumbrar o futuro como um jardim edênico. Igualmente, seria exacerbado pessimismo divisá-lo como uma paisagem árida, donde brotariam unicamente as “flores do mal”, nos moldes preconizados por um Charles Baudelaire.

Como se percebe, não é possível identificar certezas absolutas. Persistem incertezas. São elas, contudo, que fortificam nossos ânimos, impulsionando-nos para a formulação de alternativas:

*“é sempre melhor o impreciso que embala do  
que o certo que basta,  
Porque o que basta acaba onde basta, e onde  
acaba não basta,  
E nada que se pareça com isto devia ser  
o sentido da vida ...”*  
Fernando Pessoa

Busquemos, pois, um sentido para nossas modernas existências.

### *Bibliografia*

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Alfa ômega, 1980.
- ARRUDA JR, Edmundo Lima. *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro : Luam, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 1991.
- CAPRA, Frijot. *O ponto de mutação*. São Paulo : Cultrix, 1997.
- CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER - KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- CURSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA À DISTÂNCIA. *O direito achado na rua*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1990.
- FARIAS, José Eduardo. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros Editores, 1996.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- GRENZ, Stanley J. *Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo*. São Paulo : Vida Nova, 1997.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1997.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. *O direito e a vida social: leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1975.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- REZENDE, Antônio. *Curso de filosofia*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1992.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*. Rio de Janeiro : Cia. das Letras, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortez, 1995.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. São Paulo : Vozes, 1996.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo : Alfa Ômega, 1994.

# A efetivação dos direitos humanos por meio do Direito Alternativo e do uso alternativo do Direito

Geilza Fátima Cavalcanti

Antes de adentrarmos o tema central do presente estudo, urge distinguir o Direito Alternativo do “Uso alternativo do Direito”. Ambos tiveram sua origem decorrente de crises econômicas, mas trouxeram como consequência conflitos distintos, com soluções igualmente diferenciadas.

O uso alternativo do direito tem seu berço na Europa<sup>1</sup>, onde se pretendeu alcançar a justiça por meio de uma atitude inovadora de alguns juízes. O movimento voltou-se para a postura dos juízes e sua função social, elevando-os à condição de “verdadeiros protagonistas da justiça”<sup>2</sup>, preocupando-se com sua formação, que deveria deixar de ser estritamente legal e formal, como normalmente o é, para passar a ser voltada aos problemas e anseios da sociedade, pois o juiz, por ser um agente político, tem igualmente uma função dessa natureza.

O Direito Alternativo, por outro lado, tem sua origem na América Latina, principalmente a partir da década de oitenta, e é marcado por ter como protagonista dos ideais de justiça não o juiz, mas a própria comunidade, que é incentivada a lutar e adotar medidas práticas que possibilitem a defesa de seus direitos, especialmente os humanos, independentemente da garantia dada a estes pela ordem jurídica.

O Direito Alternativo é a estruturação de um novo movimento crítico que não se constituiu, ainda, uma escola jurídica ou um movimento homogêneo. Não é ele também uma

Geilza Fátima Cavalcanti é Mestranda em Direito Público pela UFPE, com concentração em Direitos Humanos Fundamentais, Professora das Faculdades de Direito da Universidade Paulista – UNIP e do Centro de Ensino Superior Unificado de Brasília – CESUBRA.

negação dos demais movimentos críticos do Direito; pelo contrário, é a sua consequência prática mais perceptível.

Assim, esse movimento não se prende à conscientização do jurista, mas sim da própria comunidade, informando-a para que participe mais ativamente para concretizar uma sociedade mais democrática e justa.

Nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer<sup>3</sup>, “o Direito Alternativo latino-americano passa do monopólio do juiz ou do jurista para o domínio, o conhecimento e a prática popular”.

No entanto, também no Uso Alternativo do Direito europeu o movimento brasileiro foi buscar guarida, principalmente para justificar a prática dos juízes alternativos.

O Direito Alternativo, em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores, inova. Ele faz uma opção pelos mais fracos – a classe dominada – a fim de fazer com que o Direito seja um instrumento de luta. De outro lado, traz uma proposta maior, de construir uma sociedade mais justa. Não é um projeto simplesmente jurídico, mas sim político, econômico e, principalmente, social.

“A expressão usos do direito deve englobar três níveis de juridicidade e de lutas: 1) A luta no plano dos direitos institucionalizados, e negados (nível do instituído sonogado); 2) A luta no plano das releituras hermenêuticas de dado comando jurídico passível de fundamentações alternativas (chamado uso alternativo do direito e que denomino de nível do instituído relido); 3) A luta no plano dos direitos não institucionalizados, negados, reprimidos (chamado Direito Alternativo, expressão do pluralismo jurídico, que chamo de nível do instituinte negado, típico dos movimentos sociais)”<sup>4</sup>.

