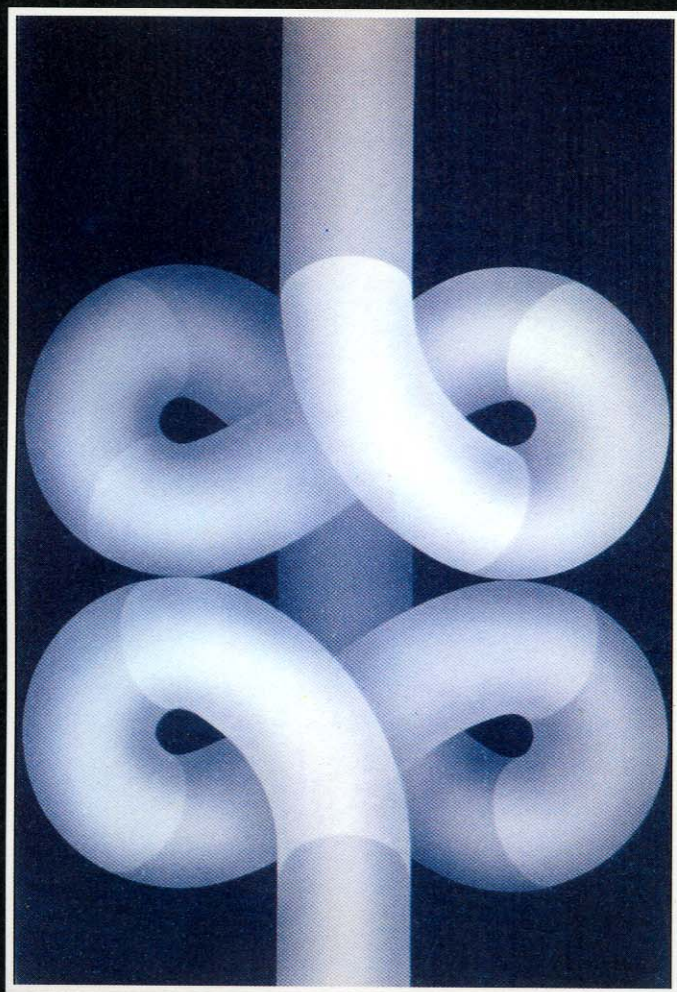


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2005 – Ano 42 – Nº 167



Savério Castellano, "Tubos Azuis",  
1972. Acervo do Senado Federal.

REVISTA  
DE  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 167  
Julho/setembro – 2005

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: (61) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Cláudia Moema de M. Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Raquel P. dos Santos e Fabíola M. Ferigato

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano, Soraya Virgínia Damasceno  
Fernandes

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Anderson Gonçalves de Oliveira e Ana Maria da Silva Peixoto

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© 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, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 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 42 · nº 167 · julho/setembro · 2005

Vladimir da Rocha França	A função administrativa 7
Ielbo Marcus Lobo de Souza	A Área de Livre Comércio das Américas e o Brasil: questões geopolíticas e disputas hegemônicas subjacentes 15
Manoel Jorge e Silva Neto	Assédio moral e atuação do Ministério Público do Trabalho 27
Bernardo Leôncio Moura Coelho	A realidade do trabalho educativo no Brasil 39
Ivan Luiz da Silva	O Ministério Público e as investigações criminais 53
Rodrigo Garcia da Fonseca	Das provas ilícitas no Direito brasileiro 59
Eduardo Biacchi Gomes	A nova concepção do Estado perante o Direito da integração 77
Valerio de Oliveira Mazzuoli	O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia 93
Paolo Zupo Mazzucato	Medicamentos e livre concorrência 115
Marcelo Dias Varella	A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns prolemas de coerência sistêmica 135
Leonel Ohlweiler	A concepção dogmática do direito administrativo: contributo para uma (re)construção hermenêutica 171
Floriano de Azevedo Marques Neto	Processo administrativo inquisitorial: eficiência investigativa e garantias constitucionais 191
Enio Moraes da Silva	O Estado Democrático de Direito 213
Emílio Peluso Neder Meyer	O caráter normativo dos princípios jurídicos 231
Hugo Hortêncio de Aguiar	Globalização e nacionalismo 255
Manoel Adam Lacayo Valente	Ciência e a magia da vida no pensamento de Max Weber 271
Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Alexandre Mendes Cruz Ferreira	Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar: os limites ao poder de revisão de ato que determinou o encerramento de investigação contra servidor público 281
Alexandre Santos de Aragão	A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos 293
Jarbas Maranhão	
Andrea Nárriman Cezne	

Morton Luiz Faria de Medeiros

Notas sobre coronelismo 311

O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo 315

Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais: sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito 339

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)*

Heloísa Tartarotti

Setor agrícola: informativo sobre as matérias em tramitação no Senado Federal 353

# A função administrativa

Vladimir da Rocha França

## Sumário

1. Introdução. 2. Sobre as competências. 3. A repartição das funções do Estado. 4. A importância da lei. 5. Identificação da função administrativa perante as demais funções do Estado. 6. Conceito de função administrativa.

## 1. Introdução

Um ponto crucial na teoria geral da ciência do direito administrativo é o tema da função administrativa.

Partindo das categorias da teoria geral do direito referentes à teoria das normas, tenta-se aqui traçar um conceito de função administrativa compatível com o nosso direito positivo.

As considerações desse ensaio devem ser visualizadas dentro da perspectiva dogmática da ciência jurídica, tomando-se o direito positivo pátrio como sua base empírica. São as normas jurídicas, e o prisma que as mesmas oferecem para os eventos do mundo social, o foco de convergência das reflexões que seguem.

Advertimos que a óptica adotada neste trabalho apenas constitui um corte metodológico, cujo objetivo é surpreender o plano do dever-ser no fenômeno da ação administrativa.

Vladimir da Rocha França é Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Universidade Potiguar. Advogado em Natal/RN.

## 2. Sobre as competências

Numa perspectiva juspositivista, os atos jurídicos podem ser visualizados como de-

clarações prescritivas que consubstanciam o exercício da prerrogativa de criar regra jurídica (Cf. FRANÇA, 2004, p. 37-40)<sup>1</sup>. Essa prerrogativa constitui um poder jurídico.

Ao lado dos poderes jurídicos, há os direitos subjetivos. Ambos representam faculdades, que são conferidas às pessoas – sujeitos de direito – pelo ordenamento jurídico (Cf. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, t. 1, p. 433-444)<sup>2</sup>.

O direito subjetivo é efeito de um ato jurídico individual<sup>3</sup>. Consiste na exigibilidade de uma ação ou omissão, devida pelo sujeito obrigado ao sujeito titular, em torno de um bem jurídico, assegurada pela aplicabilidade e executoriedade de uma sanção, ou pela possibilidade de invalidação de qualquer regra jurídica que lhe afronte (Cf. KELSEN, 1991, p. 151-158; VILANOVA, 2000, p. 224-230).

O poder jurídico nasce, por sua vez, em uma regra jurídica geral, sendo reconhecida a todo aquele preencha as condições de sua outorga, no bojo de um ato jurídico individual (Cf. MELLO O., 1979, v. 1, p. 429; JÈZE, 1928, p. 37-40; VILANOVA, 2000, p. 147-150). Representa a exigibilidade, em prol do sujeito titular, de sujeição das esferas de direito das demais pessoas aos efeitos jurídicos produzidos pelo exercício dessa prerrogativa<sup>4</sup>. No poder jurídico, não há referência a um bem jurídico específico, mas a uma classe de bens jurídicos.

Embora o exercício do poder jurídico possa ser sujeito à caducidade ou decadência, o poder jurídico não é retirado do ordenamento jurídico por tal razão (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, t. 1, p. 435). Outra característica interessante: o poder jurídico só deve ser modificado por regra jurídica geral, atingindo todos os indivíduos nela investidos (Cf. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, t. 1, p. 435; JÈZE, 1928, p. 40; MELLO O., 1979, v. 1, p. 430). Entretanto, os poderes jurídicos não podem ser modificados a ponto de sua extinção, se assegurados constitucionalmente.

Os direitos e os interesses não são a mesma coisa. Os interesses são fins fixados pelos indivíduos que demandam, para sua satisfação, alguma conduta humana. Sem atividade material, não há efetivação do interesse (Cf. ALESSI, 1966, t. 1, p. 267-269).

Mediante o exercício dos direitos, há a preparação ou determinação das atividades materiais necessárias para a concretização dos interesses, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Pelos poderes jurídicos, os indivíduos criam regras ou conservam os direitos subjetivos e deveres jurídicos já criados.

Os particulares criam, pelo exercício do poder jurídico da autonomia da vontade, as regras individuais que entendem necessárias para a efetivação de seus interesses privados, isto é, de interesses que apenas dizem respeito aos seus portadores, isoladamente considerados. Esse poder jurídico é exercido mediante atos jurídicos de direito privado.

Nem todos os interesses podem ser atingidos mediante as regras criadas por esse poder jurídico, em razão do grau de relevância dessas finalidades. Esses interesses são os interesses públicos.

Os interesses públicos representam a dimensão pública dos interesses do indivíduo, que é delimitada pelos princípios jurídicos (Cf. MELLO O., 2001, p. 57-66; DALLARI, 1999, p. 78). São os interesses que os indivíduos mantêm como membros da sociedade, e segundo grau de evolução histórica desse corpo social. Não são os interesses públicos estranhos ao indivíduo, mas sim os interesses que o mesmo compartilha com os demais membros da coletividade que integra.

Todo poder jurídico ligado à concretização de um interesse público denomina-se competência (Cf. MELLO O., 2001, p. 110). Em razão da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, quem exerce o poder público é colocado em posição de privilégio e supremacia em relação aos demais sujeitos de direito (Cf. MELLO O., 2001, p. 30-33).

Cabe ao Estado realizar os interesses públicos, distintos com os interesses do Estado como sujeito de direito: os interesses secundários ou interesses privados do Estado. O alcance do interesse privado do Estado só é regularmente admissível quando conciliado com o interesse público a ser efetivado no caso concreto.

Uma vez que a competência destina-se ao interesse público, e que este não é exclusivo de quem exerce tal poder, toda a atividade estatal tem a natureza de função. Pois o Estado existe para dar materialidade a interesses que não se encontram na sua esfera privada de interesses, para alcançar finalidades que não lhes são exclusivas. No sistema do direito positivo brasileiro, isso é cristalino, haja vista o enunciado do art. 3º da Constituição Federal:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

As competências são indisponíveis, ou seja, inalienáveis, intransmissíveis (em regra) e irrenunciáveis pelos seus titulares, apenas podendo ser modificadas mediante regras jurídicas. Tal característica se impõe em razão do caráter funcional que é inerente a essa classe de poderes jurídicos.

O exercício da competência determina a sujeição das esferas jurídicas das pessoas ao que estabelece, mas a regularidade desse desempenho depende da conciliação com interesse público que justifique a outorga do poder e, bem como, do respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos. Em outras palavras, não representam as competênci-

as apenas poderes jurídicos, mas sim poderes funcionais, “deveres-poderes”, cujo exercício só é validamente sustentável se orientado à satisfação do interesse público e dentro da juridicidade.

A expressão “dever-poder” não deixa de indicar a síntese de duas relações jurídicas (Cf. SANTI, 2000, p. 113): (i) a relação entre a pessoa jurídica estatal e o agente público, na qual este tem o dever de exercer as suas prerrogativas em prol do interesse público, sob pena de responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal; e, (ii) a relação entre o agente público e os cidadãos, em que estes têm o dever de reconhecer e respeitar o exercício da competência.

Portanto, o sistema do direito positivo determina os limites positivos e negativos quanto ao modo e fim do exercício das competências. A técnica de atribuição de poderes ilimitados é juridicamente inaceitável<sup>5</sup>.

As pessoas estatais<sup>6</sup> recebem competências, redistribuídas internamente em órgãos. Ao titular desse órgão – o agente público – caberá a tarefa de emitir a declaração prescritiva a ser imputada à pessoa estatal. Acompanhando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 106):

“(…) para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural, é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de *agentes*. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, *diretamente* imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são construídas *na e pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: o Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pes-



soas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado”<sup>7</sup>.

### 3. A repartição das funções do Estado

Há forte tendência em se limitar “norma jurídica” para indicar as regras gerais. Tem-se, portanto, uma “função normativa” no caso de expedição dessas regras; e, apenas, uma “ação normativa legislativa” quando as mesmas implicam inovação originária no ordenamento jurídico (Cf. ALESSI, 1966, t. 1, p. 6-7; MELLO O., 1979, v. 1, p. 4-7).

Do ponto de vista da teoria geral do direito, não é apropriado restringir “norma” às regras gerais. Já advertia Hans Kelsen (1991, p. 252-254) que as posições de “criação de direito” e de “aplicação do direito” são relativas. Os preceitos constantes nas sentenças judiciais, nos contratos e nos atos jurídicos administrativos não deixam de ser, claramente, normas, numa acepção lata e bem mais adequada para indicar o fenômeno da norma jurídica.

Todavia, a utilidade dos conceitos – unidades constituídas de termos e definições – da ciência jurídica está na aptidão que os mesmos têm para apreender, de modo coerente e claro, os regimes jurídicos, conjuntos de normas jurídicas. Caso o sistema do direito positivo formule conceitos, os conceitos científicos devem prestar-lhes a validade necessária ao determinar regimes jurídicos (SANTI, 1998, p. 130-135).

Lembra Francis-Paul Bénéoit (1968, p. 34-42), qualquer classificação da ciência jurídica para as funções do Estado deve levar necessariamente em consideração o sistema do direito positivo, sob pena de se macular a investigação científica com propostas da ciência política que, nem sempre, refletem a realidade normativa. Entretanto, deve ser ressaltado que todo o ordenamento jurídico de orientação ocidental, posterior à Revolução Francesa, nunca deixou de incorporar a necessidade de diferenciação entre as exigências político-sociais feitas em relação ao Estado e a atuação jurídica do mesmo (Cf.

FRANÇA, 2000, p. 16-18; MAYER, 1904, p. 3-4).

A idéia da distribuição do exercício dos poderes jurídicos do Estado em órgãos diferenciados tem entre seus precursores Montesquieu. Partindo da premissa de quem tem o poder tende a dele abusar, tentou o pensador francês edificar uma teoria que preservasse a liberdade do cidadão por meio da repartição das funções do Estado entre diferentes órgãos constituídos por pessoas físicas distintas (GORDILLO, 1998, t. 1, p. IX/1-IX/2). E lembrando a assertiva de Agustín Gordillo (1998):

“Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premissa a que dio lugar la teoría de Montesquieu: *que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*”.

É certo que a teoria de Montesquieu influenciou decisivamente as ordens jurídicas dos povos ocidentais. Contudo, o sistema do direito positivo cria suas próprias realidades, estando permeável às injunções da política na medida em que não comprometa sua funcionalidade – como ordem social – e seu programa ideológico de ação<sup>8</sup>.

### 4. A importância da lei

Em rigor, toda e qualquer regra apresenta uma inovação para o ordenamento jurídico. Mas somente a regra geral tem o condão de inová-lo de modo primário (Cf. ALESSI, 1966, t. 1, p. 4-6; GRAU, 1996, p. 177-178).

Inovar primariamente implica modificação da disciplina jurídica dos poderes jurídicos e das classes de direitos subjetivos e deveres jurídicos. Em outras palavras: esta-

belecer novos pontos de partida no processo de concretização do sistema do direito positivo.

A competência para inovar primariamente pode ser outorgada pelo sistema do direito positivo de dois modos: (i) ou reconhece essa competência como originária do órgão, mediante a própria Constituição; (ii) ou considera tal poder como derivado de sua atribuição, implícita ou explícita, numa regra geral.

Todos os Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) possuem competência para expedir regras gerais. Todavia, por injunção constitucional, é o Poder Legislativo e, excepcionalmente, o Poder Executivo que dispõem de competência originária para emanar essas espécies de regras jurídicas. Denomina-se essa competência originária de competência legislativa; e as regras decorrentes do exercício desse poder jurídico, de regras legislativas.

Cumpra ressaltar o enunciado do art. 5, inciso II, da Constituição Federal, que veicula o princípio da legalidade:

“Art. 5º. (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A palavra “lei” nos enunciados constitucionais deve ser compreendida como a regra jurídica decorrente de ato jurídico que decorre de competência legislativa: o ato legislativo. O rol de atos legislativos encontra-se fixado no art. 59 da Lei Maior. A competência para expedir e o processo a ser utilizado para tanto também são determinados pela Constituição Federal.

Outra importante conclusão pode ser extraída do princípio da legalidade: a liberdade e a propriedade do cidadão somente podem ser restringidas ou condicionadas quando houver lei que assim determine. Mesmo nos casos em que se admite a previsão de classes de direitos e deveres mediante outras espécies de atos gerais, faz-se necessário um permissivo constitucional ou legal.

No sistema do direito positivo, as competências legislativas são distribuídas entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Cabe àquele complexo orgânico desempenhá-las de modo típico, por duas razões básicas: (i) a maioria dos atos legislativos é emanada pelo Poder Legislativo, embora haja a participação do Poder Executivo nos processos legislativos mais importantes<sup>9</sup>; (ii) o ato legislativo expedido pelo Poder Executivo tem natureza excepcional sendo essa manifestação submetida a requisitos específicos, bem como ao forte controle do Poder Legislativo<sup>10</sup>.

Por injunção do princípio jurídico da igualdade perante a lei, as regras legislativas devem ser gerais (Cf. MELLO O., 1993, p. 23-35)<sup>11</sup>. O uso da competência legislativa para singularizar de modo absoluto os destinatários das prescrições legais, ou para instituir discriminações fundadas em elementos neutros (espaço e tempo) aos eventos e condutas disciplinadas pela regra legislativa, é considerado atentado ao princípio constitucional da isonomia.

Função legislativa, portanto, consiste na atividade estatal de expedição de regras que induzem inovações originárias e primárias no ordenamento jurídico, conferida aos órgãos indicados pela Constituição para exercê-la, respeitadas as normas constitucionais (ALESSI, 1966, t. 1, p. 6-7; FAGUNDES, 1984, p. 16-20).

As regras legislativas têm crucial importância para definir metas ou conceder maior densidade às diretrizes constitucionais, ou melhor, às finalidades determinadas pelas normas constitucionais como interesses públicos.

### *5. Identificação da função administrativa perante as demais funções do Estado*

Mediante a função administrativa, o Estado aplica as regras legislativas aos casos específicos, visando a satisfação do interesse público.

As regras administrativas constituem a aplicação das regras legislativas primárias e, excepcionalmente, a aplicação de regras legislativas secundárias, quando estas ensejam a execução administrativa. Chama-se competência administrativa o poder outorgado pelo sistema do direito positivo para expedir tais regras jurídicas.

Na função jurisdicional, consoante o corte metódico acima efetuado, consiste na atividade estatal de expedição de regras subsidiárias às regras legislativas, dotadas de forte estabilidade (coisa julgada), por órgãos independentes e imparciais das pessoas políticas, diante de conflitos surgidos no desenvolvimento das relações jurídicas. A regra jurisdicional é a aplicação da regra legislativa secundária que demanda a provocação do órgão jurisdicional para que possa haver a apreciação da lide.

No ordenamento jurídico pátrio, adotou-se a unidade do exercício da função jurisdicional, que determina a exclusividade de seu desempenho pelo Poder Judiciário – outro complexo orgânico. Como está enunciado no art. 5º, XXXV, do texto constitucional:

“Art. 5º. (...)

XXXV – lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

As regras administrativas estão sujeitas ao controle jurisdicional, embora se aproximem das regras jurisdicionais pela característica de constituírem a aplicação de regras legislativas. Identificado um vício na regra administrativa, essa regra poderá ter a sua legitimidade fulminada não somente por outra regra administrativa, mas também por uma regra jurisdicional. Em virtude da característica da coisa julgada, a regra jurisdicional, todavia, não pode ser retirada por uma regra administrativa nem afetada por uma regra legislativa<sup>12</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro admite regras administrativas gerais. Contudo, a competência para expedir-las tem natureza derivada, sendo apenas admitida quan-

do a Constituição ou a lei atribui expressa ou implicitamente tal poder.

Embora tanto a regra administrativa geral como a regra legislativa geral apresentem inovação primária no sistema do direito positivo, esta regra é fruto de uma competência originária. Somente a lei tem o condão, no ordenamento jurídico pátrio, para apresentar uma inovação originária. Recorde-se, mais uma vez, o princípio da legalidade, que impõe a lei como via inaugural e originária de todas as competências administrativas, quando evidentemente a Lei Maior não resolve fazê-lo.

É certo que a Constituição Federal reconhece ao Chefe do Poder Executivo a competência para expedir atos gerais (regulamentos) para dar fiel cumprimento às leis e para ordenar a organização e o funcionamento da administração pública federal<sup>13</sup>. Também é inequívoca a competência de agências reguladoras para emanar atos gerais para a disciplina de serviços e bens públicos.

Contudo, note-se que esses atos gerais não integram o processo legislativo. Não se deixe de recordar que as matérias sujeitas a tais atos jurídicos abrangem atividades cujo titular é o Estado e que repercutem nas esferas de direitos dos cidadãos quando estes se encontram subordinados àquele em razão de um vínculo jurídico especial<sup>14</sup>.

Mediante a Constituição e a lei, define-se o interesse público e delimita-se, positiva e negativamente, a ação para a sua persecução; na regra administrativa, há o preparo e delimitação, no caso específico, da ação material que trará sua satisfação; e, pela regra jurisdicional, assegura-se integridade ao ordenamento jurídico, especialmente quando atua o Estado na consecução de interesse público (Cf. MELLO O., 1979, v. 1, p. 24-28)<sup>15</sup>.

Com o crescimento das parcerias entre as pessoas estatais e os administrados, uma parcela cada vez maior de atribuições materiais e próprias àquelas tem sido, dentro dos limites da lei, transferida a estes<sup>16</sup>. A expedição de regras administrativas não consti-

tui mais uma zona exclusiva para os entes estatais.

O Poder Judiciário e o Poder Legislativo possuem atribuições administrativas, conforme as normas constitucionais, na medida do necessário para viabilizar o regular exercício de seus poderes típicos. As consequências jurídicas do exercício de poderes administrativos por essas unidades são imputadas à pessoa política da qual constituem repartições (DALLARI, 1999, p. 82)<sup>17</sup>.

O conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa compreende o regime jurídico-administrativo. Esse complexo normativo tem dois cânones fundamentais (Cf. MELLO O., 2001, p. 30-48; e FRANÇA, 2000, p. 47-90): (i) o princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, que assegura a quem exerce a competência administrativa uma posição de privilégio e supremacia; e, (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público pelo titular de competência administrativa, que determina a subordinação da atividade administrativa aos princípios jurídicos que a vinculam à concretização do interesse público.

## 6. O conceito de função administrativa

Diante dessas considerações, já nos é possível estabelecer um conceito estrito de função administrativa: é a atividade de expedição, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), de regras complementares à lei<sup>18</sup>, sujeitas a controle jurisdicional, numa posição privilegiada e superior diante dos particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos.

### Notas

<sup>1</sup> As regras jurídicas podem ser gerais ou individuais (Cf. FRANÇA, 2004, p. 26-28). A regra geral é aquela que descreve um evento de possível ocorrência na realidade cuja eclosão determina a submissão de todos os sujeitos de direito envolvi-

dos ao comando que determinar. Por sua vez, na regra individual, há a descrição de um evento que já ocorreu na realidade, e a determinação de uma relação jurídica cujos elementos essenciais se encontram satisfatoriamente especificados.

<sup>2</sup> Os poderes jurídicos guardam bastante similaridade com a construção teórica das situações jurídicas estatutárias. Sobre o assunto, vide Mello O., (1979, v. 1, p. 423-429).

<sup>3</sup> Ato jurídico individual é aquele que põe no sistema do direito positivo uma regra individual.

<sup>4</sup> Os poderes jurídicos são usualmente identificados com os direitos potestativos. Cf. VILANOVA, 2000, p. 231-234.

<sup>5</sup> Ver art. 1º da Constituição Federal.

<sup>6</sup> As pessoas estatais podem ser pessoas políticas ou pessoas administrativas: (i) as pessoas políticas são pessoas jurídicas que possuem competência legislativa resultante da estrutura federal de Estado posta pela nossa Constituição Federal; (ii) as pessoas administrativas, pessoas jurídicas, são criadas pelas pessoas políticas num processo de descentralização, a fim de melhor dinamizar a concretização de específicos interesses públicos.

<sup>7</sup> Ressalte-se que as competências devem ser exercidas mediante atos jurídicos de direito público.

<sup>8</sup> Como bem leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, v. 1, p. 3), a Constituição delimita, de modo positivo, os padrões ideológicos que devem reger a ação do Estado. No caso do Direito Positivo brasileiro, esses preceitos estão prescritos nos enunciados do art. 1º da Lei Maior. Denominam-se aqui fundamentos constitucionais. Cf. FRANÇA, 1997, p. 475.

<sup>9</sup> Ver art. 66 da Constituição Federal.

<sup>10</sup> Ver arts. 49, inciso V, 62 e 68 da Constituição Federal.

<sup>11</sup> Ver art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

<sup>12</sup> Ver art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

<sup>13</sup> Ver art. 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal. Ao Poder Judiciário também é reconhecida competência normativa derivada, consubstanciada em seus regimentos. Esses regimentos, contudo, integram a função administrativa desempenhada pelos órgãos que têm a atividade jurisdicional como função típica.

<sup>14</sup> Os servidores públicos, os concessionários e permissionários de serviços ou bens públicos, bem como os usuários diretos e imediatos de serviços ou bens públicos, são bons exemplos.

<sup>15</sup> Se tomarmos como critério classificador a relação das funções do Estado com o interesse público, a função administrativa tem mais proximidade com a função legislativa.

<sup>16</sup> Relembre-se que a transferência de competências administrativas é vedada em regra.

<sup>17</sup> Ver art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

<sup>18</sup> Não é absurda a hipótese, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, de que essas normas possam ser diretamente complementares a normas constitucionais. Ver arts. 40, § 1º, inciso II, e 84, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal.

### Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966. t. 1.
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 75-87, jan./mar. 1999.
- \_\_\_\_\_. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madri: Civitas, 1998. t. 1.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: 2004. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 2, n. 4, p. 467-495, abr./jun. 1997.
- GORDILLO, Agustin. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998. t. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito presuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos Garcia Oviedo. Madri: Reus, 1928.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: Giard, 1904.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça Tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 125-147.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

# **A Área de Livre Comércio das Américas e o Brasil**

Questões geopolíticas e disputas hegemônicas subjacentes

Ielbo Marcus Lobo de Souza

## Sumário

Introdução. I. A posição do Brasil nas negociações referentes à ALCA. II. Os aspectos estratégicos e políticos da ALCA. III. Desenvolvimentos recentes. Conclusão.

## *Introdução*

O presente estudo almeja examinar as grandes questões políticas que estariam por trás do processo de negociação da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas, e que representariam fatores de grande influência não só no sucesso ou fracasso das negociações, mas também na conformação final do que vier a ser acordado. A tese que se expõe neste trabalho é a de que há uma disputa hegemônica – de cunho político e econômico – em torno da influência sobre a América do Sul, envolvendo potências globais, regionais e blocos econômicos.

### *I. A posição do Brasil nas negociações referentes à ALCA*

A idéia da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas foi lançada por ocasião da Primeira Cúpula das Américas, realizada em Miami (EUA) em 1994. Do encontro, resultaram uma Declaração de Princípios e um Plano de Ação. Segundo a Declaração de Princípios, a ALCA seria construída como uma área de livre comércio onde “as barreiras ao comércio e ao investimento serão progressivamente eliminadas”. Ainda

Ielbo Marcus Lobo de Souza é PhD (University of London), Professor de Direito Internacional da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

na Primeira Cúpula, fixou-se o ano de 2005 como o prazo máximo para a conclusão das negociações.

Desde então, foram realizadas várias reuniões ministeriais para a execução do Plano de Ação. As negociações foram estruturadas em grupos de negociação, comitês e outros grupos. Todo o processo é supervisionado e gerenciado pelo Comitê de Negociações Comerciais (CNC), composto pelos Vice-Ministros da Economia. Os grupos produziram versões preliminares dos seus trabalhos, em forma de capítulos e artigos de um acordo, que foram compiladas e compõem a primeira minuta de um Acordo ALCA.

A posição oficial do Brasil com relação à proposta ALCA pode ser identificada a partir de uma série de pronunciamentos oficiais e entrevistas dadas pelo Governo brasileiro, especialmente pelo Presidente da República e pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores. Uma postura fundamental, que tem sido reiterada em diversas ocasiões pelo Presidente e seu Ministro das Relações Exteriores, é que, para o Brasil, o Mercosul representa o destino, e a ALCA, uma opção<sup>1</sup>. Portanto, a adoção de um texto de acordo internacional não importará necessariamente a ratificação do acordo pelo Brasil, pois é possível que, submetido à nova avaliação, julgue-se que o seu teor desatende aos interesses nacionais.

O então Presidente Fernando H. Cardoso assentou, na III Reunião de Cúpula das Américas (Quebec, 2001), as condições que, na opinião do Brasil, levariam ao sucesso das negociações da ALCA: “A ALCA será bem-vinda se sua criação for um passo para dar acesso aos mercados mais dinâmicos; se efetivamente for o caminho para regras compartilhadas sobre *antidumping*; se reduzir as barreiras não-tarifárias; se evitar a distorção protecionista das boas regras sanitárias; se, ao proteger a propriedade intelectual, promover, ao mesmo tempo, a capacidade tecnológica de nossos povos; e, ademais, se for além da Rodada Uruguai e cor-

rigir as assimetrias então cristalizadas, sobretudo na área agrícola. Não sendo assim, seria irrelevante ou, na pior das hipóteses, indesejável”<sup>2</sup>.

O Governo brasileiro tem levado muito a sério as negociações sobre a formação da ALCA. Há, pelo menos, três importantes modificações que foram feitas internamente na formulação e defesa da posição brasileira relativa às negociações da ALCA. Verificou-se, talvez pela primeira vez na história do Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores), uma autocrítica forte, mas equilibrada, sobre a capacidade desse órgão de lidar com os grandes problemas emergentes do comércio internacional, incluindo os contenciosos econômicos e as negociações comerciais como as da ALCA. Sob a liderança do então Ministro Celso Lafer, iniciou-se uma reforma estrutural e funcional no sentido de capacitar o Itamaraty e seu quadro de diplomatas para, juntamente com os demais setores governamentais, poderem enfrentar melhor essas questões.

A segunda grande inovação decorreu da preocupação e empenho do Itamaraty em engajar o setor privado (empresários), as universidades, as organizações não governamentais, as centrais sindicais e a sociedade civil como um todo<sup>3</sup>. Para tal fim, criou-se em 1996 a Seção Nacional de Coordenação dos Assuntos Relativos à ALCA (SENALCA). O Itamaraty compreendeu que a democratização do processo é fundamental para a sua legitimação, e que a negociação da ALCA é um processo muito complexo para o qual esses setores poderiam oferecer uma contribuição valiosa. Entre outras possibilidades, o setor privado pode ajudar na importante tarefa de coleta de informações e definição de posições negociais. Por exemplo, é preciso que sejam identificadas quais as restrições tarifárias e não tarifárias que têm impedido uma maior penetração das empresas brasileiras nos mercados das Américas, especialmente dos Estados Unidos, e também quais os setores nacionais que estariam sob um risco maior com a aber-

tura comercial, para que se possa estabelecer uma posição negocial com respeito a esses setores.

Em terceiro lugar, o Brasil tem articulada sua posição negocial com os demais parceiros do Mercosul. O objetivo é que os países do Mercosul negociem em bloco, o que assegura a preservação futura do Mercosul dentro da ALCA e um maior poder de barganha de cada país. É sempre bom lembrar o poder negociador dos Estados Unidos, não apenas por sua capacitação em recursos humanos, mas principalmente por seu peso econômico e político, bem superior ao de qualquer outro país das Américas. Há o risco real de, no processo de negociação, os Estados Unidos obterem maiores concessões do Brasil e demais países do que as concessões que estariam dispostos a fazer. A posição negocial comum do Mercosul acaba por diminuir (um pouco) esse desnível.

Pode-se apontar, como um resultado da posição comum dos países do Mercosul, a aceitação de, pelo menos, três princípios reguladores das negociações da ALCA: o que estabelece que as decisões serão tomadas por consenso; o de que a ALCA representará um compromisso único, no sentido de que ou se tem um acordo global, envolvendo todas as questões, ou não se tem acordo algum; e o que permite a coexistência entre a ALCA e acordos bilaterais e sub-regionais de integração, podendo os países negociar e aceitar as obrigações da ALCA individualmente ou como membros desses acordos. Os dois últimos princípios expressam o conceito de *building blocks*, segundo o qual a formação da ALCA ocorreria a partir da adesão dos esquemas sub-regionais de integração existentes.

Os Estados Unidos não favoreciam de início o princípio do compromisso único, pois propunham, em contrapartida, a implementação imediata de qualquer acordo setorial eventualmente alcançado. Quanto à coexistência de acordos sub-regionais de integração, essa proposta não estaria em descompasso com os interesses norte-ame-

ricanos, visto que o NAFTA – *North American Free Trade Agreement* envolve direitos e obrigações que serão necessariamente mais extensos do que aqueles eventualmente acordados no âmbito da ALCA. Na verdade, os Estados Unidos teriam pensado, primeiramente, em utilizar o NAFTA como veículo para a constituição da ALCA, expandindo-se o NAFTA pela acessão gradual de novos membros. Depois, mudou-se de estratégia, passando-se à posição de que alguns traços do modelo NAFTA poderiam ser utilizados para nortear a configuração da ALCA (POITRAS, 2000, p. 392-393). Além da resistência inicial de países como os integrantes do Mercosul, houve um reconhecimento, pelos norte-americanos, de que a ALCA era um projeto de maior complexidade, pois envolvia um número bem maior de participantes (34), com economias, sistemas políticos e legislações internas bastante diferenciadas, enquanto no NAFTA existiam apenas 3 países participantes, países esses que compartilham uma extensa fronteira e possuem um bom nível de complementação e interdependência econômica (WEINTRAUB, 2000, p. 304, 312-316).

O Brasil tem manifestado o seu interesse em participar ativamente das negociações referentes à ALCA. Os mercados das Américas são muito importantes para o Brasil, pois é o destino de significativa parte das exportações de produtos manufaturados. Por igual modo, fica evidente a importância do mercado brasileiro para os países das Américas, mesmo se excluirmos os parceiros do Mercosul. É, portanto, evidente que interessa ao Brasil participar ativamente das negociações sobre a ALCA, até porque a não participação do Brasil numa ALCA poderia acarretar prejuízos diretos ao País. Basta considerar que, longe da ALCA, o Brasil encontraria barreiras comerciais ao mercado norte-americano que não seriam enfrentadas pelos demais países partes do acordo. Haveria, ainda, duas outras possíveis conseqüências da não participação na ALCA: a perda de mercado na América La-



tina, em razão do incremento das exportações dos Estados Unidos, e a diminuição do nível de investimento externo. Os Estados Unidos têm um interesse todo especial no Brasil, pois o Brasil é um país com o qual os Estados Unidos não mantêm acordo de preferência, estando excluído, por exemplo, do setor de compras governamentais. Pode-se dizer que o Brasil, para os Estados Unidos, representa a jóia da coroa.

Além do Brasil, os Estados Unidos teriam uma maior penetração no mercado dos países membros do Mercosul, que têm atualmente suas exportações absorvidas em grande parte pelo mercado brasileiro (ARAÚJO JÚNIOR, 2001, p. 33). Como os Estados Unidos já são o principal parceiro comercial dos países latino-americanos, com exceção do Mercosul, pode-se dizer que, com a ALCA, os Estados Unidos pretendem expandir o seu acesso aos mercados latino-americanos, reduzir o impacto de acordos sub-regionais de integração no comércio e investimento (entre os quais, o Mercosul) e aumentar os níveis de proteção aos investimentos externos norte-americanos e à propriedade intelectual (TORTORA, 1999, p. 269).

No Brasil, não faltam vozes de peso que estão alertando para os perigos das negociações da ALCA ou mesmo pregando a inadmissibilidade da própria ALCA para o Brasil. Delfim Neto, deputado federal e ex-ministro da economia ou planejamento de vários Governos brasileiros, notou, em artigo publicado na *Folha de São Paulo*, que a versão, aprovada pela Câmara dos EUA, da *Trade Promotion Authority*, impõe graves limitações aos negociadores norte-americanos em áreas que interessam diretamente ao Brasil e mesmo aos parceiros do Mercosul: não se pode enfraquecer a legislação *anti-dumping*; deve-se proteger quase 300 itens sensíveis na área agrícola americana, incluindo os cítricos e o açúcar; não se pode restringir o poder do Congresso de sustentar programas de estímulo à produção e exportação agrícolas; deve-se criar um mecanismo de consulta para analisar “desvaloriza-

ções competitivas”; deve-se eliminar as restrições dos parceiros aos investimentos norte-americanos e negociar o ajuste, aos seus padrões, da legislação de propriedade industrial dos parceiros. Delfim (2001) classificou as propostas como “absurdas”, concluindo que “não somos nós que não queremos negociar, são os EUA... que não querem o Brasil na ALCA (ou o querem de joelhos). Os impedimentos para negociar são exatamente aqueles a que se referiu o presidente Fernando Henrique em seu discurso em Seattle”.

Há problemas internos do Brasil que também têm sido citados como um obstáculo à concretização da ALCA ou, quando menos, à sua concretização no prazo estabelecido. Aponta-se que o Brasil ainda não possuiria a capacitação industrial e tecnológica e uma estratégia forte de comércio exterior que pudessem sustentar uma grande abertura à economia norte-americana. Além disso, o Brasil poderia ter ameaçada sua política de manter-se como um *global trader*, dependendo excessivamente do mercado norte-americano (PONTES, 2000, p. 855-857). Em suma, o Brasil precisaria de mais tempo para consolidar o projeto Mercosul e, ao mesmo tempo, incrementar seu parque industrial e tecnológico.

Uma crítica mais teórica e fundamental é feita pelo Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães (2001), ex-Diretor do Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais do Itamaraty, e hoje Secretário-Geral do Itamaraty. Ele entende que a ALCA significará a “radical limitação e até mesmo eliminação, por tratado internacional de que participará a maior potência do mundo, da capacidade soberana do Estado brasileiro de articular, estimular e promover, através de políticas comerciais, industriais, tecnológicas, agrícolas e de emprego, o desenvolvimento econômico...”. Chega a afirmar, ainda, que o objetivo principal dos Estados Unidos com a ALCA é o Brasil e não os micro, mini, pequenos e médios países das Américas: “a ALCA tem como seu objetivo central criar

um conjunto de regras que, limitando a capacidade de formular e executar política econômica, incorpora de forma assimétrica e subordinada a economia brasileira ao território econômico (e ao sistema político) norte-americano”.

As questões levantadas pelo Embaixador Guimarães foram sobretudo de ordem estratégica e política e, por sua relevância, merecem ser examinadas detidamente.

## *II. Os aspectos estratégicos e políticos da ALCA*

Em artigo publicado no *Washington Post*, o ex-Secretário de Estado norte-americano Henry Kissinger (2001) examina a posição e os interesses do Brasil e dos Estados Unidos na questão da ALCA, suscitando algumas questões que merecem ser aqui trazidas à discussão. Há países, segundo Kissinger, que estão um pouco relutantes em aceitar a criação da ALCA antes de 2005. Um caso seria o México, que estaria tendo dificuldade em permitir a diluição de seu acesso preferencial ao mercado norte-americano que tem com base no NAFTA. O outro caso é o Brasil, que se estaria opondo à proposta, ou quando menos adotando uma posição dura nas negociações, por razões econômicas e políticas.

Kissinger analisa então as relações entre o Brasil e os Estados Unidos, sob a perspectiva dialética da concorrência e conflito x cooperação e acomodação. Ele propõe a tese de que o Brasil almeja exercer um papel hegemônico no Hemisfério Sul, utilizando o Mercosul como um contrapeso ao NAFTA e aos Estados Unidos. Acrescenta que, além desse objetivo maior, o Brasil veria na proposta da ALCA, sob a ótica política, uma pretensão hegemônica dos Estados Unidos, e, sob a ótica econômica, um benefício unilateral aos norte-americanos, evidenciado na pouca disposição dos norte-americanos em efetivamente resolver as questões econômicas (barreiras tarifárias e não tarifárias aos produtos brasileiros) pendentes.

Kissinger propõe que as negociações bilaterais e regionais (Mercosul, Estados Unidos, NAFTA e ALCA) deveriam ser harmonizadas num ambiente que permitiria a continuidade de um Mercosul que fosse compatível com a ALCA, e, em contrapartida, a cooperação brasileira na formação da ALCA. Há um alerta final com respeito à eventual tentativa de o Mercosul impedir ou prejudicar as negociações bilaterais entre os Estados Unidos e seus “amigos tradicionais”. Nesse caso, os Estados Unidos poderiam recorrer ao mecanismo de, por meio de negociações bilaterais que conduzam a um acordo de livre comércio, associar as nações do hemisfério ao NAFTA ou aos Estados Unidos.

Realmente, mesmo que a ALCA como proposta não venha a se concretizar, sempre restarão aos Estados Unidos as opções de construir uma rede de acordos bilaterais de livre comércio nas Américas ou de promover a associação progressiva dos países latino-americanos ao NAFTA. Esta última era, aliás, a intenção original dos Estados Unidos, como já mencionado (SILVA, 1999, p.125-126)<sup>4</sup>.

As ameaças que, Kissinger assinalou, pairam sobre o Brasil caso não adote uma postura cooperativa no processo de negociações são mais do que uma possibilidade teórica e se confirmam como parte da orientação estratégica dos Estados Unidos. Seguindo as orientações fixadas pela Casa Branca no documento *Estratégia de Segurança Nacional*, o Departamento de Estado norte-americano adotou um Plano Estratégico para os anos fiscais de 2004 a 2009<sup>5</sup>. Uma das metas que estabeleceu diz respeito ao crescimento e abertura de mercados no mundo com o fim de promover a prosperidade global pelo crescimento econômico e expansão do comércio e investimento. Juntamente com outro documento a ele relacionado, o *Sumário de Performance* do ano fiscal de 2005 (Fy 2005..., 2004), pode-se identificar uma clara opção política de promover simultaneamente negociações bilaterais, regionais e multilaterais para a consecução

da meta proposta. Portanto, enquanto os Estados Unidos participam ativamente de uma nova rodada de negociações comerciais globais no âmbito da OMC (rodada de Doha), concomitantemente negociam a conclusão de uma série de novos tratados bilaterais de proteção a investimentos, a conclusão de acordos bilaterais de livre comércio, e de acordos regionais de livre comércio. Segundo o documento Sumário de Performance do ano fiscal de 2005, os resultados e expectativas são os seguintes:

a) no campo dos tratados bilaterais de investimento, dez tratados foram concluídos e enviados ao Senado para ratificação, e quatro estão em negociação (Venezuela, Peru, Colômbia e Coréia do Sul). Significativamente, dos quatro, três são da América do Sul;

b) quanto aos acordos bilaterais de livre comércio, os Estados Unidos já firmaram acordos com o Chile, Jordânia e Cingapura, e estão negociando acordos com Marrocos, Austrália, República Dominicana e Bahrein;

c) no âmbito regional, os Estados Unidos estão negociando um acordo com a Área de Livre Comércio da América Central (ALCAC) e a União Aduaneira da África do Sul, a criação da ALCA (com conclusão prevista, como visto, para 1º de janeiro de 2005) e da Área de Livre Comércio do Oriente Médio, e uma liberalização comercial na Ásia pela APEC – Asian Pacific Economic Cooperation;

d) no plano multilateral, as negociações da rodada de Doha, que estão previstas para serem terminadas em 1º de janeiro de 2005.

As iniciativas paralelas, e em vários níveis, de conclusão de áreas de livre comércio promoveriam, conjuntamente, na visão estratégica dos Estados Unidos, a liberação do comércio mundial numa perspectiva favorável aos Estados Unidos. Isso não apenas pela abertura dos mercados nacionais

mas também pelo efeito do processo de “liberalização competitiva”, por meio do qual as negociações simultâneas exerceriam pressão sobre os outros países para cooperarem, tendo em vista a expectativa de perda de mercado nesses países que firmam acordos em separado de livre comércio (BERGSTEN, 2002, p. 94). É de se supor, por exemplo, que a conclusão de acordos bilaterais de livre comércio com o Chile, República Dominicana e a ALCAC serviriam de fator de pressão sobre o Brasil e o Mercosul para a finalização da ALCA.

Há, porém, críticas a essa política norte-americana, especialmente no sentido de que os Estados Unidos, por causa do seu padrão de distribuição global e homogêneo de exportação, deveriam continuar a apoiar o sistema de comércio mundial que ajudaram a fundar, em vez de promover acordos bilaterais e regionais de livre comércio que estariam prejudicando o esforço global na medida em que blocos comerciais numa região somente estimulariam blocos comerciais em outra região. Esse é o argumento central de Bernard Gordon (2003, p. 112-113) que, para fundamentá-lo, cita uma manifestação do então Ministro da Fazenda do Japão, Ryutaro Hashimoto, que depois se tornou o Primeiro-Ministro, no sentido de que, se os Estados Unidos estendessem o NAFTA, abrangendo a América do Norte e a América do Sul, o Japão iria “ênfatisar sua posição de país da Ásia-Pacífico”. A preocupação do Japão é de que uma eventual ALCA signifique um tratamento preferencial para os países da América do Sul no mercado norte-americano às custas do Japão e demais países da Ásia. Portanto, a lógica seria um movimento desses países asiáticos na direção da constituição de uma área de livre comércio própria.

Nessa situação, para minorar o problema, o Brasil teria a opção de costurar acordos bilaterais ou regionais de livre comércio, por meio do Mercosul, e/ou promover a substituição do mercado latino-americano ou americano por outros. O problema é que

uma proposta de acordo de livre comércio com os Estados Unidos, em nível bilateral ou multilateral, é altamente atraente para os países latino-americanos, inclusive para os parceiros do Brasil no Mercosul. A maior parte das exportações e importações dos países do Caribe e da América Central, por exemplo, provêm dos Estados Unidos. Os parceiros do Mercosul, por sua parte, embora não tão dependentes dos Estados Unidos nos seus vínculos econômicos externos, teriam dificuldade em recusar tal proposta, o que prejudicaria a coesão do próprio bloco, e repercutiria na estratégia negocial brasileira e no seu poder de barganha. A posição oscilatória ou indecisa do Chile perante o Mercosul seria, em parte, explicada pela perspectiva que o Chile tinha de celebrar um acordo em separado com os Estados Unidos ou com o NAFTA (MONTECINO, 2000, p. 222-225)<sup>6</sup>. A opção política do Chile acabou por lograr êxito, pois celebrou com os Estados Unidos um Acordo de Livre Comércio que entrou em vigor em janeiro de 2004<sup>7</sup>.

As idéias de Kissinger revelam uma preocupação estratégica mais ampla do que está acontecendo nas Américas, especialmente na América do Sul. Há, de fato, uma movimentação política importante na América do Sul que merece ser examinada. Atualmente, três países, Chile, Bolívia e, mais recentemente, Peru, mantêm acordo de associação com o Mercosul e negociam o ingresso no bloco como membros efetivos. Demais, o Mercosul negocia um acordo de livre comércio com a Comunidade Andina (CAN), que inclui a Colômbia, Equador e Venezuela. Em 16 de abril de 1998, foi firmado o Acordo-Quadro para a criação de uma zona de livre comércio entre o Mercosul e a CAN, que estabeleceu, como etapa prévia, a negociação de um acordo de preferências tarifárias fixas entre os dois agrupamentos sub-regionais. As negociações frutificaram com a celebração de um acordo em dezembro de 2003 para a criação da área de livre comércio. Para o Brasil, a integração Mercosul – CAN é parte de um projeto

mais amplo de integração no qual um acordo de livre comércio entre o Mercosul e a Comunidade Andina seria a espinha dorsal da América do Sul como espaço econômico ampliado.

Um outro fato político de grande importância foi a iniciativa brasileira de propor que a América do Sul seja transformada num espaço econômico integrado, na já mencionada Reunião de Presidentes da América do Sul, ocorrida em Brasília, nos dias 31 de agosto e 1º de setembro de 2000. Por iniciativa do Brasil, estiveram presentes nessa Reunião os Presidentes dos 12 países da América do Sul. Na Reunião, foram discutidos os seguintes temas: comércio; infra-estrutura da integração; democracia; informação, conhecimento e tecnologia; e drogas ilícitas e delitos conexos. O que mais interessa ao presente estudo é a idéia de que a América do Sul venha a se transformar num espaço econômico integrado, pela eliminação ou redução de obstáculos ao comércio e pelo aprimoramento da infra-estrutura de integração. Concretamente, a estratégia é formar uma Comunidade de Nações da América do Sul, tendo por base o Mercosul. Com a assinatura do acordo Mercosul-CAN, dez dos doze países da América do Sul já estão vinculados por acordos de livre comércio. O Governo brasileiro está, agora, buscando aproximação maior com a Guiana e o Suriname.

O Presidente Fernando H. Cardoso justificou a proposta lembrando a necessidade de reafirmação da identidade própria da América do Sul, respaldada na história comum e numa herança compartilhada de cultura e de experiência humana, aliada ao patrimônio comum da paz e da boa vizinhança. Ressaltou, também, a necessidade de uma integração física maior, facilitada pela geografia que une os países, valendo citar a Amazônia, os Andes e as grandes bacias hidrográficas. Em suma, o que pretende o Brasil, numa idéia que foi esposada pelos demais países da América do Sul, é fazer a melhor política e economia da geo-

grafia, transformando as fronteiras dos países de clássicas fronteiras-separação em fronteiras-cooperação<sup>8</sup>.

Com efeito, a integração física maior entre os países é uma etapa preliminar fundamental para a consecução desse objetivo. Essa integração está prevista na chamada Iniciativa para a Integração de Infra-estrutura da América do Sul (IIRSA), cuja proposta foi elaborada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Corporação Andina de Fomento (CAF). O Comitê de Direção Executiva da IIRSA estabeleceu uma Agenda de Implementação Consensual para 2005-2010 que prevê 31 Projetos Estratégicos dos Eixos de Integração e Desenvolvimento (IIRSA, 2004).

A iniciativa do Brasil em promover a criação de um espaço de integração na América do Sul confirma uma previsão feita em 1994 pelo diplomata e teórico das relações internacionais Gelson Fonseca Jr.: “O Mercosul terá mais influência regional do que mundial, mas, se avançar com sucesso, favorecerá a articulação de posições combinadas que podem repercutir em outros âmbitos, a começar no espaço sul-americano” (FONSECA, 1994, p. 74).

De toda forma, essas iniciativas, ora do Brasil, ora do Mercosul, poderiam ser usadas para ilustrar a idéia de pretensão hegemônica do Brasil na América do Sul, especialmente quando vistas sob a ótica de outros países que não o próprio Brasil. A Argentina, por exemplo, teria dificuldade em aceitar o conceito geoestratégico de espaço sul-americano, por enxergar neste uma forma de implantação da hegemonia do Brasil na região. Por outro lado, tais iniciativas poderiam apenas ilustrar a ação política brasileira para diminuir, impedir ou servir de contrapeso à expansão hegemônica dos Estados Unidos na América do Sul por meio da ALCA ou propostas semelhantes. Como bem coloca Paulo R. de Almeida (2000, p. 24), a ALCA constituiria um “projeto de poder” atrelado aos interesses dos Estados Unidos e, como tal, seria uma opção extre-

ma para a agenda geoestratégica brasileira. Exceto, é claro, se a ALCA estiver em consonância com os outros projetos de expansão do Mercosul e responder às preocupações do Governo brasileiro, externadas pelo Presidente Fernando H. Cardoso.

A mudança de Governo, no Brasil, não alterou significativamente a posição brasileira acima descrita. O novo Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, manifestou claramente, por ocasião da visita do Presidente argentino Eduardo Duhalde em janeiro de 2003, que a América do Sul seria a prioridade da política externa brasileira, e que “dar prioridade à América do Sul passa, necessariamente, por resgatar a vitalidade e o dinamismo do Mercosul”<sup>9</sup>.

Há, porém, um terceiro elemento nesta complexa cadeia de interesses que não pode deixar de ser mencionado: a União Européia. Existe um claro interesse da União Européia em fortalecer o Mercosul internamente e, ao mesmo tempo, desenvolver uma forte relação com o Mercosul. A relação entre a União Européia e o Mercosul remonta ao começo deste, pois já em 1992 celebrou-se um Acordo Interinstitucional que emprestou ao Mercosul o apoio técnico e institucional para a criação da estrutura do Mercosul. Depois (1996), firmou-se um Acordo-Quadro de Cooperação inter-regional que estabeleceu um diálogo político, cooperação técnica e científica e comercial. Desde 1999, a União Européia e o Mercosul têm mantido negociações para a conclusão de um Acordo de Associação, que estabeleceria uma área de livre comércio entre os dois blocos, além do fortalecimento das formas de cooperação e do diálogo político.

A proposta da União Européia tem, em relação à proposta da ALCA, o mesmo prazo limite para a conclusão das negociações (2005). Para o Mercosul, e especialmente para o Brasil, a proposta da União Européia é muito interessante por atender a duas preocupações básicas: manter a diversidade de mercados para exportação, não dependendo de nenhum mercado em particu-

lar, e evitar o estrangulamento ou mesmo a absorção do Mercosul pela ALCA. A União Européia funcionaria como mais um contrapeso à hegemonia norte-americana (POITRAS, 2000, p. 400). A proposta europeia também é interessante porque a União Européia tem demonstrado concretamente um interesse na consolidação e desenvolvimento do Mercosul. O apoio dado pela União Européia ao Mercosul parece transcender os limites de uma relação meramente comercial. É de se notar também que o modelo europeu sempre foi adotado como o paradigma maior do Mercosul, tanto que este objetiva alcançar um mercado comum<sup>10</sup>.

Em contraste, a proposta da ALCA e a forma de aproximação mantida pelos Estados Unidos com o Mercosul demonstrariam o interesse em cultivar um relacionamento de cunho predominantemente econômico, até porque não se pretende implantar um mercado comum mas uma simples área de livre comércio. Demais, o Brasil e os outros membros do Mercosul mantêm maiores laços culturais e históricos com a Europa do que com os Estados Unidos, em razão da colonização ibérica. Por fim, a União Européia representaria, comparada aos Estados Unidos, uma maior inserção econômica internacional e, estrategicamente, permitiria a manutenção, em escala maior, da tradicional política comercial brasileira de estimular a multipolaridade nas suas relações comerciais externas, não dependendo de nenhum grande mercado especificamente. O grande problema é saber até que ponto questões internas como o alargamento e a definição do seu futuro poderão prejudicar o processo de negociação com o Mercosul.

A União Européia, de fato, foi mais veementemente em seu apoio à iniciativa sul-americana. A Presidência francesa da União Européia emitiu Declaração na qual diz que a União Européia “confere pleno apoio a esta iniciativa, que, ao favorecer o diálogo a nível sub-continental, contribui para o aprofundamento dos processos de integração e reforça a estabilidade regional. A União

Européia considera que a América do Sul contribui assim para o fortalecimento do equilíbrio internacional e para a construção do mundo multipolar almejados pelos participantes da Cúpula do Rio de Janeiro, realizada nos dias 29 e 30 de junho de 1999” (Cf. Ministério das Relações Exteriores, 2000). É significativo que a União Européia tenha manifestado o seu entendimento de que a integração sul-americana repercutiria no balanço geoestratégico do mundo, fortalecendo a sua multipolaridade, em detrimento de eventual papel hegemônico de determinado país.

Talvez por perceber as conseqüências dessa aproximação Mercosul – União Européia, os Estados Unidos estão iniciando negociações com o Mercosul para a conclusão de um acordo comercial para a criação de uma área de livre comércio na forma 4 + 1 (ou, na realidade, 1 + 1, que representa o Mercosul e os Estados Unidos). Essa negociação já era uma possibilidade prevista no *Rose Garden Agreement*, um acordo de 1991 que incluía no seu texto o desenvolvimento de negociações na área comercial entre os países do Mercosul e os Estados Unidos (ALVAREZ, 1994, p. 49)<sup>11</sup>.

### III. Desenvolvimentos recentes

Uma mudança fundamental nas diretrizes que norteiam as negociações da ALCA ocorreu desde a Oitava Reunião Ministerial realizada em Miami, 2003, já sob a co-presidência do Brasil e dos Estados Unidos. A Declaração Ministerial emitida após o encontro reiterou o compromisso dos países com a conclusão das negociações dentro do prazo estipulado (2005), e o princípio de que a ALCA pode coexistir com acordos bilaterais e sub-regionais, na medida em que os direitos e obrigações dispostos nesses acordos não estejam cobertos ou excedam os direitos e obrigações da ALCA. A nova orientação, no entanto, tem a natureza substantiva e não meramente procedimental: segundo a Declaração, os Ministros “também re-

conhecem a necessidade de flexibilidade, a fim de que sejam levadas em consideração as necessidades e as sensibilidades de todos os parceiros da ALCA”. O termo *flexibilidade*, quando aplicado às negociações, significaria, nos termos da própria Declaração, que os países negociadores podem “assumir diferentes níveis de compromissos”.

A Declaração deixa claro que haveria, de acordo com essa nova orientação, um conjunto mínimo e geral de direitos e obrigações, aplicáveis a todos os países. O conjunto comum de direitos e obrigações, prossegue a Declaração, incluirá disposições em cada uma das seguintes áreas de negociação: acesso a mercados; agricultura; serviços; investimento; compras governamentais; propriedade intelectual; política de concorrência; subsídios, *antidumping* e direitos compensatórios; e solução de controvérsias. Portanto, preservado estaria o princípio do *single undertaking*, embora com nova faceta: o pacote incluirá apenas um *mínimo* de direitos e obrigações, que, na verdade, corresponderá ao máximo que pôde ser negociado em termos de direitos e obrigações gerais, aplicáveis a todos os Estados.

A partir desse mínimo, estipula a Declaração, “obrigações e benefícios adicionais” poderão ser negociados entre os países. Os Ministros estabeleceram um requisito para essa negociação de liberalizações e disciplinas adicionais: que sejam efetuadas de maneira plurilateral. Afastada estaria, portanto, a celebração de acordos bilaterais entre países dentro do quadro geral da ALCA.

Essa diretriz negocial permitirá, em tese, a coexistência de acordos diferentes dentro da ALCA. Se compararmos com o processo de integração europeu, seria algo parecido com a transposição do princípio da “Europa à la carte”, ou “Europa a várias velocidades”, ou “Europa de geometria variável”, para o plano da ALCA. Em outras palavras, permite-se aos países participantes de um processo de integração a opção por níveis diferenciados de integração, a partir de uma base comum, tendo em conta os interesses

nacionais e as diferenças entre os países. A idéia é interessante quando se leva em conta as diferenças nos níveis de desenvolvimento e no tamanho das economias do Hemisfério.

Qual a origem desse redirecionamento? Em recente manifestação, o Ministro das Relações Exteriores, Celso Amorim, esclareceu que, quando o novo Governo assumiu o poder em janeiro de 2003, constatou-se que as negociações estavam sendo encaminhadas dentro de um quadro desfavorável para o Brasil e o Mercosul. Questões vitais como os subsídios para a agricultura e as regras de *antidumping* haviam sido relegados a segundo plano, sob a justificativa de que seriam melhor equacionadas no âmbito das negociações globais da rodada de Doha (OMC), enquanto se buscava assegurar ganhos nas áreas da propriedade intelectual, compras governamentais, serviços e investimentos que superavam aquilo que se discutia na OMC ou se previa no GATS. A restauração do equilíbrio teria sido alcançada, segundo Amorim, na Conferência Ministerial de Miami, para o fim de firmar o foco novamente na abertura de mercados<sup>12</sup>.

### Conclusão

A ALCA faz parte de um conjunto de negociações que o Mercosul, e, por intermédio dele, o Brasil, efetua para estabelecer ou aprofundar as relações comerciais, cabendo ainda mencionar as negociações com a Comunidade Andina, a União Européia, os países asiáticos (incluindo a China), a Índia, o México, a África do Sul e os países da América do Sul. A coesão interna do bloco, inclusive na hora de determinar quais os interesses fundamentais a serem protegidos, e a capacidade negocial dos seus membros serão fundamentais na hora da condução dessas negociações. O importante é que todas essas negociações são, na verdade, interdependentes, e são conduzidas sob o manto da OMC e da nova rodada de negociações na OMC (Rodada de Doha). O projeto da ALCA, em particular, embora tenha ob-

jetivos mais simples de conformação de uma área de livre comércio, apresenta aspectos estratégicos e políticos subjacentes de grande relevância para o Brasil e os parceiros do Mercosul.

Num artigo publicado no *Foreign Affairs*, Huntington aduz a idéia de que a conformação atual do sistema político internacional do pós-guerra fria passou por uma substancial mudança, do modelo bipolar para o unipolar, e agora estaria no uni-multipolar. Nessa última configuração, haveria uma superpotência (Estados Unidos) e várias potências regionais, e a solução das questões internacionais mais relevantes exigiria a participação da superpotência, embora sem prescindir do apoio ou ação das potências regionais (HUNTINGTON, 1999, p. 35-50). Em termos de objetivos, a superpotência agiria naturalmente para o fim de assumir uma posição hegemônica, e, portanto, unipolar, ao passo que as potências regionais procurariam incentivar a multipolaridade. As linhas de ação adotadas pelo Governo brasileiro no processo de negociação da ALCA – e em outros foros de negociação a ele associados – traduziriam (ao menos na percepção governamental) a preocupação de uma potência regional de combater a iniciativa de uma superpotência que pode resultar no estabelecimento de uma hegemonia nas Américas.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. Discurso do Ministro Celso Lafer no Memorial da América Latina: “ALCA: futuro”, de 04 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/intrapub/-PubRepertorioTexto.asp?S=M&C=259>>. Acesso em: 17 jan. 2002.

<sup>2</sup> Discurso do Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, na abertura da III Reunião de Cúpula das Américas. Québec, Canadá, 20 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/sei/pr-iiicupula.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2003.

<sup>3</sup> Cf. Discurso do Ministro Celso Lafer na Câmara Americana de Comércio: “A importância da participação do setor privado nas negociações da ALCA”, em 10 abr. 2001. Disponível em: <[\[www.mre.gov.br/intrapub/-PubRepertorioTexto.asp?S=M&C=261\]\(http://www.mre.gov.br/intrapub/-PubRepertorioTexto.asp?S=M&C=261\)>. Acesso em: 17 jan. 2002.](http://</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>4</sup> Por exemplo, a pretendida incorporação dos sócios do Mercosul ao NAFTA, particularmente da Argentina e Chile, teria sido dificultada, *inter alia*, pela demora do Congresso Americano em aprovar o “fast track”.

<sup>5</sup> O documento pode ser visualizado no seguinte site: <<http://www.state.gov/m/rm/rls/doss-trat/2004>>. Acesso em: [2004?].

<sup>6</sup> O objetivo inicial do Chile era associar-se ao Mercosul, formando com este uma zona de livre comércio, ao mesmo tempo em que ingressaria no NAFTA como membro.

<sup>7</sup> O Chile já havia concluído um Acordo de Livre Comércio com a União Européia e a Coreia do Sul, entre outros, o que reflete sua política de inserção internacional globalizada.

<sup>8</sup> Essa é a concepção esboçada pelo Ministro Lafer em aula ministrada no Instituto Rio Branco (Itamaraty), Brasília, em 12 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/intrapub/-PubRepertorioTexto.asp?S=M&C=263>>. Acesso em: 21 jan. 2002.

<sup>9</sup> Texto do discurso disponível em: <<http://www.mre.gov.br/sei/lula-visita.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2003.

<sup>10</sup> Embora existam diferenças notáveis na estrutura orgânica e na forma de implementação dos objetivos.

<sup>11</sup> Este acordo foi sobretudo fruto das gestões da Argentina, que, sob a Presidência de Menem, procurava na época uma aproximação cada vez maior com os Estados Unidos.

<sup>12</sup> Cf. AMORIM, 2004.

### Bibliografia

ALMEIDA, Paulo R. O Brasil e o futuro do mercosul: dilemas e opções. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMORIM, Celso. The foreign policy of the Lula government. *Ministério das Relações Exteriores*, Brasília, 17 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.mre.gov.br/portugues/politica\\_externa/discursos](http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/discursos)>. Acesso em: 26 mar. 2004.

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares. A integração latino-americana na primeira década do milênio. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 21, n. 4, p. 33, out./dez. 2001.

BERGSTEN, C. Fred. A renaissance for US trade policy? *Foreign Affairs*, New York, v. 81, n. 6, p. 94, nov./dec. 2002.



- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Informação* n. 399, 31 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/infocred/info399-00.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2002.
- CONRADO MONTECINO, Isidro. Acuerdo de complementación Chile y Mercosur. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 222-225.
- FONSECA JÚNIOR, Gelson. Notas sobre os processos de integração e a ordem internacional. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: desafios a vencer*. Brasília: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1994.
- FY 2005 budget performance summary fiscal year 2005. Washington: U.S. Department of State Bureau of Resource Management, 2004.
- GORDON, Bernard. A high-risk trade policy. *Foreign Affairs*, New York, v. 82, n. 4, p. 112-113, jul./aug. 2003.
- GUIMARÃES, Samuel P. Alca – o controle neoliberal. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 20 abr. 2001.
- HUNTINGTON, Samuel. The lonely superpower. *Foreign Affairs*, New York, v. 78, n. 4, p. 35-50, mar./apr. 1999.
- IIRSA. VI reunión del Comité de dirección ejecutiva, anexo 3, agenda de implementación consensuada 2005-2010, 2004. 9 p.
- KISSINGER, Henry. Brazil's 'destiny': an obstacle to free trade?. *The Washington Post*, Washington, p. A17, 15 may 2001.
- LECHINI DE ALVAREZ, Gladys; AL. SACCONI, María. El mercosur: una perspectiva desde Argentina. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: desafios a vencer*. Brasília: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1994.
- NETTO, Antonio Delfim. O Itamaraty e a Alca. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 dez. 2001.
- POITRAS, Guy. The potential for US economic dominance. *Law and Business Review of the Americas*, Dallas, v. 6, n. 3, 2000.
- PONTES, José Siqueira. ALCA: análise do subdesenvolvimento. Perspectivas para o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 855-857.
- SILVA, Marcus Rector Toledo. *Mercosul e personalidade internacional*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999. p.125-126.
- TORTORA, Manuela. The free trade area of the americas: a latin american perspective on future prospects. *Law and Business Review of the Americas*, Dallas, v. 5, n. 2, 1999.
- WEINTRAUB, Sidney. The meaning of NAFTA and its implications for the FTAA. *Law and Business Review of the Americas*, Dallas, USA, v. 6, n. 3, p. 312-316, 2000.

# Assédio moral e atuação do Ministério Público do Trabalho

Manoel Jorge e Silva Neto

## Sumário

1. Introdução. 2. Assédio moral. Conceituação. Ofensa à indenidade psíquica do trabalhador. 3. Os princípios constitucionais fundamentais e o assédio moral. 4. O assédio moral e a atuação do Ministério Público do Trabalho. 5. Hipóteses de responsabilização do empregador por assédio moral. Competência da Justiça do Trabalho. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Com o pensamento posto na história brasileira, veremos que a escravidão formal foi abolida a 13 de maio de 1888. São 116 anos que nos separam do momento em que, ao menos no plano legislativo, abandonamos a “coisificação” do ser humano.

Mas a abolição formal do trabalho negro escravo pelo Estado brasileiro não foi suficiente para conduzir ao plano real a dignidade nas relações de trabalho, tanto que, até hoje, denúncias e mais denúncias de escravidão de trabalhadores rurais enchem as páginas dos jornais do País.

Autêntico paradoxo lógico da pós-modernidade: *internet*, globalização econômica, redução das distâncias pelo desenvolvimento extraordinário dos transportes com – *pasmem* – a triste persistência de modelo de relações de trabalho assentado ainda sobre o trabalho escravo, como acontecia em Roma, na Antigüidade.

Todavia, quem quer que se proponha a examinar atentamente o que se sucede nas

Manoel Jorge e Silva Neto é Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Professor-Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

relações empregado-empregador no Brasil, terá – se sensível for à condição humana – grandes dissabores, porque, nos alvares do século XXI, convive-se tranqüilamente com a idéia segundo a qual o trabalhador é instrumento à consecução da meta empresarial – e pouco, muito pouco além disso...

A “revolução” empreendida pelo signo da “qualidade total” promove injustificável e ilegítimo excesso no exercício do poder diretivo do empresário, exigindo-se esforços sobre-humanos dos empregados em ambiente nada humano onde o trabalho é prestado.

O recurso à ascendência hierárquica por parte do empregador ou de seus prepostos que ocupam cargo diretivo ou de gerência no estabelecimento para o fim de saciar a sua lascívia ou apetite sexual pelos(as) subordinados(as), delimitando a figura do assédio sexual, é, inegavelmente, prática que se dissemina com habitualidade e desenvoltura impressionantes, fato que conduziu o Congresso Nacional ao reconhecimento da conduta como tipo penal específico (art. 216-A, do Código Penal).

A intromissão deliberada nos assuntos afetos à intimidade e vida privada dos empregados, quando, não raro, surgem estapafúrdias determinações dirigidas a impedir que trabalhadores do estabelecimento se relacionem afetivamente, ou mesmo a adoção das execráveis revistas íntimas, nas quais, via norma interna (!?), as unidades empresariais disciplinam o vasculhamento de bolsas e pertences dos empregados, a abertura de botões da blusa e do zíper da calça, o levantamento da saia, revela um quadro insólito e de iniquidade cuja manutenção é, sem dúvida, a antítese da dignidade que a Constituição de 1988 atribuiu à pessoa humana.

Trabalhador é pai, mãe, marido, esposa, sindicalista, esportista, artista, torcedor de futebol, e não apenas empregado da empresa.

A atual tendência de inserir o empregado de tal modo em ambiente empresarial que o impeça de manifestar os outros domínios

de sua existência acarreta, indiscutivelmente, sérios danos à sua saúde mental, porque, açoitado pela necessidade de sobrevivência, já não sabe ao certo o que representa como pessoa; sabe apenas – e muito bem – as obrigações e direitos decorrentes da condição de trabalhador.

Temas que envolvem multidões – futebol, religião, política – passam despercebidos pelo empregado que, com o transcurso do tempo, já não sabe sequer quanto vale para a empresa ou para o mercado. O interesse pela política é substituído pelo interesse a respeito de quem será o próximo gerente do almoxarifado... Religião? Passa a imaginar como seria conveniente que viesse a freqüentar a igreja do chefe (estariamos diante de novo assédio, o “religioso”?)... E o time do coração? Foi, há muito tempo, substituído pelo time da empresa, porque, aos domingos, em vez de ir ao estádio, está jogando o campeonato organizado pelo departamento de pessoal... Tudo, claro, com o mais elevado propósito de conagração dos trabalhadores e suas famílias com outras famílias de trabalhadores... da empresa!

E é nesse ambiente de total dependência do empregado que se inicia o processo derradeiro de alienação de sua altivez e dignidade, posto que, disponibilizados pela empresa tantos adereços corporativos e tantos benefícios, o trabalhador se acomoda, converte-se em mera engrenagem não distinta do maquinário barulhento da planta industrial.

Desculpem-me sinceramente pelo tom apocalíptico atribuído ao início desta exposição, mas é que não conseguimos enxergar uma realidade que discrepe de tudo o que enfatizamos até então. Não se trata de conclusão remarcada pelo pessimismo, mas sim constatação do que acontece na esmagadora maioria das empresas brasileiras.

E o tratamento dispensado aos empregados?

Relações humanas nas quais não se presencia desejável paridade de forças é seme-

adura certa para a arrogância, o autoritarismo, a tirania. E não é preciso ir muito longe para se aproximar dessa conclusão. Quantos não são, por exemplo, os casais em que um dos amantes, por devotar, pelo outro, um amor louco, sem limites, fica completamente à mercê dos caprichos do consorte, que se constitui em um “tiranozinho” de plantão?

Embora não seja o amor que determine o desequilíbrio nas relações de trabalho, mas fatores econômicos de ordem estrutural do capitalismo (oferta excessiva de mão-de-obra), além de outras condicionantes de color cultural, social e político, é irrecusável reconhecer que a inexistência da referida “paridade de armas” entre empregado e empregador desenvolve um plexo de situações ensejadoras do aparecimento daquilo que a doutrina do direito do trabalho passou a denominar de “assédio moral”.

Neste trabalho, pretendemos inicialmente apresentar a conceituação do assédio moral e suas conseqüências para a indenidade mental do empregado; indicar a importância dos Princípios Fundamentais enunciados no art. 1º, da Constituição para mitigar ou mesmo abolir tal prática nas empresas; apresentar a atuação do Ministério Público do Trabalho em prol do seu banimento do meio ambiente do trabalho; examinar as hipóteses de responsabilização do empregador; e, finalmente, apreciar a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da ação.

## *2. Assédio moral. Conceituação. Ofensa à indenidade psíquica do trabalhador*

O pesquisador, quando conceitua, joga-se do barco seguro no mar tempestuoso... Seja o que for, conceituar é sempre tarefa plena em dificuldades e riscos. Quer porque o investigador se anima demais, propondo conceito excessivamente amplo e pouco didático, quer porque se anima “de menos”, ao apresentar conceituação módica e insuficiente.

É porque onde está a natureza humana lá estará também a imperfeição...

Ainda assim, não seria recomendável prosseguir no estudo do assédio moral e suas conseqüências para a saúde mental do trabalhador se, de logo, não tentássemos um esboço de conceituação.

Assédio moral é, portanto, toda conduta consumada no âmbito das relações de trabalho, com o propósito de, por meio de palavras ou comportamentos, denegrir, ridicularizar ou atingir a honorabilidade dos trabalhadores.

Bastante elucidativa, no particular, a transcrição de trecho do pioneiro estudo realizado pela psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen (2001, p. 65-68), e incluída em petição inicial de ação civil pública proposta pelo digno Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Sebastião Vieira Caixeta, *in verbis*:

“Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (...)

“Essa guerra psicológica no local de trabalho agrega dois fenômenos: o abuso de poder, que é rapidamente desmascarado e não é necessariamente aceito pelos empregados; a manipulação perversa, que se instala de forma mais insidiosa e que, no entanto, causa devastações muito maiores.

“O assédio nasce como algo inofensivo e propaga-se insidiosamente. Em um primeiro momento, as pessoas envolvidas não querem mostrar-se ofendidas e levam na brincadeira desavenças e maus-tratos. Em seguida esses ataques vão se multiplicando e a vítima é seguidamente acuada, posta em situação de inferioridade, sub-

metida a manobras hostis e degradantes durante um período maior.

“Não se morre diariamente de todas as agressões, mas perde-se uma parte de si mesmo. Volta-se para casa, a cada noite, exausto, humilhado, deprimido. E é difícil recuperar-se. (...)”

“É a repetição dos vexames, das humilhações, sem qualquer esforço no sentido de abrandá-las, que torna o fenômeno destruidor. (...)”

“Os que estão em torno, por preguiça, egoísmo ou medo, preferem manter-se fora da questão. Mas quando esse tipo de interação assimétrica e destrutiva se processa, só tende a crescer se ninguém de fora intervier energeticamente. (...)”

“O assédio torna-se possível porque vem precedido de uma desvalorização da vítima pelo perverso, que é aceita e até causada pelo grupo. Essa depreciação dá uma justificativa *a posteriori* à crueldade exercida contra ela e leva-a pensar que ela realmente merece o que está acontecendo”.

Como se vê, para a delimitação do assédio moral, diferentemente do assédio sexual, não se põe na condição de requisito a configurar-lo a ascendência ou superioridade do assediante. Pode provir o comportamento inadequado do empregador, preposto, gerente, diretor ou mesmo de qualquer outro empregado que não detenha poder de direção na empresa. O que é decisivo para a sua visualização é a conduta inconveniente e destinada a humilhar, expor ao ridículo, menosprezar subordinado ou colega de trabalho.

Pode ser praticado por uma pessoa ou por grupo de trabalhadores que, pelos motivos mais variados (aparência física, opção sexual), ou mesmo sem motivação aparente, passam sistematicamente a alvejar determinado(s) integrante(s) do corpo funcional da empresa, humilhando-o(s) e provocando insidiosa redução da auto-estima.

O assédio moral produz efeitos extremamente danosos para quem o sofre. É habitual

que, em face da conduta assediante, o trabalhador resolva pela saída da empresa ou, em situação mais extrema – se bem que possível –, tente ou chegue até a consumir suicídio.

Por conseguinte, é claro, o dano acarretado pelo assédio moral à indenidade psíquica do trabalhador, posto que, submetido a gradativa hostilização e humilhação, sabendo ou não o motivo que o enseja, produz grande instabilidade emocional, podendo, com o passar do tempo, originar grave perturbação psíquica.

Recordamo-nos que, no I Congresso Internacional de Saúde Mental no Trabalho – louvável iniciativa das autoridades goianas sensíveis ao problema –, evento que originou o presente artigo, conversávamos no dia anterior ao início do conclave no *lobby* do hotel, no chamado “congresso paralelo”, com a notável pesquisadora Hilda Alevato, que nos apresentou uma genial figura de linguagem para demonstrar como o assédio moral compromete a saúde mental dos empregados.

Dizia ela que se nós encontrarmos um sapo – isso mesmo, um batráquio – e o colocarmos dentro de uma panela de água quente (por favor, isso é apenas uma hipótese científica – não façam o experimento em casa...), o pobre animal vai reagir e pular mais do que milho de pipoca até sair do caldeirão! Mas, se nós pusermos o sapo no caldeirão de água fria e aumentarmos a temperatura da água aos poucos, o bicho morrerá cozido...

É o que acontece numa empresa descomprometida com a saúde mental dos seus trabalhadores. O assédio se inicia sob a forma de brincadeira ingênua, como esclarece Marie-France Hirigoyen, começa a ser irritante para o assediado, mas como o empregador ou seus prepostos nada fazem para coibir o comportamento, prossegue firme até culminar com o pedido de demissão do empregado ou – quem sabe? – a sua aposentadoria total por invalidez diante do reconhecimento de patologia mental irreversivelmente instalada.

### 3. Os princípios constitucionais fundamentais e o assédio moral

A relevância do tema se impõe *per se*. Pouco importa o domínio normativo sobre o qual se debruça o aplicador do direito: civil, processual civil, comercial, trabalhista, penal, processual penal e assim por diante. O que se apresenta sempre indeclinável a quem quer interpretar disposição do sistema do direito positivo brasileiro é o recurso aos Princípios Fundamentais indicados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

Sucedo que não há no Brasil uma cultura constitucional, materializada em comportamentos e condutas tendentes a i) preservar a “vontade de constituição”; ii) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; iii) disseminar o conhecimento a respeito do Texto Constitucional. E a inexistência de uma cultura constitucional reverbera nos mais variados domínios da vida brasileira, quer no campo econômico, político, social, quer no altiplano do pensamento jurídico.

E o mais intrigante de tudo isso é constatar, com grande tristeza, que preceitos havidos como “princípios fundamentais constitucionais” são utilizados como meros instrumentos de retórica, indicados, aqui e ali, com grandiloquência em seminários e congressos de direito constitucional, sem que os advogados, membros do Ministério Público e juizes se dêem conta da obrigação que se lhes é continuamente dirigida para o cumprimento dos comandos constitucionais, de modo específico no que concerne aos denominados “princípios fundamentais”.

E realmente é muito estranho... Se vou à casa de alguém, jamais entrarei pela porta da cozinha ou, pior ainda, abrirei a geladeira e me servirei da melhor iguaria – exceto no caso de pessoas muito íntimas, que apenas confirmam a regra. Entrarei cerimoniosamente pela porta da sala. E os Princípios Fundamentais do Estado brasileiro são exatamente isso: a porta da sala da interpreta-

ção constitucional e de todo o sistema normativo brasileiro, porquanto funcionam como dado teleológico inseparável do procedimento interpretativo – tenha por objeto norma constitucional propriamente dita ou qualquer outra espécie normativa, frise-se.

No contexto da compreensão do assédio moral e da necessidade de recurso à Constituição de 1988 para bani-lo, a situação não é substancialmente diversa.

Se, mesmo antes do *boom* do assédio moral, os aplicadores do direito do trabalho se propusessem a esquadrihar os Princípios Constitucionais Fundamentais, encontrariam neles importantíssimo manancial axiológico apto a buscar a tutela judicial dos trabalhadores que sofrem com a nociva prática.

Necessária, portanto, a referência ao art. 1º, *caput* e incisos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

A primeira investigação se prende ao termo “Estado Democrático de Direito”.

“Estado Democrático de Direito” outro significado não tem que Estado de Direito e de Justiça Social. O acréscimo da expressão “democrático” ocorreu a partir da Constituição de 1988 e impinge nova compreensão do Estado brasileiro, porque, conforme acentua Miguel Reale (1998, p. 2),

“pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma

Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos.

“Poder-se-á acrescentar que o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a ‘Estado de Direito e de Justiça Social’ (...).

“Não concordo, por conseguinte, com os juristas que consideram sinônimos os termos ‘Estado de Direito’ e ‘Estado Democrático de Direito’. Tal entendimento não me parece admissível em Hermenêutica Jurídica, notadamente no plano da Carta Magna, porquanto, em princípio, a termos novos deve corresponder nova interpretação”<sup>1</sup>.

Mas qual a importância do Princípio Fundamental em questão para aplacar o assédio moral nas empresas? Ora, se “Estado Democrático de Direito” é “Estado de Direito e de Justiça Social”, torna-se absolutamente impositivo e condicionante às agências econômicas do Estado (empresas públicas e sociedades de economia mista) que editam normas internas explicando a respeito da conduta referente ao assédio moral e prevenindo sanções graves para os que nela incorrerem.

E por que o tratamento impositivo fixado para tais entes? Simplesmente em virtude de que os Princípios Fundamentais, na condição de postulados constitucionais vinculativos, conformam de modo absoluto o atuar da Administração Pública, aí incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

E as demais empresas privadas?

Pensamos que o fundamento atinente à dignidade da pessoa humana é mais do que

bastante para justificar a adoção de medidas judiciais tendentes à solução do problema nas empresas privadas.

Seria, no entanto, o caso de indagar: como conceituar dignidade da pessoa humana e como verificar, na situação concreta, a ofensa ao postulado fundamental?

Antes de responder às indagações, é recomendável exame mais alentado do fundamento do Estado brasileiro.

Historicamente, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao cristianismo. Sua fundamentação está amparada no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. O Cristianismo antigo adotou a idéia da liberdade do ser humano como apanágio da sua condição racional e em virtude de ser dotado de livre arbítrio, mesmo que não chegassem a ser reconhecidos na Antigüidade os direitos fundamentais tal como se incorporaram aos textos legislativos atualmente (BENDA, 1996, p. 118).

A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro.

Miguel Reale (1998, p. 101) explica que “(...) o fato de poder e dever cada homem se realizar de conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence, não exclui, mas antes exige o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda a espécie humana, ou, por outras palavras, de que os seus atos transcendem o círculo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal. Donde resulta a emergência de uma multiplicidade de ideologias, em função das quais cada um de nós situa e legitima as suas inclinações e esperanças”.

Todavia, “(...) a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois

ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito” (SILVA, 2000, p. 146).

Mas firmar como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana deixa à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo, quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar, com precisão, a idéia de que o mais elevado e sublime propósito cometido à sociedade política é o enaltecimento da dignidade das pessoas que a compõem.

Quando o elemento constituinte originário põe sob destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem em mira pugnar pela humanização do sistema constitucional.

Com efeito. Se a Constituição é o estatuto jurídico dentro do qual foram disciplinadas questões da mais alta importância para a organização do Estado brasileiro, como a previsão de eleições, duração dos mandatos, competências das unidades federativas, organização das funções estatais legislativa, executiva e judiciária, intervenção federal e tantas outras disposições da ordem, a referência à dignidade da pessoa humana funciona como cláusula de advertência para a circunstância de que, não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em si mesmo e não um meio ao atingimento de finalidades que, em último

grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas.

Atente-se, outrossim, que a dignidade é da pessoa humana. Excetuam-se da previsão constitucional, portanto, as pessoas jurídicas. Sindicatos, associações, empresas, órgãos públicos não podem ser abrangidos pelo comando do art. 1º, III, da Constituição<sup>2</sup>.

Sendo a dignidade da pessoa humana o valor fonte de todos os outros valores constitucionalmente postos, deve ser utilizada como balizamento para eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ou mesmo para conformar o comportamento de quem quer que esteja, no caso concreto, ofendendo o Princípio Fundamental em questão.

E respondendo à primeira pergunta, temos que se não conceitua dignidade da pessoa humana. Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. É o mesmo que se opera com o termo “interesse público”. Não há a possibilidade de conceituá-lo, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese tratada é de “interesse público”.

E, de certa forma, já se respondeu à segunda pergunta: será possível, no caso concreto, delimitar se o tratamento conferido a alguém é digno ou não, respeitado ou não, o Princípio Fundamental. Logo, dignidade da pessoa humana não é passível de conceituação, se bem que o juiz possa – ou melhor, deva – decidir se tal ou qual conduta ofende o referido princípio conformador do Estado brasileiro<sup>3</sup>.

E, convictamente, ninguém poderá, em sua consciência (a não ser que tenha-se submetido a cozimento análogo ao do sapo...), concluir que assédio moral praticado na empresa não vulnera a dignidade do trabalhador...

Destarte, mesmo que o aplicador do direito do trabalho, em apego à literalidade dos comandos normativos, entender que não



se pode buscar tutela judicial com base em comportamento não expresso no sistema do direito positivo trabalhista, poderá, inelutavelmente, amparar a vedação do assédio no Princípio Fundamental da dignidade da pessoa humana.

Prosseguindo, encontraremos os fundamentos relativos aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição).

A primeira Constituição brasileira a trazer referência expressa sobre a valorização do trabalho foi a de 1946, em cujo seio resplandecia o art. 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

A mesma linha foi seguida pela Constituição de 1967, ao dispor que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – (...): II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”, comando que, por sua vez, permaneceu inalterado na ordem constitucional subsequente, conforme se vê no art. 160, II, da Constituição de 1969.

De conseguinte, nota-se que incorporar um valor social ao trabalho humano já faz parte da história constitucional brasileira, cumprindo esclarecer, assim, que o trabalho não pode, de maneira alguma, ser assumido friamente como mero fator produtivo; é, sim, fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador.

A livre iniciativa, por sua vez, deve ser compatibilizada à valorização do trabalho humano. Para tanto, valer-se-á o aplicador do direito do postulado da concordância prática, dirigido à solução que equilibre os bens constitucionalmente tutelados. Nem o excessivo peso a ser atribuído à liberdade de iniciativa, nem conferir-se maior densidade aos valores sociais do trabalho.

A tentativa do elemento constituinte originário de pôr ambos em um único dispositivo e reputá-los como fundamentos do Estado brasileiro indica, de forma declarada,

a opção constitucional pela ideologia democrático-social<sup>4</sup>.

A valorização social do trabalho impede, por seu turno, a disseminação, nos domínios empresariais, do assédio moral, simplesmente por que o valor “trabalho”, como fonte de realização moral e espiritual, jamais se dissocia da pessoa que o presta.

#### 4. O assédio moral e a atuação do Ministério Público do Trabalho

Perseguir modelo de relações de trabalho reverente à dignidade da pessoa humana é tarefa que se atribui perenemente ao Ministério Público do Trabalho.

O assédio moral ofuscantemente vulnera a dignidade dos trabalhadores, razão por que se impõe ao *parquet* a adoção de procedimentos judiciais ou extrajudiciais (como a celebração de termo de ajustamento de conduta) para a solução do problema na empresa.

Neste tópico, apresentaremos hipóteses de atuação do órgão originadas da ocorrência de assédio moral.

No ano de 2003, recebemos gravíssima denúncia de empregada de empresa de refrigerantes, por via da qual relatava que o gerente de vendas a teria oferecido como prêmio sexual aos vendedores que atingissem determinado índice de produtividade.

Instruído o inquérito e ouvidas as testemunhas, os fatos objeto de prova foram absolutamente estarrecedores.

Além de comprovada a prática do oferecimento da denunciante como prêmio àqueles vendedores mais produtivos, foi evidenciado também que o gerente de vendas oferecera a empregada a clientes do estabelecimento.

É verdade que o doentio comportamento do preposto do empregador, se bem que extremamente grave, não chega a configurar assédio moral, mas sim discriminação sexual, na medida em que a condição feminina é o critério utilizado para a consumação do procedimento discriminatório.

Todavia, as demais testemunhas que depuseram no inquérito esclareceram, com segurança, que o referido gerente, além de ter oferecido a denunciante como prêmio, dava azo, no ambiente de trabalho, a acesso de pirotecnia muitíssimo estranho, porque, aqui e ali, era visto carregando um isqueiro e queimando as nádegas das empregadas!

E mais: conforme relatado pelas testemunhas, os vendedores do sexo masculino que, na reunião mensal, não atingissem a cota de produtividade ordenada, eram obrigados a vestir saia! E ainda, e surreal: os que persistissem com o descumprimento às metas de vendas eram obrigados – desculpe-me o leitor, mas é preciso informar, conquanto forte o conteúdo da informação – a segurar um pênis de borracha (!!!!!) estrategicamente guardado na gaveta do pornográfico gerente!

O caso é emblemático do primitivismo em que se encontram as relações de trabalho no Brasil. Representativo do desrespeito acintoso à dignidade dos trabalhadores, vistos por maus empresários como meros instrumentos à obtenção de lucro... Indicativo do nefando efeito do desequilíbrio na relação empregado-empregador... Eloquentemente evidência, por fim, de que o estratégico excesso de mão-de-obra produzido pelo modelo econômico capitalista torna natural o aparecimento da tirania nas relações de trabalho, que conta com a esperada passividade dos trabalhadores e a desconcertante omissão dos sindicatos profissionais...

No caso, ingressamos com ação civil pública cumulada com preceito cominatório e pedido de tutela antecipada para, entre outros requerimentos formulados, obrigar a empresa à expedição de norma interna explicitando o que é assédio moral, fixando, além disso, punição para os empregados que viessem a descumprir as determinações. Também foi requerida a condenação da empresa a título de dano moral coletivo à ordem de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Infelizmente, a Justiça do Trabalho não se pronunciou, até hoje, sequer sobre o pleito relativo à criação de norma interna, muito embora a autoridade responsável pelo julgamento da ação tenha ordenado a juntada de cópia de todo o inquérito que originou a medida judicial.

O processo se encontra em fase de instrução, com audiência designada para a oitiva das testemunhas.

Outra hipótese de atuação judicial do Ministério Público do Trabalho ocorreu com a propositura de ação civil pública cuja petição inicial foi elaborada pelo ilustre Procurador do Trabalho, Sebastião Vieira Caixeta.

Restou provado naquela ação que gerente de empresa pública do Distrito Federal ordenara a subordinados que prestassem serviço em campanha de candidato a vereador no Estado de Goiás.

Diante da ativa recusa dos empregados e, mais ainda, por força de sindicância instaurada com o propósito de investigar a irregularidade, o preposto iniciou sistemática e perversa perseguição aos trabalhadores, assediando-os moralmente e humilhando-os perante os demais colegas.

Julgada procedente a ação, confirmou, em recurso ordinário, o E. TRT da 10ª Região a decisão monocrática, cujo trecho da ementa acerca do assédio moral é o seguinte:

“ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR. O trabalho é elevado constitucionalmente a valor social, erigido em princípio fundamental da República Brasileira, valor cujo resguardo é imputado a todos os participantes da sociedade, em especial a empregados e empregadores. A violação da dignidade humana de trabalhadores, repetidamente submetidos a situações humilhantes e vexatórias no ambiente de trabalho, violação noticiada e comprovada mediante a adequada

utilização da ação civil pública, merece ser pronta e efetivamente coibida” (TRT 10ª Região, RO nº 01.385-2001-009-10-00-4, Relator Juiz Mário Macedo Fernandes Caron).

Como resulta da decisão, na qual se presente grande sensibilidade, foi expressamente consignado o repúdio da Justiça do Trabalho às práticas detrimetosas à higidez psíquica dos trabalhadores e à sua dignidade.

E essas são apenas duas situações que demonstram a gravidade dos comportamentos assediantes no meio ambiente do trabalho e as iniciativas do Ministério Público do Trabalho tendentes ao banimento das atrocidades perpetradas contra os trabalhadores.

### *5. Hipóteses de responsabilização do empregador por assédio moral. Competência da Justiça do Trabalho*

Se o ato praticado contra os trabalhadores é revestido de ilicitude, põe-se como indeclinável a necessidade de buscar a respectiva reparação judicial.

O art. 7º, XXII, da Constituição assegura como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

É o empregador aquele que, de forma mais persistente, deve porfiar pela preservação da indenidade do meio ambiente de trabalho.

O sistema constitucional faz remissão explícita ao meio ambiente do trabalho como garantia fundamental do cidadão-trabalhador, quer no indigitado art. 7º, XXII, quer ainda no art. 200, VIII, quando comete ao sistema único de saúde “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Por sua vez, o art. 483, e, da CLT, expõe que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) (...); e) praticar o empre-

gador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama”.

Assim, na eventualidade de consumado o assédio, parece-nos clara a sua adequação à alínea e do art. 483, CLT, para viabilizar pedido de rescisão indireta a ser formulado pelo trabalhador.

A despeito disso, não se esgota no campo da sucumbência às parcelas rescisórias a condenação do empregador quando o laborista é vítima de assédio moral na empresa.

Claramente, trata-se de circunstância autorizativa de propositura de ação de reparação por dano moral, cuja competência dos órgãos trabalhistas para apreciá-lo já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal: “Compete à Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização, por danos materiais e morais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato decorrente da relação de trabalho (...), nada importando que o dissídio venha ser resolvido com base nas normas de Direito Civil” (Conflito de Jurisdição nº 6.959-6 STF/Pleno, Rel. Sepúlveda Pertence, DJU 22.02.91).

Posto desta forma, temos por certo que o empregador pode e deve ser responsabilizado ante a consumação de assédio moral na empresa.

Não se distancia a conclusão acima extratada daquela que responsabiliza o empregador com supedâneo no art. 932 do Novo Código Civil (“São também responsáveis pela reparação civil: I – (...); III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”), por ato imputável a trabalhador a ele subordinado, questão, inclusive, já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal mediante a Súmula nº 341 (“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”).

E mais: tal responsabilização independe da ocorrência de culpa, pois é certo que o art. 933 do NCC acentua que o empregador

responderá pelos atos praticados por seus empregados ou prepostos, ainda que não haja culpa de sua parte.

Perfeitamente aplicável a norma substantiva civil ao direito do trabalho, máxime quando a comprovação de culpa do empresário mediante comunicação, escrita ou verbal, por parte do empregado, pode implicar o completo esvaziamento do comando normativo prescritor da responsabilidade objetiva empresarial.

Como exigir, por exemplo, que o empregado prove comunicação feita ao empregador, se tal iniciativa, durante o vínculo contratual, acarretará a sua própria dispensa?

Mas, apenas para argumentar, mesmo que não existisse no sistema do direito positivo brasileiro regra expressa que afastasse a responsabilidade de cunho subjetivo, a sucessão de atos enquadrados como assédio moral, *per se*, evidenciaria a *culpa in eligendo* do empresário, quer com relação ao empregado que assedia, quer no que se refere a preposto ou gerente que se utiliza da nefanda prática.

## 6. Conclusão

Diante do triste quadro desenhado pelo assédio moral, preferimos a síntese poética traduzida no poema de Eduardo Alves da Costa (com autoria injustamente atribuída ao poeta russo Vladimir Maiakovsky) :

“Tu sabes,  
conheces melhor do que eu  
a velha história.  
Na primeira noite eles se aproximam  
e roubam uma flor  
do nosso jardim.  
E não dizemos nada.  
Na segunda noite, já não se escondem:  
pisam as flores,  
matam nosso cão,  
e não dizemos nada.  
Até que um dia,  
o mais frágil deles

entra sozinho em nossa casa,  
rouba-nos a luz, e,  
conhecendo nosso medo,  
arranca-nos a voz da garganta.  
E já não podemos dizer nada”.

## Notas

<sup>1</sup> Augusto Zimmermann (2002, p. 231) traz a sua importante contribuição para o entendimento do termo: “Neste sentido, em um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico está vinculado ao poder democrático da transformação da realidade social, muito embora a força transformadora do direito seja impedida de perfazer intervenções ilegítimas na esfera das liberdades públicas. Afinal, o compromisso da democracia com o Estado de Direito está pautado, para a sua própria sobrevivência, no respeito aos direitos negativos de primeira geração, onde os indivíduos se reconhecem precipuamente como livres e iguais em direitos fundamentais e responsabilidades cívicas. O Estado Democrático de Direito acredita na importância das normas jurídicas para a sólida construção de uma democracia legitimamente institucionalizada. Apóia-se, ademais, na idéia de autonomia individual e direitos sociais, onde os cidadãos exercitam ativamente os seus direitos de participação e comunicação. Por conseguinte, conclui-se então que o legislador constituinte buscou com esta nova expressão, Estado Democrático de Direito, restaurar a força do direito vinculando-o à necessidade de uma efetiva legitimação democrática das normas jurídicas. Fundamentalmente, enfim, a criação desta nova expressão denominada Estado Democrático de Direito se deve ao simples fato de nós termos atravessado duas décadas de um regime militar autoritário, onde tanto o valor Estado de Direito bem como o da democracia foram absolutamente desprezados. Agora, mais do que nunca, parece que a força do direito associa-se ao processo de reconstrução democrática da sociedade política”.

<sup>2</sup> A dignidade da pessoa humana serve também para fundamentar o aparecimento dos direitos da personalidade (intimidade, privacidade, imagem, nome, incolumidade física). Atualmente, o Novo Código Civil promoveu a inclusão de tais direitos ao sistema positivo (arts. 11 e seguintes). Se bem que se não possa outorgar às pessoas jurídicas qualquer tutela com base no fundamento da dignidade da pessoa humana, alguns direitos da personalidade podem-lhes ser destinados, como é o caso da proteção jurídica ao nome e à imagem-atributo. A propósito, a admissibilidade de serem

dedicados direitos da personalidade às pessoas jurídicas é prevista no art. 52 do NCC.

<sup>3</sup> Não foi com lastro em outro Princípio Fundamental, mas no pertinente à dignidade da pessoa humana, que o STF, no julgamento do HC nº 70.389/SP, rel. Min. Sydney Sanches, rel. Acórdão Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 10.08.2001, decidiu que “a simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à *dignidade da pessoa humana*. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a *dignidade*, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”.

<sup>4</sup> A democracia social alia a atuação do Estado em prol da efetivação dos direitos sociais à liberdade de iniciativa econômica. O art. 170, *caput* repete a indicação de tais fundamentos quando prescreve

que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

### Bibliografia

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: \_\_\_\_\_. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

IRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 65-68.

REALE, Miguel. *Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

# A realidade do trabalho educativo no Brasil

Bernardo Leôncio Moura Coelho

## Sumário

1. Introdução. 2. O trabalho educativo. 3. A aprendizagem e suas diferenças. 4. A competência do Ministério Público do Trabalho para investigação. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, há vários institutos relacionados à criança e ao adolescente que buscam, primordialmente, a consecução da proteção integral inaugurada pela Constituição Federal e se encontram enumerados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Temos, para o caso específico de nossas análises voltadas à questão do trabalho de crianças e adolescentes, os institutos da aprendizagem e do trabalho educativo, cada qual com características próprias, que denotam a clara intenção legislativa de desvincular seus conceitos e aplicação.

Na prática, há muita confusão entre os dois institutos sendo que, em alguns casos, pretende-se, sob a designação de realizar trabalho educativo, a plena garantia de direitos trabalhistas e previdenciários, o que ocorre na aprendizagem apenas, ou a mera colocação de adolescentes no mercado de trabalho, sob a chancela de trabalho educativo, quando apenas a aprendizagem poderá fazê-lo sem burla aos princípios constitucionais de proteção integral.

A doutrina e a jurisprudência também se mostram vacilantes quanto a caracteri-

Bernardo Leôncio Moura Coelho é Procurador do Trabalho – MPT/PRT 15ª Região, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG, Docente da Escola Superior do Ministério Público da União.

zação dos institutos, confundindo mais ainda as pessoas das entidades encarregadas da implantação de programas de apoio aos adolescentes, prejudicando a adoção de políticas públicas concretas para a correta e sensata inserção de adolescentes no mercado de trabalho.

Nota-se, na doutrina, apego a conceitos ultrapassados e vinculados a legislações revogadas que não se harmonizam com as novas disposições constitucionais, inseridas na moderna teoria da proteção integral, preconizada pela Organização das Nações Unidas – ONU e adotada pioneiramente pelo Brasil. Alguns trabalhos insistem na manutenção da figura do trabalho do adolescente assistido, que não encontra guarida na atual legislação, como demonstraremos no decorrer deste trabalho.

A jurisprudência quanto ao tema segue tendência vacilante, ora enfrentando o assunto sob o enfoque da proteção integral, ora enfrentando a questão sob o enfoque assistencial, caracterizador da legislação já revogada pela Constituição Federal de 1988.

Recentemente, em decisão histórica, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região enfrentou o tema em recurso ordinário interposto pela Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, dando provimento, por unanimidade, para descaracterizar a atividade desenvolvida por entidade assistencial, que não se mostrava adaptada aos novos conceitos de aprendizagem trazidos pela Lei nº 10.097, como também não poderia ser considerado trabalho educativo, nos termos do artigo 68, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente artigo busca, principalmente a partir de nossa experiência prática de atuação como Procurador do Trabalho – Coordenador do Núcleo Especializado em Combate ao Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho do Adolescente – e membro da Coordenação Colegiada do Fórum Paulista de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, desmistificar os conceitos envolvi-

dos no trabalho educativo e sua aplicabilidade dentro das normas de proteção ao trabalhador adolescente insculpidas no inciso II, do § 3º, do artigo 227, da Constituição Federal, desvinculando os institutos da aprendizagem e do trabalho educativo.

## 2. O trabalho educativo

O trabalho educativo foi criado pelo artigo 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, desde então, não foi regulamentado pelo Poder Executivo, gerando muitas incertezas quanto à sua correta aplicação.

Nos termos legislativos, o trabalho educativo caracteriza-se como “uma atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevaleçam sobre o aspecto produtivo” (§ 1º, do artigo 68).

Realmente, a sua compreensão vem dividindo os estudiosos quanto ao seu conteúdo e alcance, alguns entendendo o trabalho educativo como mera forma de ocupar os adolescentes e outros como mera intermediação de mão-de-obra, geradores de renda com o fito de minorar a situação financeira da família. Até mesmo sua qualificação foi infeliz, posto que a atividade desenvolvida nesse programa não se qualifica como trabalho.

Mariane Dresch (1997, p. 28), Procuradora do Trabalho da 9ª Região – PR, lembra-nos que “muitos são os que questionam a própria constitucionalidade deste artigo quando prevê a inserção no mercado de trabalho sem o pagamento dos direitos trabalhistas. Outros, defendem apenas uma regulamentação do que seja trabalho educativo, vez que já previsto no ECA”.

Realmente, pela leitura do inciso II do § 3º do artigo 227 da Constituição Federal, verificamos que o direito à proteção especial abrange a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas para os adolescentes, havendo fundamento muito forte e consistente para entender que a instituição de trabalho educativo conflita com a disposição

constitucional, que deve prevalecer quando há incongruências entre as normas legais.

Segundo Viviane Colucci (1999, p. 13), Procuradora Regional do Trabalho da 12ª Região – SC, chegou-se a imaginar que o trabalho educativo tivesse sinalizado balizas fortes para refrear a perspectiva de inserção do adolescente no mercado de trabalho, afirmando que “a *mens legis* deste dispositivo, segundo aqueles que o redigiram, era garantir primordialmente o desenvolvimento pessoal e social do educando e não a sua subsistência”.

O que se constata com a maioria dos programas ou projetos rotulados como de trabalho educativo é que não se prestam à finalidade educativa contida na legislação, tratando-se de projetos, na maioria das vezes, que visam garantir ao adolescente, e às suas famílias, uma fonte de renda, a mínima subsistência, caracterizando-se como um programa social de renda mínima, centrado na exploração do trabalho do adolescente.

O desenvolvimento de programas assistenciais para o atendimento da população carente não é novidade no Brasil, pois constituem resquícios da antiga legislação contida nos códigos de menores, que balizavam essa orientação, bastando que façamos menção à roda dos expostos.

As rodas foram criadas na Idade Média e na Itália, surgindo particularmente com a aparição das confrarias de caridade, sendo que o nome provém do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar:

“Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criança que enjeitava. A seguir, ele girava a roda com uma sineta, para avisar o vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado”. (MARCÍLIO, 1997, p. 55).

Salvador teve a primeira roda, aberta em 1726, seguindo-se o Rio de Janeiro, em 1738, e a terceira e última do período colonial em Recife, no ano de 1789. São Paulo veio a ter a sua roda apenas em 1825, cabendo indicar que mantinha uma das mais elevadas taxas de abandono do país.

A história brasileira é repleta de exemplos que demonstram claramente a visão e opção assistencialista e clientelista no desenvolvimento de projetos relacionados à questão das crianças, especialmente nas áreas de educação, saúde e desenvolvimento<sup>1</sup>.

Viviane Colucci (1999, p. 10-11) recorda a década de setenta quando começaram a ser criados “programas alternativos para meninos de rua” para contornar os seguintes problemas:

- a) presença incômoda de grande contingente de crianças nas ruas;
- b) o envolvimento crescente de crianças e adolescente no cometimento de delitos e no uso de tóxicos;
- c) a avaliação de que tanto a família quanto a escola estavam falhando na socialização de determinados segmentos da população infantil;
- d) a crítica de que a política oficial para a ressocialização dos chamados ‘menores carentes’, abandonados de rua ou infratores além de perversa era ineficiente e ineficaz na reeducação de crianças e adolescentes;
- e) o sistema de capacitação profissional montado pelos empresários não alcançava essa população excluída”.

A mentalidade do Código de Menores de 1979, que estava filiado à doutrina da situação irregular, possibilitou a criação de programas como o do Bom Menino, por meio do Decreto nº 94.338/87, que regulamentou o Decreto-lei nº 2.318/86, dispondo sobre a admissão de menores entre doze e dezoito anos que freqüentem a escola, como assistidos, para trabalhos em jornada de quatro horas diárias sem qualquer vincula-



ção com a previdência social (artigo 4º, *caput*).

O Decreto-lei nº 2.318/86 obrigava todas as empresas com mais de cinco empregados a admitir menores assistidos, em efetivo de 5% (cinco por cento) de seus empregados, norma típica de Direito do Trabalho.

Pelas normas reguladoras do programa, as empresas não ficavam sujeitas a encargos previdenciários de qualquer natureza e não havia a obrigatoriedade de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS incidente sobre a remuneração paga aos adolescentes.

Essa regulamentação do trabalho do adolescente, de caráter nitidamente assistencialista, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional implantada em 1988, pois que contrariava o inciso XXX, do artigo 7º, que proíbe a diferenciação de salário por motivo de idade, e o artigo 227, que trata da proteção integral para as crianças e adolescentes.

Aliás, quando de sua edição, tal diploma legal já foi considerado inconstitucional, em seu aspecto formal<sup>2</sup>, pois o artigo 55, da Constituição de 1969, que regulava a emissão de decretos-lei pelo Presidente da República, permitia adotá-los nas seguintes matérias: I – segurança nacional; II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Entre as matérias arroladas, não se encontrava a de legislar sobre Direito do Trabalho, devendo o Poder Executivo encaminhar ao Congresso Nacional o competente projeto de lei, para deliberação e votação nas duas casas legislativas.

A nossa atual legislação contempla, portanto, os seguintes casos: adolescente inserido em trabalho educativo, adolescente inserido em programa de aprendizagem e adolescente trabalhador, não existindo a figura do adolescente assistido ou educando.

O desenvolvimento de trabalho educativo, desde que não aconteça a intermediação de mão-de-obra para a colocação do adoles-

cente no mercado de trabalho, poderá contemplar vários programas a serem desenvolvidos no interior das entidades ou nos equipamentos públicos disponíveis.

Sem o intuito de oferecer uma listagem exaustiva, poderíamos enumerar algumas atividades que podem ser desenvolvidas em trabalhos educativos:

- a) iniciação musical;
- b) formação de banda;
- c) teatro;
- d) artesanato;
- e) dança;
- f) integração com idosos;
- g) escolas de futebol *etc.*

Importante ressaltar que, de acordo com a disposição contida no § 2º, do artigo 68, “a remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo”.

Com base nessa diretriz, poderá a entidade que promove o trabalho educativo efetuar a venda, por exemplo, dos produtos artesanais produzidos ou, ainda, receber pagamento pela apresentação de dança em evento, e efetuar distribuição do dinheiro entre os adolescentes, sem que seja desfigurado o trabalho educativo.

Todavia, as entidades que promovem o atendimento aos adolescentes ainda não conseguiram absorver a teoria da proteção integral em sua essência e, mesmo após questionamentos administrativos, continuam a exercer a mera colocação de adolescentes no mercado de trabalho, sob a denominação de trabalho educativo, mas sem qualquer projeto pedagógico ou acompanhamento sob a forma de contrato de aprendizagem.

Com a edição do ECA (Lei nº 8.069/1990), não mais existe a possibilidade de contratação de adolescentes a título de mera iniciação ao trabalho, o que era possível quando vigente o Programa Bom Menino (Decreto nº 94.338, de 18 de maio de 1987, que foi revogado pelo Decreto S/N, de 13 de maio de 1991), caracterizando-se como fraude a direitos trabalhistas (artigo 9º, da Con-

solidação das Leis do Trabalho). A intenção legislativa foi tratar com dignidade os adolescentes inseridos em programa educativo, sob o regime de aprendizagem propriamente dito.

Neste ponto e para finalizar esta parte de nossa análise, trago à colação a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que expressa a realidade do trabalho educativo e a aplicação do princípio da proteção integral, conforme determinação constitucional:

“Ação Civil Pública. Trabalho da Criança e do Adolescente. O Brasil, gradativamente, vem enquadrando-se na política internacional de proteção dos direitos humanos, inclusive dos direitos das crianças e adolescentes, tendo, para tanto, ratificado a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.90. Na esteira da tendência dos debates internacionais, o Brasil fez incluir importantes dispositivos na Constituição Federal de 1983, dentre os quais os arts. 203, 227 e 228. Ainda, foram promulgados o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n. 10097/2000. Todo esse arcabouço jurídico enfatiza a concepção de que crianças e adolescentes devem ter resguardados a primazia na prestação de socorros, a precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e execução de políticas sociais e, por derradeiro, privilégio da destinação de recursos públicos para a proteção infanto-juvenil. O estímulo à aprendizagem, em termos de formação técnico-profissional, subordina-se garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular por parte do adolescente. De conseqüência, proliferam entidades, ainda que com boas intenções, espalhando o trabalho infantil e realizando verdadeira intermediação de mão-de-obra, sob os auspícios de realiza-

rem atividades filantrópica e social, reduzindo a incidência de menores de rua e de marginalidade infantil, encaminhando-os ao mercado de trabalho, sem qualquer proteção e cumprimento desse arcabouço Jurídico. O trabalho educativo é aquele em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa. Distingue-se do trabalho *stricto sensu*, subordinado, por não restar configurada, precipuamente, a sua finalidade econômica e, sim, uma atividade laborativa, que se insira no contexto pedagógico, voltada mais ao desenvolvimento pessoal e social do educando. Não encontradas essas características, a entidade está descumprindo os ditamos legais, devendo abster-se dessas práticas, pelo que tem pertinência a Ação Civil Pública”. (PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N. 01601-1999-607-15-00-8-RO (02136/2002) – RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª VT DE AMERICANA – RELATORA JUÍZA LUCIANE STORREL – PUBLICAÇÃO)

### 3. A aprendizagem e suas diferenças

Na realidade, o trabalho educativo criado pelo ECA constitui-se em um programa social que pode ser desenvolvido sob a responsabilidade de entidades governamentais ou não governamentais, desde que sem fins lucrativos, visando a sua educação pelo trabalho ou, no dizer da legislação, deverá assegurar ao adolescente condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.

Não se confunde, de maneira alguma, com o instituto da aprendizagem, também disposto no ECA e recentemente regulamentado pela Lei nº 10.097/2000, da qual nos ocuparemos mais adiante.

Configura-se como trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem

sobre o aspecto produtivo (§ 1º, artigo 68, ECA).

Esse é o aspecto principal a ser levado em consideração na análise de qualquer projeto ou contratação que se intitule como sendo educativo, a prevalência do aspecto pedagógico, encontrado nas entidades, sobre o aspecto produtivo, encontrado nas empresas.

O que se busca com isso é que o aspecto produtivo jamais pode ser preponderante no desenvolvimento do trabalho educativo; isso quer dizer que as crianças e os adolescentes podem desenvolver uma atividade, mas sem qualquer compromisso com produtividade, jornada ou mesmo com a rotina de uma empresa. Nesse sentido, busca-se diferenciar os processos produtivos que são desenvolvidos na empresa e nas entidades. Na empresa, busca-se a plena produção, visando a consecução de lucro em concorrência com as demais empresas, enquanto no programa de trabalho educativo a finalidade buscada é a transmissão de ensinamentos que possibilitem a capacitação da criança ou adolescente, tudo dentro de um processo pedagógico organizado, sem visar lucro.

A possibilidade de o adolescente receber remuneração pelo trabalho ou participação na venda dos produtos de seu trabalho desenvolvendo o trabalho educativo não descaracteriza o caráter educativo do programa, por expressa determinação legal, consistente no § 2º, do artigo 68, do ECA

Devendo haver, dentro de um programa vinculado a trabalho educativo, a preponderância do aspecto pedagógico sobre o produtivo, entendemos ser impossível o desenvolvimento de um trabalho educativo dentro de uma empresa, onde o aspecto produtivo encerra aspecto prioritário. Acentua esse aspecto o fato de o programa poder ser desenvolvido apenas por instituições sem fins lucrativos, retirando qualquer possibilidade de “envolvimento no processo produtivo, resguardando as crianças e adolescentes de qualquer exploração decorrente das

necessidades próprias do mercado, onde as empresas que visam o lucro competem entre si”.

A colocação de adolescentes nas empresas, sob o pálio de estar sendo desenvolvido trabalho educativo, possibilita a diminuição dos gastos com empregados próprios, burlando as normas de mercado, pois que esses adolescentes não se sujeitam ao pagamento do piso salarial da categoria e outras vantagens auferidas pelos demais empregados. Vislumbramos clara precarização de mão-de-obra e adoção de terceirização ilegal, posto que não são criados novos postos de trabalho com assunção de trabalhadores contratados por prazo indeterminado, e a mera colocação de adolescentes, contratados por prazo determinado, substituindo nesses postos precarizados.

Mesmo que se garantam os direitos trabalhistas e previdenciários ao adolescente, garantias estas concernentes apenas ao adolescente aprendiz como já destacado, em hipótese alguma poderá haver a colocação das crianças e adolescentes vinculados a um programa educativo no interior de uma linha de produção de qualquer empresa ou entidade na qual se trabalhe visando auferir lucros.