Feita essa distinção, passaremos ao tema usando as expressões com o sentido supra-explicitado para cada uma delas.

À primeira vista, tem-se que a previsibilidade do sistema é uma necessidade para a

garantia dos direitos individuais, em outras palavras, leis duradouras, que possibilitassem até mesmo um maior conhecimento por parte da população, efetivariam a garantia dos direitos dos cidadãos. Mas, por outro lado, a paralisação normativa, isto é, a manutenção da essência do sistema, traz como consequência a paralisação do Judiciário, que por seu turno revela a estagnação da sociedade.

Essa necessária coerência do sistema jurídico não pode exigir que o juiz seja jogado para fora do processo de criação do Direito, em um rígido sistema de tripartição dos poderes, posto que o próprio ordenamento traz em seu bojo aberturas explícitas para amparar os julgamentos *contra legem* no caso concreto, a fim de garantir observância aos direitos humanos, que se constituem princípios basilares do Estado.

O que se pretende provar é que o juiz está autorizado a eventualmente julgar contra determinadas normas jurídicas que contrariem os princípios gerais do Direito, em que estão contidos os direitos humanos, a fim de preservar a essência do sistema e de garantir que tenha sido realizada justiça.

Na clássica lição de São Tomás de Aquino, justiça é dar a cada um o que lhe é devido, noção atualmente considerada insatisfatória pelos alternativistas, pois significaria dar ao rico a riqueza, ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria e assim por diante. Desta feita, acrescentou-se a ela o ideal de igualdade, entendendo-se que a verdadeira justiça só pode ser efetiva quando observado esse princípio, que nada mais é do que outro direito humano. Assim, hodiernamente, justiça poderia ser considerada como sendo a virtude de dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples ou proporcional.

Segundo John Rawls<sup>5</sup>, a justiça é a virtude primeira de qualquer instituição social, devendo estar presente em todas elas para lhes dar legitimidade, pois “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou aboli-

das se são injustas”. Mais adiante<sup>6</sup>, afirma o mesmo autor que “as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos”, ou seja, quando os direitos fundamentais, que são o alicerce de qualquer Estado Democrático de Direito, são garantidos a todos os membros da sociedade igualmente e, ao mesmo tempo, respeitados, exercidos. “O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais”, conclui ele.

Prega-se, então, com o uso alternativo do Direito, um possível abandono da obediência cega e extremada à legalidade, chamada por Tarso Fernando Genro<sup>7</sup> de *fetichê*, com o objetivo maior de garantia dos direitos humanos, pois esta implica a realização da justiça. Pode-se afirmar que essa mesma finalidade está presente nas obras dos maiores defensores da corrente jusnaturalista. Seria a justiça, vista pela ótica da defesa da eficácia dos direitos humanos, então, o ponto de convergência das doutrinas jusnaturalistas e alternativistas.

Esse abandono da legalidade não implicaria, de forma alguma, uma violação ao princípio da separação dos poderes por estar o Judiciário usurpando a esfera de competências do Legislativo, como poder-se-ia questionar. Ora, ao julgar com base em parâmetros supralegais, o juiz não está legislando, pelo contrário, está obedecendo ao comando legal oriundo do Poder Legislativo de complementar o sistema em caso de omissão do mesmo.

Segundo o mesmo autor<sup>8</sup>, “o suporte ideológico do julgamento, sempre e absolutamente segundo a lei, é a defesa de uma determinada hierarquia de valores e normas dentro do sistema, mas não é a única possibilidade do juiz no interior do sistema”, isso porque ele próprio prevê mecanismos alternativos, tais como a integração de lacunas, termo bastante vago, por meio da utilização

da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 4º).

Interessante nesse ponto se fazer um leve apanhado histórico. O dispositivo legal supracitado tem sua inspiração direta no art. 4º do Código de Napoleão, que assim dispunha: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Em face de algum desses obstáculos, o juiz não se poderia escusar de resolver o caso concreto. Pelo contrário, os adeptos da Escola Exegética de Interpretação salientavam que em tal circunstância o juiz deveria buscar a solução

“no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do sistema do direito positivo). Os modernos teóricos do direito chamam a primeira de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, por meio da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, um outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completitude* do ordenamento jurídico”<sup>9</sup>.

No entanto, a auto-integração não se mostra sempre eficiente, e Norberto Bobbio (op. cit.) chega a afirmar que a *mens legis* com

o art. 4º do Código Napoleônico era exatamente a de deixar ao juiz a possibilidade de criar o Direito, pois o fenômeno do Direito não se reduz à lei, principalmente tendo em vista as constantes transformações por que passa a sociedade, sem que seja devidamente acompanhada pelas reformas legislativas.