Esse limite que existe entre o trabalho educativo e o desenvolvimento de trabalho produtivo foi bem realçado por Antônio Carlos Gomes da Costa ([19--?] apud CURY, 1992, p. 203) ao comentar o artigo do ECA que lhe deu origem:

“A dificuldade, ou, melhor dizendo, os aspectos mais desafiadores desta questão, se encontra na definição prática do limite entre o trabalho simplesmente produtivo e o trabalho educativo. Entendo que, nesse ponto, dois aspectos fundamentais devem ser tomados em conta: o primeiro diz respeito ao número de horas de atividades orientadas voltadas para a produção e aquelas voltadas para a formação do educando; o segundo, à natureza, ou seja, o caráter das ativi-

dades laborais realizadas em termos de ritmo e de estruturação de modo a permitir uma real aprendizagem por parte do trabalhador educando, ou seja, as atividades laborais devem ajudar e não prejudicar o processo aprendizagem/ensino”.

Ao adentrarmos em uma empresa, acaso pudesse ser desenvolvido o trabalho educativo nesse ambiente, como poderíamos diferenciar aqueles adolescentes vinculados a um programa de aprendizagem daqueles outros adolescentes sujeitos a mero trabalho educativo? Na prática, teríamos ambos realizando praticamente as mesmas atividades sendo que, apenas aos aprendizes, estariam sendo garantidos os direitos trabalhistas e previdenciários com a contagem do tempo de serviço para aposentadoria, constituindo-se numa flagrante ilegalidade. Isto para não falarmos quanto à possibilidade dos acidentes de trabalho que, no interior das empresas, são de comum ocorrência, não estando o adolescente vinculado a qualquer sistema de previdência. Não se trata apenas de pensar em uma aposentadoria por invalidez para o adolescente, mas também na sua inclusão nos processos de reabilitação desenvolvidos pelos CRP's, ao qual não teria acesso por falta de contribuição para o sistema previdenciário. A seguridade social, segundo a Constituição Federal, constitui-se em programa que se torna possível pela saúde, previdência social e assistência social. A habilitação e a reabilitação, nos termos do artigo 90, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados, e, na medida das possibilidades, aos seus dependentes.

A definição de trabalho educativo, inserida no § 1º, é de clareza solar, demonstrando que não se constitui em qualquer trabalho, pois que “subordina essa dimensão ao imperativo do caráter formativo da atividade, reconhecendo como sua finalidade principal o desenvolvimento pessoal e social do educando”.

Há importante decisão, oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, reconhecendo a impossibilidade da adoção de trabalho educativo em qualquer atividade, lastreada nestes termos:

“TRABALHO EDUCATIVO – O trabalho educativo previsto no ECA faz do menor um educando, ficando relegado o aspecto do exercício da atividade profissional – o objetivo é a educação e não apenas a entrada no mercado de trabalho, sem qualquer qualificação para tanto. Assim, não é toda atividade laboral capaz de ser tomada como educativa. Apenas aquela que, inserindo-se como parte de projeto pedagógico, vise ao desenvolvimento pessoal e social do educando”. (*Processo:RO – 8616/01 – Data de Publicação: 17/10/2001 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Juiz Relator: Juiz Ricardo Antonio Mohallem*).

Nosso entendimento quanto à proibição de se efetuar o trabalho educativo no interior de empresas foi adotado pela Nota Técnica nº 6/COPES, do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, destacando que “em momento algum o ECA autoriza essas entidades a fazer qualquer intermediação com empresas. Desse modo, a entidade filantrópica pode criar um programa social que envolva trabalho educativo desde que atendidos os demais requisitos da lei. No entanto, não poderá, em nenhum momento, ceder qualquer das crianças do programa para trabalho efetivo em qualquer outra entidade”.

Oris de Oliveira ([19--?] apud CURY, 1992, p. 201), comentando as disposições do artigo 68, esclarece que “os processos produtivos de uma empresa e de uma escola-produção são radicalmente diferentes, porque na empresa visa-se aos lucros em condições de concorrência, ao passo que na escola-produção a preocupação fundamental é a transmissão de uma qualificação profissional”, esposando o nosso ponto de vista.

Todavia, em edições recentes do citado livro, Oris de Oliveira tem mudado seu ponto de vista com relação ao trabalho educativo. Ressalta que o ECA não estabelece onde deva ser executado o programa educativo, se no interior das entidades ou dentro das empresas, havendo, ainda, permissivo constante de convenção ratificada pelo Brasil. Segundo ele, o trabalho educativo constituir-se-ia na previsão da pré-aprendizagem, que pode ser feita dentro das empresas.

O Glossário da Formação Profissional – Termos de Uso Corrente – traz-nos a definição de formação pré-profissional como sendo “formação organizada fundamentalmente visando preparar os jovens para a escolha de um ofício ou de um ramo de formação, familiarizando-os com os materiais, os utensílios e normas de trabalho próprios de um conjunto de atividades profissionais”.

Após a revogação das portarias que discriminavam os ofícios sujeitos à aprendizagem, ocorrida com a Portaria nº 702, tomou corpo a opção brasileira pela aprendizagem de “competências básicas para o trabalho”, aproximando muito as figuras da aprendizagem com a pré-aprendizagem, perdendo o trabalho educativo essa qualidade de pré-aprendizagem.

A instituição dessa forma de trabalho educativo serviria apenas para, além de suas nefastas conseqüências para os adolescentes, desestimular qualquer iniciativa tendente a implementar a aprendizagem básica.

Existe projeto de lei, apresentado pelo Deputado Alexandre Ceranto, já aprovado na Câmara dos Deputados e tramitando no Senado Federal (PLC nº 77/1997), que prevê expressamente o desenvolvimento de trabalho educativo dentro de empresas, em evidente descompasso com o nosso entendimento e aquele constante da Nota Técnica do MTE. Esse projeto recebeu críticas do FÓRUM DE DIRIGENTES GOVERNAMENTAIS DE ENTIDADES EXECUTÓRIAS DA POLÍTICA DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS

DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – FONACRIAD, que decidiu que somente apoiaria o projeto se o mesmo contemplasse direitos trabalhistas e previdenciários quando o trabalho educativo se realizasse em empresas e com pessoas que trabalham com a questão da criança, pois nele viam um retrocesso, um retorno a programas como o Bom Menino, inserindo a criança no mercado de trabalho sem a devida proteção.

Havendo lacunas na legislação, estas devem ser solucionadas com base na disposição contida no artigo 6º, do ECA, ditando que, na sua interpretação, deverão ser observados “os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

A lacuna na legislação ocorre apenas na omissão em regulamentar o trabalho educativo pois que seu funcionamento já está estampado no § 1º quando estabelece a prevalência das exigências pedagógicas sobre o aspecto produtivo, o que não poderá ser alcançado no interior das empresas.

Dessa forma, toda e qualquer colocação de adolescentes, vinculados a um programa de trabalho educativo, em empresas ou congêneres, é proibida, constituindo-se em burla aos direitos trabalhistas e previdenciários dessas pessoas, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego havido entre as partes, mesmo havendo registro anterior pela entidade, por aplicação do disposto no artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ao se aceitar a colocação dessas crianças, sob o pálio do desenvolvimento de trabalho educativo, estaríamos cometendo grave erro quanto a elas e gerando uma situação inusitada para o Direito do Trabalho, pois teríamos essas pessoas trabalhando efetivamente na empresa mas sem qualquer vinculação laboral nem previdenciária.

Justamente por não se constituir em trabalho, no sentido de relação de emprego contida nos moldes celetistas, não há limite

de idade para adentrar a um programa de trabalho educativo, sendo permitido o ingresso de crianças menores de 16 anos como de pessoas com mais idade, sendo comum o desenvolvimento, sobretudo, de atividades lúdicas como teatro, artesanato, música e dança, com a prevalência do aspecto pedagógico.

Não há limite de idade mínima para admissão ao trabalho educativo justamente porque não se busca a profissionalização das pessoas envolvidas, tarefa precípua da aprendizagem e dos programas de qualificação e requalificação; apenas, desenvolver nessas pessoas as habilidades que podem capacitá-las para a futura aquisição de conhecimentos profissionais ou mesmo a troca de habilidades e experiências já vivenciadas. Há vários posicionamentos doutrinários seguindo essa orientação<sup>3</sup>. Nesse sentido, entendo que o trabalho educativo pode ser desenvolvido de variadas formas, por exemplo, numa integração de crianças e idosos, em que estes últimos passariam àquelas a vivência profissional ou mesmo de vida, orientando a nova geração que está-se formando.

O que se verifica na prática é a proliferação de programas rotulados como de trabalho educativo que, na realidade, caracterizam-se por apenas ocupar o tempo ou constituir fonte de renda para o adolescente, colocando-os no mercado de trabalho, não havendo o comprometimento com o aspecto pedagógico que deve prevalecer.

Na prática, é o que ocorre com as guardas-mirins, presentes em quase todos os municípios do Estado de São Paulo. A maioria dessas entidades, algumas criadas há mais de cinquenta anos, sempre realizaram suas atividades com evidente intuito assistencialista, pois esse era o cenário jurídico que estava desenhado, conforme pôde ser constatado pelas disposições dos Códigos de Menores.

A idéia básica de atuação dessas entidades era retirar os menores das ruas, do provável envolvimento com drogas, e colocá-

los trabalhando para dar-lhes senso de responsabilidade e gosto pelo trabalho. A atividade que foi por elas desenvolvida é louvável pois que, bem ou mal, cumpriram seu papel dentro do entendimento histórico da época, contando até os dias de hoje com grande aprovação popular, sendo esses programas vistos como formas de “eliminar o problema dos menores”.

É preciso deixar claro que não existe a intenção do Ministério Público do Trabalho, ou de qualquer entidade responsável pela fiscalização, de propor o fechamento dessas entidades, como propalado por alguns setores mais conservadores da sociedade. Estamos cientes de que o fechamento dessas entidades causará enormes prejuízos tanto para os adolescentes, que estão contribuindo de alguma forma com o orçamento familiar, como para a sociedade, que não terá solução imediata para resolver o problema.

Porém, com a nova regulamentação do trabalho do adolescente, houve a necessidade de adequação de suas funções aos novos preceitos legais. Enquanto o Código de Menores, de 1979, destinava um lacônico artigo para a questão do trabalho do adolescente (artigo 83), o ECA promovia, no rastro da Constituição Federal e da doutrina da proteção integral, mudanças estruturais garantindo, em seus dez artigos, a efetiva profissionalização e proteção no trabalho para os adolescentes.

Essas entidades, na maioria das vezes, apenas inserem o adolescente nas empresas, sem que haja um plano de trabalho ou acompanhamento, executando, quase sempre, funções subalternas que em nada acrescentam na formação do adolescente. Como bem ressalta Oris de Oliveira, “vulgarmente, e às vezes por conveniência, qualifica-se como aprendiz o adolescente que começa a trabalhar exercendo qualquer atividade que não comporte profissionalização, como a de *office-boy*, estafeta, mensageiro, empurrador de carrinho ou ensacador de compra em supermercado”. (CURY, 1992, p. 183).

Bem significativo é o depoimento de dirigente de entidade sobre o trabalho do adolescente realizado na fiscalização de estacionamento de rua:

“O trabalho na chamada área azul não oferece nenhuma aprendizagem. Essa é a minha grande preocupação no momento. O dilema é que, se acabarmos com o trabalho dos guardinhas na área azul, a entidade não terá mais como se manter, pois é daí que vem sua maior arrecadação”. (PEREIRA, 1994, p. 25).

Este ex-guarda-mirim fala sobre sua experiência:

“[...] não teve utilidade e nem influenciou no que faço hoje. Não que seja negativo ter pertencido a guarda-mirim. Naquela época era necessário ajudar em casa... Se tivesse um filho, não o deixaria freqüentar a guardinha. A formação que recebi não me ajudou em nada. Preferiria deixá-lo estudando e me esforçaria mais para que ele só estudasse”. (PEREIRA, 1994, p. 47-48).

Segundo os autores da pesquisa, da qual foram retirados os depoimentos supracitados, de 20% a 40% dos rendimentos mensais dos guardinhas são retidos pela entidade.

Essas entidades ficam no meio do caminho entre o desenvolvimento de trabalho educativo, alegado como sendo o projeto desenvolvido, e a aprendizagem, mas sem o fornecimento de programa metodologicamente organizado, colocando-os para trabalhar como meros entregadores, função não contemplada para aprendizagem, estando trabalhando na rua sem qualquer proteção.

A questão das crianças e adolescentes na rua mereceu atenção especial de uma comissão parlamentar de inquérito, que sugeriu duas formas concatenadas de ataque:

a) de um lado, uma proposta de natureza emergencial, para caracterizar desde logo que o lugar da criança é na família, comunidade e escola, não

na rua, implicando como fim a oportunidade educativa e profissionalizante, e como meio alguma forma de acesso à renda;

b) de outro, uma proposta de natureza estrutural, tipicamente de longo prazo, para atingir raízes da problemática, implicando uma política social da infância e da adolescência, de incidência preventiva e emancipatória<sup>4</sup>.

Para Viviane Colucci (1999, p. 17), em estudo que examinou a fundo a questão do trabalho educativo, podem ser considerados dissonantes com a teoria da proteção integral os programas que:

“1–não estabelecem a fixação de cronogramas de conteúdo pedagógico;

2–oferecem atividades que tradicionalmente são destinadas ao futuro operário pobre, deixando de contar com parceiros como o SINE ou o SEBRAE, que poderiam se manifestar sobre as tendências de mercado da região;

3–que colocam em risco a integridade física dos adolescentes;

4–estabelecem tarefas a serem executadas nas ruas, como no caso dos guardas-mirins de trânsito, em que o aliciamento para as atividades ilegais e criminosas torna-se facilitado;

5–intermedeiam os adolescentes para as empresas, porquanto, como vimos, o trabalho educativo se incompatibiliza de forma incontestável com os ditames do artigo 68 do ECA;

6–estabelecem idade mínima inferior a 14 anos, ou seja, antes da conclusão do ensino básico fundamental”.

Importante também salientar que, na substituição de qualquer processo educativo com crianças, deve haver o respeito à sua identidade cultural, seja nas salas de aula, nas oficinas, seja ou nas atividades culturais, significando o respeito e a dignidade com

que devam ser encarados esses projetos de trabalho educativo voltados para a criança.

#### 4. A competência do Ministério Público do Trabalho para investigação

A Constituição Federal, em seu artigo 127, outorga ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Tratando-se de uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tem como um de seus princípios a unidade.

Em sua unidade, subdivide-se em Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, compondo o Ministério Público da União e o Ministério Público Estadual. Essa divisão é apenas administrativa, e não orgânica, detendo todos os ramos do Ministério Público a mesma finalidade constitucional.

Interessa-nos, para o presente trabalho, a interface existente entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Estadual para investigação quanto ao trabalho educativo efetuado sob a responsabilidade de entidade não governamental sem fins lucrativos.

O ECA prevê que “as funções do Ministério Público serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica” (artigo 200).

As atribuições afetas ao Ministério Público, listadas no artigo 201, constituem-se em *numerus apertus* pois que o seu § 2º, em similaridade à disposição contida no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, expressamente declara que não excluem outras “desde compatíveis com a finalidade do Ministério Público”<sup>5</sup>.

Nos termos do inciso V, do artigo 83, da Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993, compete ao Ministério Público do Trabalho propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores decorrentes das relações de trabalho, cometendo-lhe

competência absoluta para tratar dessa questão.

Como salientado alhures, a divisão entre os ramos do Ministério Público opera-se entre as competências jurisdicionais, mantendo-se a sua unidade, oficiando o Ministério Público do Trabalho na jurisdição federal da Justiça do Trabalho e o Ministério Público Estadual na jurisdição comum da Justiça Estadual.

A Constituição Federal, em seu artigo 114, definiu a competência da Justiça do Trabalho da seguinte forma:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Segundo Viviane Colucci (2000, p. 79), analisando a competência do Ministério Público do Trabalho para a propositura de ações tendentes a efetuar a regularização do trabalho de adolescentes, “[...] a Justiça do Trabalho é competente para dirimir todas as lides que tenham por objeto discutir relações de emprego, inclusive aquelas que se encontram forjadas em programas de trabalho educativo ou outros programas socioeducativos previstos no ECA. Importa apenas identificar a relação de emprego subjacente”.

Na realidade, em nossa atuação, verificamos uma ação conjunta entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Estadual na regularização das entidades sem fins lucrativos que atuam na assistência ao adolescente e na sua formação profissional. O ECA, aliás, prevê a possibilidade da ocorrência de litisconsórcio facultativo entre o Ministério Público da União e o



Ministério Público do Estado na defesa dos interesses e direitos previstos na lei (artigo 210, § 1º).

O Capítulo V do ECA, que envolve o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, traz prescrições quanto ao trabalho em regime de aprendizagem, quanto ao trabalho educativo e para o adolescente empregado.

Quando nos deparamos com uma relação jurídica, tendo o adolescente como uma das partes, que envolve uma relação de emprego ou de trabalho, sobressai a competência do Ministério Público do Trabalho para a investigação da eventual irregularidade, decorrência da aplicação da disposição final do artigo 114, ou seja, “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”.

Situação mais complexa se dá quando a entidade sem fins lucrativos desenvolve o denominado trabalho educativo, sob o pálio da concepção inculpada no artigo 68 do ECA.

Sendo o trabalho educativo desenvolvido nos moldes do ECA, sem a colocação do adolescente no mercado de trabalho, caberá ao Ministério Público Estadual verificar se os princípios da proteção integral estão sendo cumpridos como, por exemplo, aqueles contidos nos artigos 67, 69 e 92.

Contudo, a partir do momento em que se constate que o trabalho educativo está sendo utilizado para maquiar uma típica relação de trabalho, deverá ser aplicada a disposição contida no artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estipula “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Aliás, a competência do Ministério Público do Trabalho, quando envolve a proteção e a tutela jurisdicional dos direitos dos adolescentes, vem sendo analisada de forma mais abrangente, não o enclausurando nas estreitas lides processuais clássicas, mas dando-lhe papel de relevo segundo o mandamento constitucional do artigo 127.

Veja-se, a propósito, a conclusão de Moacyr Silva (1998, p. 70):

“Constitui pensamento ultrapassado raciocinar sobre as atribuições do Ministério Público do Trabalho confundindo-as com a competência material da Justiça do Trabalho. São instituições distintas por natureza, política e sociológica. Do ângulo da Teoria do Estado, harmonizam-se os mencionados órgãos, com vistas à prestação jurisdicional, porém não se confundem, sob a perspectiva de suas funções constitucionais”.

Como já salientamos, com a adoção da teoria da proteção integral, não se concebe mais a criação e/ou manutenção de programas assistencialistas que, calcados na necessidade dos adolescentes e de suas famílias, promovem a inserção precoce destes no mercado de trabalho sem a devida contrapartida de profissionalização.

Essa prática constitui burla aos princípios protetivos das crianças e adolescentes, constituindo-se a erradicação do trabalho infantil e a regularização do trabalho do adolescente uma das metas institucionais do Ministério Público do Trabalho.

## 5. Conclusões

O trabalho educativo, desde a edição do ECA, vem trazendo inúmeros problemas para sua aplicação, considerando-se a primazia da teoria da proteção integral, que não permite a adoção de práticas clientelistas ou assistencialistas para a preservação dos direitos da criança e do adolescente.

A questão da inserção precoce desses adolescentes no mercado de trabalho gera evasão escolar e descompasso série/idade, conforme demonstrado pelos dados colhidos pelo PNAD 2001.

Constituindo-se a profissionalização um direito público subjetivo, devem as entidades que atuam com adolescentes propiciar-lhes, com primazia, qualidade e responsa-

bilidade, o ingresso em curso de aprendizagem, possibilitando-os a consecução de seus direitos.

A aprendizagem, tal como a concebemos após a edição da Lei nº 10.097/2000 e sua regulamentação posterior, constitui-se, de acordo com o artigo 3º, do Decreto nº 2.208/1997, em nível básico de educação profissional, modalidade de educação não formal com a finalidade de qualificar para o exercício de funções demandadas pelo mundo profissional, compatíveis com a complexidade teórica e com o nível de escolaridade do aluno, não estando sujeito a regulamentação curricular.

O trabalho educativo pressupõe um programa social desenvolvido sob a responsabilidade de entidade sem fins lucrativos em que as exigências pedagógicas prevalecem sobre o aspecto produtivo. Ao desenvolver seu programa, a entidade deve – ela mesma – ministrar educação – base do programa – e propiciar ao adolescente o trabalho correlato. A colocação desses adolescentes em empresas desqualifica o aspecto educativo do programa, constituindo-se em mera intermediação de mão-de-obra de adolescentes desqualificados e a baixo custo, gerando o reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

Como bem salienta Caio Santos (2003, p. 17):

“Reconhece-se que o trabalho tem aspectos socializantes. Ele integra o homem na sociedade, dando-lhe identidade social. O trabalhador aprende a cumprir responsabilidades e a relacionar-se de forma madura com outras pessoas. Desenvolve a auto-estima, por prover a própria subsistência, ajudar na de sua família e ver a si mesmo como ente integrado e útil à sociedade. Mas esses aspectos socializantes são comuns a qualquer trabalho lícito. A mera integração social e a influência favorável na formação pessoal do adolescente, que resultam naturalmente de qualquer trabalho,

não são justificativas para a supressão de direitos constitucionalmente garantidos”.

A aprendizagem, após a nova regração legal, e o trabalho educativo praticamente não se diferem em sua origem. Adotando-se o paradigma de aprendizagem de competências básicas para o trabalho, renegando a clássica divisão por ocupações, ambos assumem o caráter educacional de aprender. A própria LDB estimula, a todo momento, a vinculação que deve haver entre a educação e o trabalho, apesar da crítica de vários especialistas em educação.

Tomando-se o conceito de trabalho como práxis humana, ou seja, “como o conjunto de ações, materiais e espirituais, que o homem, enquanto indivíduo e humanidade, desenvolve para transformar a natureza, a sociedade, os outros homens e a si próprio com a finalidade de produzir as condições necessárias à sua existência. Desse ponto de vista, toda e qualquer educação sempre será educação para o trabalho”. (KUENZER, 2002, p. 39).

Pelas razões expostas neste estudo, entendemos que o trabalho educativo não pode ser exercido no interior de empresas, devendo a entidade promotora assegurar que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevaleçam sobre o aspecto produtivo. De acordo com o desenvolvimento do programa, deverá assegurar ao adolescente condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada, respeitando-se sempre a sua adequação ao mercado de trabalho.

O Ministério Público do Trabalho tem-se empenhado para conseguir a regularização dessas entidades que desenvolvem o trabalho educativo em desacordo com as determinações legais, seja transformando o programa em aprendizagem, com a consequente reformulação do programa, seja orientando em outros casos, sempre numa atuação conjunta com o Ministério Público Estadual.

## Notas

<sup>1</sup> Para aprofundar no estudo do tema, que não é nosso objetivo, existem vários trabalhos que estudam essa temática, podendo citar a coletânea organizada por Marcos Cezar de Freitas (1997).

<sup>2</sup> A inconstitucionalidade formal implica a desobediência aos requisitos, ao processo, isto é, quando as normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição.

<sup>3</sup> “O trabalho educativo não é específico a determinada faixa etária. Vale dizer, não se restringe aos adolescentes” (MARTINS, 2002, p. 97). “É perfeitamente possível o trabalho educativo por adolescentes menores de 16 anos e mesmo por maiores de 18 anos. [...] Tal interpretação não viola inclusive os princípios da Organização Internacional do Trabalho” (MARTINS, 2002, p. 76-77).

<sup>4</sup> Comissão Parlamentar de Inquérito. Documento preliminar.

<sup>5</sup> Essa disposição é similar a da emenda IX da Constituição dos Estados Unidos, e será encontrada também em outras constituições, tais como do Paraguai, Peru e Uruguai. Essa norma foi inserida no texto como cautela contra a má aplicação da máxima demasiado repetida, de que a afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa.

## Bibliografia

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão parlamentar de inquérito da prostituição infanto-juvenil*. Relatório final. Brasília, 1993.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, p. 93-108, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. *A proteção jurídico-constitucional da criança*. 1993. Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direi-

to da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993.

\_\_\_\_\_. As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a lei nº 10.097/2000. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 38, n. 150, p. 211-223, abr./jul. 2001.

COLUCCI, Viviane et al. *A erradicação do trabalho infantil e a proteção do trabalho do adolescente*. Florianópolis: Fórum estadual de erradicação do trabalho infantil e proteção do adolescente no trabalho, 1999. Caderno 1, trabalho educativo.

CURY, Munyr et al. (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente* comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

DRESCH, Mariane Josviak. Trabalho de menores: legislação atual e tendências legislativas. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, a. 7, n. 14, p. 23-30, set. 1997.

KUENZER, Acácia (Org.). *Ensino médio: construindo uma proposta para os que vivem do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil: 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar (Org.). *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1997.

MARTINS, Adalberto. *A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes*. São Paulo: Ltr, 2002.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Trabalho do adolescente* proteção e profissionalização. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Irandi. *Trabalho do adolescente*. mitos e dilemas. São Paulo: PUC/Fundacentro, 1994.

SANTOS, Caio Franco. *Contrato de emprego do adolescente aprendiz*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Moacyr Motta. Da criança e do adolescente: estudos processuais do ângulo dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: \_\_\_\_\_; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdiccional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1998.

# O Ministério Público e as investigações criminais

Ivan Luiz da Silva

## Sumário:

1. Introdução. 2. Investigação criminal. 3. O Ministério Público. 4. O Ministério Público e as investigações criminais. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Ao Estado, em razão de ter assumido o monopólio do *jus puniendi*, incumbe o dever de assegurar a paz e segurança da sociedade. Assim, após a prática de um delito, o interesse social exige que o Estado promova as devidas investigações a respeito da materialidade e autoria do crime, para que, em seguida, possa exercer seu direito de punir sobre os responsáveis pela infração penal. Nesse sentido, é oportuno o magistério de Marcellus Polastri Lima (1998, p. 25): “Cabe ao Estado a função e o dever de assegurar e resguardar a liberdade individual, estando autorizado, em nome da segurança social, a proceder a apuração dos fatos ilícitos penais, punindo seus autores, o que se traduz em defesa da paz social, em última instância, conseqüentemente, da liberdade, individual”.

A investigação criminal é que irá oferecer os elementos probatórios mínimos para a instauração da ação penal na qual se pede em juízo a aplicação da sanção criminal ao acusado pelo delito.

Todavia, os altos índices de criminalidade no Brasil, somados ao insignificante número de casos solucionados pela polícia, coloca o Estado na inafastável posição de

Ivan Luiz da Silva é Procurador de Estado/AL e Advogado, Mestre em Direito Público pela UFPE, Pós-graduado em Direito pela ESMape (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco), Professor da FAL (Faculdade de Alagoas) e SEUNE, Ex- Procurador de Estado/SE.

buscar soluções para essa preocupante realidade. Diante desse quadro, O Estado deve valer-se de todos os meios idôneos para a melhoria e eficácia dos procedimentos de investigação criminal (SÃO PEDRO, 2003, p. 8).

Nesse contexto, exsurge a problemática de o Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, em concorrência ou não com os órgãos policiais.

## 2. Investigação criminal

A investigação criminal é a atividade desempenhada pelos órgãos públicos competentes para elucidação da responsabilidade pelo delito e fornecimento de elementos probatórios mínimos ao Ministério Público para o exercício da ação penal.

Sobre o tema, preleciona Polastri Lima (1998, p. 52):

“O sistema processual pátrio é acusatório, com a acusação, em regra a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório.

Entretanto, o processo é precedido pela fase de investigação, com caráter sigiloso, onde não prevalece o contraditório, possibilitando, assim, a elucidação do fato típico.

A investigação, portanto, não tem as formalidades processuais, podendo sim ter caráter de procedimento, no caso de inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei. Ressalte-se que, para a propositura da ação penal, poderá até mesmo inexistir quaisquer atos procedimentais, bastando a notícia-crime ou peças de informação, caso os elementos necessários já estejam presentes.”

A Constituição Federal preconiza que as investigações criminais incumbem, especialmente, aos órgãos policiais; contudo, deixa implícita a possibilidade de o Ministério Público realizá-las também, quando permi-

te a propositura da ação penal sem a realização do inquérito policial.

Podemos classificar as investigações em policiais e extrapoliciais. As investigações policiais são realizadas por meio de inquérito policial (procedimento administrativo utilizado para a coleta de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito).

As investigações criminais extrapoliciais, que neste momento nos interessam, são aquelas realizadas pelo Ministério Público por meio de procedimento administrativo interno para elucidar a responsabilidade pelo delito praticado.

## 3. O Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis. Assim, ao *Parquet* cabe, em linhas gerais, a defesa em juízo da correta aplicação do Direito e a efetivação do interesse público.

Entre as funções institucionais do Ministério Público, merece destaque sua titularidade privativa sobre a ação penal, colocando-se, pois, como o órgão estatal encarregado de promover a persecução penal.

O poder conferido ao *Parquet* em relação à ação penal deve ser entendido em sentido amplo. Com efeito, todas as atribuições que de algum modo interfiram ou contribuam para a persecução penal são de interesse do órgão ministerial (SÃO PEDRO, 2003, p. 41).

Para a promoção da ação penal, o Ministério Público necessita de elementos probatórios mínimos que indiquem a materialidade e autoria do delito, colhidos ao longo das investigações criminais. Portanto, em sede de investigações criminais, o inquérito policial tem sido um importante instrumento de coleta de elementos probatórios sobre o delito praticado (SÃO PEDRO, 2003, p. 41).

Não obstante a realização do inquérito policial seja regra no cotidiano da persecu-

ção criminal, a ação penal poderá ser proposta sem sua realização, podendo o *Parquet* obter dados probatórios necessários diretamente por meio de investigação criminal própria.

#### 4. O Ministério Público e as investigações criminais

Em que pese o *Parquet* poder promover a ação penal sem a realização do inquérito policial, há uma corrente de entendimento no sentido de que o órgão ministerial deve ser mero espectador na realização das investigações criminais.

Essa situação é a que se verifica na prática diária da persecução penal, na qual os órgãos policiais conduzem, exclusivamente, as investigações criminais, enquanto o *Parquet* só toma conhecimento da existência dos autos de investigatórios quando lhe é aberto vistas pela Justiça criminal. Nessas circunstâncias, o Ministério Público tem de se contentar (e acatar) com o material probatório colhido pela polícia. Tal situação dificulta o sucesso da ação penal, haja vista o *Parquet* não ter qualquer contato com a fase preliminar da persecução penal. Isso decorre do entendimento de falta de legitimidade ao órgão ministerial para realizar investigações criminais (SÃO PEDRO, 2003, p. 43).

São dois os argumentos utilizados para afastar a aptidão funcional do Ministério Público em realizar investigações criminais:

1- a suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atribuição funcional do Ministério Público;

2- a alegada exclusividade – ou monopólio – da polícia sobre a tarefa de investigar a prática de delitos.

Ambos os argumentos, contudo, não resistem a uma análise criteriosa, como ensinam Lênio Streck e Luciano Feldens (2003). Assim, vejamos.

O art. 129, inciso VI, da Carta Magna vigente, denominado fonte normativa das funções institucionais do *Parquet*, precon-

za que o Ministério Público pode expedir notificações com o escopo de requisitar as informações de que necessitar para a melhor instrução de seus procedimentos administrativos. Como a norma constitucional utilizou o termo “procedimentos administrativos”, a interpretação é que o Ministério Público pode realizar outros procedimentos investigatórios, como o criminal, além do inquérito civil (SÃO PEDRO, 2003, p. 52).

Ainda o art. 129, após especificar as funções acometidas ao *Parquet*, dispõe expressamente, em seu inciso IX, que lhe compete “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O exercício dessas outras funções exige três requisitos: 1- função seja definida em lei; 2- seja compatível com a finalidade institucional do *Parquet*; 3- não seja representação judicial ou consultoria jurídica de entidades públicas.

Em sendo assim, a Lei Complementar nº 75/93, ao concretizar esse dispositivo constitucional, estabeleceu, em seu art. 5º, inciso VI, que compete ao Ministério Público “exercer outras funções previstas na Constituição Federal”.

Ao especificar o dispositivo acima, a LC nº 75/93, em seu art. 8º, inciso V, dispõe que, para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá, nos procedimentos de sua competência, realizar inspeções e diligências investigatórias.

Esses dispositivos legais, sem dúvida, autorizam o Ministério Público a promover outros procedimentos administrativos de investigação, tais como o criminal, não se restringindo ao inquérito civil. Assim, não há como se deixar de vislumbrar que a realização de investigação criminal pelo próprio *Parquet* tem embasamento constitucional e legal a auspiciá-lo.

É força, portanto, reconhecer a concretização legislativa do dispositivo constitucional, por meio da LC nº 75/93, autorizando

legalmente o Ministério Público a realizar investigações criminais.

No que tange à compatibilidade da realização direta de investigação criminal com sua finalidade institucional, fácil é sua demonstração.

Como o Ministério Público é o titular privativo para promover a ação penal, entende-se que esse poder de persecução penal deve ser interpretado em *lato sensu*, para incluir, também, a possibilidade de realização de atos investigatórios que irão fornecer elementos para propositura da ação penal. Com efeito, nada é mais compatível entre si que a realização da fase preliminar de investigação criminal por quem tem a titularidade privativa da ação penal.

O segundo óbice à legitimidade do Ministério Público na realização de investigação criminal é o suposto monopólio dos órgãos policiais sobre a tarefa de investigar a prática de crimes.

A Carta Magna vigente, no art. 144 e seus parágrafos, ao estabelecer que compete à polícia federal exercer, com exclusividade, a função de polícia da União e à polícia civil a função de polícia judiciária e a tarefa de investigar a prática de infrações penais, não atribuiu, porém, a esses órgãos policiais a privatividade sobre a função de investigar a prática de infrações penais.

A interpretação teleológica desse dispositivo indica que a finalidade da norma constitucional é estabelecer apenas o âmbito de atuação dos órgãos policiais federal e estaduais no exercício da função policial.

Nesse sentido, é o magistério de Marecellus Polastri Lima (1998, p. 55):

“Destarte, a Constituição Federal não dá às Polícias Cíveis dos Estados-Membros a exclusividade de apuração das infrações penais, e nem mesmo das atividades de Polícia Judiciária, pois o que faz é dizer que incumbe à Polícia Civil as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de privatividade.”

Esse também é o entendimento de Vicente Greco Filho (1993, p. 82):

“Exceto o caso da Polícia Federal, quanto à Polícia Judiciária da União, o princípio que rege a atividade policial é o da não-exclusividade, ou seja, admite-se que mais de um órgão apure infrações penais, o que, ademais, é de interesse público.”

Das lições acima transcritas, exsurge patente que as investigações criminais não são função privativa da polícia, uma vez que o Texto Magno não foi expresso em atribuir privatividade aos órgãos policiais sobre a tarefa de investigar.

Em sendo assim, nada obsta que o Ministério Público realize diretamente investigações criminais, mormente quando há expressa autorização legal para o exercício de tal função ministerial.

## 5. Conclusões

Quando a Constituição Federal estabeleceu que a titularidade privativa da ação penal cabe ao Ministério Público, trouxe implícita, também, a autorização para que esse realizasse atos investigatórios necessários à persecução penal, sendo essa interpretação *lato sensu* reforçada pela possibilidade que tem o *Parquet* de oferecer denúncia penal sem a realização do inquérito policial.

Em razão de as investigações criminais terem como destinatário final o Ministério Público, maior interessado nesses procedimentos preliminares de persecução penal, não há motivos lógico-jurídicos para proibir essa instituição essencial à prestação jurisdicional estatal de realizá-las diretamente para a propositura da respectiva ação penal.

Nessa seara, impende ressaltarmos que o poder de investigação criminal do Ministério Público não o autoriza a conduzir o inquérito policial, uma vez que esse procedimento investigatório é de atribuição exclusiva dos órgãos policiais.

### *Bibliografia*

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério público e persecução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

SÃO PEDRO, Ramirez de Almeida. *A realização de investigações criminais pelo ministério público*. Maceió: UFAL, 2003. Monografia de conclusão de curso.

STRECK, Lênio; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.





# Das provas ilícitas no Direito brasileiro

Rodrigo Garcia da Fonseca

## Sumário

1. Introdução. 2. A exclusão das provas ilícitas como um princípio. 3. Dificuldades de uma abordagem positivista. 4. Alguns casos difíceis. 5. A colisão de direitos fundamentais e a razoabilidade. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

O processo judicial deve ser uma forma de garantir a cada parte litigante a oportunidade de apresentar o seu caso ao tribunal competente, ao juiz natural, aí incluída a chance real e justa de sustentar as suas razões jurídicas e a sua versão dos fatos, baseados nas provas do que alega ter ocorrido.

Daí a idéia do devido processo legal, ou mais especificamente do devido processo legal adjetivo, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, em especial nos incisos LIII, LIV e LV do artigo 5º, dentro do rol dos “direitos e garantias fundamentais”<sup>1</sup>.

O inciso seguinte do artigo 5º da Constituição, o LVI, porém, afirma peremptoriamente que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, a Constituição Federal indica que o princípio do devido processo legal não abarca a utilização, no processo, de provas obtidas pela parte ilicitamente. Ou colocado o problema de outra forma, o devido processo legal, na forma abrigada pela Constituição do Brasil, força a exclusão do processo das provas ilícitas, vedando a sua consideração pelo eventual julgador.

Rodrigo Garcia da Fonseca é Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo. Pós-Graduado em Direito da Empresa (PUC/RJ) e Economia e Direito da Concorrência e da Regulação (UFRJ).

Note-se, ademais, que o inciso LVI do artigo 5º da Constituição não faz qualquer distinção entre o processo civil ou penal, ou entre o processo judicial ou administrativo. A exclusão é abrangente, para qualquer tipo de processo.

Por outro lado, a Constituição não disciplina exaustivamente quais provas são consideradas admissíveis, ou quais são, objetivamente, todas as hipóteses de ilicitude na obtenção de provas. Há alguns dispositivos, inclusive dentro dos mesmos direitos e garantias fundamentais, que têm influência na matéria, notadamente os incisos X, XI e XII do artigo 5º, mas não são suficientemente detalhados e nem pretendem cobrir todo o tema<sup>2</sup>. Cabe à legislação infraconstitucional, portanto, um papel importante na definição da extensão da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas no processo.

O escopo do presente trabalho é examinar a problemática, no direito brasileiro, das provas obtidas ilicitamente, especialmente sob o enfoque genérico de algumas teorias jus-filosóficas, mas também abordando a doutrina e a jurisprudência específicas do assunto.

## 2. A exclusão das provas ilícitas como um princípio

Em várias obras, Ronald Dworkin desenvolve o que chama de “tese dos direitos”, segundo a qual, na imensa maioria dos casos de litígio judicial, senão na totalidade, uma das partes tem o direito de obter um pronunciamento favorável, e cabe ao juiz fazer o esforço, por mais difícil que seja, de chegar a essa única decisão aceitável<sup>3</sup>.

O problema da exclusão do processo das provas obtidas ilicitamente, no entanto, põe limites à tese dos direitos, conforme discutido pelo próprio Dworkin. A tese dos direitos seria aplicável aos casos cíveis em geral, mas não necessariamente aos casos penais, nos quais a impossibilidade de utilização de provas obtidas ilicitamente, como na hipótese de buscas ilegais, causaria uma assi-

metria; enquanto o acusado teria o direito de ser absolvido caso fosse inocente, nem sempre corresponderia um direito do Estado de condená-lo se ele fosse culpado<sup>4</sup> (DWORKIN, 1978, p. 100).

Trazendo o comentário de Dworkin para a realidade brasileira, pode-se afirmar que a mesma limitação existente para a tese dos direitos nos Estados Unidos, no campo penal, está presente aqui em qualquer tipo de processo, na medida em que a Constituição de 1988 não fez distinções entre o processo administrativo ou judicial, e civil ou penal, para efeitos de exclusão das provas obtidas ilicitamente<sup>5</sup>.

Tal não significa, porém, que as colocações de Dworkin sejam inúteis para o exame das questões aqui abordadas. Muito pelo contrário.

Em primeiro lugar, embora o autor não tenha feito o exercício, para aqueles que aceitam a tese dos direitos é possível transpô-la do nível substantivo para o nível adjetivo. Noutras palavras, dado um determinado sistema jurídico, no caso o brasileiro, é possível discutir, em cada litígio, se as partes têm ou não têm direito a utilizar certas provas. E aí, com certeza, poderão aparecer vários casos difíceis, como se verá ao longo do texto.

Por outro lado, boa parte da análise de Dworkin (1978, p. 14-45) está baseada na distinção que faz entre princípios e regras. A distinção parece importante para a apreciação dos problemas suscitados pelas provas ilícitas, como se passa a demonstrar.

Segundo a definição de Dworkin (1978, p. 22), um princípio é um padrão (*standard*) que deve ser observado por ser uma exigência de justiça, equidade (*fairness*) ou outra dimensão da moralidade, independentemente das conseqüências práticas que acarrete.

Princípios coexistem, e eventualmente se chocam, devendo o aplicador do direito sopesá-los no caso concreto para encontrar a solução mais adequada, valorando cada princípio de acordo com as peculiaridades e circunstâncias específicas de cada hipótese concreta. Regras, ao contrário, não admi-

tem antinomias, e, quando entram em choque, uma será aplicável e outra não, uma será válida para aquela situação e a outra não será<sup>6</sup> (DWORKIN, 1978, p. 26-27).

Princípios se amoldam uns aos outros, adaptando-se a cada caso, ora prevalecendo um, ora prevalecendo outro. Regras funcionam na base do tudo ou nada, não admitindo ponderação, mas apenas aplicação ou não aplicação, validade ou invalidade.

Embora a distinção nem sempre seja fácil, até em virtude da terminologia empregada em certas legislações, a aplicação de regras comporta exceções objetivas, que teoricamente poderiam ser todas listadas, por mais numerosas que fossem. Quando se lida com princípios, nem mesmo em tese seria possível imaginar todas as situações em que um determinado princípio prevaleceria ou cederia quando em confronto com outro (DWORKIN, 1978, p. 25-28).

Além dos princípios e das regras, Dworkin (1978, p. 22) também fala em políticas (“*policies*”), definindo-as como os padrões a serem seguidos para se atingir uma meta, normalmente uma melhoria econômica, política ou social do interesse da comunidade, ou a manutenção de uma situação ameaçada de piora.

Ao tratar do problema das provas obtidas ilicitamente, Dworkin (1978, p. 100) cita a posição da Suprema Corte do Estados Unidos no sentido de que a exclusão das mesmas dos processos atenderia essencialmente a uma política, qual seja a de desestimular a conduta ilegal da polícia no futuro. O próprio autor, porém, abstém-se de opinar sobre a correção da afirmação.

Na realidade, parece haver argumentos em favor de uma visão mais ampla da problemática das provas ilícitas, na qual a fundamentação de simples política seria uma faceta importante, porém insuficiente. Há como se ver a exclusão das provas obtidas ilicitamente como uma questão de princípio.

Quando se retroage à Idade Média, verifica-se que o sistema probatório baseado nas

ordálias tinha justificção religiosa. Submetia-se a parte a um teste físico – freqüentemente envolvendo suplícios horríveis – e acreditava-se que Deus salvaria quem estava certo. O mesmo raciocínio metajurídico se aplicava a duelos, nos quais Deus daria a vitória àquele que estivesse correto no seu pleito. Por outro lado, durante muito tempo se aceitou a prova obtida mediante confissão ou delação obtida por tortura, prática absolutamente inadmissível nas democracias modernas<sup>7</sup>.

Os atuais procedimentos probatórios são um reflexo importante das conquistas liberais, em especial a partir do século XIX, e cumprem um papel de legitimação das decisões de aplicação do direito. São mais uma dimensão do princípio da legalidade, pela qual a vontade da lei substituiu a vontade do soberano na organização e no funcionamento do Estado<sup>8</sup>. São uma das maiores demonstrações concretas de que, no direito contemporâneo, os fins nem sempre justificam os meios.

Por meio da disciplina das modalidades de provas permitidas no direito, e dos ônus de quem deve produzi-las, busca-se definir, de antemão, as regras do jogo. Qualquer um que litigar terá tais tipos de prova ao seu alcance, saberá com antecedência quais os fatos que alegou terá a obrigação de provar e, como consequência, uma parte não terá vantagens sobre a outra<sup>9</sup>.

A prova admissível no processo deve ser aquela útil e congruente, ou seja, aquela apta a demonstrar com um mínimo de segurança a veracidade do fato relevante afirmado por uma parte e contestado pela outra. Mas também deve ser lícita, obtida de forma aceita pelo ordenamento jurídico.

Porém, se as provas existem para se descobrir a verdade, como justificar que o juiz deva fechar os olhos e ignorar uma determinada prova, apenas em razão da forma como ela foi obtida? Como aceitar que um pedaço da verdade seja simplesmente ignorado? Não seria melhor aceitar a prova, para maior revelação da verdade, e tratar do problema

da ilicitude de outra forma, apenas punindo quem violou alguma norma legal na sua obtenção?

Na realidade, a prova obtida ilicitamente, ao largo das normas formais admitidas pelo direito, é automaticamente considerada suspeita e insegura, pois não foi submetida aos procedimentos que convencionalmente a sociedade, mediante os legisladores eleitos, entendeu indispensáveis à aceitação do seu conteúdo. Se a confissão é obtida mediante violência, há dúvida sobre a sua veracidade. Se a busca foi feita ilegalmente, não se pode garantir que uma determinada prova não tenha sido plantada. A observação das formalidades legais legítima o próprio conteúdo da prova.

Por outro lado, a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente tem forte conteúdo ético e é, em última instância, um sub-princípio de um princípio maior, o princípio da dignidade humana<sup>10</sup>.

Quando se discute a obtenção ilícita de provas, na imensa maioria das vezes estará em jogo alguma dimensão do princípio da dignidade humana<sup>11</sup>. Normalmente serão provas colhidas mediante interceptação ilegal de comunicações telefônicas ou de dados, mediante busca ilegal em residências, veículos ou propriedades particulares, mediante violência ou ameaça física ou moral, quebra de sigilos profissionais, etc. Muitas vezes, estará em jogo a relação entre o Estado e o cidadão, embora cada vez mais o problema se coloque também nas relações entre particulares<sup>12</sup>.

Assim, além de representar uma garantia formal à veracidade do conteúdo das provas examinadas pelo julgador, a proibição do emprego das provas obtidas ilicitamente tem o mérito de resguardar as pessoas contra a intromissão de terceiros em suas vidas privadas e de garantir a sua própria integridade física e moral, tendo estreita relação, portanto, com o princípio da dignidade humana.

É evidente que, na medida em que tais provas ilegais são inadmissíveis, há um

desestímulo para que sejam obtidas, pois além de sujeitarem os seus coletores às penalidades cabíveis, não terão influência no resultado do processo a que se destinarem. Essa dimensão de política referida pela Suprema Corte Americana na decisão mencionada por Dworkin, porém, é secundária diante da dimensão de princípio. O argumento de política parece muito mais valioso para a discussão das penalidades aplicáveis àquele que praticar o ilícito para a obtenção da prova, que deverá ser tanto mais grave quanto mais reprovável for a conduta<sup>13</sup>.

### *3. Dificuldades de uma abordagem positivista*

Concorde-se ou não com as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, importa analisar se essa linha de pensamento é capaz de dar conta plenamente dos problemas práticos suscitados pelo tema ora em análise, ou seja, da imprestabilidade processual das provas obtidas ilicitamente.

O tema é especialmente interessante se for considerado que a importância dada aos procedimentos, como legitimadores da decisão final de mérito, tem forte caráter legalista, uma característica marcante do positivismo (LAFER, 2001).

No cenário brasileiro, importa reconhecer, como afirmado acima, que a Constituição Federal estabelece um princípio geral. Não serão admissíveis, no processo, as provas ilícitas. Mas quais são as provas lícitas e quais são as ilícitas? A Constituição estabelece algumas limitações, mas a legislação infraconstitucional tem a responsabilidade de melhor explicitar a questão, de modo a dar aos litigantes maior segurança jurídica na matéria.

Sob um ângulo positivista, a segurança jurídica é essencial. O direito precisaria ser algo totalmente conhecido e delimitado. A análise positivista se preocupa muito mais com o que o direito é do que com o que ele deveria ser<sup>14</sup>. Daí a definição do direito como um sistema de regras, tão criticado por

Dworkin, no qual o essencial é verificar se uma determinada norma é válida ou inválida, sendo de menor importância qual o seu conteúdo<sup>15</sup>.

Kelsen (1995, p. 67-68) desenvolve boa parte de sua teoria pura do direito distinguindo os campos de atuação do direito e da moral, sustentando principalmente que, embora haja relações inegáveis entre as duas áreas, a moral é essencialmente relativa, e portanto não pode ser compreendida cientificamente.

A formulação positivista do direito tem aspectos altamente sedutores. Diz-se científica, num mundo cada vez mais influenciado pelos avanços das ciências tecnológicas. Em princípio, facilita a solução da grande maioria dos problemas jurídicos, afastando considerações subjetivas e oferecendo critérios objetivos para o operador do direito. Não por acaso, apesar de todas as críticas, que não são poucas, o positivismo ainda se mostra vigoroso e altamente influente no pensamento jurídico, não só no Brasil como em outros países.

Na maioria das vezes, a cientificidade e a objetividade funcionam bem na hora de determinar se uma regra é válida. Se a lei foi votada pelo parlamento segundo os procedimentos determinados pela Constituição, e se o seu conteúdo não a contraria, então a lei será válida. Se houver violação às regras constitucionais superiores, a lei será inconstitucional, e portanto inválida. Em tese, parece ser tudo simples. Nos casos concretos, porém, grandes dificuldades podem aparecer, e de fato aparecem.

Tais dificuldades se apresentam tanto na solução de litígios como no exame da constitucionalidade de certos dispositivos legais, pois, para o positivista, a interpretação que se faz na análise da conformação da sentença ao direito não é diferente daquela empregada na apreciação da constitucionalidade da lei (KELSEN, 1995, p. 393).

Na hora de solucionar os problemas concretos, Kelsen (1995, p. 393-394) afirma não haver as únicas sentenças corretas para

cada situação dada, mas um determinado número de sentenças possíveis, devendo o aplicador do direito escolher uma delas – qualquer delas – por meio de um ato de vontade que cria o direito para a situação específica.

Curiosamente, embora o positivismo busque uma segurança jurídica mediante a análise da validade das regras, e não necessariamente do seu conteúdo, no momento de aplicar o direito ele recusa a noção de que haveria uma decisão correta e admite a possibilidade de várias decisões possíveis<sup>16</sup>.

No problema específico das provas ilícitas, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta imensas dificuldades. Vista a questão sob um ângulo estritamente positivista, desde que respeitada a moldura estabelecida pela Constituição, norma hierarquicamente superior, o legislador tem ampla liberdade para definir, na legislação infraconstitucional, quais provas seriam lícitas e quais seriam ilícitas<sup>17</sup>. Mas como definir a extensão dessa moldura?

No caso do processo civil brasileiro, por exemplo, o artigo 332 do Código de Processo Civil estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”<sup>18</sup>.

Nos artigos seguintes, 333 a 341, o Código de Processo Civil trata do ônus da prova, da desnecessidade de prova quanto a certos fatos, do momento de realização da prova. Depois, nos artigos 342 a 347, está disciplinado o depoimento pessoal; nos artigos 348 a 354, a confissão; nos artigos 355 a 363, a exibição de documento ou coisa; nos artigos 364 a 399, vem a prova documental; nos artigos 400 a 419, a prova testemunhal; nos artigos 420 a 439, a prova pericial; nos artigos 440 a 443, a inspeção judicial.

Na estrutura do Código de Processo Civil, esses são os meios legais de prova – como testemunho, perícia, documentos –, que devem ser produzidos de acordo com as suas disciplinas específicas, mas que não elimi-

nam a possibilidade de outras provas, desde que moralmente legítimas. E mesmo essas provas típicas só serão admissíveis se forem moralmente legítimas elas próprias, em cada caso concreto (SILVA, 2003, p. 47).

Mas o que são meios moralmente legítimos? Como vai o positivista aplicar a norma, se ele afirma a relatividade da moral, e portanto a sua indeterminação e impossibilidade de compreensão científica?

Ou a lei estabelecerá o que é moralmente legítimo e ilegítimo, ou haveria uma perplexidade total, sendo certo que, nesta situação concreta em particular, não há qualquer definição legal. É verdade que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, sendo a lei omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>19</sup>. Tal norma, porém, é ela própria omissa em si, pois tampouco define o que sejam os princípios gerais de direito<sup>20</sup>.

Na realidade, essa situação é típica da qual o aplicador do direito acaba se vendo forçado a abandonar um sistema simplificado de regras para entrar num complexo sistema de princípios, e portanto sair da discussão apenas da validade ou invalidade para ingressar na seara da ponderação de valores diante das circunstâncias de fato de cada caso. Deverá o aplicador do direito compreender a extensão dos princípios em jogo, e quais os fins para que servem<sup>21</sup>.

Não se está defendendo aqui que o positivismo esteja morto e enterrado, ou que não deva ser estudado e entendido. De modo algum. A própria exclusão do processo das provas obtidas ilicitamente, cerne da discussão, é matéria de cunho marcadamente legalista, e portanto de forte influência positivista. A adoção e compreensão de critérios de validade das normas jurídicas são fundamentais para qualquer operador do direito.

Ademais, o positivismo ainda tem forte apego político-ideológico, na medida em que dá maior relevo à lei votada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo, eleitos

pelo povo, quando em confronto com posições do Judiciário, cuja legitimação é indireta, outorgada pela Constituição para dizer o direito, não para criá-lo<sup>22</sup>.

O importante não é rejeitar as teorias positivistas, mas observar que não são suficientes para resolver toda a gama de problemas jurídicos que se apresentam no mundo contemporâneo.

#### 4. Alguns casos difíceis

O presente trabalho iniciou-se com a demonstração da relevância que tem o assunto da impossibilidade de utilização no processo de provas obtidas ilicitamente, questão que, no Brasil, foi alçada ao nível constitucional. Em seguida, buscou-se mostrar que a proibição em tela tem caráter de princípio, inserido dentro do princípio maior de preservação da dignidade humana. O passo seguinte foi apontar algumas dificuldades enfrentadas, no tema, se o jurista adotar uma postura estritamente positivista.

Agora, pretende-se apresentar alguns problemas concretos que ocorrem no dia-a-dia dos tribunais brasileiros, para em seguida, antes de encerrar, discutir possíveis abordagens para solucioná-los.

O caso mais famoso sobre o tema é, certamente, aquele envolvendo o ex-Presidente Fernando Collor de Mello, o seu tesoureiro de campanha Paulo César Farias e outros sete réus. Apesar de todo o clamor popular, de todo o movimento de combate à corrupção, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, achou por bem excluir várias provas obtidas mediante violação da privacidade dos réus. A desconsideração das provas foi fundamental para o resultado do processo, especialmente para a improcedência da denúncia contra o ex-Presidente Collor<sup>23</sup>. Terá sido a decisão acertada?

Uma questão complexa que surge com frequência, e vem sendo muito discutida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a das provas ilícitas por derivação. Seriam admissíveis no processo as provas

que não foram obtidas ilicitamente per si, mas que foram descobertas em razão de uma prova ilícita anterior? O tema chegou a ser abordado no já mencionado caso do ex-Presidente Collor, com a rejeição da imputação de ilicitude<sup>24</sup>. Posteriormente, porém, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar a doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, excluindo dos processos as provas ilícitas por derivação<sup>25</sup>.

Além de a possibilidade de aceitação de tais provas ser normalmente um caso difícil por si só, havendo vozes respeitáveis que discordam da amplitude das restrições decorrentes da idéia dos frutos da árvore envenenada<sup>26</sup>, ela suscita uma série de problemas potenciais.

Imagine-se que, mediante um grampo telefônico ilegal, ou uma apreensão ilegal de documentos, a polícia descubra que há um plano para o assassinato de uma pessoa. Parece absurdo dizer que a polícia deveria ignorar o fato e agir como se nada soubesse, deixando que o crime se concretize. Não prevaleceria o princípio de proteção à vida? Ou, se o assassinato já tivesse ocorrido, e o grampo ilegal revelasse o lugar onde o corpo foi enterrado, não se poderia desenterrá-lo e investigar o assassinato?

Exatamente por envolver questões de princípios, a admissibilidade das provas ilícitas dificilmente pode se resolver na base do tudo ou nada do sistema das regras, simplesmente da norma válida ou inválida. Cada caso merece atenção especial.

Problemas semelhantes se colocam em matéria de sigilos profissionais. O jornalista que assegura o sigilo de fonte, o padre que recebe a confissão do fiel, o advogado que conversa com o seu cliente, o médico que trata o seu paciente, todos mantêm contatos cobertos por sigilos reconhecidos pelo direito<sup>27</sup>. Se o profissional violar o seu dever de sigilo e contar a um terceiro, ou ao juiz, algo que lhe foi confiado em segredo, tal prova testemunhal será admissível<sup>28</sup>?

Nota-se no Brasil, nos últimos tempos, uma crescente restrição, tanto pela via le-

gislativa quanto pela via judicial, de certas modalidades de sigilo que tradicionalmente se consideravam mais amplas, como o sigilo bancário e o sigilo fiscal. Normalmente a justificativa é o combate ao crime organizado e à sonegação fiscal. No entanto, tendo em vista que a Constituição Federal garante o direito à intimidade, até que ponto são constitucionais tais restrições a sigilos que nitidamente estão associados à intimidade das pessoas? E além do mais, não seria ainda a intimidade uma das dimensões da dignidade humana, mencionada no artigo 1º da Carta Magna?

Não há dúvida de que o combate à criminalidade, em especial no Brasil de hoje, é objetivo louvável. Mas como estabelecer os limites? Como se disse anteriormente, no direito contemporâneo, os fins não justificam necessariamente os meios.

Como abordado por Chaïm Perelman (2000, p. 41), em trecho lembrado acima, o direito moderno dos povos civilizados objetiva preservar a dignidade humana e rejeita a tortura. Mas como definir se outras formas de interrogatório também não representam uma indignidade a ser repelida, por mais relevante que seja o objetivo perseguido<sup>29</sup>?

Em matéria de interceptações telefônicas, por outro lado, são várias as questões de alta indagação. Como se viu no início, a Constituição, no inciso XII do artigo 5º, só permitiu a interceptação telefônica para fins de investigação penal, com autorização judicial, e na forma da lei<sup>30</sup>.

Pergunta-se: uma gravação legal, com autorização judicial, utilizada num processo criminal, pode ser utilizada como prova num processo cível? É moralmente legítimo utilizar uma prova que só pode ser colhida para fins criminais num processo cível, mesmo considerando que não houve ilicitude na sua obtenção?

Ainda que fique apenas no âmbito penal, até que ponto seria legítimo usar como prova emprestada num processo criminal a gravação telefônica feita para outro processo? Se a lei estabelece os requisitos para o deferimento da interceptação telefônica, e



tais requisitos são rígidos, como se verifica do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, até que ponto se poderia usar uma gravação de outro processo, no qual estavam presentes tais requisitos, num processo no qual eles estão ausentes, e no qual, portanto, não se poderia cogitar de escuta telefônica?

Ademais, a Constituição foi expressa, no mesmo inciso XII do artigo 5º, ao só permitir a interceptação de comunicações telefônicas, ressaltando um sigilo absoluto de correspondência, de comunicações telegráficas e de dados. A Lei nº 9.296/96, no parágrafo único do artigo 1º, equipara à comunicação telefônica aquela feita por sistemas de informática e telemática. Não seria inconstitucional tal dispositivo? O correio eletrônico (*e-mail*) não seria um meio de correspondência, ou de transmissão de dados, ainda que transmitido por linha telefônica<sup>31</sup>?

E a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, representa “interceptação” ilegal<sup>32</sup>? E a gravação do som ambiente, com equipamentos escondidos e microcâmeras, cada vez mais comum entre detetives particulares e jornalistas investigativos, captando conversas alheias, seria admissível como prova?

Não faltam casos difíceis em matéria de ilicitude de provas. Como solucioná-los é um grande desafio.

### *5. A colisão de direitos fundamentais e a razoabilidade*

As grandes dificuldades que surgem nos problemas levantados acima decorrem do choque de princípios e valores que competem em cada caso concreto. Se de um lado a preservação da intimidade empurra no sentido da exclusão de certas provas, ou da inconstitucionalidade de determinados dispositivos legais, de outro, a busca da verdade ou a repressão ao crime e a preservação da segurança pública podem militar em sentido contrário.

Mesmo autores que defendem alguma flexibilização na aceitação de provas obti-

das ilicitamente reconhecem as dificuldades que o tema suscita. Nas palavras de Barbosa Moreira (1996, p. 26), “o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito”.

A Constituição Brasileira de 1988, como a maioria das constituições modernas, consagra expressamente os princípios e valores nos quais se baseia, e lista um extenso rol de direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, albergados sob o título de direitos e garantias fundamentais.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais, não só no Brasil como em outros países, é fenômeno que em certa medida enfraqueceu a antiga dicotomia filosófica entre direito natural, moral e direito positivo. Embora não se possa reduzir à letra fria dos textos legais toda a gama de valores que informam um sistema jurídico e uma organização social, a posição ostentada pela Constituição faz com que os princípios nela positivados acabem dominando o debate, dogmatizando-o (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 171)<sup>33</sup>.

As questões suscitadas nas hipóteses concretas abordadas no presente trabalho são típicas do que parte da doutrina trata como a colisão de direitos fundamentais. São situações nas quais dois ou mais direitos constitucionais fundamentais entram em conflito, devendo o aplicador do direito se esforçar para solucionar adequadamente o confronto, considerando a importância dos valores envolvidos, ponderando-os em cada situação dada<sup>34</sup>.

Nessa linha, alguns autores defendem que os problemas relacionados às provas obtidas ilicitamente devem ser solucionados caso a caso segundo os critérios de ponderação de valores típicos das colisões de direitos fundamentais, segundo conceitos de razoabilidade e proporcionalidade<sup>35</sup>.

A noção de razoabilidade na decisão judicial concernente à prova não é estranha

ao ordenamento jurídico brasileiro, seja na decisão quanto ao que deve ser provado, e de que forma, ou quanto à análise do próprio conteúdo probatório. Em matéria processual civil, por exemplo, o juiz deve indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias”<sup>36</sup>, e apreciar livremente a prova, devendo no entanto indicar “os motivos que lhe formaram o convencimento”<sup>37</sup>.

O princípio do livre convencimento do juiz, também aplicável ao processo penal brasileiro<sup>38</sup>, não significa que o magistrado possa decidir como queira, com total discricionariedade volitiva. Se não aceitar uma prova, deve indicar as razões pelas quais decidiu fazê-lo. Se não der credibilidade a um documento, deverá demonstrar quais outras provas constantes dos autos são suficientes a contradizê-lo. A motivação e o apoio noutras provas devem ser congruentes e razoáveis, sob pena de reforma da sentença em grau de recurso<sup>39</sup>.

A lógica do razoável, mediante a ponderação de princípios e valores, como padrão não só para aferição da constitucionalidade das leis, mas também para a aceitação da decisão judicial, é conceito presente na atualidade do debate jurídico<sup>40</sup>. Por meio da lógica do razoável, e da argumentação, mostrando exaustivamente as virtudes da solução adotada, busca-se a decisão mais adequada, uma decisão justificável, ainda que não absolutamente demonstrável como a única possível (GRÁCIO, 1993, p. 39, 52, 82)<sup>41</sup>. É a lógica do preferível (GRÁCIO, 1993, p. 40). Se não existem pessoas como Hércules, capazes de encontrar a única solução correta, os aplicadores do direito devem ao menos tentar achar a melhor solução entre as várias que se apresentam e têm a obrigação de expor, da maneira mais completa possível, as razões que os levaram a tal preferência por uma escolha em detrimento de outra.

Mesmo alguns doutrinadores positivistas ensaiam um apelo à interpretação razoável do direito, em oposição à simples idéia de uma decisão puramente discricionária. Nesse sentido, por exemplo, Hart (1986, p.

140-149) fala na “textura aberta” do direito. A imprecisão ou indeterminação de certos conceitos, até em função dos limites da linguagem humana, não deve deixar a solução dos problemas concretos ao arbítrio do aplicador do direito, mas sim deve levá-lo à busca de uma escolha racional e razoável, diante das circunstâncias de cada caso e das finalidades das normas.

Especificamente no que toca à exclusão das provas ilícitas, porém, há fortes argumentos no sentido de que não cabe ao juiz ponderar aquilo que o legislador constituinte já ponderou de antemão. Em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence (2003), na ementa de voto vencedor, por maioria:

“Objecção de princípio – em relação à qual houve reservas de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos de extrema necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.”

Duas considerações parecem relevantes diante da contundente manifestação da Suprema Corte (ainda que feita por maioria, e

com reservas, como ressalvado pelo próprio Ministro Pertence, o que bem demonstra a dificuldade do tema).

De um lado, é difícil negar que a Constituição, redigida como está nessa matéria, realmente ponderou valores e fez determinadas opções. Pode-se até entender que a ponderação foi infeliz, não foi a melhor, mas daí a ignorá-la, ou ultrapassá-la, vai uma grande distância. Afinal, qual a legitimidade para se questionar a escolha do próprio poder constituinte?

De outra parte, é interessante a colocação de que qualquer ponderação a ser feita, em casos extremos – e a própria Constituição prevê situações extraordinárias, como o estado de defesa ou de sítio – deve se dar antecipadamente, para a validação da diligência a ser realizada, e nunca *a posteriori*, para a aceitação da prova que já foi colhida ilicitamente. A ponderação caberia *a priori*, para tornar lícita a obtenção de determinada prova restrita pela Constituição ou pela lei, mas não para validar aquilo que já se consumou ilicitamente.

Ainda que aceitando a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade como critérios de solução para a colisão de direitos fundamentais, a positivação dos mesmos, levando-os também ao campo dogmático, permite questionar se seria razoável ao julgador, num caso concreto, ponderar princípios diferentemente do que o legislador constituinte já ponderou.

Parece razoável afirmar – para se utilizar a terminologia específica do tema – que, se tal (re)ponderação for cabível, só o será em situações excepcionálistimas, totalmente extraordinárias e fora do curso normal das coisas. A ponderação originária, da própria Constituição, deve ser o ponto de partida para qualquer análise do assunto, em todos os casos concretos.

## 6. Considerações finais

O presente trabalho não se pretende exaustivo. Os temas abordados são comple-

xos e comportam muitos outros questionamentos sobre os quais se passou ao largo.

Não há pretensão de que as opiniões expostas sejam definitivas. Aliás, houve a sugestão de inúmeros problemas aos quais não foram dadas quaisquer respostas. Ficam várias perguntas, e talvez nem mesmo o juiz Hércules seja capaz de responder algumas delas definitivamente.

A idéia é participar de um diálogo com aqueles que se interessam sobre a problemática das provas ilícitas, trazendo reflexões para um debate informado e atual, em bases sólidas e consistentes.

Não se trata de discutir meras formalidades processuais. Embora relacionada a questões procedimentais, a imprestabilidade das provas obtidas ilicitamente transcende em muito o simples formalismo ritualístico no qual se perdem muitas discussões em torno do processo.

A proteção constitucional é dirigida a todos os cidadãos. É verdade que eventualmente protegerá um criminoso, um desonesto. Mas seria isso suficiente para mitigá-la, colocando em risco os direitos da imensa maioria, de todas as pessoas de bem?

Antes de concluir, é interessante lembrar as palavras do Ministro Ilmar Galvão (1944), no rumoroso caso criminal envolvendo o ex-Presidente Fernando Collor de Mello:

“É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de direito democrático.”

Caso a caso, é preciso analisar as peculiaridades postas em cada contexto específico. A solução muitas vezes é difícil. A exclusão das provas ilícitas do processo, porém, é imperativo não apenas jurídico como ético, decorrente da importância do princípio da dignidade humana, em suas várias facetas. É garantia fundamental de primeira grandeza, nunca de segunda categoria, e como tal deve ser estudada, compreendida e aplicada pelos operadores do direito.

### Notas

<sup>1</sup> Sobre a evolução do conceito do devido processo legal, abordando os seus aspectos adjetivos e substantivos, vale destacar a obra de Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. O devido processo legal, sob o seu aspecto adjetivo, é essencialmente uma garantia de que o Estado obedecerá a determinados procedimentos definidos em lei para a sua atuação, ligando-se estreitamente ao princípio da legalidade. Já sob o enfoque substantivo, o devido processo legal tem relação direta com a razoabilidade e a proporcionalidade das próprias leis, que devem ser congruentes com os fins a que se destinam, sem sacrificar desnecessariamente os direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade em geral, sob pena de incidirem em vício de inconstitucionalidade. No tocante aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da obra já apontada, merecem destaque os trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes, (1998, p. 67-84, 187-199) e de Luís Roberto Barroso, (1999, p. 209-234). Seja pelo ângulo adjetivo ou substantivo, o devido processo legal é garantia da maior relevância contra os eventuais excessos do Estado nas suas relações com os indivíduos, as empresas e a sociedade, bem como para a preservação do equilíbrio e da igualdade das partes nas relações privadas.

<sup>2</sup> Segundo o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Assim, pode-se concluir que normalmente será vedada a utilização no processo de uma prova obtida mediante violação da intimidade alheia.

Da mesma forma, o inciso XI estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou

para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Tampouco será permitida a utilização no processo, portanto, de prova obtida mediante invasão da casa de qualquer pessoa fora das exceções expressamente permitidas no dispositivo constitucional.

Finalmente, o inciso XII determina que “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Aqui também, a prova obtida em desrespeito às garantias estabelecidas no dispositivo constitucional serão tidas como ilícitas e imprestáveis para qualquer processo. É importante anotar, especificamente com relação a esse inciso, que aí há uma expressa diferenciação entre o processo penal e os demais, admitindo-se a interceptação telefônica, por ordem judicial, apenas naquele, e não nos outros. Nesse ponto específico, contrariamente ao que fez no inciso LVI do artigo 5º, no qual equiparou os processos cíveis e penais, o legislador constitucional optou por dar maior relevância às questões de segurança pública, admitindo o emprego de certos instrumentos para a persecução criminal, que no entanto entendeu não serem legítimos para a instrução de litígio cível, de caráter meramente pessoal ou econômico. É uma típica situação limitrofe, na qual se entendeu que as necessidades do processo criminal justificavam a possibilidade de um grau maior de intromissão na vida das pessoas, mas que não seria aceitável para processos cíveis. É relevante notar, porém, que a própria Constituição Federal prevê algumas exceções possíveis a tais garantias de inviolabilidade de correspondência e comunicações, em caráter extraordinário, notadamente nas situações de estado de defesa (artigo 136, §1º, I, ‘b’ e ‘c’) e estado de sítio (artigo 139, III e V).

<sup>3</sup> Sobre o assunto, ver Ronald Dworkin (1978, p. 81-130). No capítulo intitulado *Hard Cases*, o autor desenvolve o tema com profundidade, empregando o termo “tese dos direitos” (*rights thesis*, no original). A abordagem se dá essencialmente mediante a análise de casos nos quais diversos interesses relevantes de parte a parte se chocam, e o juiz deve ter o trabalho árduo de pesquisar todas as nuances de cada problema para chegar à solução adequada para o conflito. Tais casos difíceis envolvem a necessidade de cotejamento e ponderação de princípios jurídicos diante de situações fáticas concretas. Reconhecendo a natureza idealística e sobre-humana da tarefa de julgar tais casos difíceis com perfeição, Dworkin os discute guiando o raciocínio de um juiz imaginário, chamado Hércules.

Em *Uma Questão de Princípio*, p. 175-216, no capítulo denominado *Não existe mesmo nenhuma res-*

*posta certa em casos controversos?*, Dworkin (2001, p. 175-216) igualmente aborda o assunto e, embora ressaltando as dificuldades que o tema apresenta, manifesta a sua opinião de que, se existem casos nos quais não há uma única resposta certa, tais casos devem ser extremamente raros (p. 215).

Entretanto, por relevante, deve ser observado que todo o discurso de Ronald Dworkin é desenvolvido a partir das realidades do *common law* da tradição anglo-americana. O peso dado aos precedentes judiciais e a própria forma de raciocínio jurídico para se chegar a uma decisão são muitas vezes diferentes daqueles aos quais está acostumado o jurista do sistema romano-germânico, de direito basicamente legislado. As preocupações de equidade e isonomia, por meio do uso da analogia na comparação entre as situações fáticas dos precedentes e do caso concreto, são especialmente marcantes. A jurisprudência tem um papel de destaque que não assumiu no sistema romano-germânico. Nos últimos anos, porém, nota-se que, como consequência da globalização, vem aumentando a importância da legislação no sistema do *common law* e da jurisprudência no sistema romano-germânico, o que faz surgir cada vez maiores convergências entre pensadores de um e de outro sistema, nas mesmas direções.

<sup>4</sup> Na discussão, o autor cita especificamente duas decisões da Suprema Corte Americana: *Linkletter v. Walker*, de 1965, e *Mapp v. Ohio*, de 1961.

<sup>5</sup> Assim, da mesma forma como nos Estados Unidos o Estado não tem necessariamente o direito de condenar um acusado apenas pelo fato de ele ser culpado, no Brasil, em qualquer ação, civil ou criminal, nenhuma parte tem necessariamente o direito de prevalecer na demanda apenas por ostentar maior razão no tocante à discussão de mérito. Tal vitória, como a condenação do acusado criminalmente, só se legitima juridicamente na medida em que for baseada em provas suficientes, coligidas lícitamente de acordo com as normas processuais aplicáveis.

<sup>6</sup> Dworkin critica o positivismo, especialmente a concepção de Herbert L. A. Hart, por ignorar a distinção entre princípios e regras e tratar o direito exclusivamente como um mero sistema de regras.

<sup>7</sup> Sobre a evolução dos meios probatórios, e em especial discutindo as ordálias e a confissão mediante tortura, ver Chaím Perelman, (2000, p. 35-36).

No Brasil atual, a Constituição de 1988 veda a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, no inciso III do artigo 5º, e considera a tortura, ao lado do tráfico de drogas e do terrorismo, como crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, por sua vez, define os crimes de tortura, mostrando a preocupação na utilização da tortura para o fim de obtenção de provas. Segundo o artigo

1º, inciso I, alínea 'a', constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

Infelizmente, a realidade é menos elogiável do que o ordenamento jurídico, e a imprensa e organismos de defesa dos direitos humanos ainda denunciam todos os dias a prática da tortura no Brasil, freqüentemente por policiais.

<sup>8</sup> Celso Lafer (2001, p. 68-69), citando Luhman, fala na "legitimação pelo procedimento". A decisão, seja ela judiciária, eleitoral ou parlamentar, passa a se legitimar na medida em que é seguido um determinado procedimento. Para o autor, "a legitimação pelo procedimento, ao buscar a estabilidade, encontra apoio e justificação no formalismo ético, ou seja, na concepção legalista da justiça" (LAFER, 2001, p. 68).

<sup>9</sup> Chaím Perelman (2000, p. 36-45), discorre sobre as modalidades de provas admitidas em direito, sobre as presunções legais que dispensam a necessidade da prova, ou mesmo que impedem a produção de qualquer prova em contrário, e sobre o ônus de produzir a prova, bem analisando a importância da definição de tais normas. Em resumo, como colocado pelo autor na p. 39, devem ser provados pelas partes "todos os fatos pertinentes, dos quais depende a solução do processo, que não são notórios nem incontestes". O juiz deve recusar a produção de prova sobre fatos irrelevantes ou sobre os quais não se admite a mesma em razão das presunções legais. Tais presunções são baseadas em valores reconhecidos como relevantes pelo ordenamento jurídico de determinado país, como em questões ligadas ao estado da pessoa e à família, ou à estabilidade das relações jurídicas, envolvendo a coisa julgada ou a prescrição (PERELMAN, 2000, p. 39-40).

<sup>10</sup> A Constituição Federal estabelece, no inciso III do artigo 1º, "a dignidade da pessoa humana" como um dos fundamentos da República. A preservação da dignidade humana é um típico princípio, segundo a definição de Dworkin. Independentemente de quaisquer outras normas positivas, e de quaisquer efeitos práticos objetivos, deve ser respeitado por um imperativo moral. Por outro lado, é um conceito insuscetível de definição cerrada, devendo ter a sua aplicação analisada e pesada, caso a caso.

<sup>11</sup> Chaím Perelman (2000, p. 39), trata explicitamente da questão da proibição da inquirição mediante tortura como uma necessidade decorrente da preservação da dignidade humana. E a partir daí levanta algumas hipóteses de verdadeiros casos difíceis: "Mas todos os procedimentos de investigação serão admissíveis em matéria de prova? Hoje em dia, nenhum sistema de direito civilizado

admite o uso da tortura. Mas até que ponto o recurso ao detector de mentiras, à hipnose ou à administração de certas drogas fere, ou não, a dignidade humana? Em que medida pode-se exigir do réu que forneça um alibi, ao passo que, em princípio, presumido inocente, tem o mais estrito direito ao silêncio?” Justamente esse tipo de questionamento é que se pretende discutir no presente trabalho, inclusive com os outros exemplos que serão trazidos adiante.

<sup>12</sup> Historicamente, o problema das provas obtidas ilícitamente surgiu principalmente a partir da relação entre o Estado e o indivíduo, em especial no campo penal. É o caso da violência para a obtenção da confissão, da busca ilegal, da interceptação telefônica ou de correspondência por agentes estatais. Nos últimos tempos, porém, o problema começa a surgir com mais e mais frequência em situações privadas, seja com a presença do crime organizado, seja com a espionagem industrial, ou mesmo nas brigas entre cônjuges, igualmente ocorrendo a invasão de domicílios, o grampo de telefones ou a invasão de sistemas de informática para a obtenção de informações e provas a serem usadas contra o adversário num determinado conflito econômico ou pessoal.

<sup>13</sup> Nesse sentido, por exemplo, a já mencionada Lei da Tortura, Lei nº 9.455/97, no § 4º, do artigo 1º, estabelece uma agravante da pena se o criminoso for agente público.

<sup>14</sup> Em *O Que é Justiça?*, Kelsen (2001, p. 222), afirma que “o valor de justiça não é da mesma natureza que o valor do Direito”. E mais adiante completa: “Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaço para eles”. Em sua obra mais conhecida, *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1995, p. 78) explicita claramente a sua posição: “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever”.

<sup>15</sup> Para Herbert L. A. Hart (1986) “os fundamentos de um sistema jurídico consistem (...) numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema”. O próprio autor afirma que a sua tese da regra de reconhecimento se assemelha à idéia da norma fundamental de Kelsen, embora afirme certas diferenças importantes. Sobre a regra de reconhecimento, ver p. 111-121.

<sup>16</sup> “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’.” (KELSEN, 1995, p. 396). Como já se viu anteriormente no texto, justamente os críticos

do positivismo, como Ronald Dworkin, sustentam a existência da solução correta, da resposta certa para cada caso. Embora mediante critérios menos objetivos do que os dos positivistas, pode-se argumentar que em última instância, se aperfeiçoada e bem compreendida, a posição crítica traria maior segurança jurídica, pois proporcionaria apenas uma sentença possível em cada ação judicial.

<sup>17</sup> Em tese, o legislador ordinário pode tornar ilícitas certas provas às quais a Constituição não se referiu. Por exemplo, disciplinando a proteção à intimidade das pessoas, poderá estabelecer diversas limitações não referidas expressamente na Carta Política. Também poderá, normalmente, excluir do processo certas provas lícitas, como faz quando veda a produção de provas sobre fatos irrelevantes ou sobre os quais opera uma determinada presunção legal. A Constituição estabelece um mínimo do que não pode ser aceito, mas não impõe que tudo o mais deva ser admissível. O que a lei não pode fazer é acatar provas que a Constituição expressamente baniu, como por exemplo aquelas decorrentes de interceptação de correspondência fora das situações de estado de defesa ou de sítio. Qualquer lei na matéria, porém, estará sujeita ao escrutínio de razoabilidade e proporcionalidade, pois o processo tampouco poderá se transformar num fim em si mesmo, num rito sacro sem relação com a apuração da verdade material dos fatos.

<sup>18</sup> Em matéria de processo administrativo, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, repetiu a fórmula constitucional ao estabelecer, no artigo 30, que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

O Código de Processo Penal, mais antigo, ainda dos anos 40, não abordou o tema das provas ilícitas de modo sistematizado. O artigo 155 determina que as restrições probatórias cíveis só se aplicarão ao processo criminal quando tiverem relação com o estado das pessoas. Evidentemente, porém, a vedação às provas obtidas ilícitamente tem sede constitucional, e portanto é plenamente aplicável.

<sup>19</sup> Norma semelhante existe no artigo 126 do Código de Processo Civil.

<sup>20</sup> Sobre os princípios gerais de direito e a sua importância no raciocínio jurídico, ver Chaïm Perelman, (2000, p. 102-118).

<sup>21</sup> O legislador positivo brasileiro de certa forma reconheceu essa situação, seja nos já mencionados artigos 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, seja no artigo 5º da mesma Lei de Introdução, segundo o qual, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>22</sup> A idéia de que o Judiciário apenas diz o direito, e não o cria, vinda da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, acatada nas Revoluções Francesa e Americana do final dos século XVIII, é

cada vez mais criticada. O próprio Kelsen (1995, p. 394), se refere à sentença judicial e ao ato administrativo como criadores do direito.

Normalmente se identifica o direito com o chamado direito positivo, com as normas gerais e abstratas de conduta, as leis, os decretos, os regulamentos. No entanto, o direito só se concretiza realmente nas normas individuais, consistentes nas decisões dos juízes, as únicas que verdadeiramente obrigam. (CAMARGO, 2003, p. 17).

Sobre a matéria, inclusive com farto material jurisprudencial brasileiro recente, merece menção a obra de Sálvio de Figueiredo Teixeira (2003).

Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin (1978) critica a idéia de que o juiz possa criar o direito, e diz que lhe cabe, ao contrário, descobrir qual é o direito corretamente aplicado ao caso concreto. Como coloca na p. 128: “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.” Já posteriormente, em *O Império do Direito*, 1999, p. 271, ao falar da importância da integridade do direito, o mesmo autor “rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; (...) os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13/12/1994, RF 335/185.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13 dez. 1994, RF 335/185.

<sup>25</sup> A doutrina dos frutos da árvore envenenada tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (*fruits of the poisonous tree*) e deriva da imagem metafórica de uma árvore contaminada por veneno, a primeira prova ilícitamente obtida; quaisquer frutos colhidos de tal árvore – as provas decorrentes da primeira – estarão igualmente contaminados e devem ser rejeitados.

No Brasil, há vários precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal acatando a tese. Por exemplo: Habeas Corpus n. 73.351-SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09.05.96, RTJ 168/543; Habeas Corpus n. 72.588-PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 12.06.96, RTJ 174/491; e Habeas Corpus n. 80.949-RJ, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.10.2001, RTJ 180/1001. Como afirmado na ementa do segundo dos três acórdãos referidos, “as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tor-

nam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com muito mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (...)”.

No Habeas Corpus n. 75.545-3-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 17.02.98, DJU 09.04.99, fez-se entusiasmada defesa da tese: “A doutrina da proscrição dos *fruits of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade da ação de toda autoridade pública.”

É importante ressaltar, no entanto, que a exclusão das provas ilícitas, diretamente ou por derivação, não pode afetar as demais provas produzidas no processo, lícitas e independentemente. Nesse sentido, no STF: Habeas Corpus n. 74.081-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22.04.97, RTJ 164/975; e Habeas Corpus n. 74.807-MT, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22.04.97, RTJ 164/1010.

<sup>26</sup> Sobre o tema, ver os artigos de José Carlos Barbosa Moreira (1996) e de Sérgio Demoro Hamilton (2000).

<sup>27</sup> O sigilo de fonte é garantido no inciso XIV do artigo 5º da Constituição. Outras normas infraconstitucionais determinam o sigilo profissional para certas atividades, sempre em atenção a princípios relevantes. Além de se tratar de matéria que compõe a dignidade de cada profissão, o sigilo do jornalista resguarda o direito da sociedade à informação; o sigilo do advogado é instrumental para garantir ao cliente o direito de ampla defesa; o sigilo médico protege o direito à privacidade e à intimidade do paciente; o sigilo religioso igualmente resguarda a intimidade, além de ser importante na garantia ao direito de liberdade de convicção e prática religiosa. Importante dispositivo sobre o tema é o do artigo 207 do Código de Processo Penal, segundo o qual “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. Ou seja, havendo sigilo profissional, a regra é da proibição do testemunho, não se podendo obrigar o profissional a depor nem mesmo se a parte primariamente protegida (a fonte, o cliente, o paciente, o fiel) abrir mão da exigência do sigilo.

Os Tribunais pátrios se defrontam frequentemente com o problema e reconhecem a importância institucional do sigilo profissional para uma ordem social livre e democrática. Dos vários casos

existentes, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça merecem especial referência, pela seriedade com que trataram do tema.

No Recurso em Mandado de Segurança n. 9.612-SP, 4ª Turma, Relator o Ministro César Asfor Rocha, julgamento em 03.09.98, RSTJ 114/253, num caso envolvendo informações confidenciais de posse de uma empresa de auditoria, a Corte afirmou: “O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.”

No Recurso em Mandado de Segurança nº 634-0-DF, 3ª Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, julgamento em 19.10.93, RSTJ 57/125, num caso tratando de sigilo entre advogado e cliente, assim se tratou o tema: “Sendo a atuação do advogado revestida de duplo caráter: um privado, mas de mandato público e outro institucional, sua missão avulta quando, com suporte na Carta Magna, deve exercê-la, impondo-se resguardá-la de quaisquer tipos de coação. Tal missão não pode ser cumprida senão no quadro de uma justiça totalmente independente, e ao abrigo de todos os compromissos, que não terá outros imperativos senão o do respeito das regras jurídicas. É justamente no resguardo dessa independência é que tem o advogado o direito-dever de negar-se a depor quando em jogo, questão ou pessoa postos sob seu patrocínio”.

<sup>28</sup> Muitas vezes o profissional se verá em complicados dilemas ético-jurídicos. Terá ele a obrigação de informar as autoridades sobre certas coisas que lhe sejam ditas? O cliente que diz ao advogado, o confessor que diz ao padre ou o paciente que diz ao psicanalista que vai cometer um ato ilícito pode exigir deles o sigilo? Teriam eles a obrigação de manter o sigilo? Haveria circunstâncias peculiares que fariam de cada caso um caso especial?

<sup>29</sup> A questão é das mais atuais. Os métodos empregados pelos militares norte-americanos e ingleses na prisão e interrogatório de suspeitos de terrorismo detidos nas operações no Afeganistão e no Iraque vêm sendo questionados no mundo inteiro.

<sup>30</sup> A lei que disciplina a matéria é a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

<sup>31</sup> Note-se, nesse particular, que, caso o referido parágrafo venha a ser entendido como inconstitucional, é defensável que a questão não possa ser tra-

tada sequer por meio de emenda à Constituição, tendo em vista que o inciso IV do § 4º do artigo 60 da Carta Política disciplina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Considerando a relevância constitucional dada ao tema da inviolabilidade da correspondência, o inciso XII do artigo 5º da Constituição pode ser considerado como cláusula pétrea, imutável até mesmo por emenda constitucional.

<sup>32</sup> A jurisprudência, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, tem afastado a ilicitude da gravação efetuada por um dos interlocutores, entendendo que aí não há nem interceptação, nem violação à intimidade, pois a prova foi colhida por um partícipe da conversa. Nesse sentido, no STF: Habeas Corpus n. 75.338-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, julgamento em 11.03.98, RTJ 167/206; e Agravo de Instrumento n. 232.123-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 09.02.99, RTJ 168/1022. No STJ: Recurso Especial n. 9.012-RJ, 3ª Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, julgamento em 24.02.97, RF 340/263; e Recurso em Habeas Corpus n. 7.216-SP, 5ª Turma, Relator o Ministro Edson Vidigal, julgamento em 28.04.98, RDR 13/384.

<sup>33</sup> Sobre a noção de princípios fundamentais do sistema jurídico e a sua concretização na Constituição, também é interessante ver a abordagem de Luís Roberto Barroso (1999, p. 147-156).

Vale notar a terminologia empregada por Robert Alexy (1998). O termo “dogmática dos direitos fundamentais” bem demonstra o novo patamar para o qual vem sendo trazida a discussão sobre o tema.

<sup>34</sup> Sobre a colisão de direitos fundamentais, ver Robert Alexy (1998). O autor se refere a vários tipos de colisão – em sentido estrito ou amplo, entre direitos idênticos ou diferentes. Com relação ao problema das provas ilícitas, a colisão tanto pode ocorrer em sentido estrito, entre direitos diferentes (por exemplo, entre o direito à intimidade e o direito à propriedade, numa ação civil na qual se pretenda utilizar uma prova obtida mediante invasão do domicílio ou do escritório de uma das partes), ou pode ocorrer em sentido amplo, quando se opõem direitos individuais a coletivos (em grande número de casos criminais, o direito individual à intimidade em confronto com o direito coletivo à segurança pública).

Sobre o assunto, também merece referência Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 85-92), no capítulo denominado *Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem*.

Cabe aqui uma ressalva quanto à abordagem de Ronald Dworkin no tocante ao sopesamento de



princípios na resolução de problemas concretos nos seus chamados casos difíceis. Dworkin trabalha com a realidade do *common law*, sendo certo que a Inglaterra sequer tem uma Constituição escrita, e a Constituição Americana é sintética, e data do século XVIII. Por mais que tenham sido editados diplomas positivando direitos fundamentais – como ocorreu com várias emendas à Constituição Americana –, a realidade é muito diferente daquela dos países de Constituições mais recentes, em especial da segunda metade do século XX, como o Brasil, Portugal, a Espanha, ou mesmo a Alemanha (esta última do final dos anos 40, mas já posterior à II Guerra Mundial), em que se há um rol extenso de direitos fundamentais positivados a serem manejados pelo aplicador do direito. Na análise de Dworkin, prepondera a extração dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico a partir da seqüência dos precedentes judiciais, típica do *common law*, numa evolução paulatina e coerente, garantindo a integridade do direito, exercício que o autor compara a um romance cujos vários capítulos são escritos ao longo do tempo pelos diferentes juízes (DWORKIN, 1999, p. 271-286, 1978, p. 81-130).

<sup>35</sup> Nesse sentido, os artigos já citados de José Carlos Barbosa Moreira (1996) e de Sérgio Demoro Hamilton (2000).

<sup>36</sup> Código de Processo Civil, artigo 130.

<sup>37</sup> Código de Processo Civil, artigo 131.

<sup>38</sup> Código de Processo Penal, artigo 157.

<sup>39</sup> Sobre o julgamento com base na íntima convicção do juiz, ver Chaïm Perelman, (2000, p. 37-38).

<sup>40</sup> Celso Lafer (2001, p. 73-76), bem aborda o tema. Mencionando Rawls, o autor mostra como apenas o respeito às regras do jogo pré-estabelecidas, a legitimação pelo procedimento típica do legalismo, torna-se por si só insuficiente, e surge a necessidade de fazer uma análise material de *fairness* – ou seja, de justiça e equidade. A lógica do razoável, com forte influência da obra de Perelman, tem sido a forma de ultrapassar e lidar com os limites e as insuficiências do positivismo.

<sup>41</sup> O autor baseia o seu trabalho em várias obras de Perelman.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10 dez. 1998. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Datilografado.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 019699, 13 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Lei da escuta telefônica. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 013757, 25 jul. 1996.

\_\_\_\_\_. Lei de introdução ao Código Civil. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 4 set. 1942.

\_\_\_\_\_. Lei dos crimes de tortura. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 006742, 8 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 000001, 1 fev. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 7.216-SP, 5ª Turma, Relator o Ministro Edson Vidigal, julgamento em 28.04.98. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 384-388, jan./abr. 1999.

\_\_\_\_\_. Recurso em Mandado de Segurança nº 634-0-DF, 3ª Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, julgamento em 19/10/1993. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 57, p. 125-136, maio 1994.

\_\_\_\_\_. Recurso em Mandado de Segurança nº 9.612-SP, 4ª Turma, Relator o Ministro César Asfor Rocha, julgamento em 03/09/1998. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 114, p. 253-257, fev. 1999.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 9.012-RJ, 3ª Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, julgamento em 24/02/1997. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 340, p. 263-269, out./dez. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 307-3, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 13/12/1994. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 335, p. 183-438, jul./set. 1996.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 232.123-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 09/02/1999. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 168, p. 1022-1025, jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 72.588-PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, julgamento em 12/06/1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 174, p. 491-520, nov. 2000.

- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 73.351-SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 09/05/1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 168, p. 543-564, maio 1999.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 74.081-SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22/04/1997. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 164, p. 975-980, jun. 1998.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 74.807-MT, 2ª Turma, Relator o ministro Maurício Corrêa, julgamento em 22/04/1997. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 164, p. 1010-1015, jun. 1998.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 75.338-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, julgamento em 11/03/1998. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 167, p. 206-222, jan. 1999.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 75.545-3, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 17/02/1998. *Diário de Justiça da União*, [Brasília], seção I, p. 2, 09 abr. 1999.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 79.512-9-RJ, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 16/12/1999. *Diário de Justiça da União*, [Brasília], seção I, p. 92, 16 maio 2003.
- \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 80.949-RJ, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 30/10/2001. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 180, p. 1001-1021, abr./jun. 2002.
- BRASIL. Constituição (1988): República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DWORKIN, Ronald Dworkin. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução Jeffer-son Luiz Camargo.
- \_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Lisboa: Edições ASA, 1993.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 11, p. 253-266, jan./jun. 2000.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. Tradução A. Ribeiro Mendes.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LAFER, Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 29, p. 20-29, out./dez. 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *A prova no civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



# A nova concepção do Estado perante o Direito da integração

Eduardo Biacchi Gomes

## Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de soberania no contexto da globalização. 3. A natureza jurídica dos blocos econômicos. 4. A fenomenologia da União Européia. 5. Estado-Nação em crise? 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

O conceito clássico de soberania, perante o novo contexto da globalização, não é o mesmo do adotado nos idos de 1990. Há que se fazer menção que, antes da derrocada do socialismo e da queda do muro de Berlim, o mundo vivia em um regime de bipolaridade, no qual duas potências dividiam as forças: os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Com os acontecimentos vivenciados no início da década de noventa, o comércio internacional encontra um campo fértil para o seu desenvolvimento, notadamente, porque deixa de existir uma maior presença do Estado no setor econômico. De outro lado, a partir do contexto da globalização econômica, os Estados buscam, cada vez mais, a integração econômica, com a formação dos blocos econômicos.

A partir da fenomenologia da construção dos blocos econômicos, os Estados começam a defender interesses conjuntos, buscando a defesa dos ideais integracionistas, como forma de, juntos, buscarem a melhor inserção, comercial e econômica, na sociedade internacional.

Eduardo Biacchi Gomes é Advogado, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e Professor de Direito Internacional Público e de Teoria das Relações Internacionais da PUC/PR e da UNIBRASIL.

Aqui, tem-se presente o paradigma da interdependência no qual os Estados não são mais soberanos para, de forma isolada, adotarem as políticas que melhor lhes aprouver.

Como paradigma, há que se analisar o modelo integracionista europeu, principalmente mediante a proposta de instituição da tão propalada constituição europeia a qual, para muitos, seria uma etapa de transição para a formação de um Estado de natureza federada ou confederada, cabendo aqui examinar, à luz do Direito Internacional Público e do Direito Comunitário, a efetiva natureza jurídica desse instrumento jurídico.

Finalmente, com a formação dos blocos econômicos e a afirmação, cada vez mais, da globalização, cumpre repensar o papel de atuação do Estado-nação ante a sociedade internacional, no sentido de saber como deverá posicionar-se, perante os novos desafios mundiais.

## *2. O conceito de soberania no contexto da globalização*

O processo de globalização econômica está relacionado ao multilateralismo econômico, conceito utilizado pela OMC, segundo o qual o comércio deve ser estendido a um maior número de países. Com a finalidade de alcançar os propósitos perseguidos com a globalização econômica, faz-se necessária a existência de certas normas e princípios a serem observados pelos Estados, que, como visto no capítulo anterior, seriam as normas e princípios emanados da OMC, entre os quais se destaca a Cláusula da Nação mais Favorecida.

Em seu aspecto econômico, a globalização permitiria o desenvolvimento dos países por meio do intercâmbio comercial, ou seja, quanto maiores fossem as trocas comerciais entre os Estados, maior seria o seu desenvolvimento. O modelo em questão foi objeto de tratativas iniciadas na década de 40 com o acordo Bretton Woods, e concluí-

das na década de 90 com a instituição da OMC.

Globalização, como modelo econômico de desenvolvimento, está longe de ser o ideal para as economias periféricas, pois não leva em consideração as desigualdades econômico-sociais desses países, prevalecendo nela os interesses comerciais dos países mais desenvolvidos.

Os efeitos econômicos da globalização são perversos para os países mais pobres, notadamente, devido à sua dependência em relação às economias desenvolvidas, conforme esclarece Milton Santos (2001, p. 51):

“O capitalismo concorrencial buscou a unificação do planeta, mas apenas obteve uma unificação relativa, aprofundada sob o capitalismo monopolista graças aos progressos técnicos alcançados nos últimos dois séculos e possibilitando uma transição para a situação atual do neoliberalismo. Agora se pode, de alguma forma, falar numa vontade de unificação absoluta alicerçada na tirania do dinheiro e da informação produzindo em toda a parte situações nas quais tudo isto em coisas, homens, idéias, comportamentos, relações, lugares é atingido (...) Na fase atual de globalização, o uso das técnicas conhece uma importante mudança qualitativa e quantitativa. Passamos de um uso “imperialista”, que era, também, um uso desigual e combinado, segundo os continentes e lugares, a uma presença obrigatória em todos os países dos sistemas técnicos hegemônicos, graças ao papel unificador da informação. O uso imperialista das técnicas permitia, pela via da política, uma certa convivência de níveis diferentes nos diversos impérios. Tal situação permanece praticamente por meio século, sem que as diferenças de poder entre os impérios fossem causa de conflitos duráveis entre eles e dentro deles. O próprio imperialismo era

“diferencial”, tal característica sendo conseqüência da subordinação do mercado à política, seja política internacional, seja política interior de cada país ou a cada conjunto imperial. Com a globalização as técnicas se tornam mais eficazes, sua presença se confunde com o ecúmeno, seu encadeamento praticamente espontâneo se reforça e, ao mesmo tempo, o seu uso escapa, sob muitos aspectos, ao domínio da política e se torna subordinado ao mercado”.

Essas palavras de Santos refletem bem o momento atual, pois, antes do processo da globalização econômica, as desigualdades eram regionalizadas, quer em determinado continente, quer em determinada região. Assim os países não sofriam de forma direta as influências e os efeitos dos processos de outros países, porque muitas vezes mantinham fechada a sua economia, isto é, voltada para o mercado nacional e sem abertura para o mercado internacional.

Com o advento da globalização, do desenvolvimento tecnológico, os países mais pobres foram postos diante de uma nova realidade mundial: a abertura das fronteiras ao comércio com a promessa de um maior desenvolvimento econômico-comercial. Em realidade não foi o que ocorreu, uma vez que as desigualdades e o abismo entre os países centrais e os periféricos somente aumentaram, o que é motivo de questionamentos sobre a eficácia do processo da globalização econômica.

Ainda no que toca às relações comerciais internacionais, tem-se o processo do regionalismo econômico, que, de forma alguma, opõe-se ao processo de globalização econômica, mas, sim, complementa-o.

A formação de blocos econômicos, como o MERCOSUL, a CAN, o NAFTA, a UE e outros, representa uma alternativa ao multilateralismo econômico.

Jean-Marc Siroën (2000, p. 62), tratando do regionalismo e conseqüentemente da formação dos blocos econômicos, aponta:

“Un bloc ‘forteresse’ peut se définir comme un regroupement de pays qui sont tenés de mener des politiques protectionnistes, voire prédatrices à l’égard des autres pays. Nous avons pour l’instant raisonné à partir d’un scénario où les autres pays restaient individuellement des petits pays. Ils sont pourtant susceptibles de se regrouper eux-mêmes en union douanière pour contrer la politique commerciale agressive de l’union concurrente”<sup>1</sup>.

A formação dos blocos econômicos influencia, nitidamente, a mudança da alteração da concepção do conceito de soberania do Estado, à medida que passa a existir, cada vez mais, uma interdependência entre os Estados.

Soberania é um dos pilares fundamentais do Estado moderno. Para os mais radicais, o instituto da soberania é concebido como um atributo pleno e irrestrito do Estado, que não se sujeita a nenhuma outra ordem jurídica.

Veja-se o que entende Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2001, p. 38) por soberania:

“... tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível (...) Una, por ser inadmissível em um mesmo Estado a coexistência de duas soberanias ou de mais de um poder superior no mesmo âmbito. É indivisível porque, além das razões que impõem sua unidade, é aplicável à universalidade dos fatos que ocorrem no Estado, não sendo crível da existência de várias e distintas partes da mesma soberania. É inalienável, pois quem a detém desaparece quando ficar sem ela seja o povo, a nação ou o Estado. É imprescritível porque nunca seria efetivamente superior se tivesse prazo certo de duração, já que todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior”.

O ideal integracionista se sobrepõe às questões políticas internas do Estado, à medida que este adote políticas coordenadas na esfera internacional.

Juridicamente, a soberania é importante por se tratar de um dos elementos da configuração do Estado moderno, conceituado como um ente de personalidade jurídica de Direito Internacional Público que contém os seguintes elementos: população permanente, território determinado e capacidade de manter relações com os demais Estados<sup>2</sup>.

A participação dos Estados em organizações internacionais demonstra que o conceito de soberania vem, com o tempo, sendo “flexibilizado”, porquanto na sociedade contemporânea internacional um Estado não consegue sobreviver sem relacionar-se com os demais<sup>3</sup>.

A sujeição relativa dos Estados a normas internacionais, em momento algum, caracteriza-se como limitação de seu poder soberano, uma vez que eles, livremente, a elas se submetem em tratado internacional.

Essa possibilidade de participação em organizações internacionais decorre de previsão constitucional dos próprios Estados, tal qual ocorre com Estados da UE<sup>4</sup>, que prevêem a possibilidade da adoção do instituto da supranacionalidade por meio da delegação de competências soberanas<sup>5</sup>.

A concepção de Estado, como fenômeno jurídico, pressupõe a existência de uma coletividade humana, organizada politicamente sobre um território. Advertem, entretanto, que deve o Estado ter prerrogativas para que possa auto-organizar-se interna e externamente. Assim, o que caracteriza o Estado como entidade singular é que ele não está submetido a nenhum poder ou ordem jurídica superior à sua, elemento esse essencial da soberania. Concluem asseverando que soberania é um atributo que o ordenamento internacional reconhece de modo exclusivo aos Estados, de modo a que sejam independentes, posto que nenhuma entidade dependente de outra, em seu sentido for-

mal, pode ser considerada como soberana, segundo o direito internacional.

Antes de mais nada, soberania deve ser entendida como uma qualidade, um atributo do Estado independente, que lhe dá as prerrogativas de auto-organizar-se, dividir-se, estabelecer o seu regime, sistema e forma de governo, editar suas leis e manter em condições de igualdade relações com os demais Estados soberanos.

Jorge Miranda (1994, p. 172), ao examinar soberania no plano internacional, resalta que as relações internacionais tiveram início a partir dos séculos XVI e XVII e fundamentaram-se na igualdade e liberdade entre os Estados. Nas palavras do autor, a soberania ou “poder independente na ordem externa pretendeu significar acesso a tal sistema ou comunidade de Estados”. Adverte ainda que, não obstante essa igualdade no plano teórico, nunca se conseguiu colocá-la em prática, tendo em vista a dependência ou a interdependência dos Estados.

Para Miranda, soberania envolve a existência de três direitos:

“(…)

*jus tractatum* — direito de celebrar tratados;

*jus legationis* — direito de receber e enviar representantes diplomáticos, e

*ius belli* — direito de declarar guerra”<sup>6</sup>.

No que respeita aos direitos e deveres dos Estados, a Carta das Nações Unidas e, em especial, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (1974, art. 2<sup>o</sup>) estabelecem que os Estados devem pautar as suas relações internacionais pelos princípios da igualdade jurídica e da boa-fé, o que os coloca, ao menos no plano jurídico, em situação de igualdade.

Contemporaneamente, no plano internacional, o atributo da soberania não se realiza em toda a sua plenitude, tendo em vista a necessidade de os Estados se relacionarem uns com os outros. Para tanto, celebram tratados internacionais ou se sujeitam ao cumprimento das normas emanadas dos blocos econômicos ou das organizações internaci-

onais cujos princípios da igualdade, *pacta sunt servanda* e reciprocidade devem cumprir, o que muitas vezes implica comprometer-se com objetivos comuns.

A interdependência, na sociedade internacional contemporânea, é elemento decisivo para a relativização do conceito de soberania, pautado pela observância dos princípios da igualdade entre os Estados e *pacta sunt servanda*.

“Frente a una interdependencia real y creciente, que reclama la superación del dogma de la soberanía, la verdad es que las viejas fuerzas históricas y las creencias tradicionales no han perdido su empuje. Ello explica, por ejemplo, que el primer principio general que figura en el Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 1964, convocada para afrontar un problema — el del abismo creciente entre países desarrollados y países subdesarrollados — que sólo puede recibir soluciones funcionales basadas en la interdependencia y la cooperación internacional, sea el de la soberanía” (CARRILO SALCEDO, 1968, p. 68 et seq.).

É correto afirmar que, em face do Direito Internacional Público contemporâneo, os Estados, em momento algum, perdem seus atributos soberanos, mas devem, efetivamente, em vista da sua maior interdependência, compartilhar decisões e políticas em prol de normas anteriormente assumidas.

Conquanto haja igualdade jurídica em relação à soberania dos Estados, no plano econômico, essa pretensa igualdade tende a desaparecer, principalmente entre economias totalmente díspares.

Parâmetros econômicos para medir essa desigualdade real podem ser assim resumidos (RAMIRO BRÓTONS, 1997):

- a) disponibilidade de matérias-primas e estratégicas;
- b) produto interno bruto e renda *per capita*;

c) dependência do comércio exterior;

d) desenvolvimento tecnológico e acesso a novos mercados.

Tendo em vista a influência que os países mais ricos podem exercer sobre os mais pobres, o caminho destes não é o isolamento, mas, sim, a procura de alternativas que lhes permitam sair da situação de desigualdade e de dependência econômica, que podem ser vislumbradas nos processos de integração.

Veja-se o exemplo da Argentina, que, preparando o país para a integração, procedeu a uma reforma constitucional a fim de dar maior estabilidade às suas políticas integracionistas (BITARD CAMPOS, 1969, p. 76-78).

Com a globalização e a aproximação dos Estados e o incremento das trocas comerciais, o conceito de soberania una, indivisível e indelegável sofreu transformações, certa “permeabilidade”, visto que, nesse novo contexto, permite-se que os Estados se sujeitem a normas internacionais.

Poder-se-ia entender que tal fato caracteriza um “enfraquecimento” da soberania, visto que cresce a influência dos organismos internacionais e dos próprios organismos financeiros sobre as políticas econômicas dos países periféricos.

Aponta Rosemiro Pereira Leal (1999):

“Por todos os aspectos, a cada dia se torna para os países periféricos, mais tormentosa a questão do chamado Direito da Integração na Comunidade Mundial. É que os países do Centro concentram o seu interesse em garantir a mecânica de um mercado de concorrência, ao passo que, na América Latina, nas lapidares palavras do professor Washington Peluso Albino de Souza, não se dispõe do aparato industrial sofisticado e de tecnologia de ponta comparáveis aos daqueles para que se estabelece uma concorrência equipotente”.

Analisando a situação nacional, Paulo Bonavides aponta a “crise de soberania”



com base em fatos ocorridos durante a década de 90, principalmente em relação às normas impostas aos países em desenvolvimento pelo Fundo Monetário Internacional. Ao fazer alusão a Duboc Pinaud, esclarece que as “renúncias à soberania [são] decorrentes (...) de acordos lesivos ao interesse nacional e (...) se cifram numa espécie de *pactum subjectionis* da economia brasileira, com o país perdendo o controle da moeda e do câmbio, bem como de sua própria política econômica” (BONAVIDES, 2001).

Apesar das considerações sobre a sujeição dos países periféricos às políticas dos órgãos internacionais, ditadas na maioria das vezes pelos interesses dos países centrais, há de se ter em mente que são os próprios países que, de livre e espontânea vontade, isto é, mediante um ato de soberania, concordam em sujeitar-se a elas.

Há sujeição à ordem jurídica internacional porque, na maioria das vezes, não resta alternativa aos países periféricos senão atuar em conjunto e segundo normas das organizações internacionais, que, na maioria das vezes, interessam principalmente aos países mais desenvolvidos. A questão está em saber como eles podem, integrados, encontrar melhores condições para desenvolver-se.

Outro aspecto diretamente ligado à soberania dos Estados é a interdependência existente na sociedade internacional.

Ponto pacífico entre os estudiosos do tema sobre o Direito Internacional do Comércio é o fato de que, com o advento da globalização, tornou-se maior a necessidade de relacionamento entre os Estados, pois, na sociedade internacional do século XXI e com o nível de desenvolvimento tecnológico atingido, já não se pode conceber que um país se mantenha isolado.

O intercâmbio com os demais países, quer pelos aspectos culturais, políticos, étnicos, quer pelos aspectos econômicos e comerciais, que são o objeto desta tese, torna-se uma necessidade dos Estados contemporâneos, para que possam melhor inserir-se no mercado mundial.

### 3. A natureza jurídica dos blocos econômicos

A formação dos blocos econômicos é um fenômeno que envolve principalmente questões de ordem jurídica. Desde fins da década de 90, a sociedade internacional vem passando por profundas transformações, que levarão a uma maior aproximação dos povos.

Assim, no que se refere às questões da integração econômica, aquelas nações que estiverem mais bem preparadas vão alcançar maior desenvolvimento econômico, pois, em economias integradas, cresce o fluxo das trocas comerciais, cabendo aos países obterem em vantagem nas negociações internacionais.

A aurora do século XXI traz para a sociedade internacional um novo paradigma: o desenvolvimento tecnológico, a quebra das barreiras comerciais e a aproximação das economias. Trata-se do “admirável mundo novo” do mercado capitalista, no qual é intenso o fluxo comercial entre as nações.

Essa nova realidade mundial é marcada pela formação de blocos econômicos que, desde o final do século passado, vêm ganhando destaque no cenário internacional<sup>7</sup>.

Entretanto, antes de continuar a examinar o tema, cumpre analisar, na ótica do Direito Internacional Público, qual a natureza jurídica dos blocos econômicos. Certo é que eles são constituídos por Estados que, com os mais diversos objetivos (econômicos, culturais, pacifistas, etc.), sujeitam-se ao Direito Internacional Público. Sua formação se dá com a assinatura de um tratado, regulamentado pela Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969.

Também se sabe que os blocos econômicos, quando atingem o estágio de união aduaneira<sup>8</sup>, têm personalidade de direito internacional e, portanto, podem ser sujeitos de direitos e obrigações na esfera internacional.

A temática do debate sobre os blocos econômicos é recente, remonta ao GATT/47

que, baseado no princípio da Exceção à Cláusula da Nação mais Favorecida, permite que os Estados se associem em processos de integração como caminho para proteger-se e beneficiar-se mutuamente.

A pergunta que se impõe é: podem os blocos econômicos ser conceituados como organizações internacionais?

Em termos gerais, organização internacional pode ser definida como reunião de Estados instituída por um tratado internacional para atingir determinados fins por meio de cooperação<sup>9</sup>.

Organizações internacionais podem ser conceituadas como:

“... formas institucionalizadas de cooperación pacífica entre los Estados con miras a alcanzar ciertos objetivos comunes... A este fin los Estados crean, mediante un tratado multilateral, un ente internacional, con personalidad jurídica propia y dotado de órganos permanentes, al que atribuyen ciertas competencias o poderes jurídicos. De manera que, al ejercer tales poderes según lo dispuesto en el tratado constitutivo de la Organización y otras normas pertinentes, los órganos de ésta expresan, a través de determinados actos jurídicos, la voluntad de la institución, distinta de la voluntad de los Estados miembros que la componen” (GONZÁLES CAMPOS; SANCHES RODRIGUEZ; SAENZ DE SANTA MARIA, [19\_?]).

Longe de querer esgotar o tema, pode-se adiantar que o conceito não é satisfatório, visto que atribui a todas as organizações internacionais a personalidade jurídica de Direito Internacional Público, o que na concepção clássica está correto, mas não explica a existência dos processos de integração na modalidade de zona de livre comércio, que não é dotada de personalidade jurídica própria.

Na aceção de Nguyen Quoc DINH *et al.* (1999), embora abrangente esse conceito de “organização internacional”, ele é, em

tese, o único satisfatório. Quanto a objetivos e classificação, estes devem ser examinados nos atos fundacionais da instituição.

Assim, podem ser enquadradas como organizações internacionais instituições como a OMC, a ONU, a OMS, visto que congregam uma gama de Estados cooperados para atingir finalidades específicas.

Nessa linha de pensamento, há autores que defendem que os blocos econômicos poderiam ser assim classificados em função de sua finalidade específica de cooperação econômica e de caráter regional, como ocorre com o MERCOSUL, NAFTA, CAN e outros (CAMPOS, 1999).

Muitos autores os consideram organizações internacionais regionais ou organizações internacionais de cooperação econômica, visto que congregam países com a finalidade de fomentar o desenvolvimento econômico-comercial de uma região<sup>10</sup>. Uma análise mais acurada, todavia, indicará que se está diante de um novo ente de direito internacional público, diferente das organizações internacionais clássicas, uma vez que com elas não podem ser confundidos. Como o direito internacional público está em constante evolução e o fenômeno dos processos de integração é recente, os blocos econômicos, embora sujeitos de direito internacional público, não podem ser confundidos com as organizações internacionais clássicas, uma vez que seus objetivos são diferentes.

Os blocos econômicos têm, em sua gênese, o ideal da integração de países, principalmente, com a finalidade de desenvolver economicamente determinada região. Foi assim com o Mercosul ou com a CAN.

Tendo em vista que os blocos econômicos ganharam mais destaque no direito internacional público no fim do século XX e, em face de suas peculiaridades, necessário é aprofundar o conhecimento desse processo para que, com o debate do tema, novos conceitos sejam introduzidos na ciência do Direito Internacional Público.

Para J.F. Rezek (2002), os blocos econômicos seriam resultado de um processo de

integração regional, com finalidades técnicas específicas.

Entre os internacionalistas, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2001) referem-se a bloco econômico como um “fenômeno de difícil explicação, mas fácil de encontrar na prática internacional”. Nesse aspecto, conforme apontam os autores, a Carta das Nações Unidas refere-se a “acordos regionais” como a celebração de acordos entre os Estados-membros da ONU e blocos econômicos ou organizações regionais.

Vê-se, portanto, que a matéria não deve passar despercebida, pois é possível afirmar que estamos diante de um novo ente de direito internacional público, diferente das clássicas organizações internacionais.