Para confirmar a tese, argumenta o autor<sup>10</sup>:

“Que a intenção dos redatores do art. 4º fosse a de deixar uma porta aberta ao poder criativo do juiz ressalta claramente do teor do art. 9º do *Livro preliminar* do projeto (artigo que foi eliminado no texto definitivo por obra do Conselho de Estado): ‘Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva’”.

Ora, entre os métodos de integração de lacunas, podemos ressaltar os “princípios gerais do direito” como aquele que mais propicia a criação do Direito por parte dos juizes, pois o termo comporta várias interpretações por ser indeterminado. Podem ser conceituados como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quando o de sua atualização prática”<sup>11</sup>. Completa André Franco Montoro<sup>12</sup> a noção: “ao falar em princípios gerais do direito, dissemos que *esse conceito corresponde aos princípios de justiça*”.

Encontra-se aqui a legitimidade, o fundamento do Direito Alternativo ou do “Uso alternativo do Direito” como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. Explica-se: sempre que a norma contiver omissão, o juiz estará diante de uma *lacuna normativa*, podendo, após tentar socorrer-se da analogia e dos costumes<sup>13</sup>, usar os princípios gerais do Direito, e para tanto, estará autorizado a adotar medidas que o garan-

tam dar a solução justa ao caso concreto. Se houver lei, mas essa lei revelar-se injusta, não atendendo aos anseios sociais, o juiz estará diante de uma *lacuna axiológica*, ou seja, embora não haja no ordenamento uma omissão propriamente dita, há uma lacuna relativa aos valores jurídicos, estando autorizado, pelos mesmos fundamentos, a valer-se dos princípios gerais do Direito para alcançar a justiça.

Assim, *o uso alternativo do Direito reconhece o julgamento segundo a lei como sendo apenas uma das possibilidades do juiz, mas não a única. Se for suficiente para atender aos anseios sociais de justiça, o juiz deve simplesmente aplicar a lei. Caso contrário, deve ir além dela, pois o objetivo primordial do Direito não deve ser a lei, mas sim a justiça.*

Ora, fica claro que o uso alternativo do Direito não representa uma negação ao ordenamento jurídico, mas uma otimização do mesmo para que se alcance sempre, na solução dos casos concretos, o valor fundamental do Direito, que é a justiça, por meio, sempre, de uma realização dos direitos fundamentais, ainda que para isso seja necessário que o juiz mitigue a aplicação da lei, ou, em outros casos, deixe de aplicá-la para que sua decisão no caso concreto possa corresponder aos anseios sociais, especialmente dos mais necessitados.

Mas quais seriam e o que seriam os direitos fundamentais? Primeiro, cumpre distinguir direitos fundamentais e humanos. Estes seriam relativos à ordem internacional, direitos inerentes à pessoa humana, noção que se coaduna com os princípios jusnaturalistas, e portanto seriam universais. Os direitos fundamentais, por outro, seriam os direitos humanos dotados do *status* de fundamentalidade em determinado ordenamento jurídico, seriam os direitos positivados, abarcados pelo Direito Constitucional de determinado país.

Tais direitos não são absolutos, pois não existem direitos absolutos.

“Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e ou-

tro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras<sup>14</sup>.

Assim, poderá haver atrito entre mais de um direito considerado fundamental. E é com base no ideal de justiça que podem ser resolvidos os conflitos entre esses direitos aparentemente contraditórios, pois, dado que eles se constituem princípios, não é com base em parâmetros legais que o juiz poderá solucionar tais hipóteses, mas sim com base em uma ponderação de valores, de onde a justiça, em qualquer manual de axiologia jurídica, emerge como valor supremo.

Quando o juiz se depara com conflitos entre regras, terá necessariamente que afastar a aplicação de uma para que a outra incida, pois as regras contraditórias são excludentes. Já os princípios, por compreenderem “os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito”<sup>15</sup>, jamais são excludentes. O juiz, no caso concreto em que há colisão de direitos fundamentais, os quais possuem natureza principiológica e normogenética, deverá ponderar os valores postos (especialmente o valor justiça) e, com base no princípio da proporcionalidade<sup>16</sup>, solucionar o aparente conflito.

O movimento que defende o uso alternativo do Direito pretende levar esse objetivo de justiça, antes privilégio das classes do-

minantes, ao encontro dos anseios, necessidades e interesses da classe dominada, dos oprimidos. Segundo Antônio Carlos Wolkmmer<sup>17</sup>, “ a teoria crítica provoca a auto consciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas”.