Assim, bloco econômico pode ser conceituado como a reunião de Estados soberanos e, portanto, sujeitos de Direito Internacional Público, que, de forma livre e espontânea, à luz das normativas da OMC e, especialmente, valendo-se do princípio da Exceção à Cláusula da Nação mais Favorecida, unem-se mediante assinatura de tratados internacionais, formando um espaço econômico integrado, que pode desenvolver-se nos seguintes estágios: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e mercado comum com união monetária, com a finalidade de alcançar, de forma conjunta, melhores resultados na sociedade internacional.

Sua finalidade, na maioria das vezes econômica, pode também ser cultural, social, ambiental, entre outras. Dependendo do grau de evolução, de união aduaneira, esses blocos são considerados sujeitos de Direito Internacional Público e, conseqüentemente, possuem personalidade e capacidade jurídica, podendo assumir direitos e obrigações na esfera internacional.

A inexorável realidade econômica vivenciada neste século XXI leva à seguinte conclusão: as economias dos países estão cada vez mais interligadas, seja por meio de normas de conduta internacionalmente unifor-

mes – nas quais se observam os interesses comerciais em sentido amplo, sem considerar as peculiaridades econômicas de cada país –, seja por meio de organizações internacionais, que ditam regras para todos os países que as integram, seja, ainda, por meio dos blocos econômicos, cujos integrantes devem estipular regras comuns e, muitas vezes, renunciar aos próprios interesses em favor de um bem maior, que é o ideal integracionista.

#### *4. A fenomenologia da União Européia*

A União Européia surge no período pós-guerra, com a assinatura do Tratado de Paris, no ano de 1951, que cria a primeira das Comunidades Européias, a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço. Composta pelos países do BENELUX<sup>11</sup>, Alemanha, Itália e França, tinha finalidades pacifistas, no sentido de se criar um bloco econômico que viesse a administrar a produção, distribuição e comercialização do carvão e do aço, que eram, à época, os materiais utilizados para a produção de armamentos.

Como conseqüência da evolução do processo de integração européia, em 25 de março de 1957, celebrou-se o Tratado de Roma, que instituiu duas outras novas comunidades, a CEE (Comunidade Econômica Européia) e a EURATOM (Comunidade Européia de Energia Atômica).

Com a assinatura desse tratado, os três organismos, CECA, EURATOM e CEE, passaram a constituir o ordenamento jurídico do chamado “Direito Comunitário” (cujo conceito será exposto mais adiante).

Os objetivos do Tratado de Roma eram claros no sentido de estabelecer lenta e gradualmente um mercado comum, com a criação de “una política económica común que permitiese una expansión continua, una estabilidad creciente y un aumento de nivel de vida” (ALMEIDA, 1998, p. 57).

Com o sucesso do processo de integração europeu, outros países demonstraram interesse em participar, entre eles, o Reino

Unido, a Irlanda e a Dinamarca, em 1972, a Grécia, em 1982, e Portugal e a Espanha, em 1986; recentemente, em 1994, a Áustria, a Finlândia e a Suécia passaram a integrar a atual União Européia.

Iniciavam-se assim os trabalhos visando à integração europeia rumo à instituição de um mercado comum, consolidado pela união monetária.

O desenvolvimento do processo integracionista europeu teve início com a assinatura do Ato Único Europeu, em 17 de fevereiro de 1986, que entrou em vigor em 1º de julho de 1987, o qual, além de promover grandes alterações e reformas nas estruturas dos órgãos comunitários, introduziu políticas visando a instituir, no fim de 1992, um mercado comum, cujo perfeito funcionamento dependeria da eficácia das decisões dos organismos comunitários.

O mercado comum foi consolidado com a instituição do Tratado de Maastrich (1992), que procedeu a uma revisão do Tratado de Roma (1957), e se ocupou também de outras questões, entre as quais a econômica, gerando reflexos nos mais diversos âmbitos comunitários e culminando no processo de adoção de uma moeda única a partir do Tratado de Amsterdã (1997).

O Tratado de Nice, 2001, alterou a estrutura institucional da União Européia, de forma a possibilitar o seu alargamento, preparando-a para a inclusão dos novos Estados-membros, oriundos da Europa oriental<sup>12</sup>.

Passados mais de quinze anos desde a constituição da União Européia, ela caminha a passos largos, visando, cada vez mais, a englobar um maior número de Estados.

Em meados de outubro do ano de 2003, foram iniciados os procedimentos com a finalidade de organizar uma Conferência intergovernamental para fins de celebrar a denominada “Constituição Européia”<sup>13</sup>.

No âmbito da União Européia, muito se discute para onde ela caminhará. Para um federalismo ou para um regime de confederação de Estados? Certo é que, paulatinamente, o processo de integração europeu

vem-se desenvolvendo, causando perplexidades na sociedade internacional.

A própria “Constituição Européia”, para muitos, seria o marco decisivo e inicial, para que houvesse a transformação da União Européia em uma reunião, cada vez maior entre os Estados, no qual iriam renunciando, pouco a pouco, às suas prerrogativas soberanas, em prol de um futuro Estado.

Cumprir examinar qual é a tendência, nos próximos anos, da União Européia, especialmente ao se debater sobre a possibilidade de se adotar a mencionada “Constituição Européia”.

Na acepção jurídica, o termo “Constituição Européia” é, a nosso ver, utilizado de maneira equivocada, pois, como vimos anteriormente, dito documento tem a natureza de Direito Internacional Público, porquanto os mecanismos de elaboração da norma são os previstos na Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969.

José Martín y Perez de Manclares (2003, p. 530-532) assim entende:

“Resulta ya fatigante la recurrente polémica en torno de la pertinencia o no del término Constitución para aludir a la norma normarum de la Unión. El proceso de integración comunitaria tiene una esencia iusinternacionalista evidente en el que todavía se desenvuelve (los tratados constitutivos), a la vez que están dotado de un nuevo orden jurídico propio revestido de manifestos caracteres constitucionales. Así las cosas, desde una perspectiva formal, el texto resultante emanará del proceso de reforma derivado del actual artículo 48 TUE y, por tanto, no puede tratarse sino de un tratado internacional. (...) Ello no es óbice, sin embargo, para que desde una perspectiva material pueda plasmarse en dicho texto la dimensión constitucional que el propio Tribunal de Justicia ha atribuido al proceso de integración en una jurisprudencia sobradamente conocida y que un sector mayo-

ritario de la doctrina aceptaba ya con naturalidad desde hace tiempo (...) Pero esta referencia explícita a una Constitución europea no conlleva en el fondo un avance constitucional sustancial. A nuestro entender, contribuye simplemente a proyectar la naturaleza mixta de la Unión y a clarificar el grado de integración ya alcanzado anteriormente. No crea un nuevo orden jurídico ni rompe con el proceso anterior. Se limita a simplificar, consolidar y actualizar lo conseguido hasta el momento. Existe, eso sí, una refundación de la Uni[on Europea en la que se deroga el TCE y el TUE (art. IV-1) y la Unión Europea (refundada) sucederá con la necesaria continuidad jurídica a las Comunidades Europeas y a la Unión (art. I.2). Así pues, no nos encontramos, a nuestro juicio, ante un proceso constituyente en sentido propio y si nos referimos a un poder constituyente sui generis (...)."

Verifica-se que a proposta da formação da mencionada "Constituição Européia" nada mais é do que o avanço, natural, daquele bloco econômico, no sentido de promover a consolidação dos seus tratados fundacionais, contribuindo, cada vez mais, para o adensamento jurídico do ordenamento comunitário.

Na nossa ótica, a União Européia não pode ser considerada como uma Confederação ou uma Federação de Estados, mas sim como um bloco econômico, como podemos observar adiante.

A União Européia não se caracteriza como organização de âmbito federal, pois "existen diferencias estructurales entre ambos tipos de organización. El hecho de que los Estados miembros acuerden ejercer su soberanía conjuntamente en áreas cada vez mayores, no significa necesariamente que se muevan hacia el establecimiento de un Estado Federal. [...] Los organismos

comunitários administran, legislan y juzgan y sus decisiones tienen efectos directos no solamente sobre los Estados sino también sobre los ciudadanos de la Comunidad. Si bien estamos frente a una transferencia de atribuciones constitutivas y hasta hace muy poco exclusivas de los Estados nacionales, esta delegación no implica la creación de un nuevo Estado diferente de los Estados miembros. [...] La federación, por el contrario, es una unión de Estados que da origen a una nueva entidad estatal y es esencialmente una unión política" (DROMI; EKMEDJIAN; RIVERA, 1996, p. 32).

Giorgio Gaja (1999, p. 6-8), da mesma forma, entende que nada há nos tratados que instituíram a União Européia permitindo caracterizá-la como organização de natureza federal. É importante ressaltar que suas peculiaridades a distinguem das demais organizações, "[...] em particular pela função muito importante que os Estados membros desenvolvem na formação da atividade comunitária e na execução da relativa normativa"<sup>14</sup>.

Diferencia-se o modelo da União Européia do modelo federacionista pelos seguintes aspectos (GAJA, 1999, p. 6-8; DROMI; EKMEDJIAN; RIVERA, 1996, p. 32-33):

- a) não existe na União Européia nenhuma função a ser exercida por um governo central junto aos Estados membros, pois eles próprios delegaram poderes para os órgãos comunitários;
- b) não há mecanismo ou órgão central capaz de exercer materialmente poder coercitivo sobre os Estados membros;
- c) os Estados membros mantêm a sua personalidade jurídica internacional e existem independentemente da União Européia;
- d) não existe no âmbito comunitário nenhuma norma fundamental elaborada diretamente pela União Euro-

péia, pois elas são decididas nos tratados institucionais, que têm natureza jurídica de Direito Internacional.

A União Européia também não se caracteriza como entidade confederada, que se conceitua como “una unión permanente de Estados independientes basada en un pacto que, generalmente, tiene como fin la protección exterior y la paz interior, sin perjuicio de que puedan agregarse otros fines. La gran diferencia con la federación es que los Estados confederados conservan la soberanía y la posibilidad de desprenderse del núcleo central” (DROMI; EKMEDJIAN; RIVERA, 1996, p. 33).

Para que a União Européia pudesse ser considerada federação ou confederação, seria necessário que ela fosse titular de poderes soberanos, o que não ocorre, pois, nas palavras de Marçal Justen Filho (1999, p. 116), “não dispõe de aparatos organizacionais estruturados aos quais se atribuem competências inerentes à soberania”, uma vez que esta é delegada. Conclui que ela não detém um “território comunitário”, posto que o mesmo se traduz no espaço comum dos seus Estados-membros.

Em realidade, a União Européia é uma entidade *sui generis*, que desenvolveu um direito dotado de características próprias, o *Direito Comunitário*. Por sua originalidade é, portanto, distinta de qualquer outro bloco integrado de países.

### 5. Estado-Nação em crise?

Com a derrocada do socialismo, a desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o advento do fenômeno da globalização, o multilateralismo econômico e a formação dos blocos econômicos, por certo o conceito clássico de soberania não pode ser mais aplicado em relação aos Estados contemporâneos que estão inseridos no contexto internacional.

O principal aspecto a se examinar, nesse novo contexto mundial, é o fenômeno da globalização o qual, dia a dia, vem a influ-

enciar nas políticas a serem adotadas pelos Estados. De imediato, não podemos dizer que todos esses fatores levarão à derrocada do Estado Nação, mas, pelo contrário, há que se repensar o seu papel de atuação.

O neoliberalismo pregava a “diminuição do tamanho do Estado”, o qual deveria repassar para a iniciativa privada as atividades por ele até então desenvolvidas, como forma de potencializar os lucros e diminuir os prejuízos estatais. Em meados da década de 90, tal modelo, também adotado nos países latino-americanos, resultou em ondas de privatizações e no aumento da dependência das economias desses países para com organismos internacionais.

César Augusto Silva da Silva (2000, p. 87-88) esclarece:

“A Inglaterra, durante a década de 80, com Margaret Thatcher no poder, pode ser considerada como a primeira nação capitalista avançada do mundo a adotar o neoliberalismo como meio de fugir da ‘estaginflação’ em que os países centrais estavam envolvidos. O governo da ‘dama de ferro’ inglesa restringiu a emissão monetária, elevou as taxas de juros, baixou drasticamente os impostos sobre grandes rendimentos (...) promoveu a desregulamentação da economia (...) E no final se lançou num amplo programa de privatização”.

O neoliberalismo prega a noção minimalista do Estado, segundo a qual este atuaria cada vez menos na sociedade, somente em funções essenciais para regular a vida em sociedade e garantir a vida a seus cidadãos, ao mesmo tempo em que garantiria plena liberdade de comércio tanto em nível interno como em nível internacional. Inquestionavelmente, com o advento da globalização econômica, as práticas comerciais internacionais ganharam maior relevância.

Interessa enfocar o processo de globalização em seus aspectos econômicos, objeto central do direito internacional no momento em que os países se integram em blocos

como forma de obterem melhores condições de desenvolvimento.

Compreender o fenômeno da globalização econômica, seus aspectos positivos e negativos e as conseqüências que podem advir do processo torna-se imprescindível para entender como os países periféricos podem melhor inserir-se na economia mundial a partir de sua integração no continente americano.

A globalização, em face do desenvolvimento tecnológico, influencia profundamente a nossa vida. Trata-se, portanto, de uma realidade vivenciada por todos e tida como irreversível, a mostrar que, com a globalização econômica, se mantido o modelo atual, os países periféricos sempre estarão à margem da economia e maior será o abismo que os separa dos países centrais.

Assim, para que os países periféricos possam enfrentar a dura realidade, devem compreender o fenômeno da globalização, suas conseqüências, benefícios e prejuízos, e procurar unidos alternativas de crescimento, socorrendo-se das negociações nos foros internacionais dos blocos econômicos.

No enfoque econômico, a globalização é entendida como um processo em que regras uniformes são aplicadas aos países, às quais eles devem adaptar-se sob pena de ficarem fora da condução das políticas internacionais. Nesse processo, as diferenças econômicas, sociais, culturais e políticas de uma sociedade não são levadas em consideração; o que importa é simplesmente o resultado financeiro, o lucro, como é próprio do sistema capitalista, que visa simplesmente a resultados financeiros.

Sobre esse processo, Milton Santos (2001) assim se manifesta:

“A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista. Para entendê-la, como de resto, de qualquer fase da história, há dois elementos fundamentais a levar em conta: o estado das técnicas e o estado da política. (...) No fim do século XX e graças

aos avanços da ciência, produziu-se um sistema de técnicas presidido pelas técnicas de informação, que passaram a exercer um papel de elo entre as demais, unindo-as e assegurando ao novo sistema técnico uma presença planetária. Só que a globalização não é apenas a existência desse novo sistema de técnicas. Ela também é o resultado das ações que asseguram a emergência de um mercado dito global, responsável pelo essencial dos processos políticos atualmente eficazes”.

Para Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2001), a globalização está ligada diretamente aos aspectos econômicos, tecnológicos e transnacionais, motivo pelo qual “todos devem se integrar, sob pena de sofrer um processo de seleção natural no sentido evolucionista do século XIX”. Observa o autor que uma das características principais do processo é o “progressivo debilitamento do grau de territorialidade das atividades econômicas”, na exata medida em que as empresas transnacionais adotam práticas muitas vezes desvinculadas dos interesses dos Estados, o que acarreta a necessidade de regras comuns para a criação de um “mercado mundial unificado”.

No contexto atual, aos países periféricos não resta alternativa senão reconhecer o fato de que a globalização lhes traz mais prejuízos que benefícios, visto que ela tem como principal característica a imposição de procedimentos únicos no comércio internacional. Assim, por exemplo, a discussão sobre a flexibilização das normas trabalhistas como recurso de incentivo à produção está presente em quase todos os países em desenvolvimento.

As empresas transnacionais, conceituadas como grandes corporações que têm seus setores produtivos espalhados em todo o planeta e cujo centro de decisão já não é local, mas multipolarizado, têm grande influência na tomada das decisões dos Estados, cujo poder de atuação, em muitos casos, fica limitado ao poderio econômico das trans-

nacionais. Com a globalização e em face das empresas transnacionais e maximização dos lucros, torna-se mais freqüente a repetição dos processos de produção e a valorização do capital internacional.

A globalização econômica, especificamente, fruto de uma etapa do capitalismo, começou com o modelo estabelecido no acordo de Bretton Woods e culminou com a criação de blocos econômicos e organizações internacionais, desenvolvimento tecnológico e a queda do socialismo.

Ivo Dantas (1999) afirma que o processo tem como característica a interdependência das nações, em seus aspectos políticos, culturais e econômicos: “Hoje, pode-se falar de uma estrutura global de relações políticas, econômicas e culturais, que se estende além das fronteiras tradicionais e que une sociedades distintas em um único sistema”.

Efetivamente, entre os aspectos principais da globalização estão seus efeitos econômicos, pois com maior flexibilidade no controle das fronteiras internas tem-se maior movimentação financeira, o que pode incentivar a especulação, levando países à bancarrota.

Enfim, a globalização acarreta efeitos em todos os países inseridos na economia internacional, e, como visto, as suas maiores vítimas são os países em desenvolvimento.

Em um mundo cada vez mais integrado, no qual até a China, país que adota os princípios comunistas em sua Constituição e que no ano de 2001 se integrou à Organização Mundial do Comércio e inseriu, em seu ordenamento jurídico, a proteção aos direitos humanos, por razões nitidamente econômicas e comerciais, tendo em vista a elevada importância com que os países ocidentais tratam da questão, o Estado-Nação não deixa de existir, visto que possui soberania, mas, efetivamente, há que se repensar o seu âmbito de atuação.

## 6. Considerações finais

Inquestionavelmente, neste mundo globalizado, não é mais possível aplicar o con-

ceito clássico de soberania, notadamente, ante a nítida interdependência que o Estado, como principal ator da sociedade internacional e sujeito de direito internacional, tem perante as organizações internacionais, blocos econômicos, empresas transnacionais, instituições financeiras e outros Estados.

Esses fatores fazem com que os Estados, cada vez mais, não possam adotar, de forma isolada, as políticas que melhor lhes interessam na conduta de suas decisões, visto que uma das características do mundo globalizado é essa interligação, cada vez maior, entre os Estados e os outros atores da sociedade internacional.

Nesse contexto, os Estados se enfraquecem e devem buscar, juntos, alternativas de crescimento, visando a uma melhor inserção no mundo globalizado. Decorre daí a formação dos blocos econômicos, expressados por meio de sua tipologia clássica: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum. Neles, os Estados tentam enfrentar os desafios do mundo globalizado, como forma de buscar o crescimento mútuo.

A criação dos blocos econômicos é peculiar, neste contexto, notadamente, porque se trata de um fenômeno do pós-guerra e que teve início com a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, formada como o Tratado de Paris, no ano de 1951.

A União Européia é o exemplo emblemático dessa nova atuação do Estado, notadamente porque o bloco econômico busca o aprofundamento de suas instituições, aperfeiçoando o seu arcabouço jurídico, com vistas a melhor atingir os objetivos sem que, com isso, venham os Estados a perder a soberania, resultando na aplicação do instituto da soberania compartilhada, resultado do paradigma da interdependência.

A criação dos blocos econômicos é o exemplo vivo de que a estrutura política, jurídica e social dos Estados, neste século XXI, está em mutação, tendo em vista a necessidade, cada vez maior, de os Estados se integrarem.



Mais uma vez, a União Européia, com a nominada Constituição Européia, demonstra-nos a realidade do ideal integracionista, como fruto da vocação daquele continente, representada no ideal político dos Estados em buscar uma melhor inserção neste mundo globalizado.

Mister se faz que o Estado venha a repensar o seu papel de atuação, tendo em vista a crise do Estado-Nação. Entretanto, essa crise não significa que ele desaparecerá, mas deverá buscar alternativas de atuação no contexto do mundo globalizado, abrindo as suas fronteiras para a inserção internacional, sem esquecer-se de voltar os olhos para as suas questões internas.

### Notas

<sup>1</sup> Um bloco “fortaleza” pode definir-se como um reagrupamento de países que são obrigados a adotar políticas protecionistas, na verdade predadoras, com relação aos outros países. Nós raciocinamos neste momento com base em um roteiro em que os outros países permanecem individualmente como pequenos países. Eles são, entretanto, capazes de reagrupar-se, por si sós, em união aduaneira para opor-se à política comercial agressiva da união concorrente.

<sup>2</sup> Convenção Pan-Americana sobre os Direitos e Deveres dos Estados, Montevidéu, 22 de dezembro de 1933.

<sup>3</sup> Exceções existem, como é o caso de Cuba, Coreia do Norte e Iraque, que são vítimas de embargos econômicos.

<sup>4</sup> A Constituição da Alemanha prevê: “Artículo 23.1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos y con el principio de la subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a de la presente Ley Fundamental. Para ello, la Federación podrá transferir derechos de soberanía con el consentimiento del Consejo Federal”.

Na Constituição grega, o parágrafo 2º, do art. 28, prevê a delegação de competências soberanas. O parágrafo 3º, torna possível a limitação de sua soberania em relação a questões que sejam relevantes e de interesse nacional, desde que respeitados os direitos fundamentais do homem, o regime democrático de direito e os princípios da legalidade e

reciprocidade. Os dois institutos não se confundem, pois a delegação de competências soberanas não implica limitação de soberania. A limitação de soberania a que alude o texto constitucional grego refere-se a casos específicos – desde que presente o interesse nacional – não contemplados pelo conceito de delegação de competências soberanas ora analisado. Trata-se de conceitos distintos, pois a norma regulamenta separadamente ambas as hipóteses.

<sup>5</sup> Pelo instituto da delegação de competências soberanas, que deve constar em previsão constitucional, o Estado aquiesce em delegar, de forma temporária, determinadas prerrogativas constitucionais para uma entidade supranacional, que vai legislar em seu nome. Vide o exemplo da união monetária no bloco econômico europeu, no qual os Estados, de livre e espontânea vontade e, segundo previsão constitucional, delegaram ao Banco Central Europeu as competências para a emissão do papel moeda.

<sup>6</sup> Não obstante esclareça que esse último direito seria interpretado, ao menos em tese, como direito à legítima defesa, tendo em vista o disposto no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, que proíbe a declaração de guerra. Contemporaneamente, seriam atribuídos novos direitos aos Estados: participar de organizações internacionais e o de proceder a reclamações internacionais perante “órgãos políticos e jurisdicionais” (MIRANDA, 1994, p. 172).

<sup>7</sup> União Européia, NAFTA, Mercosul e negociações para a instituição da ALCA.

<sup>8</sup> Diferentemente, o processo de integração no estágio de zona de livre comércio não tem personalidade jurídica.

<sup>9</sup> Para maiores detalhes, vide Seitenfus (2003).

<sup>10</sup> Ver Seitenfus (2003).

<sup>11</sup> Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

<sup>12</sup> Polônia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovênia, Lituânia, Letônia, Estônia, Chipre e Malta.

<sup>13</sup> O processo foi possível, graças a aplicação do artigo 48 do TUE, assim disposto:

“O Governo de qualquer Estado-membro ou a Comissão podem submeter ao Conselho projetos de revisão dos tratados em que se funda a União”.

<sup>14</sup> “in particolare per il ruolo assai importanti che gli Stati membro svolgono nella formazione dell’attività comunitaria e nell’esecuzione della relativa normativa” (GAJA, 1999, p. 6).

### Bibliografia

ADOLF, Luiz Gonzaga Silva. Globalização e estado contemporâneo. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

- ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosur y Unión Europea: estructura jurídico-institucional*. Curitiba, Juruá, 1998.
- BITARD CAMPOS, G. Posibilidad constitucional de la integración latinoamericana. *Revista de Derecho de la Integración*, Buenos Aires, n. 4, p. 76-78. abr. 1969.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neoliberal: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAMPOS, João Mota de (Coord). *Organizações internacionais: teoria geral, estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. Soberanía del Estado y derecho internacional. Madrid: Tecnos, 1968.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DINH, Nguyen Quoc. *Direito internacional público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel; RIVERA, Julio. *Derecho comunitario: regimen del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- GAJA, Giorgio. *Introduzione al diritto comunitario*. 6. ed. Roma: Laterza, 1999.
- GONZÁLES CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRIGUES, L.I.; SAENZ DE SANTA MARIA, P.A. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Civitas, [19\_?].
- JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia - a esperança de um mundo novo. *Revista de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 31, ano 1999, p. 116. (Coleção acadêmica de Direito, n. 12).
- LEAL, Rosemire Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed. São Paulo: Ed. de Direito, 1999.
- MARTÍN Y PEREZ DE MANCLARES, José. El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los tratados de la Convención. *Revista de Derecho Comunitario*, Madrid, p. 530-532, maio/agosto de 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1994. t. 3.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das relações internacionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, César Augusto Silva da. *O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87-88.
- SIROËN, Jean Marc. *La régionalisation de l'économie mondiale*. Paris: La Découverte, 2000.



# O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia

Valerio de Oliveira Mazzuoli

## Sumário

1. Introdução. 2. A situação constitucional atual na América Latina. 3. As incongruências do novo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988. 4. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º do art. 5º da Constituição? 5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004. 6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do novo § 3º do art. 5º da Constituição. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi, sem dúvida, um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país. Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada *nova ordem* estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos no Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), em São Paulo, e de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR).

Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

No que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

A Constituição de 1988, dentro desse contexto internacional marcadamente humanizante e protetivo, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve-se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo a abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2º do seu art. 5º, deixou bem estabelecido que:

“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*”. (grifo nosso)

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: 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, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tra-

tados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, 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, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”<sup>1</sup>.

Da análise do § 2º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias *expressos* na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5º, bem como outros fora do rol de direitos mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno; b) direitos e garantias *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os 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<sup>2</sup>.

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. É

dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E essa dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais<sup>3</sup>.

Para nós, cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional<sup>4</sup>.

Ainda em sede doutrinária, também não faltaram vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente o *status* supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional<sup>5</sup>.

Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, não tendo chegado a uma solução uniforme e tampouco satisfatória<sup>6</sup>.

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados

internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, por meio da recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, proveniente da PEC 29/2000 relativa à “Reforma do Judiciário”, com a seguinte redação:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A redação do dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do art. 60, § 2º da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. A semelhança dos dispositivos está ligada ao fato de que, antes da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, antes de serem ratificados pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais (a nosso ver infundadas) sobre a aparente hierarquia *infraconstitucional* (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno.

A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz (com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados “sobre direitos humanos” como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem *complementar* a Constituição, uma vez que esta seja emendada por lei, aprovada por dois terços dos membros

do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos:

“Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental]

1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que *altere* ou *complemente* expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, *complementar*, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental.

2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal”<sup>7</sup>. (grifo nosso).

A alteração do texto constitucional brasileiro, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar, como veremos no decorrer deste estudo, graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade destes tratados no nosso direito interno, sendo que o primeiro e mais estúpido deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros<sup>8</sup>.

Na medida em que a nova alteração constitucional prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente equivalerão às emendas constitucionais uma vez que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, fica a questão de

saber se o novo § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, prejudica ou não o entendimento que já vinha sendo seguido em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Carta de 1988, no sentido de terem os tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional.

Antes de estudarmos todas as facetas do novo § 3º do art. 5º da Constituição, mister verificar como se encontra a situação dos tratados de direitos humanos nas Constituições latino-americanas. Esse panorama comparado auxiliará na contextualização do problema e ajudará o intérprete na sua resolução.

## 2. A situação constitucional atual na América Latina

Vários países latino-americanos têm concedido *status* normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos, sendo crescente a preocupação dos mesmos em se deixar bem assentado, em nível constitucional, a questão da hierarquia normativa de tais instrumentos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana<sup>9</sup>.

Abstraindo-se a Constituição brasileira de 1988, pode-se verificar várias Constituições de países latino-americanos que, seguindo a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao direito interno, passaram a incorporar em seus respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos. Nesse sentido, a Constituição peruana anterior, de 1979, estabelecia no seu art. 101 que “os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional”, e que, “em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”<sup>10</sup>. No art. 105, a mesma Carta determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm *hierarquia constitucional*, não podendo ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição, o que,

infelizmente, não mais se encontra na atual Constituição do Peru de 1993, “a qual se limita a determinar (4ª disposição final e transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru”<sup>11</sup>.

A Constituição da Guatemala também atribui aos tratados internacionais de direitos humanos condição especial (art. 46), diferindo, contudo, da Carta peruana de 1979, na medida em que esta dava a ditos tratados a hierarquia de norma materialmente constitucional, enquanto aquela atribuía a estes preeminência sobre a legislação ordinária, bem como sobre o restante do direito interno. A Constituição da Nicarágua, por sua vez, integra à sua enumeração constitucional de direitos, para fins de proteção, os direitos consagrados nos seguintes instrumentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Constituição do Chile, reformada em 1989, passou a dispor, no seu art. 5º, inc. II, que: “É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”. Nessa mesma linha, encontra-se a Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, cujo art. 93 traz disposição no sentido de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pela Colômbia têm *prevalência* na ordem interna, e que os direitos humanos constitucionalmente assegurados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Acrescenta ainda o seu art. 94 que a “enunção dos direitos e garantias contidos na Constituição e em convênios internacionais vigentes, não



deve ser entendida como negando outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles”<sup>12</sup>. E ainda, segundo o art. 164 da Carta colombiana, “o Congresso dará *prioridade* ao trâmite de projetos de lei aprovatórios dos tratados sobre direitos humanos que sejam submetidos à sua consideração pelo governo”.

Seguindo essa nova tendência das Constituições latino-americanas, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabelece em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm *hierarquia constitucional*, só podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Poder Legislativo. A Carta Magna Argentina indica que têm essa hierarquia os seguintes instrumentos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; f) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; g) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; h) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a j) Convenção sobre os Direitos da Criança.

A reforma constitucional argentina de 1994 foi grandemente influenciada por uma inovadora jurisprudência que começava a se formar, reconhecendo a primazia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sobre a legislação interna (exatamente o que o poder reformador brasileiro deveria ter feito, seguindo a doutrina mais especializada, mas que infelizmente não fez). A Carta Argentina frisa ainda que tais direitos são “complementares” aos direitos e garantias nela reconhecidos<sup>13</sup>.

Segundo Cançado Trindade (1996, p. 21-22), uma outra técnica seguida pelas recentes reformas constitucionais latino-americanas “tem consistido em dispor sobre a procedência do recurso de *amparo* para a salvaguarda dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (Constituição da Costa Rica, reformada em 1989, artigo 48; além da Constituição da Argentina, artigo 43); outras Constituições optam por referir-se à normativa internacional em relação a um determinado direito, para o qual ‘a fonte internacional adquire hierarquia constitucional’ (Constituições do Equador, artigos 43 e 17; de El Salvador, artigo 28; de Honduras, artigo 119, 2)”. E continua: “As Constituições latino-americanas supracitadas reconhecem assim a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensam atenção e tratamento especiais à matéria. Ao reconhecerem que sua enumeração de direitos não é exaustiva ou supressiva de outros, descartam desse modo o princípio de interpretação das leis *inclusio unius est exclusio alterius*. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano 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. (...) A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Entretanto, a Constituição latino-americana que mais evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos foi a recente Carta venezuelana de 1999, verdadeiro “modelo” de constitucionalismo democrático e protetor de direitos e que deveria ser seguido pelo legislador constitucional brasileiro (e que, lamentavelmente, também não foi). De fato, a Constituição da Venezuela dispõe agora, em seu art. 23, que os tratados,

pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, “têm *hierarquia constitucional e prevalecem* na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício *mais favoráveis* às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de *aplicação imediata* e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público” (grifo nosso). Trata-se da consagração, em sede constitucional, das regras que vários internacionalistas vêm defendendo há vários anos, tendo em vista que dá aos tratados de direitos humanos *hierarquia constitucional e incorporação automática*, além, é claro, de erigir expressamente o *princípio da primazia da norma mais favorável* a princípio hermenêutico constitucional.

Tais textos constitucionais latino-americanos são, portanto, reflexo do constitucionalismo que vem-se desenvolvendo em todos os países democráticos do mundo. O Brasil, como se verá, ficou atrasado em relação aos demais países da América Latina, em relação à eficácia interna dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, não obstante ter tido a oportunidade de rever alguns dos conceitos equivocados que a jurisprudência atual veio sedimentando através dos tempos, quando promulgou a Emenda Constitucional nº 45/2004, que não incorporou sequer os avanços doutrinários que há tempos vêm sendo desenvolvido no país, tendo preferido seguir o que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

### 3. As incongruências do novo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988

Sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminar as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição de 1988 aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispo-

sitivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe interpretação autêntica. Por esse motivo, também havíamos proposto, como alteração constitucional, a introdução de mais um parágrafo no art. 5º da Carta de 1988, mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2º já tem. A redação que propusemos, publicada em nosso livro *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*, foi a seguinte:

“§ 3º Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”<sup>14</sup>.

Como se vê, a redação que queríamos, já há algum tempo, para um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais, não invalida a interpretação doutrinária relativa aos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta de 1988, que tratam, conjugadamente, da hierarquia constitucional e da aplicação imediata dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Nesse caso, a inserção de um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição valeria tão-somente como *interpretação autêntica* do parágrafo anterior, ou seja, do § 2º do elenco constitucional dos direitos e garantias.

Essa proposta que fizemos, inspirada no legislador constitucional venezuelano de 1999, teria a vantagem de evitar os graves inconvenientes sofridos pela atual doutrina, no que tange à interpretação do efetivo grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados de proteção dos direitos humanos. Afastaria, ademais, as controvérsias até então existentes em nossos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal, relativamente ao assunto.

Uma tal mudança, a nosso ver, era o mínimo que poderia ter sido feito pelo legislador constitucional brasileiro, retirando a Constituição do atraso de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45, entretanto, não seguiu essa orientação, e estabeleceu, no § 3º do art. 5º da Carta de 1988, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (que é exatamente o *quorum* para a aprovação de uma emenda constitucional).

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece.

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambí-

guo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que poderão preferir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro<sup>15</sup>.

Surgiria ainda o problema de saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, perderiam o *status* de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º.

Como se deduz da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária –, para passar a deter o *status* de norma constitucional. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que

devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.

O nosso poder reformador, ao conceber esse § 3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Por tudo isso, pode-se inferir que o recém criado § 3º do art. 5º da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.

Isso faria com que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e sua proteção.

Na verdade, tal fato não seria necessário se fosse aplicável no Brasil o princípio de

que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os “princípios” do art. 4º da Constituição, a nosso ver, para a Excelsa Corte nada valem, mesmo que tenham sido colocados pelo legislador constituinte em nosso texto constitucional.

Como o novo § 3º do art. 5º da Constituição já está em vigor (e, aparentemente, não se vislumbra uma reforma breve de seu texto), cabe à doutrina interpretá-lo segundo os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Mas antes de se verificar qual a interpretação mais condizente do novo § 3º do art. 5º da Constituição, uma questão que tem que ser obrigatoriamente colocada (embora não tenhamos visto ninguém fazê-lo até agora) diz respeito ao *momento* em que deve-se manifestar o Congresso Nacional quando pretender aprovar um tratado de direitos humanos nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição, bem como se esta manifestação congressual poderia suprimir a fase constante do art. 49, inc. I, da Constituição, que trata do poder do Parlamento em decidir definitivamente sobre os tratados internacionais (quaisquer que sejam) assinados pelo Presidente da República.

#### *4. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º do art. 5º da Constituição?*

A Constituição de 1988 cuida do processo de celebração de tratados em tão-somente dois de seus dispositivos (arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I), que assim dispõem:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”

Como se percebe pela leitura dos artigos transcritos, a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo no processo de conclusão de tratados internacionais<sup>16</sup>.

Esse procedimento estabelecido pela Constituição vale para todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, sejam eles tratados comuns ou de direitos humanos. Nem se diga que a referência aos “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” exclui da apreciação parlamentar os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 84, inc. VIII, da Constituição é claro em submeter *todos* os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Parlamento, como já pacificado na melhor doutrina<sup>17</sup>.

Assim, uma primeira interpretação que poderia ser feita é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando este último a ratificação do acordo, constante do art. 49, inc. I, da Constituição, não fica suprimida, em absoluto, pela regra do novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988, posto que a participação do Parlamento no *processo de celebração* de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Não há que se confundir o *referendo* dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inc. I, da Constituição, materializado por meio de um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual mani-

festação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida agora o novo § 3º do art. 5º da Constituição.

A segunda interpretação que poderia ser dada é no sentido de que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 excepcionou a regra do art. 49, inc. I, da Constituição e, dessa forma, poderia, no caso da celebração de um tratado de direitos humanos, *fazer as vezes* deste último dispositivo constitucional. Mas caso seja esse o entendimento adotado, deve-se fazer a observação de que o referido § 3º foi mal colocado no fim do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição, uma vez que seria mais preciso incluí-lo como uma segunda parte do próprio art. 49, inc. I. Será difícil entender como correta essa segunda interpretação, sob pena de o processo de celebração de tratados ficar com a ordem desvirtuada, uma vez que o § 3º do art. 5º não diz que cabe ao Congresso Nacional *decidir* sobre os tratados assinados pelo Chefe do Executivo, como faz o art. 49, inc. I, deixando entender que a *aprovação* ali constante serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois de este já se encontrar em vigor internacional.

Perceba-se que o § 3º do art. 5º não *obriga* o Poder Legislativo aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado que estabelece. O que o parágrafo faz é tão-somente *autorizar* o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier e a seu alvedrio e a seu talante, a “equivalência de emenda” aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isso significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, inc. I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atri-

buir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais.

Assim, o *iter* procedimental de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, poderia, em princípio, dar-se de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

1ª) Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no *Diário Oficial da União*, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º, ou;

2ª) Depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados (seguindo-se o rito das propostas de emenda constitucional) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, inc. I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, *uma vez ratificado* pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico interno equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo seus efeitos.

Perceba-se que essa segunda hipótese é perigosa e pode ser mal interpretada lendo-se friamente o § 3º do art. 5º, que, à primeira vista, leva o intérprete a entender que a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, posto que, para que um tratado entre em vi-

gor, é imprescindível a sua futura *ratificação* pelo Presidente da República e, ainda, que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes de ratificado e, muito menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente. Essa falsa idéia surge da leitura desavisada do texto do referido parágrafo, segundo o qual os tratados e convenções internacionais “sobre direitos humanos *que forem aprovados*, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, *serão equivalentes às emendas constitucionais*”. A colocação que se pode fazer é seguinte: uma vez *aprovado* eventual tratado de direitos humanos, logo depois de sua assinatura, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição (suprimindo-se, portanto, a fase do art. 49, inc. I), já seria ele *equivalente* a uma emenda constitucional? É óbvio que não. Jamais uma convenção internacional, aprovada nesse momento do *iter* procedimental de celebração de tratados poderá, desde já, ter o efeito que pretende atribuir-lhe o § 3º em exame, a menos que se queira subverter a ordem constitucional por completo, pois é impossível que um tratado tenha efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.

Como se já não bastasse esse fato constatado, pode-se agregar ainda um outro: um tratado, mesmo já ratificado, poderá jamais entrar em vigor dependendo de determinadas circunstâncias, como por exemplo nos casos dos tratados condicionais ou a termo, em que se estabelece um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Imagine-se, então, que o Brasil aprove determinado instrumento internacional de direitos humanos, pelo *quorum* do § 3º do art. 5º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, inc. I, da Constituição, e que o ratifique, promulgue o seu texto e o

publique no *Diário Oficial da União*. Esse tratado já pode ser aplicado no Brasil? A resposta somente poderá ser dada verificando-se o que dispõe o próprio tratado. Tomando-se como exemplo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, lê-se no seu art. 126, § 1º, que o “presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas”. Assim, mesmo que o Brasil tenha sido o primeiro país a ratificar dito tratado, caso ainda não tivessem sido depositados os sessenta instrumentos de ratificação exigidos para sua entrada em vigor internacional, não haveria que se falar que o seu texto já equivale a uma emenda constitucional em nosso país, uma vez que não se concebe (por absurda que é essa hipótese) que algo que sequer existe juridicamente (e que pode levar anos para vir a existir) já tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico, inclusive com poder de reformar a Constituição.

Essas colocações já bastam para, cientificamente, rechaçar a aplicação do § 3º do art. 5º em supressão da fase do art. 49, inc. I, da Constituição, podendo-se concluir que o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o referido § 3º será depois de ratificado o acordo e depois de o mesmo já se encontrar em vigor internacional. Ou seja, caso o Congresso Nacional decida integrar formalmente o tratado à Constituição, para além do seu *status* materialmente constitucional, deverá aguardar a ratificação do acordo e o seu início de vigência internacional. Mas caso assim não entenda o Congresso Nacional, a nossa opinião é a de que se deve então deixar expresso no instrumento congressual aprobatório do tratado que o mesmo apenas terá o efeito que prevê o § 3º do art. 5º depois de ter sido o instrumento ratificado e depois de o mesmo se encontrar em vigor, a fim de que se evite uma subversão completa da ordem

constitucional e dos princípios gerais do Direito dos Tratados universalmente reconhecidos.

Como se vê, esse tipo de procedimento de aparência dúplice agora estabelecido pelo texto constitucional não é salutar nem ao princípio da segurança jurídica, que deve reger todas as relações sociais, nem aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Seria muito melhor ter a jurisprudência se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição, do que criar um terceiro parágrafo que só traz insegurança às relações sociais e, ademais, cria distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir uma tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico. Daí o porquê de se entender que o novo § 3º do art. 5º da Constituição não pode, de qualquer maneira, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Constituição, como veremos no tópico subsequente deste estudo.

##### *5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da emenda nº 45/2004*

Transita-se, agora, à quinta parte deste estudo, em que buscaremos interpretar o §

3º do art. 5º da Constituição conjugadamente com o § 2º do mesmo dispositivo, uma vez que ambos os parágrafos encontram-se dentro de um mesmo *contexto* jurídico, devendo assim ser interpretados.

Neste estudo, defendemos que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “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”, pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria *os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já asentamos no início deste trabalho. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o *quorum* que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Sem pretender invocar o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (dispositivo esse que atribui nível *supraconstitucional* a quaisquer tratados ratificados pelo Estado), poder-se-ia, num primeiro momento, fazer o seguinte

raciocínio: como o § 2º do art. 5º da Constituição já atribui índole e nível constitucionais para todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil *antes* da entrada em vigor da Emenda nº 45, isso significa que apenas aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passará a ser parte *depois* da entrada em vigor da referida emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais. Dessa forma, atribuir-se-ia apenas efeito *ex nunc* à disposição do § 3º do art. 5º da Constituição.

O raciocínio faz chegar à conclusão de que o § 3º do art. 5º não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito *ex tunc*, e, portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor (8 de dezembro de 2004).

O § 3º do art. 5º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz é tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, o que faz com que a tese acima desenvolvida perca validade.

O que aqui se defende é que o novo § 3º do art. 5º da Constituição em nada influi no “*status* de norma constitucional” que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm no nosso ordenamento jurídico, em virtude da regra do § 2º



do mesmo art. 5º. Defende-se, neste estudo, que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para que serviria a regra insculpida no § 3º do art. 5º da Carta de 1988, senão para atribuir *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos?

A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os “tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte” são, *a contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o “*status* de norma constitucional” e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (“bloco de constitucionalidade”); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “*equivalentes às emendas constitucionais*”.

Mas, há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional” e dizer que eles são “*equivalentes às emendas constitucionais*”? Perceba-se que o § 3º do art. 5º não diz que os tratados de direitos humanos, uma vez aprovados pela maioria qualificada que prevê, serão “*equivalentes às normas constitucionais*”, preferindo ter dito que serão “*equivalentes às emendas constitucionais*”. Portanto, qual a diferença entre os dois parágrafos?

No nosso entender, a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004. Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente a uma emenda constitucional*”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de

materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes às emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.

Mas, quais são esses efeitos *mais amplos* em se atribuir a esses tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional? São dois os efeitos:

1) eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;

2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional).

Os números 1 e 2 acima merecem ser detalhadamente explicados, a fim de se demonstrar que § 3º do art. 5º não prejudica o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição.

A primeira conseqüência de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um tratado de direitos humanos, exposta no número 1 acima, é a de que eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível quando se tem apenas o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado

certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, pelo qual os tratados de direitos humanos (que têm *nível* de normas constitucionais, sem contudo serem *equivalentes* às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve-se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”).

Essa diferença entre *status* e *equivalência* já tinha sido por nós estudada em trabalho anterior, no qual escrevemos: “E isto significa, na inteligência do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que o *status* do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se ‘materialmente constitucional’, tendo em vista não integrarem os tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60, § 2º, o qual prevê que tal proposta ‘será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros’”<sup>18</sup>.

Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *integram formalmente* a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm *status* de norma constitucional (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas). Mas agora, uma vez aprovados pelo *quorum* que estabelece o § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa integração *formal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integra-

ção *material* que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que uma emenda. E o que faz uma emenda? Uma emenda *reforma* a Constituição, para melhor ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos (e até agora também não vimos ninguém cogitá-lo) é que atribuir *equivalência de emenda* aos tratados internacionais de direitos humanos, às vezes, pode ser perigoso, bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é *mais benéfica* em determinada matéria que o tratado ratificado. Nesse caso, seria muito mais salutar, inclusive para a maior completude do nosso sistema jurídico, se se admitisse o “*status* de norma constitucional” desse tratado, nos termos do § 2º do art. 5º – e, nesse caso, não haveria que se falar em reforma da Constituição, sendo o problema resolvido aplicando-se o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* –, do que atribuir-lhe uma equivalência de emenda constitucional, o que poderia fazer com que o intérprete aplicasse o tratado em detrimento da norma constitucional mais benéfica.

Poderia objetar-se que a Constituição, no art. 60, § 4º, inc. IV, proíbe qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais e, assim sendo, os tratados de direitos humanos (aprovados por maioria qualificada) conflitantes com a Constituição seriam inconstitucionais. Seria imenso o trabalho em se verificar, nas várias comissões do Congresso Nacional responsáveis pela análise preliminar da compatibilidade do tratado com o direito brasileiro vigente, quais dispositivos de cada tratado poderiam eventualmente conflitar com a Constituição. Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não *abole* nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma *menos protetora*,

como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for *voluntário e inescusável*. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “voluntário e inescusável” da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser *voluntário* mas *escusável*, no que não se haveria falar em prisão nessa hipótese. Pois bem. Essa redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, depois de estabelecer a regra genérica de que “ninguém deve ser detido por dívidas”, acrescenta que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, nº 7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. Não diz mais nada: basta o simples *inadimplemento* da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Nesse caso, é a nossa Constituição *mais benéfica* que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto deste último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado<sup>19</sup>.

Aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* nada disso ocorre, pois, atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mais sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana, posição

essa que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente<sup>20</sup>.

A segunda consequência em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, exposta no *número 2* visto acima, significa que tais tratados não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (o que não ocorria à égide em que o § 2º do art. 5º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais)<sup>21</sup>, e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.

Há que se enfatizar que vários tratados de proteção dos direitos humanos prevêm expressamente a possibilidade de sua denúncia. Contudo, trazem eles disposições no sentido de que, eventual denúncia por parte dos Estados-partes não terá o efeito de os desligar das obrigações contidas no respectivo tratado, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por eles anteriormente à data na qual a denúncia produziu seu efeito<sup>22</sup>.

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no *status* de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é *tecnicamente possível* (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República nesse

caso), mas totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do § 3º do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria *possível* mas *ineficaz*, pois agora ela será *impossível* do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.

Quais os motivos da impossibilidade técnica de tal denúncia? De acordo com o § 3º do art. 5º, uma vez aprovados os tratados de direitos humanos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles “equivalentes às emendas constitucionais”. Passando a ser *equivalentes* às emendas constitucionais, isso significa que não poderão esses tratados ser denunciados mesmo com base em Projeto de Denúncia encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. Caso o Presidente entenda por bem denunciar o tratado e realmente o denuncie (perceba-se que o Direito Internacional *aceita* a denúncia feita pelo Presidente, não se importando se, de acordo com o seu direito interno, está ele autorizado ou não a denunciar o acordo), poderá ser responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, o que não ocorria à égide em que o § 2º do art. 5º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como autoriza a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados

equivalem às emendas constitucionais. Isso impede, aliás, a interpretação que se poderá fazer, no sentido de que seria possível a denúncia do tratado caso o Congresso aprovasse tal Projeto pela mesma maioria qualificada com que aprovou o acordo.

No Brasil, apesar de forte divergência doutrinária, a prática brasileira em relação à matéria tem sido no sentido de que a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo é obrigatória somente em relação à *ratificação* dos tratados internacionais. Pela prática brasileira a respeito, a *denúncia* de tratados, infelizmente, ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão-somente. Sem embargo dessa prática, sempre estivemos com Pontes de Miranda (1987, p. 109), para quem, “aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais”. Do mesmo modo que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso Nacional, dando a ele permissão para ratificar o acordo, o mais correto, consoante as normas constitucionais em vigor, seria que idêntico procedimento parlamentar fosse aplicado em relação à denúncia.

Esse, aliás, o sistema adotado pela Constituição espanhola de 1978, que submete eventual denúncia de tratados sobre direitos humanos fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96, nº 2 e 94, nº 1 “c”). O mesmo se diga em relação às Constituições da Suécia (art. 4º, com as emendas de 1976-1977), da Dinamarca de 1953 (art. 19, nº 1), da Holanda de 1983 (art. 91, nº 1), além da Constituição da República Argentina que, a partir da reforma de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sejam denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara. A Constituição do Paraguai, por sua vez, determina que os tratados internacionais relativos a direitos humanos “não

poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda desta Constituição” (art. 142).

Entretanto, nos termos da nova sistemática constitucional brasileira, aprovado um tratado de direitos humanos nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição, nem sequer por meio de Projeto de Denúncia votado com o mesmo *quorum* exigido para a conclusão do tratado (votação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros) será possível o país desengajar-se desse seu compromisso, quer no âmbito interno, quer no plano internacional.

Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale uma emenda constitucional (ou seja, se é *material e formalmente constitucional*, nos termos do art. 5º, § 3º) ou se apenas detém *status* de norma constitucional (é dizer, se é apenas *materialmente constitucional*, em virtude do art. 5º, § 2º). Caso o tratado de direitos humanos se enquadre apenas nesta última hipótese, com o ato da denúncia, o Estado brasileiro passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão-somente no âmbito internacional e não no âmbito interno. Ou seja, nada impede que, tecnicamente, denuncie-se um tratado de direitos humanos que tem apenas *status* de norma constitucional, pois internamente nada muda, uma vez que eles já se encontram petrificados no nosso sistema de direitos e garantias, importando tal denúncia apenas em livrar o Estado brasileiro de responder pelo cumprimento do tratado no âmbito internacional. Mas, caso o tratado de direitos humanos tenha sido aprovado nos termos do § 3º do art. 5º, o Brasil não pode mais desengajar-se do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno (o que não ocorre quando o tratado detém apenas *status* de norma constitucional), podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (devido tal denúncia ser declarada ineficaz). Assim, repita-se, quer nos termos do § 2º, quer

nos termos do § 3º do art. 5º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais. O que difere é que, uma vez aprovado o tratado pelo *quorum* do § 3º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, o que não ocorre na sistemática do § 2º do art. 5º.

Portanto, a afirmação antes correntemente utilizada, no sentido de que anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45 existia um paradoxo, na medida em que os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, denunciar o tratado, desobrigando o país ao cumprimento daquilo que assumiu no cenário internacional desde o momento da ratificação do acordo<sup>23</sup>, não será mais válida a partir do momento em que o tratado que pretende ser denunciado passe a equivaler a uma emenda constitucional.

#### 6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do novo § 3º do art. 5º da Constituição

Por fim, registre-se ainda que, além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro. Isso porque a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1º do art. 5º da Constituição (*verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”), nem remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*) depois de aprovados pelo

Congresso Nacional pelo *quorum* estabelecido no § 3º do art. 5º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dizer que as “*normas definidoras* dos direitos e garantias fundamentais” têm aplicação imediata, mas não diz quais são ou quais deverão ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria simples ou qualificada.

Isso tudo somado significa que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra no novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro<sup>24</sup>.

## 7. Conclusão

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, a conclusão mais plausível a que se pode chegar em relação à interpretação do novo § 3º do art. 5º da Constituição é a de que essa nova disposição constitucional não anula a interpretação segundo a qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma (materialmente) constitucional em decorrência da norma expressa no § 2º do mesmo art. 5º da Carta Magna de 1988. Ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais na exegese do §

2º do art. 5º da Constituição de 1988, mas apenas terão os efeitos de equivalência às emendas constitucionais (ou seja, somente integrarão *formalmente* a Constituição, com todos os consectários que lhe são inerentes) se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, nos termos do novo § 3º do art. 5º do texto constitucional brasileiro.

Dessa forma, dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível de normas constitucionais, em virtude do § 2º do art. 5º, da Constituição, não é o mesmo que dizer que eles “equivalem” às emendas constitucionais, o que tem um sentido e uma conotação muito mais ampla (por-se tratar de integração formal à Constituição) e, portanto, somente será possível com sua aprovação pelo *quorum* estabelecido pelo § 3º do art. 5º, da Carta de 1988. Nesse caso, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil serão, além de materialmente constitucionais, também formalmente constitucionais, o que impede definitivamente a sua denúncia por ato do Poder Executivo.

Além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro, consoante a regra do § 1º do art. 5º da Constituição, que nem remotamente autoriza uma interpretação diversa.

A nossa vontade é a de que esse § 3º, que apenas trouxe imperfeições ao sistema e que certamente prestará um desserviço à interpretação constitucional mais lúcida envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, seja reformado por nova emenda constitucional, que venha conter a redação que já propusemos em estudos anteriores, à semelhança da Constituição da

Venezuela de 1999, no sentido de apenas trazer uma interpretação autêntica ao § 2º do art. 5º da Carta de 1988, dizendo que “os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”.

Por ora, como não está à vista uma nova reforma constitucional, o que se pode esperar, caso os nossos tribunais não entendam da maneira como cremos estar correta e como deixamos expresso neste estudo, é que a sociedade civil impulse um forte movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

### Notas

<sup>1</sup> São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar neste estudo, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros trabalhos sobre o tema, os quais se recomenda a prévia leitura para a melhor compreensão deste texto. São eles: (MAZZUOLI, 2000a, p. 179-200; 2000b, p. 231-250; 2002a, p. 233-252; 2002b, p. 109-176; 2004, p. 357-395). Nesse exato sentido, defendendo o *status* constitucional e a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, pela interpretação do § 2º do art. 5º da CF, *vide* também: Trindade (1996a, p. 210 et seq.); e Piovesan, (2002, p. 75-98); em que, pioneiramente, defendeu-se com clareza a hierarquia constitucional e a aplicação imediata desses tratados no direito interno brasileiro); e ainda Piovesan (2003, p. 44-48). Também defenderam esta tese, *en passant*, Silva, (2000, p. 195-196); Magalhães, (2000, p. 64 et seq.); e Velloso, (2004, p. 39).

<sup>2</sup> Cf. VELLOSO, 2004, p. 38-39.

<sup>3</sup> Cf. MAZZUOLI, 1969, p. 359-360; CAMPOS, 1995, p. 282.

<sup>4</sup> Cf. ARNOLD, 2002, p. 22.

<sup>5</sup> No Brasil, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é muito bem defendida pelo Prof. Celso D. de Albu-

querque Mello, que se diz “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, tese esta que “está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”. Cf. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, Torres, (2001, p. 25).

<sup>6</sup> Vide, sobre a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusos os de direitos humanos) têm nível de lei ordinária –, o julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Min. Celso de Mello, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Em relação à posição minoritária do STF, destacam-se os votos dos Ministros Carlos Velloso, em favor do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (v. HC 82.424-2/RS, relativo ao famoso “caso Ellwanger”, e ainda seu artigo “Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, já cit., p. 39), e Sepúlveda Pertence, que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestando: “Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (v. RHC79.785-RJ. In: *Informativo do STF*, nº 187, de 29.03.2000).

<sup>7</sup> Para detalhes, vide Von Simson; Schwarze, (1996, p. 33 et seq.).

<sup>8</sup> Em sede jurisprudencial, vale destacar um dos votos precursores em relação ao tema no país, do então Juiz Antonio Carlos Malheiros, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em que ficou bem colocado que “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais”. No mesmo sentido, *vide* o voto proferido na Apelação nº 483.605-0/1 do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 5ª Câmara, rel. Dyrceu Cintra, julg. em 23.04.97 (voto nº 781).

<sup>9</sup> Cf., para um estudo mais amplo do tema, Buergenthal, (1997, p. 216-217); e Fix-Zamudio, (2004, p. 141-180). Aliás, como destaca Fix-Zamudio (2004, p. 175): “En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno, inspirándose de alguna manera la evolución que se observa en los países de Europa continental con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial”.

<sup>10</sup> Cf. FIX-ZAMUDIO, 1991, p. 173.

<sup>11</sup> Cf. TRINDADE, 1996, p. 19.

<sup>12</sup> Estas disposições já são suficientes, segundo Sandra Morelli Rico, para atribuir um caráter “supranacional” aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tendo essa interpretação sido reconhecida inclusive pela Corte Constitucional colombiana. Cf. RICO, 2002, p. 208-209.

<sup>13</sup> Como leciona Bidart Campos (1995, p. 277-278), o termo “complementares” inserido no inciso 22 do art. 75 da Carta Magna argentina reformada, não significa que aqueles instrumentos por ela elencados têm hierarquia inferior à Constituição, e muito menos que eles têm mero caráter secundário ou acessório; “complementário” não quer dizer “supletório”. “Complementário”, para Bidart Campos, quer dizer que “algo” deve agregar-se a outro “algo” para que este esteja *completo*. De sorte que aqueles *instrumentos internacionales com hierarquia constitucional conferem completude ao sistema de direitos da Constituição* gerando uma dupla fonte: a *interna* e a *internacional*, para que só assim o sistema argentino de direitos esteja abastecido. Do contrário, segundo ele (e com absoluta razão, a nosso ver), o texto constitucional não estará completo. Cf. também, Fix-Zamudio, (2002, p. 524-528).