Nesse diapasão, pela ótica do Direito Alternativo, a própria classe dominada conscientizar-se-ia de seus direitos e por eles lutaria numa busca incessante pela justiça, por meio dos mecanismos de lutas de classes, de legitimação e de coletivização dos sujeitos de direito. Os setores mais desprestigiados da sociedade, assim, procurariam, por meio desses instrumentos, efetivar o exercício e observância a seus direitos humanos, estejam ou não insculpidos pela Constituição Federal ou reconhecidos pelo Direito positivado, a fim de que a justiça seja de fato realizada.

“A atuação interpretativo-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: a) mais próxima do real conflito humano; b) permissiva de discussão axiológica desmascaradora da idéia de neutralidade; c) politicamente participativa; d) questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantêm; e) inserida no contexto sócio-econômico; f) possibilitadora de novas soluções aos conflitos”<sup>18</sup>.

O movimento do Direito Alternativo, aqui englobando também a vertente de luta dos juízes em defesa dos mais fracos, representa arma de combate na busca do novo, é um dos instrumentos do juiz que deseja comprometer-se com uma sociedade mais justa, é um combate à passividade dos juristas, para que estes possam deixar de ser apenas a “boca da lei”, para se tornarem a “boca da justiça”, tendo importante papel ou função social no sentido de serem efetivadores dos direitos humanos fundamentais, muitas vezes previstos, mas não exercidos e, às ve-



zes, nem sequer legalmente previstos, como ocorre com os direitos de quarta geração.

### Notas

- <sup>1</sup> Itália, início da década de 70.  
<sup>2</sup> *Licções de direito alternativo*, texto de Antônio Carlos Wolkmer, Editora Acadêmica, v.1, p.45.  
<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.  
<sup>4</sup> Rodrigues, p.155.  
<sup>5</sup> Rawls, p.3.  
<sup>6</sup> Idem, *ibidem*, p.7.  
<sup>7</sup> *Licções de direito alternativo*, v.1, p.21.  
<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p.25.  
<sup>9</sup> Bobbio, 1995, p.74.  
<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p.76.  
<sup>11</sup> Reale, p.306.  
<sup>12</sup> Montoro, p.381.  
<sup>13</sup> Métodos de integração que estão assim hierarquizados em face da adoção do Direito Positivo.  
<sup>14</sup> Bobbio, 1992, p.22.  
<sup>15</sup> Silva, p.602.  
<sup>16</sup> Subdividido em necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu*.  
<sup>17</sup> *Licções de Direito Alternativo*, v.1, p.40.  
<sup>18</sup> Rodrigues, p.162.

### Bibliografia

- ANDRADE, Lédio Rosa. *O que é direito alternativo*. Santa Catarina : Editora Obra Jurídica, 1998.  
ARRUDA JR., Edmundo Lima (org.). *Licções de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, Vs. 1 e 2, s.d.  
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Editora Campus, 1992.  
\_\_\_\_\_. *Positivismo jurídico*. São Paulo : Icone, 1995.  
DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo : Brasiliense, 1989. Coleção Primeiros Passos.  
OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A verdadeira face do direito alternativo*. Curitiba : Juruá, 1998.  
MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa : Editora Estampa, Imprensa Universitária, 1994.  
MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 1999.  
RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1997.  
REALE, Miguel. *Licções preliminares de direito*. São Paulo : Saraiva, 1998.  
RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.  
SILVA, De Plácido et al (orgs.). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

**RESENHA LEGISLATIVA**  
Artigos de contribuição do corpo de  
consultores do Senado Federal

# **Código de Trânsito Brasileiro: alterações, normas complementares e matéria legislativa em tramitação**

Lília M. de Alcântara e França

## *Apresentação*

A aprovação do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), instituído pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, representou um grande passo rumo à conquista de mais segurança e disciplina para o nosso trânsito. Ao introduzir mecanismos punitivos substancialmente mais rigorosos que os previstos na legislação que o antecedeu, o CTB tornou-se um poderoso instrumento no combate à violência no trânsito e ao caos que se instaurara nas vias urbanas e rodovias do País.

Em que pese a infinidade de propostas de alteração, objeto de projetos de lei que começaram a ser discutidos logo após a entrada em vigor da Lei nº 9.503/97, pode-se dizer que o Código ainda preserva o espírito original. Entre tantos projetos apresentados, apenas dois foram efetivamente acatados pelo Congresso Nacional e convertidos em lei.

Parte dos projetos de lei apresentados no período pode ser vista como tentativa dos parlamentares de suprir lacunas ou contornar dificuldades enfrentadas na aplicação do CTB. Outra parte visa especificamente a supressão ou, pelo menos, a flexibilização de determinadas exigências ou punições previstas no Código, as quais seriam tidas por alguns como excessivamente rigorosas.