<sup>14</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 348.

<sup>15</sup> Nesse sentido, assim já se referia Barral, 1999, p. 03-04.

<sup>16</sup> Para um estudo detalhado do processo constitucional de celebração de tratados no Brasil, vide Mazzuoli, (2004, p. 265-336).

<sup>17</sup> Vide, a propósito, Cachapuz de Medeiros (1995, p. 395-398).

<sup>18</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 241.

<sup>19</sup> Para um estudo detalhado da matéria, vide Mazzuoli (2002b, p. 160-162).

<sup>20</sup> Cf., por tudo, Trindade (1997, p. 401-402); Piovesan (2002, p. 115-120); e Mazzuoli (2002a, p. 272-295).

<sup>21</sup> Para um estudo do procedimento e das teorias relativas à *denúncia* de tratados, vide Mazzuoli (2004, p. 188-198).

<sup>22</sup> Cf. nesse sentido, art. 21 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discrimina-

ção Racial (1965); art. 12 do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos civis e Políticos (1966); art. 78, nº 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); art. 31, nº 2 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); e art. 52 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

<sup>23</sup> Sobre este assunto, assim lecionava Oscar Vilhena Vieira (2004, p. 204-205) antes da reforma constitucional de 2004: “O problema [do § 2º do art. 5º da Constituição, antes da existência do novo § 3º], no entanto, é que o *quorum* exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo *quorum* ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação. Em última *ratio* o Presidente estaria autorizado a desobrigar o Estado do cumprimento de algo que foi transformado em cláusula pétrea”. E continuava: “Com a nova redação, este problema ficou solucionado (parcialmente), tanto do ponto de vista político quanto jurídico. Politicamente, não mais estaremos alterando nossa Constituição por maioria simples do parlamento. Da perspectiva jurídica, estabeleceu-se claramente a posição hierárquica daqueles tratados de direitos humanos que houverem sido aprovados por maioria de três quintos das duas casas do Congresso”.

<sup>24</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 253-259; e ainda 2004, p. 370-375.

## Bibliografia

ARNOLD, Rainer. El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: desarrollo y perspectivas. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica*: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

BARRAL, Welber. Reforma do judiciário e direito internacional. *Informativo Jurídico do INCIJUR*, [S. l.], n. 4, nov. 1999.

BUERGENTHAL, Thomas. Modern constitutions and human rights treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, n. 36, 1997.



- CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, a. 1, n. 1, enero./jun. 2004.
- \_\_\_\_\_. La protección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en iberoamérica: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000a.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.
- \_\_\_\_\_. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000b.
- \_\_\_\_\_. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.
- \_\_\_\_\_. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RICO, Sandra Morelli. Reconocimiento y efectividad de la carta de derechos contenida en la constitución colombiana de 1991. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en iberoamérica: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos: a incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. Costa Rica; Brasília: IIDH, 1996a.
- \_\_\_\_\_. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996b.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma?. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.
- VON SIMSON, Werner; SCHWARZE, Jorge. Integración europea y ley fundamental: mastrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán". In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons Ediciones, 1996.

# Medicamentos e livre concorrência

Paolo Zupo Mazzucato

## Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Breve diagnóstico da indústria farmacêutica. 3. Perspectiva regulamentar. 3.1. Direito Antitruste e propriedade intelectual. 3.2. Livre concorrência e medicamentos genéricos. 4. Perspectiva institucional: a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 5. Considerações finais.

### *1. Considerações preliminares*

Medicamentos e livre concorrência são temas que, aparentemente, não estão relacionados. Apenas aparentemente. Analisando-se esses assuntos sob o prisma de políticas públicas, verifica-se haver grande complementaridade entre uma política nacional de saúde, que tem como pilares a disponibilidade e a universalização do acesso a remédios, e a defesa da ordem econômica, que encontra sustentáculo na prevenção e na repressão aos abusos do poder econômico.

Considera-se a indústria farmacêutica a expressão de uma atividade econômica. Como tal, submete-se aos princípios prescritos no art. 170 da Constituição da República de 1988, entre eles a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Trata-se de setor cujos produtos são de natureza essencial para a população, o que tem motivado forte intervenção estatal – por vezes, até mesmo sob a forma de controle de preços.

Paolo Zupo Mazzucato é Advogado, professor, mestre em Direito Econômico pela UFMG.

O setor é pivô de grandes polêmicas. Vale lembrar, *e.g.*, a celeuma do então presidente Itamar Franco com os laboratórios – que originou uma série de processos no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e culminou com o surgimento de um novo diploma antitruste, a Lei nº 8.884/94 (SALGADO, 1997, p. 180) – e a CPI<sup>1</sup> dos Medicamentos.

Assim, a proposta do presente trabalho é demonstrar, sob o enfoque do Direito Econômico, a complementaridade entre as políticas antitruste e de saúde, tarefa pouco realizada pela doutrina. Para tanto, será observada a divisão desse ramo em Direito Regulamentar Econômico e Direito Institucional Econômico<sup>2</sup>, estabelecida por Bernard Chenot (1958, p. 420-423), na França, e trazida ao Brasil pelo prof. Alberto Venâncio Filho (2000).

## 2. Breve diagnóstico da indústria farmacêutica

O surgimento da moderna indústria farmacêutica pode ser situado no fim da II Guerra Mundial, momento em que a penicilina passou a ser produzida em escala industrial. A partir de então, os Estados Unidos tornam-se a nação líder do setor – fenômeno explicado por seu propício ambiente institucional combinado com importantes avanços tecnológicos, além da destruição do parque industrial europeu (LISBOA, 2001; REGO, 2000, p. 370).

De fato, aquele país, desde 1906, com a edição do *Pure Food and Drug Act*, somada à existência de órgãos como o *FDA (Food and Drug Agency)* e de significantes descobertas (a exemplo do processo de obtenção da estreptomicina, que possibilitou o isolamento de várias outras substâncias químicas), vem desenvolvendo sua experiência na regulação da saúde<sup>3</sup>. Hoje, os americanos comandam os investimentos privados em Pesquisa & Desenvolvimento (P&D), sendo responsáveis por 36% do total mundial, seguidos pelo Japão (19%), Alemanha (10%), França

(9%) e Reino Unido (7%) (LISBOA, 2001, p. 31)<sup>4</sup>.

A indústria farmacêutica pode ser conceituada como aquela que pesquisa, manufatura e vende drogas que demandam prescrição médica (LISBOA, 2001, p. 52). O segmento possui peculiaridades que o distinguem dos demais, como volumosos investimentos em P&D e ritmo elevado de inovações, o caráter fundamental das patentes, a natureza de bem credencial dos medicamentos e os problemas de agência decorrentes da dissociação entre o consumidor, o agente indicador e o pagador dos remédios.

Quanto à pesquisa, é possível dizer que a maioria dos recursos aplicados resulta em insucessos. De 5.000 a 10.000 novas moléculas sintetizadas, somente uma é aprovada. Apenas três em cada dez drogas lançadas no mercado de 1980 a 1984 obtiveram retornos maiores que os custos médios de P&D (LISBOA, 2001, p. 02).

Não obstante os enormes riscos, uma única inovação é capaz de retirar uma empresa do ostracismo, tornando-a líder de vendas. Graças a isso, os investimentos em novas tecnologias representam (dados de 1997) 21,2% das receitas totais dos laboratórios americanos (a título comparativo, a fração média destinada a tal finalidade é de 4% em outras indústrias) (LISBOA, 2001, p. 25).

À medida que aumenta o faturamento dos laboratórios, aumentam também as verbas para pesquisa. Assim, em 1970, estas correspondiam a 8% das receitas; em 1980, 11,9%; em 1996, 13,5%; e, em 2000, 20,3% (LISBOA, 2001, p. 35). Em 1980, o setor farmacêutico dos EUA aplicou US\$ 3 bilhões em P&D; em 1992, US\$ 10 bilhões. O ritmo de inovações anuais acompanha esse crescimento: em 1969 era de apenas 9, tendo saltado para 35 em 1999 (LISBOA, 2001, p. 30).

Os custos de desenvolvimento de novos fármacos são bastante significativos. Nos anos 80, oscilavam na faixa de US\$ 140 a US\$ 280 milhões; na década de 90, atingi-

ram a casa dos US\$ 350 milhões (LISBOA, 2001, p. 35). O tempo de desenvolvimento também é elevado e tem subido: a média, nos anos 60, era de 8,1 anos; na década de 90, 14,9 anos (LISBOA, 2001, p. 33). Há três fases no ciclo de vida dos medicamentos. A primeira seria a etapa de pesquisa; a subsequente seria a do monopólio patentário e a última, a de expiração da patente (LISBOA, 2001, p. 25).

Devido ao fato de esses produtos lidarem com a vida humana, há o justificado temor de que possam ser ineficazes ou causadores de reações adversas<sup>5</sup>, bem como o risco de que sejam caros demais tendo em vista sua qualidade. Destarte, ocorre uma rígida regulação do setor, não havendo a possibilidade de livre ingresso no mercado – uma longa bateria de testes precede a autorização governamental para o lançamento de novas drogas. Isso acrescenta outros custos, como, *e.g.*, aqueles ligados ao tempo médio para aprovação de um medicamento pelas autoridades competentes. É bem verdade, porém, que esse prazo vem decrescendo: em 1986, eram necessários 37 meses; em 1999, 12,6 meses (EUA)<sup>6</sup> (LISBOA, 2001, p. 33). Grandes, portanto, as barreiras à entrada.

Em face do elevado capital que deve ser mobilizado e dos riscos inerentes à atividade farmacêutica, passou-se a utilizar o instituto da patente como estímulo à pesquisa<sup>7</sup>. Estima-se que, na ausência dessa proteção, 65% das invenções não teriam sido lançadas e 60% não teriam sido desenvolvidas (LISBOA, 2001, p. 28). Na indústria química, segundo segmento mais beneficiado pelo instituto, os números são de 30% e 38%, respectivamente<sup>8</sup> (LISBOA, 2001).

Os medicamentos são classificados como bens credenciais. Vale dizer, certos aspectos da qualidade do bem podem não vir a ser passíveis de avaliação pelo consumidor, pois somente um profissional especializado poderia atestá-los (LISBOA, 2001, p. 35)<sup>9</sup>. Conseqüentemente, há uma dissociação entre a figura do consumidor (paciente) e a

de quem indica ou prescreve a droga (médico).

Há dois momentos na concorrência entre produtos farmacêuticos: a concorrência intermarcas e a concorrência intramarcas (LISBOA, 2001, p. 38). A primeira seria definida como a opção por um certo tratamento<sup>10</sup> (incluindo o medicamento prescrito), entre os vários possíveis – ou, simplesmente, a escolha de um determinado princípio ativo (fármaco). Quanto ao segundo e subsequente instante, trata-se da alternativa, também pelo médico, por um remédio entre os vários que utilizam um mesmo princípio ativo (medicamento de referência, genérico e similar – estes últimos, quando houver).

Assim, parece lógico afirmar que, ao prescrever um medicamento, o médico cria um monopólio. Situação, aliás, praticamente impossível de contestar, já que o paciente-consumidor é incapaz de aferir a qualidade do produto e de trocá-lo por outro, além de, ao farmacêutico, em regra, ser vedada a possibilidade de substituição.

Enorme, portanto, a importância comercial do médico para os laboratórios, uma vez que a conquista de mercado passa por ele. Isso explica todas as propagandas e artifícios (oferecimento de viagens, de inscrições em seminários, de lazer) utilizados por essas empresas a fim de cativá-lo. Em contrapartida, inúmeras legislações determinam aos médicos que receitem os remédios pelo nome do princípio ativo ou conferem ao farmacêutico a possibilidade de substituir o medicamento de referência pelo genérico, desde que ausente proibição expressa e justificada do médico.

A referida dissociação entre quem toma a decisão de escolha do medicamento e quem o consome acarreta o que na teoria econômica é descrito como problema de agência: o paciente deseja maximizar a utilidade esperada da droga, levando em conta não apenas efeitos terapêuticos, como também critérios financeiros (preço mais baixo). O médico, por outro lado, geralmente prioriza apenas o primeiro aspecto – o

profissional é sensível à questão do preço apenas quando lhe são fornecidas informações e comparativos entre este e a eficácia (LISBOA, 2001, p. 40). A questão se agrava quando o responsável pelo pagamento é um terceiro agente, geralmente o Estado ou um plano de saúde privado – mediante financiamento, distribuição ou políticas de reembolso<sup>11</sup>.

Importante destacar alguns dados referentes a gastos com remédios no Brasil. Conforme a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 1987-1988, aqueles correspondiam a 2,55% do orçamento de famílias com proventos de 1 a 40 salários mínimos. Em 1996, essa participação se elevou para 3,55%. Segundo pesquisa da CNT-Vox Populi, noventa e seis por cento dos entrevistados afirmaram que o item de seu consumo cujos preços teriam tido os maiores crescimentos seriam os produtos farmacêuticos (SERRA, 2000, p. 03). De 1994 (Plano Real) a 2000, os valores desses bens sofreram reajustes superiores ao IPCA: enquanto estes aumentaram 116,52%, o índice subiu 94,60%<sup>12</sup> (LISBOA, 2001, p. 62).

Apesar das altas, pode-se dizer que os medicamentos apresentaram um comportamento cíclico em relação a valores praticados ao consumidor ao longo da década de 1990. Logo após a extinção do controle de preços (1992-93), estes se elevaram abruptamente. De 1994 a 1995, com o Plano Real e a sobrevalorização da moeda nacional em relação ao dólar, segue-se uma relativa queda nos preços (muito embora estes tenham-se mantido superiores aos praticados anteriormente a 1992), explicada em função do barateamento da matéria-prima, que em sua maioria é importada<sup>13</sup>. Até 1999, persiste um período de estabilidade, interrompido pela desvalorização cambial, que forçou aumentos dos custos, mas não da rentabilidade (LISBOA, 2001, p. 62).

É importante atentar para o caráter inelástico e regressivo dos gastos com aqueles bens. Inelástico, pois as pessoas não deixam

de comprá-los em função de aumentos dos preços, nem reduzem a demanda em termos proporcionais a estes aumentos.

Regressivos, em face de pesquisas que indicam que, em termos absolutos, as camadas de maior poder aquisitivo, apesar de auferir renda 40 vezes superior à das menos favorecidas, apresentam gastos com remédios apenas 1,5 vezes maior do que o destas últimas. Em termos relativos, porém, medicamentos consomem de 1% a 4% da renda das famílias mais pobres, contra 0,3% nas classes mais privilegiadas (LISBOA, 2001, p. 64-67). A variação de renda parece influir mais na decisão de gastar do que propriamente no quanto (montante) se irá gastar (LISBOA, 2001, p. 69). Logo, não é absurdo constatar que é a população mais pobre aquela que mais sofre com o alto custo dos medicamentos, que são, aliás, o principal componente de suas despesas com saúde<sup>14</sup>.

O setor farmacêutico, aos olhos dos órgãos de defesa da concorrência, apresenta características estruturais que possibilitam o exercício abusivo de poder de mercado, tais como elevada concentração, fidelidade à marca, o fato de o consumidor estar tecnicamente impossibilitado de decidir o que consumir e a existência de patentes (MALAN; CONSIDERA, 2000, p. 5-6). O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), aliás, classifica tal mercado como um “oligopólio diferenciado”<sup>15</sup>, em que a competição com base na diferenciação de produtos e nos investimentos maciços em publicidade seriam o traço marcante.

Com relação à delimitação do mercado relevante, a SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) – apesar de não haver qualquer posicionamento consolidado por parte desse órgão – tem procurado seguir as recomendações propostas pelo “Estudo Comparativo de Preços Internacionais e Análise de Dominância do Mercado Farmacêutico no Brasil – 1999”. Referido trabalho foi encomendado pela Secretaria em virtude dos processos administrativos instaurados por representações oriun-

das da CPI dos Medicamentos, tendo sido realizado por conceituados economistas e farmacêuticos-bioquímicos da UnB (Universidade de Brasília) (SILVER, 1999).

Segundo os especialistas, haveria quatro possibilidades de definição de mercado relevante no segmento em apreço, a saber: (1) o mercado farmacêutico como um todo, (2) por classe terapêutica, (3) por subclasse terapêutica e (4) por similaridade química (composição idêntica ou quase-idêntica). Os critérios determinantes na tarefa seriam o perfeito conhecimento e nível de informação por parte de ofertantes e consumidores e a perfeita substitutibilidade entre os produtos.

O primeiro modelo seria inadequado em virtude da elevada assimetria de informação naquela indústria, além da grande diferenciação e do reduzido grau de substituição entre remédios (em face do caráter específico da demanda). Quanto à segunda e à terceira hipóteses, os mesmos comentários poderiam ser tecidos, não obstante em menor medida. Importante ressaltar a impossibilidade técnica e jurídica que tem o consumidor de efetuar opções em função de preço ou de qualidade em uma mesma classe ou subclasse terapêutica. O médico, a seu passo, decide por parâmetros técnicos, não considerando, de modo geral, aspectos financeiros.

Quadro diferente ocorre na quarta possibilidade. A similaridade química faz com que a substitutibilidade ganhe contornos mais nítidos, em função da equivalência terapêutica do medicamento genérico em relação ao inovador, e da proximidade do similar quanto a este último. E, embora a apropriação da informação por usuários ainda não seja perfeita, ela tem dado mostras de avanço em face das campanhas realizadas para difundir as drogas genéricas e tornar factível a possibilidade de escolha do consumidor.

Assim, segundo a assessoria prestada pela UnB, a melhor definição de mercado relevante quanto ao produto seria aquela

que engloba o medicamento de referência, o correspondente genérico e os similares. Consultada, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) apresentou algumas ressalvas à delimitação segundo o princípio ativo, já que elementos coadjuvantes de determinados remédios poderiam interferir no tratamento, descaracterizando a substituição perfeita<sup>16</sup>. Assim, sua visão de mercado relevante é ainda mais restritiva.

Feitas essas rápidas considerações acerca da indústria farmacêutica, passa-se ao exame da relação entre medicamentos e livre concorrência, vale dizer, a interseção entre as políticas de saúde e antitruste.

### *3. Perspectiva regulamentar*

#### *3.1. Direito Antitruste e propriedade intelectual*

Talvez o principal instituto do Direito de Propriedade Intelectual seja a patente, que pode ser definida como um monopólio temporário sobre uma invenção, concedida após processo administrativo e que garante direitos de fabricação, uso e venda exclusivos ao inventor<sup>17</sup>. Apesar de antiga (há registro de algumas datadas do século XV), é objeto de importantes estudos da ciência econômica. Na década de 1960, o Prêmio Nobel de Economia Kenneth Arrow demonstrou como a inexistência de tal privilégio poderia desestimular o investimento em inovações (OLIVEIRA, 2001b).

Entretanto, esse sistema vem sendo contestado. A patente pretende corrigir uma falha de mercado, a saber, a impossibilidade de garantia de apropriação, pelo investidor, dos ganhos advindos da criação, mediante a introdução de uma outra falha de mercado, o monopólio. Acredita-se que o subinvestimento em pesquisa não estaria afastado, já que a exclusividade causaria uma certa acomodação para a empresa – isso sem mencionar o perigo do “engavetamento” de descobertas: estas deixariam de ser lançadas até a expiração daquele direito ou a

ameaça de entrada de rivais (OLIVEIRA, 2001a).

Não há como negar, porém, a importância do instituto para a indústria farmacêutica. Como anteriormente dito, 65% das inovações não teriam sido lançadas e 60% não teriam sido desenvolvidas em sua ausência. A patente se faz necessária tanto para proteção de produto como para um determinado processo de obtenção deste<sup>18</sup>.

O direito de propriedade intelectual é hoje reconhecido como garantia fundamental, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXIX<sup>19</sup>, da Constituição da República de 1988. Antes disso, no entanto, por força do Decreto-Lei nº 7.903/45 e do Decreto-Lei nº 1005/69, o Brasil não reconhecia, respectivamente, patentes de produtos químicos-farmacêuticos e nem de processos de obtenção. A intenção era, mediante tal artifício, incentivar o desenvolvimento dos laboratórios nacionais e de uma tecnologia autóctone, a exemplo do que fizeram vários outros países. O projeto não deu certo, e viu na CEME (Central de Medicamentos) o símbolo do fracasso<sup>20</sup>.

Devido às fortes pressões internacionais, o País, em 1996, com a Lei nº 9.279, passou a reconhecer patentes para aqueles bens e procedimentos. Pressões hipócritas, diga-se, já que Suíça, Reino Unido, Itália, Espanha, Japão e França optaram pelo mesmo expediente brasileiro, assegurando tais direitos somente após a conquista de competitividade por parte de suas indústrias<sup>21</sup> (LISBOA, 2001, p. 59).

Muito se debate, sem se chegar a um consenso, sobre qual seria o escopo das leis de defesa da concorrência (SALOMÃO FILHO, 1998) (defesa da própria concorrência, do mais fraco, do consumidor, política econômica, entre outros), mas é possível afirmar que elas partem da prevenção e da repressão aos abusos do poder econômico. Monopólios, de forma geral, sempre foram vistos com reservas desde os primórdios do surgimento daqueles diplomas, muito embora se entenda, atualmente, que essas formas não constituem ilícito *per se*.

Nos Estados Unidos, ao longo do século passado, acreditava-se que o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual tutelavam interesses opostos. Patentes confeririam poder monopolístico em um dado mercado relevante, ao passo que a norma antitruste visaria a eliminar monopólios para promover a competição. Cortes e agências optavam por um dos valores em detrimento do outro (BIOJUDICIARY ORGANIZATION, 2002, p. 1).

A evolução da jurisprudência, com o fito de conciliar tais interesses, passou a ver na patente um “amplo endosso governamental de imunidade às leis antitruste”<sup>22</sup> (BIOJUDICIARY ORGANIZATION, 2002). Em 1948, porém, a Suprema Corte americana estabeleceu que a posse dessa exclusividade não conferiria a seu titular nenhuma isenção ao *Sherman Act* além dos limites do monopólio da invenção. Em 1970, a tendência de estreitamento de tipos imunes culminou com a definição, pelo *Department of Justice (DOJ)*, das condutas tidas por potencialmente desarrazoadas, em uma política conhecida por “*Nine No-Nos*”<sup>23</sup>.

A concepção da relação entre concorrência e propriedade intelectual se modificou profundamente. De noções contraditórias, passaram a complementares. A inexistência da patente seria uma barreira à entrada de novos agentes no mercado, pois seria este o mecanismo capaz de reduzir as incertezas do setor e propiciar o retorno dos elevados investimentos necessários em P&D. Este, hoje, o entendimento dos tribunais americanos<sup>24</sup> e da *Federal Trade Commission (FTC)*<sup>25</sup>.

Em 1995, a *FTC* e o *DOJ*, juntos, criaram a *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (IP Guidelines)*, uma série de diretrizes destinadas a determinar a abordagem, segundo os princípios do Direito Concorrencial, que esses órgãos confeririam aos casos envolvendo propriedade intelectual.

O normativo adota três premissas. Primeiro, são aplicáveis os mesmos fundamen-

tos gerais de Direito Antitruste utilizados nos demais setores, reconhecendo-se, contudo, eventuais particularidades. Em segundo lugar, a titularidade de um direito de propriedade intelectual não cria a presunção de detenção de poder de mercado para o agente econômico. E, por fim, considera-se este direito pró-competitivo, por aumentar a velocidade e reduzir o custo de trazer inovações ao mercado, beneficiando o consumidor (BIOJUDICIARY ORGANIZATION, 2002).

No Brasil<sup>26</sup>, a relação entre propriedade intelectual e defesa da concorrência também já foi discutida, notadamente na consulta formulada ao CADE pelo Ministério da Saúde. Este indagou àquele quais os tipos de conduta descritos como ilícitos na Lei nº 8.884/94 poderiam dar ensejo à recomendação aos órgãos competentes, pelo Conselho, para a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator.

Tendo o conselheiro Mércio Felsky por relator, o Plenário do CADE entendeu que qualquer dos atos compreendidos no art. 21 do mencionado diploma, além de outros, poderiam acarretar a aludida recomendação, desde que a abusividade da conduta estivesse relacionada ao poder econômico conferido pela patente<sup>27</sup>. A decisão repercutiu de forma significativa à época em que ocorreu, mas, até o instante, não houve nenhuma condenação capaz de provocar a sugestão de licenciamento compulsório.

### 3.2. Livre concorrência e medicamentos genéricos

Os medicamentos genéricos surgiram nos Estados Unidos, na década de 60, a partir de uma iniciativa do governo americano de atestar a segurança e a eficácia dos remédios existentes (*Kefauver-Harris Act*). O grande impulso, porém, à fabricação daquelas drogas ocorre em 1984, com a simplificação de seu processo de aprovação pelo FDA (*Hatch-Waxman Act*<sup>28</sup>). Esperava-se, assim, estimular a concorrência e, com o ingresso de novos agentes, reduzir preços e obter mai-

ores benéficos para o consumidor. Em 1989, os genéricos representavam mais de 33% das prescrições feitas nos EUA (LISBOA, 2001, p. 54-55).

No Brasil, a primeira iniciativa legislativa relativa ao tema foi o Decreto nº 793, de 05 de abril de 1993, que não vingou<sup>29</sup>. Entretanto, uma política de saúde baseada em remédios genéricos continuou a ser objeto de debates dentro do Governo<sup>30</sup>, e, em 10 de fevereiro de 1999, surge a Lei nº 9.787 (Lei dos Genéricos).

O diploma classifica os medicamentos em três tipos: medicamento de referência, genérico e similar. O primeiro seria o produto inovador, com eficácia, segurança e qualidade atestadas pelo Estado<sup>31</sup>. O segundo poderia ser definido como a cópia fiel do bem de referência, comprovada mediante testes de bioequivalência e de biodisponibilidade, produzido após a expiração ou a renúncia da patente (ou de outros direitos de exclusividade) e designado pelo nome de seu princípio ativo<sup>32</sup>. Quanto ao último, pode-se dizer ser este também uma réplica do medicamento pioneiro, sendo composto pelos mesmos princípios ativos (entre outras iguais características) e dele podendo diferir apenas quanto a excipientes e veículos, entre outras características, sendo denominado por marca ou nome comercial<sup>33</sup>.

O que distingue o genérico do similar? Aquele é um clone do medicamento de referência; o similar, não, apesar de ser semelhante e se destinar a uma mesma finalidade, uma vez que possui a mesma essência (princípio ativo). Este, além de deter nome comercial ou marca, não é submetido aos testes de bioequivalência<sup>34</sup> e de biodisponibilidade<sup>35</sup>, que se prestam a declarar a intercambialidade (equivalência terapêutica, ou seja, mesma eficácia clínica e igual potencial para originar efeitos adversos)<sup>36</sup> em relação à droga inovadora.

A idéia, ao se introduzir os genéricos no País, é promover um uso mais racional dos medicamentos e possibilitar o seu acesso às camadas mais pobres da população, uma



vez que estes remédios são mais baratos que aqueles de referência. A diferença de valor se explica por dois fatores: não há investimento em P&D, já que o genérico é cópia idêntica do pioneiro e não há gastos com propaganda de marca<sup>37</sup>, pois ele é comercializado pelo nome do fármaco (DCB ou DCI) (STORPITIS; VALENTE, [2002]).

Com efeito, houve queda no preço dos medicamentos: os genéricos custam em média 40% a menos que os produtos de referência. Em função disso, em 2001, as vendas daqueles subiram 614,3% em relação a 2000, apesar de o setor farmacêutico ter amargado uma queda de 3,14% no mesmo período (CAPELA, 2002a). O número de laboratórios, fármacos e apresentações aumentou de, respectivamente, 4, 11 e 26 em fevereiro de 2001 para 29, 142 e 1165 em agosto do mesmo ano<sup>38</sup>.

Se a perspectiva de redução de valores se confirma, o mesmo não ocorre quanto à expectativa de uma “guerra de preços” pela preferência do consumidor. Estudos realizados nos EUA demonstraram que, contrariando as noções econômicas tradicionais, o produto inovador aumentava seus preços diante da entrada dos genéricos no mercado, ainda que estes viessem a praticar valores em até 70% inferiores em relação às respectivas drogas de referência.

O aparente paradoxo é explicado pela segmentação de consumidores de produtos farmacêuticos. Há um primeiro grupo, mais suscetível ao fator preço (hospitais e organizações de saúde), que tende a escolher o substituto genérico; e há uma segunda e considerável parcela mais sensível (avessa) ao fator risco que ao preço (médicos e pacientes), que se mantém fiel ao bem inovador. Essa fidelidade se origina da falta de informação ou de segurança dos elementos deste conjunto acerca da eficácia do medicamento genérico, apesar de se verificar que alguns médicos, ainda que bem informados, mantêm a prescrição do produto de marca por uma simples questão de hábito ou uma ausência de cultura de racionalização de custos.

Os laboratórios de drogas pioneiras, então, optam pela estratégia de subir (ou pelo menos manter) os preços de seus produtos, de forma a recuperar as perdas provenientes da migração de consumidores para o substituto mais barato (LISBOA, 2001, p. 56). E, cumpre dizer, os aumentos de preços são proporcionais ao aumento da migração, em prejuízo da população. Quanto aos similares, estes reduzem os valores em face da entrada de novos competidores, mas os elevam tão logo ganhem participação diante do líder do mercado (geralmente o bem inovador) (FIUZA, 2002, p. 2).

A preocupação em universalizar o acesso a medicamentos, como dito, constitui um dos objetivos da criação dos genéricos. É interessante observar como uma política de saúde pode contribuir para o direito ao consumo. Pretende-se, assim, promover uma significativa parcela de brasileiros excluídos ao *status* de consumidores, além de permitir àqueles que já gozam de tal condição maiores facilidades de aquisição. O direito *do* consumo, por sua vez, não é esquecido, ao se estabelecerem medidas de garantia de qualidade dos remédios, bem como informações adequadas e suficientes a seu respeito.

No entanto, possibilitar o ingresso de novos agentes ao mercado, por si só, não solucionará a questão do direito ao consumo. Mesmo com o surgimento dos genéricos, metade da população (que recebe até quatro salários mínimos por mês) continuará a não consumir remédios<sup>39</sup>. Iniciativas complementares como o Farmácia Básica (programa do Governo que distribui gratuitamente cerca de 40 tipos de medicamento a carentes) ou subsídios na venda de medicamentos nas farmácias<sup>40</sup> fazem-se necessárias, apesar de o cerne do problema ser a distribuição de renda<sup>41</sup>.

Não obstante a relevância das políticas públicas mencionadas, o êxito do programa de genéricos em termos de universalização do acesso a medicamentos demanda medidas de promoção da livre concorrência – o que, aliás, está sendo feito.

O Prof. Raymond Barre (apud VAZ, 1993b, p. 27-28) aponta cinco elementos fundamentais ao conceituar a concorrência perfeita: (1) a atômica do mercado, (2) a homogeneidade do produto, (3) a livre entrada na indústria, (4) a perfeita transparência do mercado e (5) a perfeita mobilidade dos fatores produtivos. Por mais que se trate de um modelo apenas teórico, as diretrizes pró-competitivas na saúde, com a introdução de medicamentos genéricos, podem tomá-lo como ponto de partida. Senão, veja-se.

A desnecessidade de investimentos em P&D e em *marketing* dos genéricos reduz consideravelmente as barreiras à entrada na indústria farmacêutica (3 e 5), atraindo novas empresas (1) que aumentarão a oferta para o consumidor e reduzirão os gastos deste. Os testes de bioequivalência e de biodisponibilidade, por sua vez, declaram a intercambialidade entre o medicamento genérico e o de referência (2), e a difusão da informação sobre preço e qualidade (4), esclarecendo instituições de saúde, médicos e pacientes acerca dos benefícios dos novos produtos, dará o toque final capaz de estabelecer um autêntico sistema de concorrência entre as empresas do setor.

A entrada de novos agentes, em decorrência da Lei nº 9.787/99, já vem ocorrendo. Produzir genéricos é um bom negócio<sup>42</sup> – estima-se que teria movimentado US\$ 300 milhões no Brasil em 2002 (CAPELA; FACCHINI, 2002).

Além dos laboratórios brasileiros que surgem ou se fortalecem, como é o caso do Teuto Brasileiro (que planeja exportar medicamentos para a África e a América Latina) (CAPELA, 2002b), há a notícia de que grandes grupos farmacêuticos estrangeiros estão desembarcando em território nacional para disputar o mercado de genéricos. Assim, aguarda-se a chegada da israelense Teva, da canadense Apotex, da americana Ivax e da alemã Stada (CAPELA, 2002c), entre outras companhias<sup>43</sup>, e de seus investimentos que, somados, representam deze-

nas de milhões de dólares e a geração de milhares de postos de trabalho, direta e indiretamente, contribuindo para o desenvolvimento do País.

Outro ponto cumpre ser debatido. Tão ou mais importante que o ingresso de novos competidores talvez seja a difusão da informação. Conforme observado, há uma parcela dos consumidores e dos médicos que, por falta de esclarecimento, não confiam na droga genérica e continuam adquirindo ou receitando o produto inovador, permitindo a estratégia de aumento de preços do fabricante desse medicamento para compensar a perda de mercado. Portanto, campanhas intensas, como as recentemente veiculadas na TV, devem continuar a ser feitas visando a conscientizar aqueles grupos, combatendo essa imperfeição<sup>44</sup>.

Uma última ação deve ser feita para minimizar a assimetria de informação. Se ao médico cabe o direito de prescrição (receitar medicamentos), ao farmacêutico deve ser conferido o direito de substituição, vale dizer, a faculdade de propor aos consumidores medicamentos genéricos, quando existentes, e desde que a autorização não tenha sido vedada de forma expressa e justificada na receita. Haveria ainda limites da ordem de custos – a troca não poderia ser feita por produto mais caro – e de saúde – não poderia haver qualquer risco para o paciente<sup>45</sup>. No Brasil, tal hipótese é possível e encontra-se regulamentada pela RDC (Resolução de Diretoria Colegiada) nº 10 da ANVISA, de 02 de janeiro de 2001.

No bojo da Lei nº 9.787/99, há elementos pró-competitivos, destinados a propiciar condições de igualdade material para que o equivalente terapêutico possa disputar o mercado. Destarte, o diploma legislativo estabelece que as aquisições e prescrições realizadas no âmbito do Sistema Único de Saúde serão realizadas utilizando-se a nomenclatura do princípio ativo<sup>46</sup>, tal como é reconhecida pelo organismo federal competente (Denominação Comum Brasileira) ou pela Organização Mundial de Saúde (Denomi-

nação Comum Internacional) e que, em igualdade de preço, o genérico terá preferência nas compras públicas sobre os demais medicamentos<sup>47</sup>.

A política farmacêutica em apreço, portanto, em muito depende de medidas concorrenciais, em particular de ações que possam estimular a competição entre os agentes. A seguir, será analisado como, dentro dessa última política, a vertente de prevenção e repressão aos abusos do poder econômico (defesa da concorrência) também pode ser instrumento de grande utilidade.

#### 4. *Perspectiva institucional: a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*

O sucesso de programas como o dos medicamentos genéricos depende não apenas de um moderno arcabouço regulamentar; uma sólida e eficiente estrutura institucional, atuando em regime de cooperação entre os mais diversos organismos, faz-se importante<sup>48</sup>. Decerto, as entidades de defesa da concorrência podem contribuir em muito com as autoridades sanitárias, já que o abuso de poder econômico pode-se constituir em obstáculo à universalização do consumo de remédios.

A experiência dos Estados Unidos confirma a assertiva. Naquele país, a atuação dos órgãos antitrustes tem sido determinante para se consolidar as conquistas da implementação dos genéricos. Em recente audiência perante o *Committee on the Judiciary – United States Senate*, a *Federal Trade Commission* relatou seu desempenho na defesa da concorrência no segmento farmacêutico (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2001).

A agência norte-americana fez menção expressa a alguns casos paradigmáticos, que demonstram a estratégia de alguns laboratórios de medicamentos de referência de impedir (ou pelo menos retardar) a entrada de concorrentes genéricos no mercado mediante o pagamento, a estes últimos, de elevadas somas de dinheiro<sup>49</sup>.

A concorrência entre as empresas produtoras dos equivalentes terapêuticos também é motivo de preocupação. A *FTC* processou o *Mylan Laboratories Inc.*, segundo maior fabricante de genéricos dos EUA, devido aos contratos de exclusividade firmados entre esta e fornecedores de matérias-primas com o escopo de dificultar a entrada de novos agentes e possibilitar aumentos de preços<sup>50</sup>. O fato, diga-se, apenas corrobora a máxima segundo a qual quem tem poder tende a dele abusar. Na indústria farmacêutica não é possível, de antemão, apontar inocentes e culpados.

Além da repressão aos abusos do poder econômico, a *Commission* tem realizado estudos acerca da concorrência no setor e a influência dos institutos do *Hatch-Waxman Act* no comportamento dos laboratórios. Assim, busca-se verificar, em especial, os efeitos pró-competitivos (ou não) do período de exclusividade de 180 dias concedidos pela lei ao primeiro fabricante de genéricos a ingressar no mercado, bem como o uso de *Citizens Petitions* por produtores de medicamentos inovadores para retardar o acesso de produtores de equivalentes terapêuticos<sup>51</sup>. A pesquisa desenvolvida resultou no documento intitulado “*Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: an FTC Study*” (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2002). Destarte, o aparato institucional antitruste dos EUA vem contribuindo para assegurar, de forma significativa, o direito de escolha do cidadão americano e o êxito da política de genéricos.

No Brasil, a despeito da ausência de uma tradição consolidada no Direito da Concorrência, as autoridades do SBDC vêm-se empenhando na realização de um importante papel no tocante ao controle de comportamentos no segmento farmacêutico.

O então ministro da Fazenda Pedro Malan e o então secretário da SEAE Cláudio Considera, durante audiência pública na CPI dos Medicamentos, apresentaram relatório acerca da atuação da Secretaria no tocante ao controle de preços dos remédios (MALAN; CONSIDERA, 2000).

A transição do regime cambial semifixo para o flexível, em fevereiro de 1999, provocou a intenção de os laboratórios redefinirem os valores de seus produtos de acordo com as variações da cotação do dólar (em função do uso de matéria-prima importada). A SEAE, então, interveio. Inicialmente, orientou as empresas a não procederem a qualquer aumento naquele mês de fevereiro, tendo em vista o caráter incipiente da nova política de câmbio. A seguir, recomendou a adoção de um determinado valor para a moeda americana, mais condizente com projeções econômicas para aquele ano (R\$ 1,70/US\$), além do parcelamento do reajuste em três parcelas (MALAN; CONSIDERA, 2000, p. 01-02).

Outra ameaça de aumentos veio com a elevação de preços de diversas matérias-primas nacionais, bem como a de custos referentes às embalagens (vidro, cartongem, alumínio). Novamente, a Secretaria de Acompanhamento Econômico aconselhou o parcelamento do iminente reajuste e, a partir de setembro de 1999, obteve o compromisso dos fabricantes de remédios de não mais aumentarem valores até 2000, ano em que os reajustes voltariam à normalidade das leis de mercado (MALAN; CONSIDERA, 2000, p. 3).

Segundo a SEAE, tal medida conteve grandes altas de medicamentos. Apesar de terem sido superiores à média da inflação do período, o aumento potencial, diante dos fatores expostos, era da ordem de 26,9%; no entanto, verificou-se um índice médio praticado menor – 16,4%. Em termos quantitativos, a diferença representou a economia de R\$ 1,7 bilhão para os consumidores em 1999. Em todos os casos em que as variações foram superiores a 10%, o órgão solicitou explicações dos fabricantes que, quando não aceitas, originaram a abertura de processos administrativos no SBDC (MALAN; CONSIDERA, 2000, p. 3,5).

Conforme dito anteriormente, do *imbroglio* entre o então presidente da República Itamar Franco e os laboratórios, surgiu o atual di-

ploma antitruste, a Lei nº 8.884/94. À época, o chefe de governo encaminhou à SDE (Secretaria de Direito Econômico) representações contra diversas empresas do setor, que culminaram com a aplicação de multas<sup>52</sup>. Várias companhias foram acusadas de retenção de medicamentos e desabastecimento do mercado, com o escopo de provocar elevações artificiais de seus valores, que eram outrora objeto de controle pelo Estado.

Por outro lado, processos administrativos abertos contra a indústria farmacêutica visando a apurar “aumentos abusivos de preços” têm sido arquivados. Segundo dados do Relatório Anual 1997 do CADE, 82,5% dos processos julgados no período envolvendo aquele setor se referem a tal conduta, e nenhum foi considerado procedente (24 casos em 1997; 11, em 1998) (BRASIL, 1998, p. 57-58). O fato motivou a SEAE a declarar que as figuras de preço “abusivo”, “excessivo” e “aumento arbitrário de lucros” careceriam de uma conceituação juseconômica<sup>53</sup> (MALAN; CONSIDERA, 2000, p. 5). Atualmente, aguarda-se o desfecho dos processos instaurados em 2000 por ocasião da CPI dos Medicamentos.

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, as autoridades de defesa da concorrência, em conjunto com o Ministério da Saúde e a ANVISA, deveriam realizar pesquisas e estudos profundos acerca da concorrência no segmento farmacêutico e o impacto no mercado do ingresso dos medicamentos genéricos. Assim, ter-se-ia um excelente ponto de partida para se aprimorar institutos da legislação antitruste (como a infração descrita no parágrafo anterior) e também da Lei nº 9.787/99.

Um dos pontos a merecer maiores reflexões é o dos efeitos concorrenciais do *marketing* que é feito pelos laboratórios com os profissionais da área de saúde.

O raciocínio principia a partir da concepção da livre concorrência como a atuação no mercado em conformidade com as leis vigentes em um dado ordenamento jurí-

dico (VAZ, 2001, p. 302). A Lei nº 8.884/94 declara que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos demais competidores não torna ilícita a dominação de um determinado mercado relevante (art. 20, § 1º). Assim, o diploma antitruste consagra a disputa centrada na melhor e mais racional utilização dos fatores de produção, proporcionando ao agente econômico oferecer bens ou serviços superiores. *A contrario sensu*, condenável a ascensão que não ocorra por tal via.

Sabe-se que indústria farmacêutica é considerada um “oligopólio diferenciado”, estrutura na qual a publicidade adquire caráter fundamental na disputa pelo mercado. Ao contrário de outros setores, em que a propaganda é direcionada ao consumidor, aqui a ênfase recai sobre a figura do médico (consumidor-substituto), já que é este quem decide o que o paciente vai consumir. Assim, a conquista ou manutenção de *market share* e de poder de mercado de um laboratório depende do médico.

É sabido que vários laboratórios oferecem o pagamento de viagens, de refeições, de diversões e até mesmo, em alguns casos, de comissões por venda de determinados remédios a médicos e a farmacêuticos. Tal estratégia de *marketing* está claramente voltada à cooptação desses profissionais, em vez da divulgação de uma maior relação custo-benefício ou superioridade terapêutica de um produto em relação a outro. Notoriamente, portanto, apartada de qualquer noção de eficiência, impedindo o acesso ou o desenvolvimento de novas empresas no mercado (art. 21, V, Lei nº 8.884/94). Cumpre ressaltar que tais práticas podem, inclusive, produzir os efeitos do art. 20 do diploma antitruste.

A preocupação, sob a ótica concorrencial, justifica-se diante do já aludido peso que possuem a inércia e o costume na prescrição de medicamentos (LISBOA, 2001), que poderiam ser robustecidos por expedientes clientelistas. Assim, poderia haver o reforço

de posição dominante de alguns agentes, bem como de barreiras à entrada. Ademais, a política econômica em vigor é a de possibilitar o ingresso de outros agentes, aumentando a oferta de medicamentos e reduzindo, assim, seus preços para os consumidores.

Novamente volta à baila a discussão em torno do direito de substituição conferido aos farmacêuticos. Ele teria o dom de tornar inócua, do ponto de vista concorrencial, a abordagem dos laboratórios perante os médicos. Entretanto, o problema persiste ao se verificar que também os farmacêuticos são alvo de expedientes clientelistas.

Não se trata de condenar aprioristicamente a publicidade, até mesmo porque ela, em si, não é anticoncorrencial. Muito pelo contrário. Contudo, impende notar que a Lei de Defesa da Ordem Econômica veda não apenas as condutas que possuam objeto capaz de lesar a livre disputa pelo mercado, como também aquelas que a tenham por efeito<sup>54</sup> (art. 20, *caput*). Se a publicidade clientelista e antiética produz algum dos efeitos do art. 20 daquele diploma, ela há de ser tida por ilícita.

Cumprido lembrar, porém, ser necessária uma análise concreta de cada questão. A legislação antitruste pátria, aliás, não admite a figura do ilícito *per se*, sendo fundamental definir mercado relevante, aferir a existência de poder de mercado, a aptidão de produzir efeitos nocivos à concorrência, barreiras à entrada, bem como eventuais eficiências que possam contrabalançar possíveis danos.

Por fim, diga-se, limitações à propaganda não são novidade. Na indústria do cigarro, elas já ocorrem, devido a preocupações das autoridades com a saúde da população – tendo em vista o caráter nocivo do produto. Caso fosse constatado que a publicidade dos laboratórios para os médicos e os farmacêuticos é capaz de afetar a atual política pública de universalização de acesso a medicamentos e de distorcer o livre jogo de mercado, nada mais oportuno que ela fosse submetida à regulamentação.

Dessa forma, fundamental o papel das instituições de defesa da concorrência em articulação com as sanitárias; será esse o elemento capaz de tornar as diretrizes teóricas previstas nas leis realidade para os brasileiros.

### 5. Considerações finais

Ao longo desta monografia, demonstrouse ser grande a interseção entre a política antitruste e a política de saúde (especificamente quanto a remédios), tanto no aspecto regulamentar, como no institucional.

No primeiro aspecto, a livre concorrência está intimamente relacionada com o Direito de Propriedade Intelectual e com o programa de genéricos. Como visto, a ausência de patentes representaria uma relevante barreira à entrada, uma vez que muitos agentes econômicos se desestimulariam a lançar novos produtos (que serviriam para o combate e a prevenção de enfermidades), em prejuízo do consumidor.

Em relação aos genéricos, objetiva-se possibilitar a todos o acesso a medicamentos mediante a redução de preços ocasionada pelo surgimento daqueles. O êxito dessa iniciativa está em grande parte ligado à implementação de medidas pró-competitivas destinadas a reduzir as assimetrias de informação, principalmente. É bem verdade, porém, que a pretendida universalização depende também de ações que reduzam a má distribuição de renda no País – o verdadeiro problema, aliás.

Conforme demonstrado, os órgãos de defesa da concorrência já vêm prestando valiosas contribuições na repressão a abusos do poder econômico no setor em comento e até mesmo por ações preventivas, inibindo maiores reajustes de remédios. Entretanto, a articulação institucional entre as autoridades antitruste e sanitária ainda é incipiente, e mais e novos estudos interdisciplinares seriam de suma importância – a partir dos seus resultados poderia ser aprimorado o arcabouço legislativo.

Assim, a livre concorrência, mais uma vez, demonstra por que é valor meio, ao constituir instrumento complementar da política de saúde, ajudando ainda a conferir a uma legião de excluídos o direito ao consumo e assegurando aos brasileiros uma existência mais digna, conforme prescrevem os ditames constitucionais.

### Notas

<sup>1</sup> Comissão Parlamentar de Inquérito.

<sup>2</sup> O primeiro seria a divisão do Direito Econômico que reúne as normas instituidoras de políticas econômicas, enquanto o segundo seria o desdobramento daquele direito em que estariam as instituições encarregadas de aplicar tais políticas.

<sup>3</sup> “Os Estados Unidos foram os pioneiros na regulação dos mercados farmacêuticos no que diz respeito à segurança e à eficácia dos produtos e à proteção dos direitos de patentes dos inovadores, mas coube aos países europeus o desenvolvimento de um marco regulatório voltado para a garantia de acesso da população aos medicamentos. Isso se deveu às características assumidas pelo estado do bem-estar social (*welfare state*) no continente europeu, com a construção de sistemas sanitários públicos de cobertura universal quanto à clientela e aos serviços prestados”. (RÊGO, 2000, p. 395).

<sup>4</sup> Segundo Eduardo Fiuza (2002, p. 01), doutor em economia pela EPGE/FGV, professor da PUC-Rio e pesquisador do IPEA, “a capacidade de desenvolver novas drogas é dominada em 89% por apenas sete países”.

<sup>5</sup> Vale lembrar a tragédia da talidomida ou o escândalo das “pilulas anticoncepcionais de farinha”.

<sup>6</sup> Dado o rigor das autoridades norte-americanas, estima-se que 67% das drogas aprovadas nos EUA foram comercializadas primeiro no exterior.

<sup>7</sup> Segundo o prof. Gesner Oliveira, “trata-se de discussão antiga na teoria econômica. Há mais de meio século, o economista austríaco Josef Schumpeter sustentou que o monopólio era uma espécie de mal necessário para o investimento em P&D. Ninguém colocaria tanto dinheiro em negócio tão arriscado quanto a pesquisa se não pudesse se apropriar dos lucros extraordinários oriundos da inovação”. (OLIVEIRA, 2001a).

<sup>8</sup> A discussão sobre patentes será retomada no tópico 3.1.

<sup>9</sup> De acordo com os autores, também à p. 35, os bens poderiam ainda ser classificados como bem de busca (*search good*) – a qualidade seria verificada

vel antes de sua aquisição (roupas, discos, *e.g.*) – e bem de experiência (*experience good*) – a qualidade seria conhecida depois de sua compra. No mesmo sentido as palavras de Eduardo P. S. Fiuza (2002, p. 01).

<sup>10</sup> “O médico escolhe o tratamento mais eficaz e seguro para o paciente com base em seu conhecimento acadêmico e experiência próprios, ou na experiência de seus pares, apreendida em congressos, revistas especializadas ou rede de contatos individual. No entanto, Temin (1980), Hellerstein (1994) e Berndt *et al.* (2000) apontam para a predominância de um comportamento no qual a prescrição se dá por costume ou inércia. Isso porque o médico individual normalmente não obtém uma larga experiência com os efeitos de nenhuma droga em particular (que é o problema do bem credencial), e as pesquisas publicadas disponíveis sobre drogas concorrentes entre si tendem a tratar mais de biodisponibilidade do que de seus verdadeiros efeitos”. (LISBOA, 2001, p. 37).

<sup>11</sup> Para maiores detalhes das medidas introduzidas pelo Estado e planos de saúde privados a fim de solucionar o problema de agência, vide Lisboa, (2001, p. 4-6, 39-40).

<sup>12</sup> Segundo dados da Fipe, os preços dos medicamentos teriam aumentado, em média, 54% acima da inflação nos períodos de 1990-2000. Haveria casos, como o de remédios para doenças cardiovasculares e respiratórias que teriam subido 105% e 143%, respectivamente, em termos reais (SERRA, 2000, p. 03).

<sup>13</sup> Quanto a esta informação, há controvérsias. Conforme afirma o ex-ministro da Saúde José Serra (2000, p. 05), “o componente em dólares dos preços dos produtos farmacêuticos é pequeno, (...) o custo das importações (...) raramente ultrapassa os 10%”.

<sup>14</sup> 40% da população brasileira auferem renda mensal inferior ou igual a três salários mínimos, não tendo condições de adquirir a maior parte dos remédios de que necessita. (SERRA, 2002, p. 09).

<sup>15</sup> “Preliminarmente, cabe considerar que a indústria de fármacos é caracterizada pelos estudiosos das estruturas de mercado como pertencente à concorrência imperfeita, denominada ‘oligopólio diferenciado’. Nessa tipologia de estrutura industrial, existe reduzido número de vendedores e os produtos fabricados não são idênticos, mas, sim, diferenciados apresentando-se apenas como sucedâneos (Sylos – Labini in Oligopólio y Progreso Técnico).

No oligopólio diferenciado, a natureza dos produtos fabricados faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação do produto, como forma predominante. A concorrência de preços não é uma prática utilizada com habitualidade, visto que poderia levar a uma ‘guerra de pre-

ços’ que colocaria em risco a estabilidade do mercado.

Dessa forma, o esforço competitivo se concentra na chamada competição ‘extra-preço’ caracterizada, principalmente, pela publicidade, promoção de vendas e modificações/ inovações no produto, (...) fazendo com que a classe médica e os consumidores prefiram mais firmemente um ao outro produto, configurando-se, desta forma, a fidelidade à marca ou ao próprio produto”. (SOARES, 1992, p. 09-10).

<sup>16</sup> “(...) Ao analisarmos sob o ponto de vista técnico/científico e legal, os critérios adotados pela ANVISA para caracterizar a substitubilidade [*sic*] de um medicamento são muito mais específicos e restritivos dos que ora apresentados. (...) Daí a importância em deixarmos bastante claro que os critérios utilizados nos estudos somente podem ser considerados válidos quando o objetivo é o de realizar uma comparação dos preços no mercado, a fim de apontar-nos possíveis abusos de preços. Sob o ponto de vista sanitário e terapêutico, não poderíamos concordar com estes mesmos critérios apresentados. A análise de similaridade para comparação de preços, como forma de verificar o abuso de preços, ao nosso entendimento, pode trazer ainda um componente perigoso. O de supervalorizar o quesito substância ativa na composição dos preços dos medicamentos. (...) Entendemos que em grande parte dos produtos a substância ativa não é o principal fator de composição de preço do produto. Outros fatores como o processo de fabricação, pesquisas, marketing e mesmo as embalagens muitas vezes superam o fator substância ativa. (...) Finalizando, consideramos que os critérios para realização dos estudos estão compatíveis com os resultados a serem alcançados. Não os consideramos justos para uma avaliação de resultado clínico terapêutico, uma vez que para isto necessitaria-mos especificações técnicas mais aprofundadas”. (BRASIL, 2002).

<sup>17</sup> As definições jurídica e econômica são bastante semelhantes. Vide SANDRONI, Paulo (1994, p. 256), bem como De Plácido e Silva (1996, p. 328).

<sup>18</sup> “A proteção do produto é mais efetiva no setor farmacêutico do que, por exemplo, no eletrônico, porque ela tem como objeto a própria molécula ou composto químico utilizados, em vez da função que ela desempenha – nos eletrônicos, a mesma função pode ser emulada por componentes de tecnologia diferentes. Já quanto à patente do processo farmacêutico, deve-se notar que a efetividade não é tão maior que a média da amostra, (...) porque um mesmo produto farmacêutico pode ser produzido a partir de processos químicos diversos.” (LISBOA, 2001, p. 28-29).

<sup>19</sup> “XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utili-

zação, (...) tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. A este respeito a prof<sup>ª</sup>. Isabel Vaz pondera que “não seria despidendo acrescentar que a inclusão dos direitos de propriedade intelectual entre os direitos fundamentais adquire o sentido de valorização do trabalho humano, estabelecendo-se, assim, uma relação entre estas disposições e os princípios da Ordem Econômica”. (VAZ, 1993b).

<sup>20</sup> Tal modelo foi adotado com sucesso pela Índia: “as autoridades indianas deixaram de reconhecer patentes de medicamentos na década de 70. A decisão permitiu que os laboratórios do país copiassem produtos de indústrias ocidentais sem respeitar o pagamento de taxas de licenciamento. Assim, a participação da indústria farmacêutica estrangeira no mercado indiano caiu de 75%, em 1970, para 30% no ano passado [2000]. Com isso, os remédios comercializados na Índia tornaram-se baratos – eles são vendidos até 15% mais em conta do que nas farmácias americanas. Sankar Krishnan, consultor da McKinsey em Bombaim, estima que os custos de produção da Índia sejam 70% menores do que os dos Estados Unidos”. (TANZER, 2001, p. 96-97).

<sup>21</sup> No mesmo sentido, Ricúpero (2001, p. 11).

<sup>22</sup> “Patentes were viewed as a broad government-endorsed immunity to antitrust laws”.

<sup>23</sup> “The Nine No-Nos included: 1) that patentee should not require a licensee to grant back patented improvements to the licensee’s original technology; 2) the setting of royalty payments in amounts unrelated to the sales volume of the patented product; 3) tying of unpatented supplies to obtain a license; 4) post-sale restrictions on resale by purchasers of patented products; 5) tie-outs; 6) licensee veto power over the licensor’s grant of future licenses; 7) mandatory package licensing; 8) restrictions on sales of unpatented products made by a patented process; and 9) specifying the prices a licensee could charge upon resale of licensed products.” (BIOJUDICIARY ORGANIZATION, 2002, p. 2).

<sup>24</sup> No caso *Atari v. Nintendo*, a *Court of Appeals for the Federal Circuit* assim se manifestou: “the aims and objectives of patent and antitrust laws may seem, at first glance, wholly at odds. However, the two bodies of law are complementary, as both are aimed at encouraging innovation, industry and competition”. (BIOJUDICIARY ORGANIZATION, 2002, p. 2).

<sup>25</sup> Mary Azcuenaga (1996, p. 9-10), comissária da *FTC*, externou o seguinte entendimento em uma palestra: “Denying intellectual property protection may facilitate competition today, but denying such protection could discourage research and development that provide future products. (...) Maintaining an environment in which innovation can

flourish is a fundamental concern in antitrust, just as the encouragement of innovation is a fundamental concern in intellectual property law. Antitrust and intellectual property are and should be viewed as complementary policies. In our enthusiasm for antitrust and its ultimate focus on the consumer, we should take care not to undermine the protections of intellectual property law and thereby diminish the incentives to innovate.”

<sup>26</sup> Para maiores informações a respeito da interseção entre defesa da concorrência e propriedade intelectual, em especial acerca da experiência norte-americana, britânica e comunitária européia, vide Grubb (1999, p. 412-431).