O exame do texto da Lei nº 9.503/97 aponta a ocorrência de inúmeras remissões a normas “a serem estabelecidas pelo Contran”. Isso significa que muitos pontos do Código dependiam de norma complemen-

tar para aplicação. Essas normas – estabelece o Código em suas disposições transitórias (art. 314) – deveriam ser providenciadas pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran) no prazo de 240 dias a partir da publicação da Lei, aí incluída a revisão de normas editadas na vigência do Código Nacional de Trânsito, que antecedeu o CTB.

Embora tenha tentado agilizar o andamento da extensa pauta de regulamentação demandada pelo novo Código, a produção normativa do Contran na vigência do CTB deu-se de forma relativamente lenta. Ao final do prazo fixado no art. 314 do CTB, apenas parte das pendências havia sido equacionada por meio de 63 resoluções editadas até aquela data, envolvendo matéria inédita e revisão de resoluções baixadas na vigência do Código anterior. Algumas questões permanecem até hoje sem definição.

O presente trabalho é o resultado de levantamento realizado no domínio das normas jurídicas vinculadas ao CTB e das proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Trata-se, assim, de um balanço dos principais desdobramentos sofridos pelo Código a partir de setembro de 1997, quando foi publicada a Lei nº 9.503/97, que o instituiu. Como tal, registram-se:

- as leis responsáveis por alterações já introduzidas no texto original;
- as propostas de novas alterações; e
- as normas complementares baixadas pelo Contran em atendimento a necessidades de regulamentação previstas no próprio texto de alguns dispositivos.

Decorridos quase dois anos e meio da efetiva entrada em vigor da Lei nº 9.503/97<sup>1</sup>, o levantamento realizado por Robert Quintão de Oliveira e Wilson Pereira Ramos, da equipe do Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa, revela que:

- nesse período, o Código foi objeto de um grande número de projetos de lei que tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional, sendo a quase totalidade de iniciativa de parlamentares. Apenas dois projetos foram apresentados pelo Poder Executivo –

um deles, já convertido em norma jurídica<sup>2</sup>; e o outro<sup>3</sup>, recentemente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados;

- de todas as proposições legislativas destinadas a alterá-lo, apenas duas chegaram a bom termo, dando origem às leis de números 9.602/98 e 9.792/99. A primeira, de iniciativa do Poder Executivo, veio logo poucos meses depois da publicação do CTB e caracterizou uma reforma até certo ponto abrangente, visto que revisou, suprimiu ou acrescentou conteúdo a 14 dispositivos, além de detalhar aspectos operacionais do Fundo Nacional de Segurança e Educação para o Trânsito (Funset), previsto no art. 320 do CTB. Mais recentemente, depois da polêmica criada em torno da obrigatoriedade do *kit* de primeiros socorros nos veículos, prevista no art. 112 do Código, veio a segunda alteração – desta feita de natureza muito pontual –, que determinou a revogação da citada exigência.

Os resultados do balanço estão esquematicamente apresentados no quadro anexo. Observe-se que, para possibilitar indicações mais precisas, o registro das leis, normas complementares, ou projetos de lei em tramitação é feito em correspondência com os dispositivos do CTB a que a matéria se refere.

### Notas

<sup>1</sup> Conforme previsto no art. 340, o Código de Trânsito só entrou em vigor em 22 de janeiro de 1998, cento e vinte dias após a sua publicação.

<sup>2</sup> Lei nº 9.602, de 21 de janeiro de 1998, que “dispõe sobre legislação de trânsito e dá outras providências”.

<sup>3</sup> PL nº 1.428/99, que propõe aumentar de 20 para 30 o total de pontos que enseja a aplicação ao motorista infrator da penalidade de suspensão do direito de dirigir.

**CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO-LEI Nº 9.503/97**  
**Alterações, Regulamentação e Propostas em Tramitação no Congresso Nacional,**  
**segundo os dispositivos afetados**

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
7, IV		RES-83/98 –Contran	
10	LEI-9.602/98		PL-695/99
14	LEI-9.602/98		
15		RES-64/98 –Contran	
16, § único		RES-96/99 –Contran	
17			PL-3.318/00
18		RES-64/98 –Contran	
19		RES-10/98 –Contran RES-11/98 –Contran (alterada pelas RES-113/00 e DELIB-18/00 - Contran) RES-66/98 –Contran	PL-75/99
19, VII			PL-75/99
19, VIII e XI		RES-19/98 –Contran	
19, XII	LEI-9.602/98		
19, XXV e XXVI		RES-78/98 –Contran	
19, XXVI		RES-95/99 –Contran (revogada p/ RES-110/00 –Contran)	
21		RES-66/98 –Contran RES-83/98 –Contran	
21, XIV		RES-5/98 –Contran	
22		RES-66/98 –Contran	PL-2.565/00; PL-781/99
22, III		RES-5/98 –Contran	PL-837/99
22, IX			PL-1.420/99
24		RES-66/98 –Contran	PL-75/99; PL-781/99
24, III			PL-75/99
24, XXI		RES-5/98 –Contran	