<sup>27</sup> “Por todo o exposto, é de se concluir que a penalidade prevista no art. 24, inciso IV, alínea ‘a’ da Lei n. 8.884/94 poderá ser aplicada a todas as condutas elencadas no art. 21, bem como a outras, uma vez caracterizadas como infrativas, devendo (1) a abusividade da conduta estar relacionada a um poder econômico conferido por patente, e (2) a infração ser considerada de um nível de gravidade tal que exija a imposição da referida pena.

A penalidade prevista no art. 24, inciso IV, alínea ‘a’ da Lei nº 8.884/94 consubstancia-se em recomendação ao agente público competente, no caso ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator.” (Com destaques no original). (FELSKY, 1999).

<sup>28</sup> Também conhecido por *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*.

<sup>29</sup> O normativo continha alguns aspectos de constitucionalidade duvidosa, tais como restrição ao uso da marca, ao determinar que o nome ou o tamanho de suas letras não pudesse exceder a um terço do tamanho das letras da denominação genérica. Tal irregularidade foi corrigida na Lei nº 9.787/99, ao dispor que a denominação do fármaco ou princípio ativo gozaria de mesmo destaque do nome comercial ou da marca e que o tamanho de suas letras não poderia ser inferior à metade do tamanho das letras destes.

<sup>30</sup> Exemplo disso é o documento “Diretrizes para uma Política de Medicamentos Genéricos”, de autoria do Conselho Nacional de Saúde em 1998. Em seu texto, afirma-se que “o ponto central de uma política de medicamentos essenciais é a adoção de uma política de medicamentos genéricos. (...) [que] deverá objetivar uma maior racionalidade na utilização de medicamentos, bem como estimular a concorrência, na qual os consumidores, individuais e institucionais, terão disponíveis produtos intercambiáveis de diferentes preços, respeitando-se a decisão de não intercambiabilidade do profissional prescritor. É previsível que a competição referida venha a proporcionar a redução dos preços dos medicamentos, beneficiando todos os segmentos



envolvidos na cadeia de produção, controle, comercialização e, principalmente, o consumo”.

<sup>31</sup> “XXII – Medicamento de Referência – produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>32</sup> “XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB [Denominação Comum Brasileira] ou, na sua ausência, pela DCI [Denominação Comum Internacional]” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>33</sup> “XX – Medicamento Similar – aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo ser sempre identificado por nome comercial ou marca” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>34</sup> “XXIII – Bioequivalência – consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio (s) ativo (s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>35</sup> “XXIV – Biodisponibilidade – indica a velocidade e a extensão de absorção de um princípio ativo em uma forma de dosagem, a partir de sua curva concentração/tempo na circulação sistêmica ou sua excreção na urina” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>36</sup> “XXIII – Produto Farmacêutico Intercambiável – equivalente terapêutico de um medicamento de referência, comprovados, essencialmente, os mesmos efeitos de eficácia e segurança” (Lei nº 9.787/99, art. 1º).

<sup>37</sup> Estima-se que publicidade e marketing seriam responsáveis por até 40% do preço de fábrica de vários produtos farmacêuticos. (SERRA, 2000, p. 08).

<sup>38</sup> Números da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), segundo Oliveira (2001c).

<sup>39</sup> Segundo a ANVISA e a indústria farmacêutica. (ZORZETTO, 2002). Entretanto, é inegável a economia que representa para o SUS a aquisição de

medicamentos mais baratos, o que permitiria uma maior remuneração dos médicos, melhor aparelhamento dos hospitais e compra de mais remédios.

<sup>40</sup> A medida foi, inclusive, promessa de campanha de candidato à Presidência da República. (VIEIRA, 2002).

<sup>41</sup> É o que aduz Elisaldo Carlini, ex-secretário de Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo (ZORZETTO, 2002, p. 02). A importância da política de saúde para países em desenvolvimento impressiona: “numa estimativa conservadora, cada ano de vida poupado a um indivíduo cujas deficiências foram tratadas resultaria em um benefício econômico equivalente a um ano de renda *per capita* em um país em desenvolvimento. Os benefícios econômicos diretos resultantes da salvação de 330 milhões de anos de vida em casos de deficiências tratadas seriam de US\$ 186 bilhões ao ano. Uma vez que a redução das deficiências resulta em maior produtividade, os benefícios totais seriam mais amplos”. (TYSON, 2002).

<sup>42</sup> Não apenas fabricar genéricos é bom negócio; comercializá-los também o é. Farmácias vêm mudando seu perfil, aumentando suas capacidades e instalações, adaptando-se ao formato das *drugstores* americanas, devido à introdução desses produtos. (CAPELA; FACCHINI, 2002).

<sup>43</sup> Até mesmo empresas chinesas pretendem produzir genéricos no Brasil, investindo valores na casa dos US\$ 17 milhões. (CAPELA, 2002d). Registre-se também o caso de laboratórios que, tradicionalmente, são fabricantes de medicamentos de referência e estão adaptando sua linha de produção para também fazer genéricos, a exemplo da Novartis e da Merck. (LOBO, 2002).

<sup>44</sup> Para a economista do BNDES Elba Cristina Lima Rêgo (2000, p. 380), amparada na experiência internacional, não bastam apenas campanhas informativas; fazem-se necessárias ações que envolvam algum tipo de responsabilização daqueles que prescrevem medicamentos e sistemas de copagamentos.

<sup>45</sup> O jurista português Mário Frota adverte que em Portugal os médicos não teriam abdicado de seu direito de prescrição e tampouco admitiam o direito de substituição dos farmacêuticos e esclarece que “(...) o reconhecimento do direito de substituição (...), longe de constituir uma afronta a um direito milenar e imprescindível – o direito de prescrição outorgado aos discípulos de Hipócrates –, representa um notável progresso em termos de saúde pública”. (FROTA, 2002, p. 29).

<sup>46</sup> Art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.787/99.

<sup>47</sup> Art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.787/99.

<sup>48</sup> As “Diretrizes para uma Política de Medicamentos Genéricos” do Conselho Nacional de Saúde, em 1998, já afirmavam a necessidade da coo-

peração institucional: “a adoção de uma política de medicamentos genéricos deve prever ainda a interação e a coordenação interinstitucionais de ações relacionadas com a sua implementação (...)”. (BRASIL, 1998).

<sup>49</sup> Em *Abbott Laboratories/Geneva Pharmaceutical*, esta recebia daquele aproximadamente US\$ 4,5 milhões por mês para não lançar a versão genérica do remédio *Hytrin*, indicado para o combate de hipertensão e câncer de próstata. Acredita-se que a droga equivalente eliminaria mais de US\$ 185 milhões em vendas do produto pioneiro em apenas seis meses. A questão foi resolvida mediante *consent order* (acordo entre a *FTC* e a parte investigada na qual esta cessa a conduta suspeita de violação da lei antitruste – seria o instituto análogo ao compromisso de cessação previsto na Lei nº 8.884/94). As mesmas conduta e desfecho ocorreram em *Hoescht Marion Russel (Aventis)/Andrx Corporation*. Aquele pagou mais de US\$ 80 milhões para evitar a competição ao *Cardizem CD*, utilizado contra hipertensão e angina. Esse medicamento seria responsável por US\$ 700 milhões do faturamento da *Aventis*, e previa-se que o genérico tomaria 40% das vendas do inovador. A *FTC* também investigou o laboratório *Schering-Plough*, acusado de, como os demais, pagar fabricantes de genéricos para não lançar seus produtos, com idêntica finalidade. *Upsher-Smith Laboratories e ESI Lederle, Inc.* teriam concordado, mediante o pagamento de mais de US\$ 90 milhões, em não concorrer com o remédio *K-Dur 20*, importante na prevenção de problemas cardíacos. Diferentemente dos outros casos, este, até a época da audiência, não havia sido submetido a *consent order*. (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2001, p. 03-05).

<sup>50</sup> *Mylan*, após e em virtude da conduta, aumentou os preços do clorazepate (genérico do *Ativan*) e do lorazepan (equivalente do *Tranxene*), ambos prescritos para o tratamento de ansiedade, de 25 a 30 vezes em relação aos valores anteriormente praticados. (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2001, p. 03-05).

<sup>51</sup> O *Hatch-Waxman Act* estabeleceu um processo simplificado para a aprovação de medicamentos genéricos – *Abbreviated New Drug Application (ANDA)*. Aquele que pretende produzir um genérico (*applicant*) deve-se utilizar deste procedimento e notificar autoridades e o fabricante do bem de referência. Caso este entenda que se esteja diante de uma violação de patente, uma eventual ação ajuizada contra o *ANDA applicant* suspende por 30 meses o processo de aprovação do genérico, a menos que ocorra uma decisão da Justiça antes disso. A menção à *Citizen Petition* se deve ao fato de ser ela o instrumento mais utilizado para tal propósito. (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2001, p. 03).

<sup>52</sup> “A indústria farmacêutica, quando se propõe a desenvolver atividade industrial e comercial,

envolvendo a saúde da população, aceitou o compromisso moral de conferir o devido relevo a este valor tão elevado. Nada justifica que dele faça uso, arriscando-o, no esforço por lucros que estima mais adequados, nos seus embates contra o governo.

A aspiração à remuneração mais elevada possível do capital investido há de se subordinar à ética especial que deve nortear as atividades com repercussão sobre a esfera de saúde – e sobre a própria vida – dos brasileiros.

Não é concebível que se faça das necessidades de saúde da população mero trunfo para consecução de propósitos de majorar lucros. Ademais, se o conflito de interesses, acerca dos limites do controle de preços, se dava com o governo, a ação em ‘legítima defesa’ alegada não poderia afetar a população. (...) Não se reconhece à empresa valer-se de manobras, envolvendo a comercialização dos medicamentos para, por meio do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços que lhe favoreça”. (BRANCO, 1992).

<sup>53</sup> Sobre o tema, vide Santacruz (1998).

<sup>54</sup> “As autoridades incumbidas da apuração e do julgamento das infrações contra a concorrência devem examinar primeiramente o objetivo visado pelas empresas. Sendo apurado que o acordo teve objetivo anticoncorrencial, não haverá necessidade de pesquisar os seus efeitos concretos”. (FARIA, 1996, p. 104-105).

## Bibliografia

AZCUENAGA, Mary L. The intersection of anti-trust and intellectual property: adaptations, aphorisms and advancing the debate. *The Federal Trade Commission*. San Francisco, 25 jan. 1996. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em: 07 ago. 2002.

BIOJUDICIARY ORGANIZATION. *Patenting and antitrust law*. Disponível em: <<http://www.biojudiciary.org>>. Acesso em: 07 ago. 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Parecer do Procurador-Geral do CADE no Processo Administrativo nº 18; representante: Presidência da República, representado: Laboratório Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 75, maio/set. 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Diretrizes para uma política de medicamentos genéricos*. Brasília, 14 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/conselho>>. Acesso em: 07 ago, 2002.

BRASIL. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que

dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 fev. 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório Anual 1997*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998, p. 57-58.

BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Julgados do conselho administrativo de defesa econômica. In: *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 1, jun. 1994.

BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Julgados do conselho administrativo de defesa econômica. In: *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 2, jul. 1994.

BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Julgados do conselho administrativo de defesa econômica. In: *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 2, n. 2, maio 1995.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *Ofício nº 580/2002*. Documento público constante do Processo Administrativo nº 08012.002882/2002-91.

CAPELA, Maurício. África e América Latina são alvos do Teuto. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 471, Empresas & Tecnologia, 21 mar. 2002b. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

\_\_\_\_\_. Farmacêuticas brasileiras estão na mira da China. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 462, Caderno Empresas & Tecnologia, 08 mar. 2002d. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

\_\_\_\_\_. Multinacionais e grupos brasileiros acirram a disputa pelos genéricos. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 477, Empresas & Tecnologia, 01 abr. 2002c. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2002.

\_\_\_\_\_. Venda de Genéricos cresce 600% em 2001. *Valor Econômico*, a. 3, n. 486, Empresas & Tecnologia, 12 abr. 2002a. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 12 abr. 2002.

\_\_\_\_\_. ; FACCHINI, Cláudia. Farmácias copiam o modelo de “drugstore”. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 448, Empresas & Tecnologia, 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.

CHENOT, Bernard. Droit public économique. In: ROMEUF, Jean. (Coord). *Dictionnaire des sciences éco-*

*nomiques*. Traduzido por Isabel Vaz. Paris: P.U.F., 1958. p. 420-423.

FARIA, Werter R. As infrações contra a concorrência. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 49, n. 187, p. 104-105, jan./jul. 1996.

FEDERAL Trade Commission. *Competition in the pharmaceutical marketplace*: antitrust implications of patent settlements. 24, maio 2001. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em 07 ago. 2002.

\_\_\_\_\_. *Generic drug entry prior to patent expiration*: an FTC study. July, 2002. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em: 27 ago. 2002.

FELSKY, Mércio. Voto proferido na Consulta nº 031/99 (Consultante: Ministério da Saúde), 31 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2002.

FIUZA, Eduardo. A indústria farmacêutica e os bens credenciais. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 03, n. 457, 1º Caderno, 01 mar. 2002. Disponível em: <[www.valor.com.br](http://www.valor.com.br)>. Acesso em: 15 abr. 2002.

FROTA, Mário. Médicos, prescrição e direito de substituição. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. 6, n. 126, 15 abr. 2002.

GRUBB, Philip W. *Patents for chemicals, pharmaceuticals and biotechnology*: fundaments of global law, practice and strategy. Oxford: Oxford University Press, 1999.

LISBOA, Marcos; FIUZA, Eduardo; VIEGAS, Mônica; FERRAZ, Lucas. Política governamental e regulação do mercado de medicamentos. *Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico*, abril de 2001. Disponível em: <<http://www.mf.gov.br/seae>>. Acesso em: 31 jul. 2002.

LOBO, Cláudia. Merck exportará genéricos para América Latina a partir do Brasil. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 557, Empresas & Tecnologia, 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 24 jul. 2002.

MALAN, Pedro; CONSIDERA, Cláudio. Preços de medicamentos no Brasil e atuação da SEAE em 1999. In: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DOS MEDICAMENTOS, 12 jan. 2000. Disponível em: <<http://www.mf.gov.br/seae>>. Acesso em: 27 jul. 2002.

OLIVEIRA, Gesner. Abusos patentes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 05 maio 2001b, Caderno Dinheiro.

\_\_\_\_\_. Lições dos genéricos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 dez. 2001c, Caderno Dinheiro.

\_\_\_\_\_. Limites das patentes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 ago. 2001a, Caderno Dinheiro.

- RÊGO, Elba Cristina Lima. Políticas de regulação do mercado de medicamentos: a experiência internacional. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, dez. 2000.
- RICÚPERO, Rubens. Doença, remédios e guerras (comerciais). *Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 28 jan. 2001, Economia.
- SALGADO, Lúcia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANDRONI, Paulo. Verbete "Patente". In: \_\_\_\_\_. (Org.) *Novo Dicionário de Economia*, 7. ed. São Paulo: Best Seller, 1994.
- SANTACRUZ, Ruy. Preço abusivo e cabeça de bacalhau. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 2, 1998.
- SERRA, José. A dor dos remédios, 2000. *Ministério da Saúde, Secretaria Executiva*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2002.
- SILVA, De Plácido e. Verbete patente de invenção. In: \_\_\_\_\_. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SILVER, Lynn; NAVES, Janeth de Oliveira Silva; SANTOS, Sílvio César Machado dos. *Estudo comparativo de preços internacionais e análise de dominância do mercado farmacêutico no Brasil - 1999*. Assessoria especializada prestada à Secretaria de Direito Econômico pela UnB - Universidade de Brasília. Documento público constante do Processo Administrativo nº 08012.000581/00-16.
- SOARES, Marcelo Monteiro. Voto do conselheiro-relator no processo administrativo nº 19; representante: Presidência da República, representada: Knoll S.A. Produtos Químicos e Farmacêuticos. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 09-10, maio/set. 1992.
- STORPITIS, Silvia; VALENTE, Vera R. N. Política de medicamentos genérico: estratégias para consolidação da política nacional de medicamentos. *Advocacia Piauhylino Monteiro*. Disponível em: <<http://www.apm.com.br>>. Acesso em: 07 ago. 2002.
- TANZER, Andrew. Piratas regenerados. *Forbes Brasil*, São Paulo, a. 2, n. 32, 19 dez. 2001.
- TYSON, Laura D'Andrea. Para países em desenvolvimento, saúde é riqueza. *Valor Econômico*, São Paulo, a.3, n. 422, BusinessWeek, 09 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- VALOR ECONÔMICO. Coletânea de reportagens do período de 14 de novembro de 2001 a 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: [2001-2002]
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993b.
- \_\_\_\_\_. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993a.
- \_\_\_\_\_. O poder judiciário e a aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Edição fac-similar a de 1968.
- VIEIRA, André. Serra promete subsídio na venda de medicamentos nas farmácias. *Valor Econômico*, São Paulo, a. 3, n. 512, 1º Caderno, 21 maio 2002. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 21 maio 2002.
- ZORZETTO, Ricardo. Mercado de genérico cresce, mas não resolve problema de acesso a remédio. *Jornal da Paulista*, São Paulo, v. 159. Disponível em: <<http://www.unifesp.br>>. Acesso em: 07 ago. 2002.



# **A crescente complexidade do sistema jurídico internacional**

Alguns problemas de coerência sistêmica

Marcelo Dias Varella

## Sumário

1. Introdução: a descentralização das fontes de direito internacional. 2. A extensão da atribuição das capacidades em matéria jurídica. 2.1. A atribuição das capacidades materiais. 2.2. A Atribuição das capacidades formais. 3. A questão da coerência do direito internacional. 3.1. A falta de coerência entre as normas. 3.2. A falta de coerência entre as técnicas de interpretação jurisdicional. 4. Conclusão.

### *1. Introdução: a descentralização das fontes de direito internacional*

Do século XV até o século XIX, o direito internacional focalizou assuntos essenciais para a regulação da vida internacional, tais como as fronteiras, as relações de guerra e de paz, o fluxo de pessoas, a navegação, as relações de alto-mar. Ele se opõe ao direito internacional que emerge no início do século XX e que se caracteriza pela multiplicação dos assuntos tratados, entre os quais, na origem, muitos eram tipicamente inerentes aos assuntos internos dos Estados, tais como o meio ambiente, os direitos do homem, a economia, o comércio e o regime político. Esse direito, característico de um contexto em que prevalece a expansão da globalização, desenvolve-se com a *vontade* dos Estados de multiplicar os assuntos tratados pelo direito internacional, apesar da ausência de necessidade, a priori, em vê-los tratados fora das fronteiras. É baseado na cooperação.

Marcelo Dias Varella é Doutor em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professor no Centro Universitário de Brasília, (UniCEUB). Coordenador do programa de mestrado em Direito. Pesquisador do CNPq.

Nosso objetivo é estudar essa expansão de complexidade do direito internacional, em função da coerência (ou da incoerência) do conjunto jurídico internacional, para determinar se há realmente um sistema jurídico, isso sendo entendido como um conjunto coerente de normas e de princípios jurídicos. Para isso, é preciso, primeiramente, entender a descentralização das fontes do direito internacional com a significativa expansão do direito internacional, que doravante abrange temas que eram peculiares ao direito interno e à criação de instrumentos de controle desse novo direito. No que diz respeito ao direito internacional do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, assuntos centrais deste artigo, é preciso estudar sua evolução mediante seus instrumentos e suas fontes distintas, a origem das lógicas nas quais eles se apóiam, seu êxito ou sua ausência de eficácia e a construção do desenvolvimento sustentável entre direito comum e direitos especiais.

A descentralização das fontes se origina na atribuição progressiva de competências e de capacidades dos Estados às organizações internacionais e supranacionais, permitindo inspirar, produzir, implantar e controlar o direito. O conjunto das normas e princípios resultantes dessas atribuições não é sempre coerente. O espírito que preside a extensão do direito internacional a assuntos até então internos deriva do crescimento da cooperação interestadual, fundada na vontade de atuar em comum, na escala internacional, para a resolução de alguns assuntos de interesse regional ou global. Claro, nenhum Estado é forçado a adotar uma norma internacional, a participar de um processo de expansão do direito voluntário, cedendo seus espaços de competência interna. Todavia, os Estados estão constantemente submetidos a um conjunto de escolhas, a respeito das quais, para poder obter alguns benefícios jurídicos, políticos, econômicos, ambientais ou outros, precisam ceder, cooperar, participar de uma regulação jurídica e política progressivamente

mais internacionalizada. Devem praticar uma constante análise do conjunto das opções negociáveis, das vantagens e desvantagens que apresenta a adoção ou a não-adoção do conjunto das regras benéficas ou malélicas que caracterizam as negociações realizadas para a formação do sistema jurídico internacional.

A passagem do *nacional* para o *internacional* se opera por meio dos atos ou por abstenções. Entre os atos, podemos situar os instrumentos jurídicos internacionais, tais como os tratados ou convenções internacionais. Um exemplo de abstenção será o silêncio de um Estado frente à interferência da comunidade internacional num assunto tipicamente interno. De uma forma mais concreta, no exemplo da Antártica, instrumentos jurídicos internacionais regulamentam a distribuição de competências sobre um território antes disputado por vários países, referindo-se às diferentes teorias jurídicas. Ao contrário, a ausência de instrumentos jurídicos e a não-oposição da Rússia às atividades das outras nações se tornam a regra para as atividades que acontecem no Ártico. Mas são duas modalidades de expansão do direito internacional voluntário.

Essas evoluções se referem a várias áreas e são favorecidas, sobretudo, pelos avanços tecnológicos, expansão do comércio internacional, maiores facilidades de transporte, constituição de empresas globais, rapidez com a qual a sociedade civil<sup>1</sup> local e internacional se organiza, constituição dos valores mundiais, crescimento do processo de globalização financeira. Todas essas transformações precisam de um quadro jurídico mais homogêneo ou do desaparecimento de regulamentações nacionais heterogêneas ou restritivas demais. A incerteza jurídica, a instabilidade política e econômica devem desaparecer ou, pelo menos, ser diminuídas para que os valores emergentes possam consolidar-se. O sistema jurídico necessita, num mundo globalizado, de um tratamento internacional para se desenvolver. Mas essas necessidades não são funda-

das numa lógica homogênea. Lógicas diferentes conduzem a expansão do direito internacional. Há mesmo uma acumulação de lógicas diferentes, o que compromete a coerência do conjunto.

Todo esse processo de expansão do direito voluntário implica uma atribuição progressiva das competências e das capacidades em fazer, implantar e controlar o direito às organizações internacionais e supranacionais. A atribuição das competências e das capacidades é um dos poderes inerentes à soberania. A soberania absoluta, como Grotius ou Hobbes tinham previsto, não existe mais, caso tenha existido. A soberania nacional vê seu domínio de aplicação atual restringir-se, na medida em que os assuntos tratados anteriormente pelo direito nacional estão resolvidos pelo direito internacional e são criadas novas fontes de direito e novos órgãos de execução e de controle desse direito. O direito internacional avança e recua no tempo de acordo com as vontades, os jogos de forças e de interesses entre os Estados e os outros atores não-estatais.

Nem sempre se trata de um processo de autolimitação voluntária, como o demonstrou Georg Jellinek, mas de um processo ligado ao jogo das forças e à imposição de regras pelas principais potências mundiais, atuando numa relação de interdependência. Juridicamente, pelo menos<sup>2</sup>, os Estados continuam sendo iguais, apesar da defasagem entre instrumentos jurídicos e realidade política. Portanto, é nessa ótica jurídica que vamos analisar o processo de fortalecimento do direito internacional, apresentado mais como um ato voluntário de cooperação, sabendo que as opções de cessão feitas pelos Estados sempre resultam da análise constante das opções possíveis e imagináveis.

Vamos estudar a importância das atribuições de capacidades, permitindo criar, implementar e controlar o direito. Esse processo de atribuição de capacidades e de soberania não é racional, nem linear. É difuso, não-organizado. A ausência de coerência e a multiplicação das ações criam um roteiro

de duplo tratamento dos assuntos, de superposição de regras, de acumulação de lógicas contraditórias, de um lado, e de ausência de tratamento, de raciocínios fechados, produzidos, seja pelo Estado, seja pelo direito internacional, de outro lado, o todo se referindo ao conceito de *sistema*, tratando-se do conjunto jurídico internacional.

## 2. A extensão da atribuição das capacidades em matéria jurídica

As marcas de soberania se encarnam nas *capacidades* e *competências* do Estado. No nível das capacidades, podemos citar: a capacidade de elaborar atos jurídicos internacionais, como a assinatura de acordos, de tratados ou de convenções; o fato de ser responsabilizado por fatos ilícitos internacionais e, inversamente, de poder pedir reparação das conseqüências danosas de um fato ilícito; o acesso aos procedimentos internacionais de resolução dos conflitos, como aqueles da Corte Internacional de Justiça ou a arbitragem; a qualidade de membro das organizações internacionais inter-governamentais; o estabelecimento de relações diplomáticas e consulares com os outros Estados (DUPUY, 1998, p. 57).

As competências se exercem sobre os territórios e as pessoas físicas e jurídicas. A competência territorial é aquela que permite exercer plenamente o direito soberano no interior do território nacional, com exclusão de qualquer outro Estado ou fonte de poder<sup>3</sup>.

A competência sobre as pessoas físicas diz respeito à instituição das regras da nacionalidade (*jus soli* ou *jus sanguinis*) e da vida civil em geral. A competência sobre as pessoas jurídicas, da mesma maneira, leva em consideração as nacionalidades, os direitos, as obrigações das pessoas jurídicas, o que varia muito de acordo com a posição ideológica e a situação econômica de cada país.

A igualdade soberana dos Estados é também reconhecida, assim como a incapacidade dos Estados em exercer suas competên-



cias sobre o território e sobre os cidadãos dos outros Estados, o que foi dito no caso Lotus, na Corte Permanente Internacional de Justiça<sup>4</sup>.

Uma vez estabelecidas as diferenças entre a soberania, as capacidades e as competências, é possível responder a uma pergunta importante: existe uma transferência de soberania dos Estados nacionais para a comunidade internacional ou para as organizações internacionais?

Não. Mesmo considerando que alguns especialistas em ciências políticas sustentam a idéia do fim ou da transferência da soberania (BADIE, 1999), esse conceito está fora da realidade presente<sup>5</sup>. A soberania sempre persiste. Ela é a base do direito internacional e das relações entre os Estados. Não há transferência de soberania, porque *transferir* implica perder uma parte do que se está transferindo. As organizações internacionais e os outros atores que recebem os poderes não têm soberania. Eles não são soberanos. Os Estados não perdem seus poderes. Os Estados continuam a poder fazer, executar e julgar seus atos jurídicos. Trata-se de uma atribuição. *Atribuir* não implica dar sem conservar para si próprio. O Estado atribui poderes aos outros atores internacionais. Entretanto, quais são esses poderes? São poderes de competência e capacidades, de acordo com os conceitos definidos acima. Devemos realçar dois paradigmas: não existe um poder superior ao Estado e não existe, tampouco, um poder criador do direito dos órgãos jurisdicionais.

Assim, a ordem internacional, na ótica jurídica, é marcada pela forte presença do Estado nacional. O Estado soberano é ainda a principal fonte do direito, dos instrumentos de regulação da vida internacional, apesar da presença de entidades que têm uma influência sobre suas decisões. O soberano, seja o príncipe, a nação ou o povo, não é submetido a qualquer poder superior (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 61).

Um outro ponto de análise a respeito do mesmo assunto poderia tratar do poder que

os Estados concedem aos órgãos jurisdicionais de decisão. Se considerar que o juiz internacional tem um poder criador de normas que limita as ações dos Estados, transferiram realmente capacidades soberanas. O desafio é importante no caso de se apresentarem normas em conflito ou textos confusos, com difícil interpretação. Contudo, os juristas são quase unânimes. O juiz não tem poder criador, somente interpreta a norma, apesar de essa hermenêutica não ser sempre fiel a sua origem normativa. O consentimento à decisão do juiz internacional não é criativo, mas perceptivo. Ele não cria o direito, mas percebe-o e interpreta-o – sem criação – diante do caso concreto<sup>6</sup>. A outra questão é a perda de poder sobre a criação do direito considerado pelos juizes, pois o direito internacional é cada vez mais importante, às vezes tanto quanto o direito nacional, sobretudo em função do efeito direto do direito internacional nas ordens jurídicas nacionais, visto que, na Constituição de diversos países, é integrado automaticamente ao ordenamento jurídico interno.

Poderia haver uma dúvida, quando efetivamente os Estados perdem o poder de agir sobre certos temas: é quando eles atribuem à comunidade internacional o direito de estabelecer normas sobre alguns assuntos, sem conservar para eles mesmos esse direito. A Comunidade Européia é um exemplo disso. Nesse caso, há uma *transferência de competência e de capacidade*. Essa transferência é gradativa e podemos imaginar que, num dado momento, não haverá mais competências nem capacidades na esfera nacional. Naquele momento, a soberania nacional seria esvaziada de seu conteúdo. Numa visão mais conservadora, a soberania é conservada, pois ela é imutável, embora sem conteúdo. Numa visão mais progressista, há uma *transferência de soberania*.

A passagem do nacional para o internacional ou do nacional para o local se faz a partir do momento em que o Estado atribui uma parte de suas competências e capacidades a outros atores. O que nos interessa

mais neste trabalho é a atribuição de capacidades a novos atores, como as organizações internacionais, como a atribuição de capacidade à Organização Mundial do Comércio a fim de resolver conflitos supranacionais, como o caso das transferências realizadas pelos Estados Europeus em vários campos para a Comunidade ou organizações não-governamentais (ONGs), como mostra a UICN (União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Seus Recursos), que administrou a Secretaria de CITES (Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção)<sup>7</sup>. É exatamente essa atribuição gradativa das capacidades e das competências que alimenta a expansão do direito internacional voluntário. O estudo dessa expansão, frente à flexibilidade crescente das modalidades de exercício do poder soberano, deve ser feito analisando os dois tipos de atribuição das prerrogativas dos Estados nacionais a entidades não pertencentes ao Estado. O primeiro é a atribuição de capacidades materiais (item 2.1.), representadas pelas atribuições de poderes tipicamente inerentes ao poder legislativo e judicial nacional, a organizações internacionais ou outros atores, ou representado por normas internacionais. O segundo é a atribuição de capacidades formais (item 2.2.), representadas pelo poder de controlar as normas sobre o território nacional e mesmo fora dele, quando se trata de nacionais.

### *2.1. A atribuição das capacidades materiais*

A expansão do direito internacional voluntário se caracteriza pela multiplicação das fontes do direito internacional e dos temas tratados por ele. Os Estados e as Organizações Internacionais são os únicos sujeitos de direito internacional, mas não são a única fonte de direito, nem o único ator no direito internacional. Identificam-se várias fontes e atores diferentes, como as organizações supranacionais e não-governamentais. O direito internacional avança, orien-

tando-se para novos temas, ignorados pelos direitos nacionais, ou até para antigos assuntos, tratados anteriormente pelos Estados. Esse crescimento rápido dos objetos do direito internacional tem como consequência a expansão de sua importância na vida cotidiana.

Para entender essa complexa realidade, é preciso analisar dois pontos distintos: a multiplicação dos temas novos tratados no nível do direito internacional e a multiplicação de fontes de inspiração de conteúdo do direito internacional.

### *I. A multiplicação dos temas tratados pelo direito internacional*

O ponto de partida da expansão do direito internacional voluntário é o direito social, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. A OIT foi a primeira organização internacional e precedeu até mesmo a Sociedade das Nações. Os Estados nacionais atribuíram, dessa forma, uma parte de sua capacidade de legislar sobre as regras do trabalho para uma organização internacional composta pelos próprios Estados, mas também por empresas e sindicatos. Duas observações importantes impuseram-se, portanto. Primeiro, a capacidade emana do Estado, em nível nacional, e parte para a comunidade internacional. Admitimos, assim, a possível superioridade das normas internacionais sobre as normas nacionais nos assuntos internos, como o direito trabalhista. Segundo, a atribuição de capacidade se faz em benefício de uma organização não exclusivamente composta por Estados. Reconhecemos, portanto, a importância da sociedade civil e das empresas no processo da elaboração das normas. As resoluções da Organização Internacional do Trabalho, em parte dos Países-Membros, integram imediatamente o direito interno, de uma forma obrigatória, o que evidencia ainda mais essa transferência.

A partir da criação da Sociedade das Nações e, sobretudo, da Organização das Nações Unidas e das instituições de Bret-

ton Woods, a expansão das atribuições de capacidades aumentou de intensidade. Nos últimos quinze anos, esse processo se concentrou sobre o direito internacional econômico, direito humanitário e sobre o direito internacional do meio ambiente<sup>8</sup>. Em direito internacional econômico, os avanços são notáveis. Com a ratificação do Acordo Geral das Tarifas e do Comércio (GATT), em 1947, os Estados iniciam um processo de atribuição de capacidades, com uma autolimitação de sua ação sobre a fixação de tarifas alfandegárias, restringidas a uma porcentagem fixada pelo produto, medidas protetoras para as indústrias nacionais, subvenções, obrigação de adotar princípios comuns tal como aquele da cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional.

É preciso, portanto, perguntar-se até que ponto vão as atribuições de capacidade em direito econômico. As revisões do GATT sobretudo após o Ato de Marrakech, integraram outros assuntos importantes aos limites da regulamentação internacional e os consolidaram no direito internacional público. Trata-se, entre outros, do controle sanitário e fitossanitário, da propriedade intelectual, dos serviços. Esses assuntos estão agora regulados pelos interesses da comunidade internacional, apesar do fato de que a desigualdade entre os assuntos de direito no nível internacional é mais denunciada e essa comunidade nem sempre representa os interesses desta ou daquela minoria. A Assembleia Geral da Organização Mundial do Comércio (OMC) tem, portanto, o poder de criar normas que afetem as menores particularidades da vida doméstica dos Países-Membros, assim que esses detalhes tiverem um efeito comercial, mesmo indireto.

A Organização Mundial do Comércio é autônoma. Ela tem relações com as outras organizações internacionais, sobretudo com as agências das Nações Unidas, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, mas não se submete a suas organizações e não é obrigada a levá-las em consideração, mesmo se um país contratante solici-

tar<sup>9</sup>. O nível de especificidade dos acordos é importante, pois essa questão comporta uns cinquenta textos sobre os mais diversos assuntos. Na agricultura, os prazos do acesso aos mercados para os países produtores são fixados com a previsão de tarifas mais favoráveis dadas a países menos desenvolvidos, e o prazo de abertura total dos mercados agrícolas mundiais é de dez anos. Assim, todas as modalidades de subvenção tiveram que ser reduzidas a um conjunto restritivo de regras monetárias claras.

As normas sanitárias, fitossanitárias, tanto quanto as normas técnicas do comércio também são envolvidas pela expansão do direito voluntário, no seio da OMC. uma supervalorização das normas técnicas internacionais. Trata-se disso para o controle dos rótulos, das embalagens e dos regulamentos técnicos que não podem exibir informações consideradas discriminatórias. As únicas exceções são os problemas urgentes que se colocam ou ameaçam colocar-se a um membro, como os problemas de segurança, de saúde, de proteção ao meio ambiente ou de segurança nacional. Nesse caso, o julgamento da urgência efetua-se, também, sob os auspícios da OMC. As tarifas alfandegárias devem ser simplificadas e limitadas de uma forma detalhada, que interesse principalmente às pequenas e médias empresas nacionais. A propriedade intelectual, apesar de ser somente ligada indiretamente ao comércio, é também uniformizada. A adoção de regras específicas de propriedade intelectual foi imposta à maior parte dos países do mundo, como condição de sua entrada na OMC.

Além da homogeneização das condições e prazos de proteção, uma longa lista de objetos suscetíveis de apropriação foi preparada. Assim, as indústrias e o acesso à tecnologia, até mesmo à saúde<sup>10</sup>, às vezes acabam tornando-se objetos do direito internacional econômico, pois hoje tudo parece ligado, embora indiretamente, ao comércio. Apesar da oposição de vários países do Sul e de alguns países do Norte, aumentou

o nível de proteção dos produtos e processos farmacêuticos, da biotecnologia e dos organismos vivos. A imposição dessas normas internacionais tem importantes repercussões, na medida em que ignora os valores éticos das diferentes civilizações no tocante à apropriação da vida.

Especificamente na área da saúde, os programas são, em parte, estabelecidos em nível internacional. A regulamentação das drogas, a especificação de zonas endêmicas e até mesmo as políticas nacionais de luta contra as doenças são elaboradas pelas organizações internacionais, sobretudo pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e, no caso específico da Aids, pela ONUSIDA (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o VIH/SIDA). Regula-se a composição dos medicamentos, determina-se sua eficiência, sua dosagem, seu preço, o que é constantemente aceito sem oposição por parte dos diferentes países.

O papel da OMC é aqui fundamental-primeiro, há uma limitação das medidas que os Estados podem adotar, sendo que têm que respeitar os limites fixados pelos acordos internacionais, como o acordo SPS (Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias), por exemplo; depois, o organismo se interessa pelo estabelecimento das regras de propriedade intelectual. Nesse último caso, os direitos de propriedade intelectual dos produtos farmacêuticos revelaram ser uma barreira, às vezes impossível de transpor pelos países do Sul, estando sem possibilidade de dar assistência a seus doentes. O respeito das patentes definido pelo Acordo ADPIC (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) foi estendido a mais de cem países em desenvolvimento, que devem respeitar o monopólio de comercialização imposto pelas patentes. O exemplo da Aids é ilustrativo: algumas empresas transnacionais farmacêuticas detêm o direito de exploração comercial exclusivo dos produtos que formam o coquetel utilizado para combater a Aids, o que tornou possível

a fixação dos preços desses produtos num nível tal que nem os países do Sul nem seus habitantes podem comprá-los. Os acordos de Marrakech não oferecem alternativa, é preciso respeitar o direito de propriedade intelectual.

É necessário perguntar-se até que ponto existem atribuições de capacidades em direito do meio ambiente.

Para o meio ambiente, a regulamentação internacional é significativa, mas menos restritiva. Quase todos os aspectos do meio ambiente são, de uma forma ou de outra, regulamentados por normas internacionais<sup>11</sup>. O direito internacional determina as espécies ameaçadas<sup>12</sup>, fixa as emissões de poluentes pela indústria, as emissões específicas como os CFC, protege a diversidade biológica, regulamenta a navegação interna e internacional, a caça e a pesca, a proteção das espécies e dos sítios históricos ou das florestas.

No direito humanitário, a expansão se deu sobretudo em função da progressão intensa do direito de ingerência após o início dos anos 90. Em menos de dez anos, mais de mil resoluções do Conselho de Segurança da ONU foram aprovadas. De 1946 até 1989, o Conselho de Segurança reuniu-se 2.903 vezes e adotou 646 resoluções, ou seja, uma média de 15 resoluções por ano. Nos anos 90, teve 1.183 reuniões e adotou 638 resoluções, isto é, uma média de 64 por ano! Nos anos 90, o capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que dispõe sobre as condições para uma intervenção, foi a base jurídica de uma média de 24 resoluções por ano, sendo o equivalente de sua utilização durante o conjunto dos 44 anos anteriores (CHESTERMAN, 2000, p. 153). Ao estudarmos o número de intervenções realizadas ou autorizadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, notamos 13 intervenções suplementares entre os anos 1946 e 1988 (42 anos) contra 40 entre 1989 e 2000 (11 anos). Enquanto as Nações Unidas tinham movimentado 10.000 homens em 50 países, em cinco operações, em 1987, mo-

vimentaram, em 1994, 72.000 homens em 74 países, em 180 operações diferentes (ROSENAU, 1997).

As principais intervenções (CHES-TERMAN, 2000, p. 154) dos anos 90 referem-se aos Estados seguintes: Iraque (1990)<sup>13</sup>, Estados sucessores da ex-Iugoslávia (1991-1996)<sup>14</sup>, Somália (1992)<sup>15</sup>, Líbia (1992-1999)<sup>16</sup>, Libéria (1992-)<sup>17</sup>, Haiti (1993-1994)<sup>18</sup>, Ruanda (1994-1996)<sup>19</sup>, Sudão (1996)<sup>20</sup>, Serra Leoa (1997-1998)<sup>21</sup>, Iugoslávia (1998)<sup>22</sup> e Afeganistão (1993)<sup>23</sup>.

No direito do meio ambiente, criado num momento de fortalecimento da lógica de expansão do direito voluntário, o número de matérias submetidas ao direito internacional é considerável: até os anos sessenta<sup>24</sup>, havia somente alguns dispositivos a respeito da proteção dos pássaros úteis para a agricultura, da proteção das focas e da proteção das águas. De 1960 até nossos dias, foram criados mais de 30.000 dispositivos legais de direito do meio ambiente, entre os quais mais de 300 tratados multilaterais, 900 acordos bilaterais referentes à conservação e mais de 200 textos oriundos das organizações internacionais (KISS, 1992, p. 28, 46).

No âmbito da Convenção sobre a Diversidade Biológica, o protocolo de Cartagena regulamenta a biossegurança. Nele, as ligações com o comércio internacional são evidentes, visto que o mercado dos processos e produtos biotecnológicos cresce de uma forma notável no mundo inteiro. Aí encontram-se normas de controle biológico e métodos de análise e de compreensão do risco. A definição do risco, apesar de representar um assunto controverso, é regulada pelo direito internacional. A influência direta dos Estados que não podem fazer parte dessa construção do direito internacional, mas que estão freqüentemente presentes, é expressiva; basta mencionar o exemplo dos Estados Unidos, o maior produtor mundial de organismos geneticamente modificados, que não ratificaram a Convenção sobre a Diversidade Biológica, mas foram um dos atores mais importantes nas negociações do Protocolo

de Cartagena. Essas modalidades de contradições estão sempre presentes em direito internacional do meio ambiente, sobretudo quando se trata dos Estados Unidos, incontornável Estado em várias áreas e presente no processo de negociação de diferentes convenções às quais ele não pertence<sup>25</sup>. Apesar do caráter não-obrigatório de certas normas ligadas aos organismos geneticamente modificados, a adesão dos países a essas normas é relativamente forte; basta ver os guias de boa conduta redigidos pela Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUUDI), cujo modelo foi adotado por mais de 50 países.

## *II. Multiplicação das fontes de inspiração na definição do conteúdo do direito internacional*

Existe atribuição da capacidade de inspirar o direito internacional a partir do momento em que o Estado atribui à comunidade científica, às ONGs, às associações de empresas ou às organizações internacionais o poder de participar da elaboração do conteúdo de uma norma jurídica. Essa atribuição pode ser direta e formal, como no caso em que a organização internacional propõe normas que os Estados devem aceitar, ou indireta, quando os Estados delegam poderes a uma organização internacional à qual eles confiam a elaboração de normas privadas, garantindo seu reconhecimento, como é o caso dos guias de boa conduta do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) sobre o controle da disseminação dos organismos geneticamente modificados ou da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos) em várias áreas. A atribuição pode ser explícita, quando o Estado se refere diretamente a um documento produzido por um outro ator do direito internacional, ou implícita, quando o Estado manda aprovar uma norma que foi concebida e discutida por um outro ator não-estatal ou interestatal.

O Estado e as Organizações Internacionais são os únicos sujeitos do direito internacional, mas há várias fontes de inspira-

ção de direito não-estatal, como os meios científicos, as organizações não-governamentais, as associações de empresas. Sua participação pode ocorrer direta ou indiretamente, fixando as bases sociológicas, políticas, econômicas e jurídicas que contribuirão à formação do direito internacional. As organizações internacionais são atores reconhecidos por sua influência no direito internacional, visto que compostas, na maior parte, por Estados. Por sua vez, o reconhecimento dos meios científicos e das organizações não-governamentais não é evidente. Os juristas estão divididos, mas os politólogos já têm uma posição favorável no que concerne ao reconhecimento desses atores. Devemos estudar, em primeiro lugar, a multiplicação e o crescimento do papel das organizações internacionais (A) e depois fazer o mesmo no tocante às organizações não-governamentais e às associações de empresas (B).

#### A. As organizações internacionais

É significativa a multiplicação das organizações internacionais. Na segunda metade do século XX, foram criadas centenas de organizações. O sistema onusiano conta com mais de quarenta instituições. Em nível regional, contam-se centenas. Uma têm um alcance geral, como a Comissão Europeia, outras, um alcance científico, como a Secretaria da Diversidade Biológica. Cada uma dessas organizações agrega valores e interesses que têm uma influência material sobre o processo formal de produção do direito. Assim, cada uma dessas organizações prepara reuniões sobre assuntos pontuais tratados pelos convênios específicos. Vamos ilustrar essa realidade com o exemplo da Convenção sobre a Diversidade Biológica. A Secretaria da Convenção sobre a Diversidade Biológica organiza três tipos de reuniões de discussão e deliberação: os grupos de discussões, as reuniões do corpo subsidiário técnico e científico e do conselho tecnológico (SBSTTA)<sup>26</sup> e as conferências das partes (COP).

Os grupos de discussão são criados para tratar de assuntos determinados, como o grupo criado pelo artigo 8 (j), sobre a participação das comunidades indígenas, composto de peritos, de representantes diplomáticos de diversos países e de associações indígenas<sup>27</sup>. Outros grupos de discussão são formados para tratar de aspectos os mais diversos, no seio das discussões técnicas do SBSTTA. Os grupos de discussão têm reuniões periódicas e a proposição de documentos técnicos à Conferência das Partes é permanente. Essas reuniões têm como função oferecer propostas tecnicamente discutidas e consolidadas pelos cientistas.

A Conferência das Partes é a reunião em que as propostas são aceitas ou não pelos Países-Membros e se tornam normas jurídicas. Foi oferecido um grande número de propostas e de documentos. As Conferências produzem dezenas de decisões<sup>28</sup>. Essas podem consistir em pedir a criação de outros grupos de discussão ou exigir que sejam continuados os debates sobre certo assunto e adotadas as recomendações dos grupos de discussões e do SBSTTA, ou ainda protocolos, como o Protocolo da Biossegurança. Portanto, elas fazem parte do direito internacional em vigor e revelam o grau de especialização do direito internacional do meio ambiente. Os numerosos atores do processo de negociação, como as organizações não-governamentais e os cientistas, são cada vez mais visíveis.

Existem também estruturas e lógicas de funcionamento para outros setores ligados à proteção do meio ambiente: mudanças climáticas, zonas úmidas, espécies ameaçadas, dejetos, *habitat*. Considerada a produção constante de normas jurídicas por cada órgão, esse conjunto todo de instituições contribui para a expansão do direito internacional. Isso significa que vários setores sejam incorporados gradativamente ao conjunto do direito internacional e que a regulamentação internacional desses novos assuntos resulte num importante grau de detalhes técnicos. Isso explica a importância assu-

mida pelas entidades intergovernamentais<sup>29</sup> na expansão do direito internacional contemporâneo.

Entretanto, apesar de todo esse espaço de participação cedido ao meio científico, o reconhecimento da participação dos cientistas não é unânime entre os juristas. De nossa parte, consideramos que é preciso reconhecê-la, em vista do crescimento do nível técnico das discussões e da especificidade crescente dos assuntos tratados. Em diversos momentos, as comunidades científicas reúnem-se em torno de um assunto discutido internacionalmente, com o objetivo de trazer um suporte científico às propostas de normas jurídicas. O direito internacional não é mais assunto exclusivo dos diplomatas formados, de uma forma geral, em política internacional. Necessita hoje de conhecimentos técnicos, ao único alcance dos cientistas, dos peritos, mas também de um nível de certeza reconhecido pela comunidade científica internacional. O direito internacional sobre o clima, a diversidade biológica, os organismos geneticamente modificados é baseado na técnica. Da mesma forma, em se tratando de direitos humanos, no caso particular do desarmamento e da retirada de minas. Os fundamentos das normas são tanto políticos quanto técnicos. O reconhecimento de uma técnica por parte da comunidade científica internacional tem uma influência sobre as fontes materiais do direito internacional. O reconhecimento dos possíveis efeitos do CFC pela comunidade científica, por exemplo, fez progredir a Convenção sobre a Camada de Ozônio. A participação dos peritos é, com efeito, reconhecida, tanto nos órgãos subsidiários da Convenção sobre as Mudanças Climáticas, quanto na Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Esses comitês técnicos são compostos por representantes dos Estados. Mas esses representantes devem ser peritos nas áreas em questão. Têm um papel fundamental, pois delimitam os problemas e desenham as soluções possíveis. Aqui se identifica um

importante problema de neutralidade no nível das posições, visto que, na condição de representante político, a neutralidade do científico está certamente comprometida. Contudo, o sistema de participação dos peritos não apresenta uma solução para essa questão essencial que o vicia. O político e o jurídico estão, sob vários aspectos, delimitados pelo científico. Mas a defasagem de conhecimento técnico entre os Estados do Sul e aqueles do Norte contribui para o enfraquecimento da participação dos primeiros nesses comitês, em relação àquela dos Estados do Norte. Em quase todos os setores científicos, a maior parte dos Estados do Sul não tem peritos de alto nível internacional, com notáveis exceções, como a Índia, a China, a Rússia, o Brasil, o México, a Argentina, a África do Sul ou outros Estados, para algumas situações específicas. Se não têm representantes possuindo nível suficiente para uma participação ativa, não podem concorrer à fixação dos limites das opções jurídicas e políticas possíveis. Ao Estado cabe a possibilidade de contratar peritos de países desenvolvidos encarregados de representá-lo. Entretanto, para isso é preciso que o Estado dê uma significativa importância ao assunto tratado.

#### *B. As organizações não-governamentais e as associações de empresas*

A participação das organizações não-governamentais é igualmente crucial no processo de produção das normas, visto que mobilizam a opinião pública sobre assuntos específicos, exercendo uma pressão sobre os Estados para que produzam normas internacionais. Participam de uma forma mais ativa quando o Estado as convida para redigir um projeto de norma, como no caso da União Internacional para a Conservação da Natureza, que é constantemente solicitada pelos Estados, a fim de elaborar projetos de normas de proteção ambiental. No caso das Convenções sobre a Diversidade Biológica e sobre as Mudanças Climáticas, as discussões das Conferências das partes são

atentamente acompanhadas pelas ONGs. No primeiro caso, RAFI e GRAIN, IISD, Greenpeace, WWF têm um papel ativo, produzindo documentos, financiando a participação dos peritos e, às vezes, até dos membros das delegações, e organizando seminários para a informação dos diplomatas. A RAFI, ela própria, tem uma média de trinta mil baixas mensais, via Internet, de relatórios, dos quais vários são recuperados pelas embaixadas<sup>30</sup>. Evidentemente, é difícil demonstrar a relação de causalidade entre o estudo dos documentos feito pelas ONGs e as decisões finais por parte dos Estados, mas essas informações mostram que, de certa forma, as ONGs participam ativamente do processo de formação do direito internacional. A decisão final da aceitação da norma jurídica pertence ao Estado. Contudo, a contribuição das ONGs durante todo o processo da formação jurídica não pode ser negligenciada. Além disso, é preciso observar que a formação jurídica de normas privadas, elaboradas por redes de grupos privados e aceitas pela comunidade internacional, é, às vezes, mais eficiente do que as normas públicas. Nesse caso, não há participação do Estado, mas seu acordo ou tolerância explícita<sup>31</sup> ou implícita da existência dessas normas.

As associações das empresas funcionam de uma forma paralela. A certificação exclusivamente privada é aceita pelo direito internacional, como as normas da Organização Mundial do Comércio para a verificação dos padrões reconhecidos pela International Standard Organisation (ISO), por exemplo. Isso quer dizer que os Estados aceitam como norma jurídica internacional uma regra produzida exclusivamente por empresas privadas, a partir do momento em que é aceita internacionalmente pelas empresas.

Aqui, a participação das instituições do Norte pesa mais do que aquela das instituições do Sul: primeiro, por causa da defasagem do nível e da capacidade de participação dos fóruns globais, por parte das entidades privadas internacionais. A defasagem

que existe entre os Estados se reproduz no nível privado. Estabelece-se um tipo de reprodução das relações entre os Estados nas relações entre as entidades privadas, mas essa contradição é ali ainda mais evidente, pois não se encontra no setor privado a presunção da igualdade soberana, que esconde os problemas no nível público.

## 2.2. A atribuição das capacidades formais

A atribuição de capacidades formais de soberania é o ato pelo qual o Estado concede à comunidade internacional o poder de obrigá-lo a respeitar a norma internacional e puni-lo em caso de desrespeito. Essa concessão se caracteriza pela multiplicação dos instrumentos de controle da implantação dessas normas. Assim, tem-se uma cessão de autoridade, submissão ao direito internacional. Essa transferência formal vem da necessidade de instaurar uma cooperação entre os Estados para que as obrigações contratadas sejam controladas, vigiadas e para que se tenham instâncias de resolução dos conflitos. Uma importante parte das convenções internacionais apresenta essa necessidade de cooperação como elemento primordial, podendo garantir o êxito dos compromimentos<sup>32</sup>. No direito internacional em vigor até o século XIX, não havia instrumentos eficientes de coerção, com a única exceção da guerra. De um lado existiam normas internacionais restritivas, mas nenhum instrumento tornando-as imperativas. De outro lado, eram estabelecidas normas não-restritivas, e esse caráter as esvaziava de sua razão de ser.

A evolução do direito internacional durante as últimas décadas criou um conjunto complexo de medidas previstas a fim de obrigar os Estados a respeitar as restrições contratadas, que vão desde sua estigmatização aos olhos da sociedade civil internacional até a intervenção militar da comunidade internacional, passando pela adoção de sanções comerciais. Além disso, as normas não-obrigatórias (*soft norms*) se multiplicaram, mas são portadoras de uma fun-



ção precisa, com um nível importante de eficiência.

Paralelamente assiste-se ao aparecimento de uma multiplicação de instâncias jurisdicionais: tribunais, órgãos de solução de controvérsias, comissões de arbitragem obrigatórias, instâncias de reconciliação. As instâncias de resolução dos conflitos têm como função verificar o respeito às normas internacionais, formular sentenças ou opiniões, condenar os Estados, moral, econômica ou até militarmente.

Assim, os dois principais fenômenos ligados à expansão da atribuição de capacidades formais pelos Estados aos atores internacionais são a multiplicação das normas restritivas e das *soft norms* e das organizações internacionais, dominando diferentes instrumentos, tornando as normas adotadas eficientes, controlando a eficiência da lei e punindo os Estados, e, conseqüentemente, a multiplicação de tribunais internacionais.

### *I. A multiplicação das normas restritivas e das soft norms*

Desde 1945, é impressionante a multiplicação das normas internacionais. B. Badie (1999, p. 88) indica que mais de trinta e cinco mil tratados foram assinados pelos Estados desde a Segunda Guerra Mundial. O direito internacional voluntário contém duas modalidades principais de normas: as normas obrigatórias e as normas não-restritivas, na realidade simples compromettimentos, mais conhecidos sob o nome de *soft norms*.

#### *A. A expansão das normas obrigatórias e dos instrumentos de controle*

Os mecanismos permitindo garantir a implementação de um acordo internacional e a *compliance*<sup>33</sup> de uma norma diversificaram-se, sobretudo, nos setores mais flexíveis do direito internacional, como os direitos do homem ou o direito internacional do meio ambiente<sup>34</sup>. Quando um Estado não respeita as obrigações tratadas, deve-se poder dis-

por de mecanismos para garantir a implementação dessas obrigações ou, se isso não for possível, para aplicar-lhe uma sanção. São o conjunto dos instrumentos obrigatórios, os mecanismos utilizados a fim de forçar a implementação<sup>35</sup> e as possibilidades de sanção que conferem mais eficácia ao direito internacional necessário, assim como ao direito voluntário. Esses mecanismos podem ser mecanismos de cooperação ou de coerção.

Os principais mecanismos de controle dos acordos internacionais, funcionando em cooperação, são a criação de um controle dos relatórios, das inspeções, das instituições, tendo esse objetivo específico, assim como o controle público, garantido pelas organizações não-governamentais. Os principais mecanismos de sanção, no caso de não-realização dos compromettimentos realizados, são a perda do direito à obtenção de um recurso financeiro<sup>36</sup>, as sanções comerciais<sup>37</sup> e a responsabilização de qualquer dano causado<sup>38</sup>. A multiplicação das normas obrigatórias é um fenômeno evidente. A criação de normas comerciais ou que tenham uma relação com o comércio no seio da Organização Mundial do Comércio é o exemplo mais marcante. Outros poderiam ser relatados, como a expansão do direito de ingerência nos assuntos humanitários ou a criação de uma corte penal internacional. A questão central para ser estudada é aquela das formas de controle criadas nesse contexto. Vamos analisar, um após o outro, esses dois tipos de mecanismo. Em primeiro lugar, os mecanismos de cooperação aparecem sob várias formas:

O controle por relatórios é usado tanto pelo direito internacional do meio ambiente quanto para o controle do desarmamento ou o respeito dos direitos do homem. A sofisticação do controle por relatórios aumenta a cada acordo internacional, e as comissões têm mais poderes de controle sobre as atividades dos Estados. A Convenção sobre a poluição transfronteiriça de longa distância, de 1979<sup>39</sup>, e seus protocolos contêm tam-

bém um mecanismo de relatório, considerado precário, pois os dados não podem ser verificados e a Comissão não pode tomar medidas para punir os Estados que apresentam relatórios viciosos ou imprecisos<sup>40</sup>.

Ainda rudimentares, mas um pouco mais desenvolvidas, algumas convenções prevêem relatórios que estão na origem de negociações sobre a implementação, mas que nem sempre tornam possível a sanção dos Estados infratores. A Convenção de Paris, de 1974, sobre a prevenção da poluição marinha a partir de fontes terrestres prevê relatórios que estão na origem de acordos e entre as partes, concernentes à luta contra as poluições. É um importante elemento, sobretudo quando os poluentes são oriundos de um outro Estado. Em outras convenções, a comissão específica ou a secretaria podem ajudar os Estados a fazer os relatórios, como a Convenção da Basileia, de 1989, sobre o controle dos movimentos transfronteiriços, o que representa, portanto, uma participação mais ativa e possibilidades de um certo controle. Como sistema mais evoluído, notamos a existência de convenções que permitem à secretaria avaliar relatórios fornecidos pelos Estados, como, por exemplo, a Convenção de 1973 sobre o comércio internacional das espécies de fauna e flora selvagens ameaçadas de extinção (CITES), de acordo com a qual é possível dar um parecer contrário e pedir medidas destinadas ao aumento da eficiência da Convenção<sup>41</sup>.