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
24, § 2º		RES-65/98 –Contran (revogada p/ RES-106/99 –Contran)	
29			PL-3.335/00
40			PL-4.203/98; PL-638/99; PL-2.959/00;
40,I			PL-4.270/98; PL-1.140/99; PL-1.411/99;
40,II			PL-1.140/99
46		RES-36/98 –Contran	
54, I		RES-20/98 –Contran	
55			PLS-257/99
55, I		RES-20/98 –Contran	
61			PL-3.103/00
61,II			PL-2.332/00
61,§ 1º,II			PL-2.305/00
61,§ 1º,II,alínea a, nº 1			PL-402/99
61,§ 2º,II,a,item 1			PL-2.050/99
62			PL-3.103/00
64		RES-15/98 –Contran	
65		RES-15/98 –Contran	PL-1.502/99
66			PL-3.876/97
71			PL-3.265/00
74, § 2º		RES-33/98-Contran (Revogada p/ RES-74/98)-Contran (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99) – Contran	PL-4.355/98
75		RES-30/98 –Contran	PLS-245/99; PL-3469/00
77			PLS-245/99; PL-3469/00
78, § único		RES-97/99 – Contran	
Capítulo VII			PLS-272/99; PL-2.963/00; PL-3.181/00

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
80			PL-3.279/00
85			PL-1.386/99; PL-1.990/99; PL-2.041/99
86		RES-38/98 -Contran	PL-3.378/00
87		RES-39/98 -Contran	PL-2.968/00
94, § único			
96			PL-4.206/98
96, II			PL-3.315/00
97		RES-41/98 -Contran (revogada p/ RES-77/98) - Contran RES-47/98 -Contran (revogada p/ RES-69/98) RES-56/98 -Contran RES-68/98 -Contran (alterada p/ RES- 76/98 ) - Contran RES-75/98 -Contran	
98		RES-25/98 -Contran	
99		RES-12/98-Contran (complementada pelas RES-75/98 e DELIB-15/99)- Contran RES-68/98-Contran (alterada p/ RES- 76/98) - Contran RES-69/98 -Contran RES-75/98 -Contran RES-77/98 -Contran RES-104/99 -Contran	PL-4.369/98; PL-4.431/98; PLS-38/99; PLS-524/99; PL-665/99
99, § 2º		RES-102/99-Contran DELIB-11/99-Contran	PL-665/99; PL-2.273/99
100, § único		RES-62/98 -Contran	
101, § 3º			PL-524/99

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
102			PL-4.556/98
103		RES-35/98-Contran; RES-77/98 – Contran	
104		RES-27/98 -Contran RES-84/98 -Contran (suspensa p/ RES. 101, 107/99 e p/ DELIB-14/99 - Contran)	PL-389/99; PL-837/99; PL-1757/99; PL-4.889/99
105		RES-2/98 -Contran (revogada pela RES-14/98 -Contran (complementada pelas RES. 28, 34, 35, 43 e 46/98 e alterada pelas RES-87 e 103/99)- Contran RES-34/98 -Contran RES-35/98 -Contran RES-43/98 -Contran RES-87/99 (alterada pelas RES-103/99 e DELIB-12/99 - Contran)	PL-4.354/98; PLS-88/00; PL-2.540/00; PL- 2.836/00; PLS-257/99; PL-474/99; PL-1.460/99; PL-1.537/99; PL- 1.723/99; PL-4.441/98; PL-3.233/00; PL- 3.299/00
105, I		RES-48/98 -Contran	PL-2532/00
105,II		RES-92/99 - Contran	PL-2051/99; PL- 3.092/00; PL-3.123/00
105, III		RES-44/98 -Contran	PL-3.370/00
105,VI		RES-14/98 –Contran (complementada pelas RES. 28, 34, 35, 43, e 46/98 e alterada p/ RES-87 e 103/99)-Contran RES-87/99 (alterada pelas RES-103/99 e DELIB-12/99 – Contran)	PL-402/99; PL-2.149/99
106		RES-25/98 -Contran RES-63/98 -Contran	
107			PL-1.295/99
108	LEI-9.602/98	RES-82/98 -Contran	PLS-71/98; PL-1.303/99



Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
109		RES-26/98 -Contran	
111, III	LEI-9.602/98	RES-40/98 (revogada p/ RES-73/98 - Contran)	
112	Revogado - LEI-9.792/99	RES-42/98 -Contran	PL-475/99; PL-1.274/99
114		RES-24/98 -Contran	
115		RES-45/98 -Contran RES-09/98 -Contran RES-88/99 -Contran RES-94/99 - Contran	PL-835/99
115, § 3º		RES-32/98 -Contran	
117		RES-49/98 -Contran	
119, § único			PL-129/99
120, caput, § 1º			PL-75/99
121			
122		RES-16/98 -Contran	PL-4.431/98
123, III		PRT-3/99 -Denatran	
124, IX	Revogado - LEI - 9.602/98	PRT-3/99 -Denatran	
124, IV e XI		RES-22/98 -Contran	
124, XI			PLS-484/99
125		PRT-3/99 -Denatran	
126		RES-11/98 -Contran (alterada pelas RES-113/00 e DELIB-18/00 - Contran)	
127		RES-11/98 -Contran (alterada pelas RES-113/00 e DELIB-18/00 - Contran)	
128		RES-11/98 -Contran (alterada pelas RES-113/00 e DELIB-18/00 - Contran)	
130, caput			PL-75/99; PL-1.515/99

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
131		RES-61/98 -Contran	
		RES-16/98 -Contran	
131, §. 3º		RES-22/98 -Contran	
132		RES-04/98 -Contran	
		RES-28/98 -Contran	
133		RES-13/98 -Contran	PL-3.346/00
		RES-61/98 -Contran	
134			PI-75/99; PL-2.272/99
135			PL-2.705/00; PLS-257/99
136,III			PL-1.971/99
138			PI-133/99
140			PL-4.072/98; PL-4.406/98; PL-4.465/98; PL-4.870/98; PL-816/99
140,I			PL-4.135/98; PL-4.072/98; PL-4.458/98; PL-4.870/98
140,II			PL-4.369/98; PL-4.431/98
141		RES-50/98 -Contran (alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran)	
142		RES-50/98 -Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran)	
143		RES-50/98 -Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran)	PL-4.391/98; PL-4.452/98; PL-4.710/98; PL-4.369/98; PL-4.431/98; PL-4.870/98; PL-2.837/00; PL-817/99; PL-1.295/99
143,II			PL-4.718/98
143,V			PLS-168/99
143,§ 1º			PL-704/99; PL-1.466/99

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
144		RES-67/98 -Contran	PL-4.391/98; PL-4.452/98; PL-4.710/98; PL-4.718/98; PL-4.369/98; PL-4.406/98; PL-4.431/98; PL-212/99; PL-817/99
145			PL-148/99; PLS-257/99; PL-1.295/99; PL-1.466/99; PL-1.908/99
145, IV		RES-33/98 -Contran (Revogada p/ RES-74/98 -Contran) RES-55/98 -Contran; RES-57/98 -Contran; RES-70/98 -Contran (Revogada p/ RES-91/99 - Contran) RES-74/98 (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99 -Contran)	
146		RES-33/98-Contran (Revogada p/ RES-74/98-Contran) RES-50/98 -Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99 - Contran) RES-74/98 (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99 -Contran)	
147	LEI-9.602/98	RES-50/98 -Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran) RES-51/98 -Contran (alterada p/ RES- 80/98) – Contran	PL-3.795/97; PL-4.048/98; PL-2.709/00
147, I		RES-51/98 - Contran (alterada p/ RES 80/98) - Contran	
147, § 3º			PL-855/99

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
148	LEI-9.602/98	RES-50/98 –Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran) RES-74/98 -Contran (alterada pelas RES- 89/99 e DELIB-6/99 - Contran) PRT-5/99 -Denatran (Revogada p/ PRT 47/99 - Denatran) RES-33/98 (Revogada pela RES- 74/98)-Contran RES-74/98 (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99 - Contran)	PL-4.870/98; PL- 2.755/00; PL-2.891/00; PLS-380/99; PL-1.042/99
148, § 1º			PL-959/99
148, § 2º			PL-419/99; PL-1.496/99
148, § 3º			PL-697/99
148, § 5º		RES-85/99 – Contran	
150		RES-33/98 (Revogada pela RES- 74/98) –Contran RES-50/98 –Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran) RES-74/99 (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99 – Contran) PRT-5/99 –Denatran (Revogada p/ PRT 47/99 – Denatran)	PL-149/99; PL-1.042/99
154			PL-3.183/00
155	LEI-9.602/98		

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
156		RES-33/98 (Revogada pela RES-74/98) –Contran RES-74/98 (alterada pelas RES-89/99 e DELIB-6/99 – Contran) PRT-5/99 –Denatran	
158		RES-50/98 –Contran ( alterada p/ RES. 93/99, 98/99 e DELIB-4/99- Contran)	PL-3.183/00
158,I			PLS-51/00
159	LEI-9.602/98	RES-71/98 –Contran (Alterada pelas RES-90/99 e DELIB-5/99) – Contran	PL-317/99; PL-635/99
159 § 1º		RES-13/98 –Contran	
160			PL-4.870/98
165		RES-52/98 –Contran (revogada p/ RES-82/98) –Contran RES-81/98 –Contran (alterada p/ RES- 100/99, complementada p/ RES- 109/99 e prorrogada p/ DELIB-7/99 – Contran)	PL-4.367/98; PL-1.067/99
180			PL-147/99
181			PL-4.124/98; PL-3345/00
181, VI		RES-31/98 -Contran	
187, II	Revogado - LEI- 9.602/98		
218			PL-117/99
221		RES-45/98 -Contran (Alterada p/ RES- 99/99 -Contran) RES-09/98 -Contran	
227, V		RES-35/98 -Contran	

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
229		RES-37/98 -Contran	
230			PL-1.428/99
230, I		RES-22/98 -Contran	
230, XXI		RES-49/98 -Contran	
231			PL-2.451/00
231, V			PL-665/99
231, VIII			PL-2.339/00; PL-2.107/99
231, X		RES-49/98 -Contran	
232		RES-13/98 -Contran	
240			PL-2.097/99
244			PL-4.183/98; PL-2.628/00
244, I e II		RES-20/98 -Contran	
244, VI		RES-69/98 -Contran	
		RES-47/98 -Contran (revogada p/ RES-69/98)	
249			PL-1.042/99
250			PL-1.042/99; PL-2.959/00
252			PL-792/99; PL-3.282/00
257			PL-1.428/99; PL-1.569/99
257 - § 7º		RES-17/98 -Contran RES-72/98 (altera Anexo da RES- 17/98-Contran)	
258			PL-2.809/00; PL-209/99; PL-568/99; PL-2.938/00
259			PL-2.378/00; PL-2.168/99
260			PL-227/99; PL-1.387/99; PL-2.232/99
260, § 3º	Revogado - LEI - 9.602/98		

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
261		RES-54/98 –Contran	PLS-172/99; PL-1.387/99; PL-1.428/99; PL-2.215/99
262		RES-53/98 –Contran	
262, § 4º		RES-5/98 –Contran	
263		RES-50/98 –Contran (alterada p/ RES-93/99, 98/99 e DELIB-4/99 –Contran)	
268		RES-58/98 –Contran	PL-2.432/00
269	LEI-9.602/98		PL-2.432/00
276		RES-52/98-Contran (revogada p/ RES-82/98) – Contran RES-81/98)-Contran (Alterada p/ RES-100/99, complementada p/ RES-109/99 e prorrogada p/ DELIB-7/99 – Contran)	PL-1.067/99
277		RES-52/98 (revogada p/ RES-82/98) – Contran RES-81/98 –Contran (alterada p/ RES-100/99, complementada p/ RES-109/99 e prorrogada p/ DELIB-7/99-Contran)	
280		RES-1/98 -Contran	PL-4.143/98; PL-1.795/99; PL-3.193/00
280, V			PL-3453/00
280 - § 2º		RES-23/98 -Contran	PL-3.140/00; PL-3453/00
281, II	LEI-9.602/98		
282	LEI-9.602/98	RES-59/98 -Contran	PL-1.387/99
282, § 3º		RES-108/99 -Contran DELIB-13/99 - Contran	PL-1.387/99
284			PLS-445/99; PL-209/99; PL-569/99
285			PL-2.646/00

Dispositivo	Alterações	Regulamentação	Matérias em tramitação
286			PL-2.646/00
Capítulo XIX			PL-442/99
291, § único			PL-185/99; PL-1.229/99
292			PL-1.229/99
306			PL-4.160/98; PL-2.432/00; PL-1.229/99
308			PL-1.229/99
Capítulo XX			PL-2.232/99; PL-3.257/00
314		RES-68/98 (alterada p/ RES-77/98) – Contran	
319			PL-3257/00
320	LEI-9.603/98	RES-10/98 -Contran	PL-646/99; PL-840/99; PL- 1.035/99; PL-1.740/99; PL- 2.154/99; PL-3.143/00
320, § único			PL-959/99
323			PL-665/99
329			PL-1.603/99
330		RES-60/98 -Contran	PL-4.368/98; PL-3.315/00
333		RES-29/98 -Contran RES-65/98 -Contran (revogada p/ RES-106/99 -Contran)	
338			PL-402/99
Anexo I			PL-3.257/00
Anexo II, Item 4, subitem 4.12			PLS-272/99

Tabela atualizada em 14/8/00



### *Siglas*

CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito  
DELIB – Deliberação  
DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito  
PL – Projeto de Lei (originado na Câmara dos Deputados)  
PLS – Projeto de Lei (originado no Senado Federal)  
PRT – Portaria  
RES – Resolução