Outros acordos internacionais são mais exigentes, como o Protocolo de Montreal inscrito na Convenção sobre a proteção da camada de ozônio ou a Convenção sobre a proteção do meio ambiente marinho do nordeste do Atlântico. Na primeira, o Secretariado pode iniciar um processo bilateral de verificação das informações, pedir mais dados aos Estados e indicar medidas a serem adotadas. Na segunda, o Estado é obrigado a tornar públicas todas as informações sobre o assunto, o que possibilita aos representantes da sociedade civil participarem

do processo, usando sua influência para forçar o Estado a cumprir suas obrigações ou a via jurisdicional.

As Convenções mais recentes exigem relatórios redigidos de acordo com um método homogêneo, o que permite comparações. No Protocolo de Kyoto, que figura no âmbito da Convenção sobre as Mudanças Climáticas, os relatórios são uniformizados, publicados e discutidos pelos representantes dos outros Estados assim como pelos observadores das organizações não-governamentais. Além disso, é possível corrigir os relatórios que não respeitam o formato previsto. Os Estados têm, por outro lado, um interesse particular em apresentar relatórios mais fiéis à realidade, sendo que a confiabilidade de suas informações pode trazer-lhes a credibilidade necessária, que determinará sua participação no mercado dos direitos de emissão de poluentes.

Em direito internacional econômico, a Organização Mundial do Comércio exige também, por parte dos Estados, relatórios sobre as medidas adotadas para implementar os textos internacionais. Os Estados devem detalhar suas atividades alfandegárias, de tarifação, seus subsídios, as subvenções e outros aspectos ligados ao comércio. A não-realização dos relatórios pode levar à perda de alguns benefícios previstos e colocar o Estado em situação de irregularidade.

As inspeções são mais usadas no processo de desarmamento. As organizações internacionais mandam peritos para verificar o progresso do desarmamento no interior dos Estados. Em alguns casos, o controle é mais rígido, como nos acordos entre as Nações Unidas e o Iraque, por causa da existência eventual das usinas bacteriológicas. Em direito internacional do meio ambiente, a CITES permite ao Secretariado fazer um inquérito no interior das fronteiras de um Estado para verificar se uma espécie é ameaçada de extinção por causa do comércio. O inquérito depende do consentimento do Estado. A regra é a mesma para a Convenção de 1971 sobre as zonas úmidas com impor-

tância internacional (Ramsar). A Convenção sobre a caça à baleia, de 1974, prevê também a formação de um esquema observador que transmite relatórios à Comissão. A escolha dos observadores depende igualmente dos acordos entre os Estados (WOLFRUM, 1998).

Muito mais adiantado, o Tratado de 1991 sobre a Antártida prevê uma inspeção-surpresa, sem o consentimento dos Estados-Partes<sup>42</sup>. Tem como objetivo observar que o uso do território da Antártida se faz com fins pacíficos. A Convenção de 1980 sobre a conservação dos recursos marinhos comporta a mesma cláusula. A inspeção deve, portanto, informar ao Secretariado sobre qualquer irregularidade. Em outras situações, os Estados podem tomar medidas coercitivas se irregularidades forem observadas durante as inspeções. É o caso das inspeções realizadas no âmbito do Acordo do dia 10 de dezembro de 1982, relativo à implementação das provisões da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Mares (UNCLOS) (ROBERT; REMOND-GOUILLOUD, 1983, p. 193 et seq.). Os Países-Membros são autorizados a tomar medidas contra as embarcações, mesmo navegando com a bandeira de Países não-Membros da Convenção.

A criação das organizações internacionais tem como objetivo a uniformização dos critérios de elaboração dos relatórios, seu controle, a difusão das informações produzidas pelos Estados-Membros, pelas organizações não-governamentais, pelos meios científicos e pelas outras organizações internacionais, a transferência de tecnologia, como o *clearing house mechanism*. Elas servem também como fórum das negociações para os avanços do acordo internacional. São comissões<sup>43</sup> ou secretarias<sup>44</sup> criadas a partir de um acordo internacional. Essas organizações são mais presentes em direito internacional do meio ambiente. Elas se multiplicaram sobre assuntos diversos, às vezes mesmo sobre questões conexas, mas tratadas no âmbito de organizações diferen-

tes. Todavia, o controle exercido é não-centralizado e não-organizado.

O controle exercido pelas organizações internacionais depende de sua estrutura, de suas competências e de seu nível de organização. Algumas organizações realizam reuniões regulares e suas secretarias têm várias funções, como a Convenção de Londres sobre a imersão dos dejetos, as Convenções do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) sobre os mares regionais e a CITES. As Convenções sobre a proteção da camada de ozônio e sobre as mudanças climáticas criaram comissões mais amplas, em que cada órgão tem funções diferentes, como se tivessem várias comissões<sup>45</sup>. A maior parte dessas organizações tem uma função mais diplomática do que de controle. Numa modalidade mais restritiva, podem ter uma função quase jurisdicional, como a Comissão conjunta entre os Estados Unidos e o Canadá, formada para estabelecer o Tratado das águas transfronteiriças, de 1909 (WOLFRUM, 1998, p. 49). Assim, a cooperação recíproca, característica do direito internacional tradicional, deixa lugar à cooperação coletiva (IMPERIALI, 1998, p. 26; KISS, 1991, p. 266).

As comissões e secretariados não têm os mesmos poderes que as organizações internacionais, tendo uma função jurisdicional. Os Estados se submetem a um controle mais ou menos exigente, mas sem que severas sanções sejam possíveis. Algumas comissões têm o poder de realizar inquéritos, como aquele oriundo da Convenção sobre a proteção da camada de ozônio, mas as sanções são ditadas pelas coletividades dos Estados-Membros, de preferência à comissão. Assim, alguns Estados, a exemplo da Rússia, tiveram que se explicar a respeito de sua desobediência junto à Convenção<sup>46</sup>. Outros podem avaliar as informações e tomar iniciativas, como vimos acima. As comissões devem ajudar os membros e criar as condições, permitindo o cumprimento de suas obrigações. De uma forma mais restritiva, a UNCLOS deu poder ao Conselho da autoridade

de internacional dos fundos marinhos para controlar e coordenar a implantação da Parte XI da Convenção (WOLFRUM, 1998, p. 51).

A participação das organizações não-governamentais é também importante. As convenções internacionais, como algumas secretarias e comissões, vêm em sua participação um instrumento de controle e de implantação das convenções internacionais. São responsáveis pela coleta das informações, pelo preparo dos documentos e dos relatórios, assim como pela análise dos relatórios produzidos pelos Estados. A participação das organizações não-governamentais depende do acesso à informação previsto pelo acordo, mas este não representa ainda um elemento comum do direito internacional público. Algumas convenções ambientais o prevêm, mas é raro no âmbito do direito internacional econômico e ainda mais raro nos acordos sobre o desarmamento.

A Convenção-quadro sobre as mudanças climáticas é recente, mas não prevê o acesso à informação, conquanto esteja escrito na Convenção sobre a proteção do meio ambiente marinho do nordeste do Atlântico. Em geral, na Europa, as convenções sobre proteção ambiental mais recentes devem prever o acesso à informação, em aplicação à Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, a participação pública no processo decisório e o acesso à Justiça para os assuntos ambientais.

Ainda em direito internacional do meio ambiente, a organização não-governamental *World Conservation Monitoring Unit* controla os relatórios dos Estados sobre as importações e exportações das espécies ameaçadas. A União Internacional para a Conservação da Natureza desempenha ali uma função de extrema importância. Outras organizações como RAFI e Grain têm uma participação efetiva no controle organizado pela Convenção sobre a Diversidade Biológica<sup>47</sup>.

O segundo tipo de mecanismo é aquele da coerção. Os mecanismos de coerção são os instrumentos jurídicos criados pelos Es-

tados para tornar efetiva a aplicação dos acordos internacionais. Além da criação dos tribunais internacionais, vários métodos de coerção podem ser usados pelas comissões, pelas secretarias ou pelo conjunto dos Países-Membros de um acordo internacional. Alguns acordos, como o Protocolo de Montreal, na Convenção sobre a proteção da camada de ozônio, criaram um fundo para os países em desenvolvimento. Se um país não fornecer os dados pedidos sobre os níveis de consumo das substâncias controladas, nos prazos estabelecidos, pode ser excluído da lista dos países beneficiários desse fundo. Da mesma forma, a Convenção sobre a Herança Mundial prevê a exclusão da lista dos países beneficiários de seu fundo daqueles que violarem a obrigação de conservação dos sítios históricos (WOLFRUM, 1998, p. 57), mesmo se isso ainda não ocorreu.

Outras convenções prevêm sanções comerciais. É o caso da Convenção sobre a conservação do Pacífico Norte e sobre as focas, de 1976, ou da CITES<sup>48</sup>. As disposições de cada convenção variam. Em aplicação de alguns acordos, os Estados têm o direito de tomar medidas comerciais para fortalecer a eficiência das obrigações não cumpridas pelos outros Estados. A Convenção de 1989 sobre a proibição da pesca com rede de grande dimensão para pesca à deriva no Pacífico Sul autoriza os Estados-Partes a proibir a importação dos peixes pescados com o uso das redes que pescam à deriva. O Protocolo de Montreal sobre as mudanças climáticas e a Convenção sobre a camada de ozônio possuem também disposições de restrição comercial sobre os produtos cuja fabricação constitui uma infração às disposições acordadas (WOLFRUM, 1998, p. 61).

*“Artigo 4: Regulamentação das trocas comerciais com os Estados que não são Partes do Protocolo*

1. A partir de 1<sup>o</sup> de janeiro de 1990, cada Parte *proíbe a importação* das substâncias regulamentadas no anexo A, oriundas de qualquer Estado que não é Parte do presente Protocolo. (...)

2. A partir de 1º de janeiro de 1993, cada Parte *proíbe a exportação* de qualquer uma das substâncias regulamentadas no anexo A para um Estado que não é Parte do presente Protocolo.”

Há ainda dois tipos de medidas destinadas ao fortalecimento da aplicação dos acordos internacionais que não são atribuições de competências, mas que, em razão de sua importância no direito internacional, merecem ser mencionados. Trata-se das medidas positivas e negativas. As medidas positivas são criadas pelas organizações internacionais para os países que garantem a eficácia dos acordos firmados, assim como das medidas unilaterais impostas por países mais poderosos. Esses atos não são atribuições de capacidades, pois os Estados não transmitiram nenhum poder à organização internacional ou a um outro poderoso Estado para que ele aplique a medida e este não efetivou nenhum gesto de submissão ao ato internacional ou nacional. É relativamente mais a situação inversa que ocorre. Um ato externo oriundo da comunidade internacional ou de um outro Estado atinge um Estado soberano e pode criar uma mudança em sua política internacional.

O primeiro ato jurídico é positivo. O Estado que pratica algumas ações, tais como a preservação da natureza, a conservação do patrimônio cultural, por exemplo, é habilitado a receber fundos de um financiador internacional. Isso acontece com a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Fundo Global para o Meio Ambiente (GEF), do Programa-piloto para as florestas tropicais, do Grupo dos 7 (G7), dos projetos de desenvolvimento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e do Fundo Multilateral do Protocolo de Montreal (WOLFRUM, 1998, p. 62).

O segundo é negativo. Ao lado das medidas negativas, ou medidas de sanção, encontram-se as imposições unilaterais oriundas de alguns Estados poderosos. Apesar do fato não fazer parte do direito internacio-

nal, alguns Estados mais poderosos possuem, em seu direito interno, disposições de sanção contra outros Estados que violam os acordos internacionais ou valores considerados importantes. Os Estados Unidos são o exemplo mais freqüente desse modo de repressão. Em razão do peso das importações norte-americanas na economia de numerosos países, as restrições impostas pelos Estados Unidos podem provocar impactos importantes, às vezes até mais significativos que as disposições tomadas por um conjunto de países europeus ou pelo Japão, no âmbito de uma convenção internacional. A emenda Packwood-Magnuson<sup>49</sup>, por exemplo, prevê sanções comerciais contra os países que realizam operações de pesca, pondo em perigo o programa internacional de pesca dos Estados Unidos. Nesse contexto, a Guarda Costeira dos Estados Unidos realizou várias operações de patrulhamento no norte do Oceano Pacífico, entre 1996 e 1998 (ROTHWELL, 2000, p. 140-141). A atitude é a mesma no que diz respeito ao *Marine mammal protection act*<sup>50</sup>, ao *Sea turtle conservation amendments to the endangered species act*<sup>51</sup>, ao *High seas driftnet fisheries enforcement act*<sup>52</sup>. Esse tipo de medida unilateral de sanção comercial foi, várias vezes, aplicado pelos Estados Unidos, seja com o objetivo de conservação, seja, na realidade, como medidas políticas mascaradas sob o rótulo de preservação da natureza ou de respeito dos direitos do homem. Essas medidas não são consideradas legais de acordo com o direito internacional, uma vez que são unilaterais, e algumas medidas americanas de retorsão foram condenadas pelo GATTe, mais tarde, pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC<sup>53</sup>. É a defasagem de poder entre os países que permite que sejam aplicadas sem muita oposição ou contramedida equivalente.

Vimos, portanto, que as normas internacionais conheceram uma importante expansão. Hoje, esse direito já trata de uma grande variedade de assuntos, antes não regulados ou regulamentados pelo direito domé-

tico. Esse novo direito internacional é dotado de uma pletera de instrumentos jurídicos de controle para garantir sua implantação. Esses instrumentos podem ser instrumentos de cooperação e de coerção. No entanto, falta ainda analisar as normas conhecidas como *soft norms*, que são tão importantes quanto as normas precedentes, mas que não dispõem desses instrumentos de controle.

### B. A expansão das *soft norms*

Uma outra característica da expansão do direito internacional é a profusão de *soft norms*, na seqüência do aumento dos textos internacionais de todos os tipos: *soft* e restritivos. Evidentemente, essas normas não têm o mesmo grau de atribuição de capacidades, nem são tão importantes quanto as normas restritivas, mas os Estados se comprometem a cooperar e a respeitar os acordos realizados, sem submeterem-se, no entanto, a obrigações jurídicas. Consideramos que essa modalidade de comprometimento representa, ela também, uma atribuição de capacidade, sendo que o Estado permite à comunidade internacional garantir primeiramente um controle moral sobre as disposições dos acordos e depois porque esses acordos servem como base à realização de futuros acordos restritivos<sup>54</sup>. Por isso, constituem uma etapa intermediária da atribuição de capacidade, mas já portadora de seqüências concretas.

As normas não-restritivas foram designadas durante algum tempo com o termo *soft law* ou *droit mou*. A expressão inglesa parece pouco adequada, porque o termo *law* tem um sentido de obrigação, o que não é o caso aqui. Todavia, não existe uma expressão em língua portuguesa adequada e usual. As obras mais recentes utilizam a expressão *soft norm*, que preferimos conservar<sup>55</sup>.

As razões principais que farão com que se escolha uma *soft norm* em vez de uma norma restritiva são as seguintes:

a) Maior facilidade para fazer aprovar normas sobre assuntos ainda incertos, cuja

validade científica é sempre discutida, sobretudo se houver divergência a respeito da necessidade das medidas; por exemplo, se o princípio da precaução está em pauta. Os códigos de boa conduta sobre a segurança nuclear adotados pela Agência Internacional de Energia Atômica são a ilustração disso (KISS, 2000, p. 238-239);

b) Necessidade de fazer aprovar uma norma sobre um assunto politicamente controvertido, encontrando grande resistência por parte de alguns Estados ou de grupos de pressão no interior dos Estados. É mais fácil obter a obediência a uma *soft norm*, ratificada por um número significativo de Estados, do que a uma proposta de convenção não aprovada ou mesmo a uma convenção restritiva cujo número de membros é reduzido;

c) Preocupação com a precaução por parte dos Estados que hesitam em adotar normas restritivas, sabendo que, freqüentemente, não têm certeza de poder cumprir as obrigações contratadas ou que não estão de acordo com um ou vários aspectos da norma, ao mesmo tempo que estão de acordo com a maior parte ou uma parte importante das disposições. A *soft norm* permite que o Estado faça parte de um acordo internacional sem ser obrigado a respeitar suas disposições;

d) Necessidade de uma maior flexibilidade burocrática num primeiro momento em que devem ser estudados a implantação, o controle, os impactos concretos da norma;

e) *Soft norm* podendo servir para fazer pressão sobre os Estados que não aceitaram integrar um acordo rígido, mas que têm interesse em participar de um acordo intermediário. Assim, é possível desenvolver mais o assunto, num primeiro momento, e, a *posteriori*, envolver-se nas negociações visando a um acordo restritivo;

f) Poder ser escolhida para resolver assuntos menos sensíveis, o direito rígido sendo reservado aos assuntos fundamentais. Em geral, as normas ambientais são consideradas menos importantes que as normas

econômicas. É por isso que há mais normas restritivas comerciais e mais *soft norms* ambientais;

g) Tornar possível a participação das organizações não-estatais, sabendo que os Estados são mais abertos ao controle externo e interno quando não há obrigações concretas (SHELTON, 2000, p. 12-14). Por exemplo, a UICN preparou uma versão preliminar da Carta Mundial da Natureza, que foi mandada pela Assembléia Geral das Nações Unidas aos Estados para receber seus comentários e foi aprovada posteriormente, no dia 28 de outubro de 1982 (KISS, 2000, p. 238).

A multiplicação das *soft norms*<sup>56</sup> começou a partir da segunda metade dos anos cinquenta e continuou no decorrer dos anos sessenta, com o aumento do número de membros da Assembléia Geral das Nações Unidas. O aumento se deve, sobretudo, à chegada dos países em processo de descolonização. Foi nessa época que se implantaram a organização dos países do Sul e a construção de um direito do desenvolvimento. Naquele momento, uma série importante de resoluções e declarações sobre o direito do desenvolvimento foi aprovada pela Assembléia Geral, mas sem eficiência concreta<sup>57</sup>. O caráter não-restritivo dessas normas foi sempre discutido, mas na prática não encontraram nenhum eco. A norma mais ilustrativa nesse contexto é aquela da Nova Ordem Econômica Internacional<sup>58</sup>.

Vários documentos importantes são baseados nas *soft norms*, como o Ato Final de Helsinque, sobre o uso dos rios internacionais, que foi redigido pela Associação de Direito Internacional, em 1966 (KISS, 2000, p. 226); o acordo de 1993 entre Israel e a Organização para a Libertação da Palestina, destinado a reativar o processo de paz, assim como vários documentos de restauração da paz entre eles; a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento ou a Ação 21.

Nos anos noventa, o número de *soft norms* aumentou muito, principalmente em di-

reito internacional do meio ambiente. A maior parte das grandes convenções ambientais sobre os direitos do homem, da população e das mulheres, como a Convenção sobre as mudanças climáticas, a Convenção sobre o *habitat*, a Convenção sobre o desenvolvimento social, são convenções-quadro. As convenções-quadro são geralmente *soft norms*, negociadas sem formulação concernente às obrigações de cada parte, que dependem de negociações posteriores. Elas constroem, por outro lado, um conjunto de princípios gerais diretores utilizados nas negociações internacionais (PORTER; BROWN, 1991, p. 20).

As principais características das *soft norms* são as seguintes: são não-restritivas; contêm expressões vagas e conceitos imprecisos; dirigem-se também a atores não-estatais, cuja prática não pode constituir direito costumeiro; é voluntária a implantação de suas disposições, não havendo instrumentos jurídicos para forçar essa implantação (CHINKIN, 2000, p. 30).

A natureza das *soft norms* não é ditada por sua classificação, nem unicamente pela linguagem usada, mas, sobretudo, pela prática dos Estados e dos outros atores internacionais perante essa norma. A Corte Internacional de Justiça já se pronunciou a esse respeito<sup>59</sup>, assim como a Comissão de Direito Internacional<sup>60</sup>. Assim, o painel de inspeção do Banco Mundial transformou, por sua prática, guias de boa conduta em norma obrigatória, em função de sua aceitabilidade por um número representativo de Estados<sup>61</sup>. Da mesma forma, o *Codex Alimentarius*, que era uma norma de importância secundária, tornou-se uma norma obrigatória importante para o direito internacional econômico em razão de sua valorização pela Organização Mundial do Comércio, a partir de sua referência expressa nos acordos assinados em Marrakech (REINICKE; WITTE, 2000, p. 88).

Normas privadas, criadas por agentes privados e não por Estados ou organizações internacionais, podem também se tornar *soft*

*norms* e ser, às vezes, consideradas como obrigatórias por parte das organizações internacionais. A Organização Mundial do Comércio aceita as normas do ISO e suas evoluções, no Acordo sobre as barreiras técnicas ao comércio. Isso implica, portanto, que os Estados têm indiretamente atribuído competência a agentes privados para produzir normas que lhes serão impostas (O'CONNEL, 2000, p. 112). Poder-se-ia até, de uma forma mais extrema, dizer que se assiste a uma transferência de soberania. Dessa forma, a transferência de soberania se produz no momento em que os Estados aceitam submeter-se a uma norma privada, que será criada por uma organização de empresas.

Vimos, portanto, que o desenvolvimento das *soft norms* contribui, de forma importante, para a expansão do direito internacional. Apesar de essas normas não terem um caráter obrigatório e carecerem de elementos para garantir sua execução (*enforcement*), elas têm um alto grau de aceitabilidade e desempenham um papel significativo na evolução do direito internacional. E, uma vez constatada a multiplicação das normas, falta analisar a multiplicação de tribunais internacionais.

## II. A multiplicação de tribunais internacionais

Quando um conjunto de Estados cria um tribunal internacional, há uma atribuição de capacidade constituída pela submissão ao poder de interpretação da Corte sobre os atos dos Estados e por sua submissão às decisões do tribunal. A criação de um tribunal pode ser decidida diretamente pelos Estados ou indiretamente por uma organização internacional. Os tribunais são essenciais para a determinação do nível de envolvimento dos Estados numa convenção internacional. A existência de um órgão jurisdicional é um elemento diferenciador entre as convenções, ainda mais se os Estados previrem a possibilidade de sanções econômicas. O processo de criação e de multiplicação dos tribunais internacionais começou

no início do século passado, com a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, que sucedeu à Corte Internacional de Justiça. Antes daquela época, recorria-se, de uma forma mais intensa, a conciliadores e árbitros para a resolução dos conflitos específicos<sup>62</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, um número significativo de cortes importantes foi criado, como a Corte de Justiça das Comunidades Européias, a Corte Européia dos Direitos do Homem, a Corte Interamericana dos Direitos do Homem e o Tribunal sobre o Direito dos Mares. Órgãos de solução de controvérsias nasceram no âmbito do Acordo Geral das Tarifas e Comércio e da Organização Mundial do Comércio, com instrumentos similares no Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA ou ALENA) e no Acordo de Comércio Livre (FTA) (SANDS, 2000a, p. 372; MACKENZIE, 1999).

Além disso, em função da importância de algumas organizações para o direito, a economia e a política mundial, seus tribunais administrativos adquiriram uma preeminência, como aqueles das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho e do Banco Mundial. Outras cortes têm, também, uma função essencial em virtude de repercussão política de suas decisões, mas com um alcance mais restrito, como o Tribunal Militar de Nuremberg, o Tribunal Internacional Militar<sup>63</sup>, o Tribunal para as Reclamações do Irã e dos Estados Unidos, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>64</sup>.

Outros mecanismos de decisão menos estruturados merecem também ser citados, como o Comitê das Nações Unidas para os Direitos do Homem, o Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos, a Comissão Européia dos Direitos do Homem e a Comissão Interamericana dos Direitos do Homem.

Evidentemente, se compararmos a quantidade de decisões por parte dos tribunais internacionais com o número das decisões



dos tribunais internos, a participação dos tribunais internacionais não é muito representativa. Mas a importância de suas decisões é política e juridicamente significativa, por duas razões<sup>65</sup>. Primeiramente, eles julgam, principalmente, Estados e não particulares, ainda que algumas cortes internacionais aceitem a participação e a ação de particulares, mas sempre dirigidas contra os Estados, como a Corte Europeia dos Direitos do Homem, por exemplo. Depois, os pareceres e opiniões consultivos têm repercussões nas cortes do mundo inteiro e, portanto, na evolução do direito internacional e do direito interno de muitos países.

Todavia, não há necessariamente uma hierarquia das normas. A Corte Internacional de Justiça (CIJ) não é uma instituição acima dos outros tribunais, mesmo se ela tem um estatuto político superior (FABRI, 1997, p. 719-720). Esse estatuto superior tem origem na tradição da Corte, na variedade dos temas tratados e no fato de ser ela o principal órgão judicial das Nações Unidas. Mas não é uma instância superior às outras. As decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio e da maioria dos tribunais citados são a última instância no tocante aos conflitos julgados. As únicas exceções são o Tribunal Administrativo das Nações Unidas<sup>66</sup>, o Tribunal Administrativo da OIT<sup>67</sup> e o Conselho da Autoridade Internacional da Aviação Civil<sup>68</sup>, cujas decisões podem ser revistas pela CIJ.

Assim, a preferência pela CIJ não é uma regra. Ao contrário, cada corte tem suas competências. Os Estados preferem apelar para uma ou outra das instâncias de resolução dos conflitos em função de cada situação particular. Várias razões podem explicar a não-preferência da CIJ (CHARNEY, 1999, p. 122). Para alguns assuntos, mais especializados, como o comércio, as finanças ou os investimentos, os Estados preferem uma instância dotada de peritos e que se mostre mais tradicional nesses campos. Às vezes, os Estados preferem lidar com outros mem-

bro que com os 15 juízes da Corte Internacional de Justiça e podem, então, dirigir-se a pessoas oriundas da região ou da cultura em que o conflito tem sua origem, fazendo uso da arbitragem ou de um tribunal regional. Ou, ainda, preferem manter o segredo a respeito dos casos controvertidos, o que não seria possível diante da CIJ, em que os casos têm sempre grande repercussão mediática. Podem ainda desejar a participação das organizações não-governamentais, o que também não é possível diante da CIJ.

A Corte Internacional de Justiça concentra mais seus esforços nos casos ligados ao direito internacional tradicional. A maior parte deles diz respeito a problemas de fronteiras, de águas internacionais, de projetos comuns de desenvolvimento sobre recursos comuns etc. As outras cortes podem tratar do direito internacional necessário; no entanto, as mais importantes são aquelas que tratam do direito internacional voluntário, como os direitos do homem, o direito do meio ambiente, a saúde pública ou o comércio internacional. Nesse caso, o Estado limita o exercício de sua liberdade soberana a partir de sua adesão às normas internacionais e submete suas atividades ao julgamento de uma corte internacional. Como a progressão da competência dessas cortes sobre o direito voluntário está em plena expansão, o número das atividades tipicamente internas aos Estados que se vêem submetidos às cortes internacionais está crescendo. Portanto, cada vez mais os tribunais internacionais controlam as atividades quotidianas dos Estados, nas disciplinas mais diversas e mais corriqueiras, e, conseqüentemente, os indivíduos.

Apesar da competência, à primeira vista restrita, das instâncias de resolução dos conflitos, algumas cortes têm uma competência bastante ampla e se beneficiam de um poder importante na expansão do direito internacional voluntário. É o caso da Corte e da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, ou ainda do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Co-

mércio. A Comissão Européia dos Direitos Humanos, por exemplo, havia registrado 404 casos em 1981, 2.037 em 1993 e 4.750 em 1997. O número de dossiês não-registrados ou provisórios abertos pela Comissão em 1997 foi maior do que 12.000. Os números para a Corte (1999, p. 4) aumentaram também: 7 casos deferidos em 1981, 52 em 1993 e 119 em 1997.

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio adquiriu grande importância em vários setores. Isso se tornou possível pelo ganho de legitimidade obtido pelo Órgão, em vista da amplitude das matérias tratadas e da submissão dos Estados aos pareceres emitidos<sup>69</sup>. Casos importantes, como o uso dos hormônios bovinos, os auxílios ao desenvolvimento dados às ex-colônias e fixados pela Convenção de Lomé, as normas sobre a conservação da qualidade do ar, os subsídios e salvaguardas a setores industriais importantes, como o aço ou a agricultura, tiveram que ser modificados por causa das decisões da Organização Mundial do Comércio.

Diante dessa quantidade de normas e de tribunais, pode-se imaginar a eventualidade de um problema, devido à dupla competência de dois ou mais tribunais num mesmo caso ou à falta de coerência de um tratamento, por vários tribunais distintos, de matérias relativas a um mesmo assunto. Essa questão resulta em outra mais ampla, a da coerência do direito internacional. É o que vamos abordar na seqüência.

### 3. *A questão da coerência do direito internacional*

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, estabelece que:

“Artigo 31 – Regra geral de interpretação

(...)

3. Será levado em consideração, concomitantemente ao contexto:

(...)

c) Toda regra pertinente de direito internacional aplicável nas relações entre as Partes”.

A Convenção confirma, assim, a tentativa visando ao reconhecimento da noção de sistema jurídico internacional, visto que propõe um método de resolução dos conflitos intermediários entre os tratados e costumes internacionais. Além disso, o artigo 31 (3) (c) estabelece que todas as regras do direito internacional, aplicáveis nas relações entre as Partes, devem ser consideradas<sup>70</sup>. A classificação do conjunto das normas internacionais como sistema depende da coerência entre essas normas, assim como da possibilidade de resolução dos conflitos de normas. Enfim, a palavra *sistema* significa “um conjunto *ordenado* de princípios formando um corpo de doutrina” ou uma “combinação de partes que se *coordenam* para formar um conjunto”. Onde duas hipóteses importantes: a existência de um único direito internacional, formado pelo conjunto das normas assinadas pelos Estados, e a coerência desse direito internacional, coerência garantida por um método de resolução dos conflitos entre normas opostas.

Entre os não-juristas, Raymond Aron (1962, p. 103)<sup>71</sup> discutiu também a noção de sistema internacional, mas com bases diferentes. Sua concepção do sistema baseia-se no conceito de direito internacional necessário, mais precisamente sobre a paz e a guerra. Ele hesitou em empregar a palavra *sistema*, pois a coerência do sistema repousava na competição, que se organiza em função de um conflito. A questão da coerência, naquela época, repousava mais sobre a idéia de que a coerência era fundada na possibilidade de um conflito armado entre os Estados-Partes do sistema. Hoje o problema da coerência repousa, sobretudo, numa outra noção de sistema, orientada principalmente no direito internacional moderno, ele próprio focalizado, não sobre o conflito, mas sobre a cooperação entre os Estados, portanto, pacífico. Nessa perspectiva, o problema em questão trata da coerência lógica en-

tre as normas e as instituições jurídicas que formam o sistema e, mais especificamente, nessa ordem jurídica em que se multiplicam as capacidades, as competências, as disciplinas e as fontes do direito, que articulações e que efeitos estão em jogo.

A resolução das contradições entre as normas do direito internacional que dizem respeito a um setor determinado, como os conflitos internos dos direitos humanos, e os conflitos que opõem o direito econômico e o direito do meio ambiente não criam muitos problemas, pois existe um certo nível de coordenação e de coerência entre os diferentes acordos, e os tribunais que os julgam são, em geral, os mesmos ou pouco numerosos. A questão maior é aquela dos conflitos entre normas pertencendo a diferentes ramos do direito internacional, como se constata num conflito que opõe uma norma do direito internacional do meio ambiente e uma dos direitos humanos ou ainda uma norma do direito internacional do meio ambiente e uma do direito econômico internacional, por exemplo. É um problema (de falta) de coerência entre as normas. A resolução desses conflitos nem sempre é fácil, sobretudo quando os fóruns de resolução dos conflitos são organizados segundo uma lógica específica, inerente a cada domínio técnico particular, que segue não somente a legislação específica e hermética de um setor do direito, mas, sobretudo, a lógica inerente a essa legislação. Para verificar se há uma coerência entre os diferentes setores do direito internacional, é preciso igualmente fazer uma análise da forma pela qual os tribunais internacionais se comportam diante dos conflitos de normas, em situações concretas, para avaliar a (falta de) coerência entre os tribunais.

### 3.1. A falta de coerência entre as normas

No direito interno, a resolução dos conflitos de normas varia de acordo com o país. De uma forma geral, Kelsen propõe um método lógico de resolução, examinando sucessivamente a hierarquia, a especificidade

(*lex specialis derogat lex generalis*) e a data de adoção da norma jurídica. Outros atributos poderiam ser acrescentados, dependendo do Estado, como a competência de um tipo de norma para tratar de um assunto específico ou a competência de um órgão na produção de uma norma relativa a um determinado assunto. No direito internacional, essa análise não se opera da mesma forma. Para começar, não há uma hierarquia entre os tratados. Pode existir uma hierarquia entre uma convenção internacional e um protocolo que a regulamenta, mas não há, por exemplo, uma superioridade entre uma convenção relativa aos direitos humanos e uma convenção relativa ao direito do meio ambiente, uma vez que as duas normas são convenções internacionais. Depois, é difícil definir a especificidade de uma norma, sobretudo se o mesmo assunto é regulado em dois setores diferentes do direito internacional. Podemos mencionar como exemplo as normas humanitárias e as normas ambientais, visto que o direito do meio ambiente é, às vezes, considerado um direito do homem. Enfim, a norma mais recente não é sempre a mais válida, porque é possível que os Estados-Partes não sejam todos signatários de todas as normas em conflito<sup>72</sup>.

O principal problema é aquele da coerência entre as normas relativas a setores diferentes. As normas dos direitos humanos, as normas econômicas, aquelas da propriedade intelectual, do meio ambiente e as normas militares são com frequência organicamente desconectadas entre si. O conjunto é somente uma coleção fragmentada de diferentes textos raramente colocados em relação uns com os outros. Esse mosaico formado pelas normas do direito internacional começa a conectar-se aos poucos, mas é sempre fragmentado. A comparação entre o direito internacional posterior à Segunda Guerra Mundial e o direito internacional contemporâneo é, a esse respeito, interessante: os primeiros instrumentos jurídicos importantes como o GATT, criado em 1947, as cartas do Banco Mundial e do Fundo Mone-

tário Internacional não fazem quase nenhuma referência aos valores emergentes da época, como aqueles dos direitos do homem. O mesmo ocorre no tocante à Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, ou ao Pacto sobre os Direitos Civis, Políticos, Econômicos e Sociais, de 1966. Evidentemente, alguns elementos garantindo a conexão entre os diferentes setores do direito podem ser encontrados, como a Parte IV do GATT, de 1976, e o Pacto sobre os Direitos Civis, Políticos, Econômicos e Sociais, relativo aos países em desenvolvimento, mas são elementos pontuais e pouco marcantes.

No direito contemporâneo, ao contrário, há mais referências de um setor ao outro, e a grande maioria das normas refere-se ao direito do meio ambiente. Quase todos os acordos comerciais se reportam à proteção da natureza ou ao desenvolvimento sustentável. Igualmente, os acordos ambientais fazem referência a importantes aspectos econômicos, como a propriedade intelectual, a transferência de tecnologia e o comércio internacional (SANDS, 1999, p. 41-43). Essa visão de um direito internacional contemporâneo mais interconectado é essencial para entender sua evolução. No entanto, as ligações não são coerentes, porque as lógicas que conduziram à evolução desses setores do direito são distintas. O direito econômico, incorporado pelo direito do meio ambiente, contém disposições particulares e se submete à lógica ambiental. As normas ambientais incorporadas pelo direito econômico são submetidas à lógica liberal. Entretanto, às vezes essas lógicas são opostas, pois se chega a limitar ao máximo ou a anular a proteção do meio ambiente em nome do comércio ou, ao contrário, a permitir medidas comerciais unilaterais em defesa da natureza, o que vai contra a lógica de cada um desses setores do direito.

É comum ver diferentes convenções internacionais tratar do mesmo assunto e oferecer soluções diferentes para os mesmos conflitos. Para o que nos interessa, vamos focalizar a análise sobre as contradições

entre o direito internacional econômico e o direito do meio ambiente. O principal acordo do direito internacional econômico, em comércio internacional, é o Ato de Marrakech, que criou a Organização Mundial do Comércio. Será analisado no âmbito de uma comparação com os acordos multilaterais ambientais, no tocante aos problemas de incoerência entre essas normas.

Um primeiro conflito potencial é levado ao tribunal competente para as questões ambientais ou ligadas à proteção do meio ambiente. A Convenção sobre a Diversidade Biológica estipula, em seu artigo 27 (3) (b), que os conflitos entre as partes relativos à interpretação ou à aplicação da Convenção devem ser feitos por meio de negociação, conciliação, arbitragem e ser levados à Corte Internacional de Justiça, em última instância. O Protocolo de Biossegurança<sup>73</sup> – que trata dos organismos geneticamente modificados – regula a Convenção sobre a Diversidade Biológica. Ele submete possíveis futuras controvérsias sobre os assuntos tratados à CIJ<sup>74</sup>. Entretanto, um conflito sobre o comércio internacional dos organismos geneticamente modificados, em relação ao controle do processo de produção, por exemplo, poderá ser julgado tanto pela Organização Mundial do Comércio, pois se trata de uma matéria comercial, quanto pela Corte Internacional de Justiça. Mas seria difícil que, nessa situação, as duas cortes aplicassem as mesmas normas jurídicas. Inicialmente, a CIJ se baseará tanto nas normas econômicas do direito da OMC quanto na Convenção sobre a Diversidade Biológica e no Protocolo de Biossegurança. Evidentemente, esses textos poderão ser também usados pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, mas serão os acordos da OMC que serão levados em consideração em primeiro lugar, o que poderia mudar completamente a decisão final. Ainda nesse contexto, o controle de segurança do processo de produção poderia, portanto, ser levado em consideração pela CIJ, mas jamais pela OMC, diante da qual essa análise não é líci-

ta. Enfim, a análise referente à consideração do princípio da precaução não teve a mesma sorte em processos anteriores debatidos no seio dos dois fóruns de decisões, o que analisaremos mais tarde<sup>75</sup>. Essas diferenças de apreciação poderiam ser encontradas também na Convenção sobre as Mudanças Climáticas, a respeito do comércio das autorizações de emissões, em que se determina a competência da CII, estabelecida pela Convenção sobre as Mudanças Climáticas, mas também da OMC, visto que o tema pode ter repercussões comerciais.

Uma situação concreta é representada pelo conflito entre o Chile e as Comunidades Européias, em relação à pesca do peixe-espada, a respeito da qual as Comunidades Européias pediram, em abril de 2000, a abertura de um painel contra o Chile perante a OSC<sup>76</sup> e, em dezembro desse ano, as duas partes pediram também a solução do mesmo conflito diante do Tribunal Internacional do Direito ao Mar (ITLOS)<sup>77</sup>. A apresentação do conflito diante do ITLOS demonstra que a incoerência do direito internacional pode ser usada pelas partes, em função de seus interesses particulares. Os dois sistemas de soluções de conflitos progrediram em paralelo, mas, em março de 2001, as partes firmaram um acordo e pediram o fim do processo ao ITLOS e ao OSC. Embora esses casos não tenham resultado numa solução elaborada pelos juízes, os dois pareceres poderiam estar em contradição, em razão das diferenças de prioridade dadas às normas do direito do mar e do direito internacional econômico, por parte do tribunal do direito do mar e da OSC.

Nos conflitos entre as regras do direito internacional econômico da Organização Mundial do Comércio e os acordos ambientais multilaterais, o método de análise pode representar o principal obstáculo à coerência das decisões oriundas de diferentes tribunais. O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC já implementou uma metodologia que consiste em analisar, em primeiro lugar, os aspectos ambientais, nos casos

*Gasolina*, que opunham os Estados Unidos, de um lado, ao Brasil e à Venezuela, do outro, a respeito da proteção do ar. A mesma foi desenvolvida no caso *Camarões* que opôs os Estados Unidos à Índia, ao Paquistão, à Tailândia e à Malásia (SANDS, 2000a, p. 391-392). A metodologia adotada coloca no primeiro plano a proteção do meio ambiente. Uma vez avaliadas as medidas em pauta, procede-se à análise das questões comerciais: a norma não deve ser uma restrição disfarçada ao comércio internacional nem um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre os países em que existem as mesmas condições comerciais. Para que uma medida seja considerada válida, é preciso que as duas avaliações sejam satisfeitas, a avaliação ambiental e a avaliação comercial. É preciso, também, ter feito esforços para negociar as soluções a serem trazidas aos problemas ambientais antes de tomar medidas unilaterais. Essa avaliação múltipla não está prevista por outras convenções multilaterais sobre o meio ambiente, salvo algumas exceções, de caráter genérico, como a Convenção sobre a Diversidade Biológica, e constitui, assim, um motivo de conflito.

Uma outra área de conflito potencial é aquela das medidas unilaterais tomadas por um Estado, a fim de desencorajar a produção de substâncias nocivas ao meio ambiente, como aquelas que destroem a camada de ozônio, ou os processos de produção que afetam a fauna e a flora, como a comercialização do CFC. Essa modalidade de discriminação, prevista pelos acordos ambientais, viola os artigos XX (b) e (g) do GATT (HUDEC, 2000, p. 150-151).

Igualmente, a Convenção sobre o comércio internacional das espécies de fauna e de flora selvagens ameaçadas de extinção<sup>78</sup>, a Convenção de 1940 sobre a proteção da natureza e a preservação da vida selvagem no hemisfério ocidental<sup>79</sup>, a Convenção de 1950 sobre a proteção das aves<sup>80</sup>, o Acordo sobre os ursos polares<sup>81</sup>, de 1973, a Convenção de 1989 sobre a proibição da pesca com redes de pesca à deriva no Pacífico Sul<sup>82</sup>, o Proto-

colo de Montreal e a Convenção da Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de dejetos perigosos e sua eliminação, na medida em que todos esses textos prevêem regras restritivas ao comércio fundamentadas na proteção do meio ambiente, podem todos ser matéria de conflito. Esses acordos internacionais têm um número considerável de partes que, em geral, são as mesmas que aquelas da OMC. Todavia a relação entre essas medidas e as disposições do GATT não são obrigatoriamente concordantes e a aplicação de uma medida unilateral, por parte de um determinado país<sup>83</sup>, sem negociação prévia entre as partes, pode ser julgada como ilegal pela OMC. A Convenção sobre a proibição da pesca com uma rede de grande dimensão pescando à deriva, no Pacífico Sul, de 1989, traz em seu artigo 3 uma restrição comercial sobre a proteção dos recursos haliêuticos<sup>84</sup>.

Poderia ser útil, nessa situação, aplicar as regras de interpretação, como a *lex specialis derogat lex generalis*, e uma lei posterior derogar uma lei anterior. As normas ambientais são mais específicas, às vezes mais recentes do que as regras do GATT. Nesse caso, se considerar a validade da Convenção de Viena, seria necessário aplicar o acordo ambiental. Mas o Órgão de Solução de Controvérsias tem o poder de interpretar suas obrigações segundo as regras da OMCe, independentemente de outras normas, documentos ou outras instituições evocadas pelas partes, os pareceres demonstram essa tendência<sup>85</sup>. Segundo o Órgão de Solução de Controvérsias,

“consideramos que um grupo especial tem também o poder de aceitar ou rejeitar qualquer informação e opinião que poderia ter pedido ou recebido, ou dispor disso de uma outra forma, tanto apropriada. [...] Um grupo especial tem, em particular, a possibilidade e o poder de determinar se informações e opiniões são necessárias, num determinado caso, para avaliar a admissibilidade e a pertinência das

informações ou opiniões recebidas e para decidir qual importância convém dar ao que foi recebido”<sup>86</sup>.

Nos casos citados, as normas econômicas da OMC são colocadas acima das outras normas do direito internacional, porque o direito internacional é interpretado à luz das regras da OMC. A primazia do direito internacional econômico sobre outros setores importantes do direito internacional se faz à medida que o Órgão de Solução de Controvérsias ganha legitimidade e cresce o número de casos que lhe são submetidos.

Um outro aspecto importante nesse contexto é a validade das medidas restritivas ao comércio, tomadas por razões ambientais e impostas a Países não-Membros das convenções internacionais. Na Convenção da Basileia, CITES e Protocolo de Montreal, figuram medidas previstas contra os países não-signatários. Mas a aplicação dessas medidas a países não-signatários é ilegal para o sistema do GATT (HUDEC, 2000, p. 162). Uma análise desses acordos pelo Órgão de Solução de Controvérsias seria provavelmente interpretada à luz da Convenção de Viena, e os Estados não-Partes estariam isentos da obrigação de respeitar acordos ambientais.

A análise das decisões já tomadas pelos tribunais internacionais, e especialmente pelo Órgão de Solução de Controvérsias, como por outras cortes, será útil para a verificação da coerência entre as práticas de interpretação do direito internacional<sup>87</sup>.

### 3.2. A falta de coerência entre as técnicas de interpretação jurisdicional

A falta de coerência entre as técnicas de interpretação pode resultar em diferenças importantes entre as decisões dos diferentes órgãos jurisdicionais internacionais, particularmente no momento do confronto entre o comércio e o meio ambiente. Entre os temas mais importantes, colocam-se as questões comerciais ligadas ao meio ambiente. A ascensão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC seu tratamento dos casos

ligados à proteção da natureza e sua postura fechada frente às organizações não-governamentais provocaram uma nova discussão a respeito da necessidade de uma Organização Mundial do Meio Ambiente dotada de um Órgão de Solução de Controvérsias específicas às matérias ligadas à proteção do meio ambiente e ao comércio, que atue à luz dos acordos multilaterais do meio ambiente. Essa opção não parece ser o mecanismo mais apropriado a fim de resolver um possível problema de reducionismo economista do meio ambiente, visto que se identificam hoje várias organizações internacionais específicas de proteção à natureza como a UNCLOS ou genéricas como o PNUE, mas que não têm a mesma força que a OMC para julgar os casos ligados ao comércio. Assim, a criação de uma nova organização não trará muitos elementos novos no contexto internacional de hoje. Mesmo se tal organização for criada, a questão-chave será sempre aquela de resolver os possíveis problemas de conflitos de competência e de interpretação distinta em relação às convenções ambientais.

Uma outra solução mais apropriada seria readaptar a postura do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para atender as críticas e aplicar os acordos ambientais multilaterais nos casos julgados, evitando, assim, a falta de coerência entre os diferentes tribunais existentes. A falta de coerência pode traduzir-se de várias formas: diferenças de interpretação sobre um mesmo assunto, não-integração dos diferentes setores do direito internacional.

#### *I. Diferenças de interpretação sobre um mesmo assunto – o exemplo do princípio da precaução*

Esse exemplo é emblemático, pois já foi simultaneamente objeto de diferentes interpretações oriundas de diferentes jurisdições internacionais. É por isso que o usaremos aqui como o exemplo perfeito para confirmar as divergências jurisdicionais sobre o plano internacional e os problemas de coerência que decorrem disso.

O princípio da precaução foi geralmente apresentado como sendo a ferramenta de conciliação entre o meio ambiente e o desenvolvimento. Mas sua implementação no plano jurisdicional mostra até que ponto a conciliação é materialmente árdua. A questão da aceitabilidade do princípio da precaução no seio da OMC é um bom indicador quando se quer comparar a coerência entre as normas comerciais e ambientais, sobretudo se as confrontamos com a interpretação que é dada pela Corte Internacional de Justiça. O objeto do estudo – o princípio da precaução – é um princípio em construção, cujo reconhecimento é visto como um gesto precursor, favorável à proteção do meio ambiente.

A Organização Mundial do Comércio e a Corte Internacional de Justiça já tiveram a oportunidade de se pronunciar sobre a aplicabilidade do princípio da precaução. Além disso, os objetos são comparáveis. O que se pretende analisar aqui é a questão de saber se as duas organizações internacionais incluíram ou não o princípio em sua interpretação do direito internacional e, no caso de uma resposta positiva, como o princípio foi entendido. Examinaremos, portanto, um após outro, os pareceres da Organização Mundial do Comércio, da Corte Internacional de Justiça e da Corte de Justiça das Comunidades Européias.

#### *a) O Órgão de Apelações da OMC*

O Órgão de Apelações da OMC teve, em três momentos, a oportunidade de emitir considerações a respeito da aplicabilidade do princípio da precaução. Trata-se dos casos: *Austrália – medidas afetando a importação de salmão (Salmão)*<sup>88</sup>; *Comunidade Européia – medidas relativas à carne e aos produtos da carne (Hormônios)*<sup>89</sup>; e *Japão – medidas afetando os produtos agrícolas (Produtos agrícolas)*<sup>90</sup>. O princípio da precaução foi invocado cada vez, no âmbito do acordo sobre a aplicação das medidas sanitárias e fitossanitárias (Acordo SPS) (Cf. FABRI, 2000).

O artigo 2.2 prevê que um País-Membro não pode tomar medidas de proteção sem

ter “provas científicas suficientes”. A primeira dificuldade está na necessidade de identificar o conteúdo da expressão *suficiente*, presente no artigo. Segundo o Órgão de Apelações, no caso *Produtos agrícolas*, suficiente é uma palavra relacional. Deve ser lida em função da relação existente entre o nível de restrição imposto pela medida tomada pelo país e a evidência científica. Assim, o grau de consolidação da ligação causal entre a medida e as provas científicas torna-se o aspecto mais importante do debate. Conseqüentemente, trata-se de uma expressão que deve ser verificada em cada caso. Ela diz respeito, também, à última frase do artigo, portanto, a palavra *suficiente* inclui os artigos 3.3 e 5.7<sup>91</sup>.

Para a concretização do princípio da precaução, o Órgão de Apelações, fundamentado no artigo 5.7, coloca condições. A medida deve ser:

1. Imposta numa situação em que as informações científicas pertinentes são insuficientes;

2. Baseada na informação científica disponível;

3. Seguida de um esforço para obter informações complementares necessárias a uma avaliação mais objetiva do risco;

4. Condicionada a uma nova análise num prazo razoável.

Encontramos uma quinta condição, enquanto o Órgão de Apelações somente menciona quatro, visto que exige também que a medida seja provisória e não considera seu caráter provisório como uma condição de análise, fato com o qual não concordamos. Exigir que a medida seja considerada provisória: essa condição é, na prática, uma condição de aceitabilidade da medida.

Essas condições são acumulativas e igualmente importantes para determinar a consistência da disposição. Como indica o Órgão de Apelações, no caso *Produtos agrícolas*, se faltar uma dessas condições, a medida será considerada contrária ao direito da OMC<sup>92</sup>.

A determinação da insuficiência de provas científicas disponíveis é feita por cada país. Evidentemente, não é preciso unanimidade científica a favor da medida, pelo menos, existência de uma dúvida, até mesmo de uma controvérsia científica. Se não houver controvérsia, não há também uma base permitindo que seja tomada uma medida SPS<sup>93</sup>. A periodicidade da revisão da análise é determinada caso a caso, de acordo com a natureza da medida, aquela dos produtos em questão e os avanços científicos. Mediante a análise realizada, percebe-se, portanto, que a OMC reconhece o princípio da precaução e lhe dá um conteúdo concreto, embora essa análise limite a margem de manobra dos Estados.

#### b) A Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça igualmente teve a oportunidade de avaliar a aplicação do princípio da precaução no caso relativo ao projeto *Gabcíkovo-Nagymaros*, opondo a Eslováquia e a Hungria e para o qual o veredicto foi dado no dia 25 de setembro de 1997<sup>94</sup>. Trata-se, portanto, de uma decisão recente, posterior a um grande número de normas internacionais estabelecidas sobre a existência do princípio da precaução. Ela é somente dois meses anterior à decisão emitida no caso *Hormônios*, na OMC. Evidentemente, a relação entre os dois assuntos é quase inexistente, exceto no que diz respeito à tomada em consideração do princípio da precaução. Vamos, portanto, estudar a alegação do princípio da precaução diante da CIJ e sua interpretação sobre a aplicação do princípio.

A Corte Internacional de Justiça preferiu julgar o caso, inscrevendo-o na teoria da responsabilidade civil e, mais especificamente, na tomada em consideração do estado de necessidade como causa do não-cumprimento das obrigações da Hungria na execução de um tratado internacional. Haveria, de acordo com a Hungria, um estado de necessidade ambiental, baseado no princípio da precaução, sendo o objeto do tratado



a realização de um investimento compatível com a proteção do meio ambiente e explorado concomitantemente pelas duas partes contratantes. Visto que a compatibilidade com a proteção do meio ambiente já não existia, a realização do objeto do tratado era impossível de acordo com os artigos 61 e 62 da Convenção de Viena<sup>95</sup>.

A Corte<sup>96</sup> não considerou que os avanços em matéria de meio ambiente fossem um elemento imprevisto, inscrevendo-se no âmbito da teoria da imprevisibilidade<sup>97</sup>. Até reconheceu que os impactos ambientais dos projetos foram consideráveis<sup>98</sup>. Tanto a evolução científica quanto o desenvolvimento sustentável são citados como elementos importantes da discussão<sup>99</sup>. Todavia, a partir do momento em que a Corte Internacional de Justiça julga a matéria sob a ótica do direito de responsabilidade, exige que o perigo seja “sério e iminente” e acrescenta que as dúvidas evocadas pela Hungria não eram suficientes para caracterizá-lo. Além disso, não havia provas do caráter “sério e iminente” do perigo. O texto do parecer é claro:

“Entretanto, a Corte considera, por tão sérias que pudessem ter sido essas incertezas, que *elas não poderiam por si só estabelecer a existência de um ‘perigo’ como elemento constitutivo de um Estado de necessidade*. A palavra ‘perigo’ evoca, é claro, a idéia de ‘risco’; é precisamente nisso que o ‘perigo’ se distingue do dano materializado. Mas não poderia haver estado de necessidade sem um ‘perigo’ devidamente comprovado no momento pertinente; *a única apreensão de um ‘perigo’ possível não bastaria a este respeito*. Seria, aliás, difícil que fosse de outra forma, desde que o ‘perigo’ constitutivo do estado de necessidade deve ser ao mesmo tempo ‘sério’ e ‘iminente’.

A ‘*iminência*’ é sinônimo de ‘*imediatez*’ ou de ‘*proximidade*’ e *ultrapassa muito o conceito de eventualidade*. Como enfatizou a Comissão do Direito Internacional em seu comentário, o

perigo extremamente sério e iminente deve ser ‘encontrado, pesando, no mesmo momento, sobre o interesse ameaçado’.

Em uma palavra, a Corte Internacional de Justiça não considerou, no caso Gabcíkovo-Nagymaros, que o princípio da precaução era suficiente para permitir o reconhecimento dos elementos, demonstrando o estado de necessidade numa situação concreta. Perdeu, portanto, uma importante oportunidade de fazer progredir o direito internacional pela incorporação do princípio da precaução à doutrina do estado de necessidade (cf. SANDS, 2000b, p. 211 et seq.).

### c) Corte de Justiça das Comunidades Europeias

O princípio da precaução foi invocado em vários casos levados à Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE). As posições da Corte Europeia a esse respeito não foram tão vagas como a posição da Corte Internacional de Justiça, nem tão rígidas como a posição do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC<sup>100</sup>. Essa terceira postura frente ao princípio da precaução contribuiu para a elaboração de uma conclusão formada a partir das diferentes interpretações dadas a respeito da implementação desse princípio. Entre os casos mais pertinentes, destacaram-se *Safety Hi-Tech Srl contra S&T Srl*, *Gianni Bettati contra Safety Hi-Tech Srl*<sup>101</sup> e o caso vaca louca, que opôs a França à Comissão Europeia<sup>102</sup> quanto ao fim do embargo sobre a carne inglesa; elas são interessantes em relação aos princípios da precaução e da proporcionalidade, mas é a de *Mondiet (C-405/92)* que é a mais ilustrativa da posição da Corte.

A Corte analisou o caso à luz do princípio da precaução. Entendeu que não havia reais estudos científicos precisos sobre as conseqüências que poderia ter o uso de redes pescando à deriva sobre todas as espécies ameaçadas e, portanto, que o Conselho tinha agido na esfera de seu poder discricionário, sem ter demonstrado o excesso que foi invocado e apoiando-se no princípio da

precaução. Ela considerava, portanto, que não tinha havido desvio de poder, como pretendiam os pescadores<sup>103</sup>.

Enfim, a Corte aceitou também a posição do Conselho, que defendia a idéia que poderia mudar a norma jurídica no caso de ter novos estudos contrários à restrição adotada. Isso torna a posição da CJCE completamente distinta do parecer do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, porque nenhuma obrigação foi solicitada ao Conselho para realizar estudos científicos para justificar a medida restritiva, nem praticar novas análises periódicas relativas à medida. A posição da Corte mantém o Conselho numa posição confortável e fortalece seu poder discricionário para usar o princípio da precaução, sem obrigações concretas futuras para a manutenção de uma norma restritiva.

## II. A não-integração dos diferentes setores do direito internacional

Para mostrar concretamente esse fenômeno, o exemplo do direito internacional do meio ambiente e dos direitos do homem aparece como útil. Cada vez mais, o direito do meio ambiente é considerado pelos juristas dos direitos humanos como uma parte desse setor do direito internacional. Se for o caso, ali, de uma visão relativamente antropocêntrica que divide os juristas, ela é aceita pelas cortes internacionais e vários casos já foram julgados na Corte Européia dos Direitos do Homem que se referiam ao respeito ao direito do meio ambiente. Existem também pareceres em que situações tratadas pelas convenções de direito internacional do meio ambiente são analisadas sob a ótica dos direitos do homem, e as decisões estão baseadas nesse direito. Mesmo se chegarmos a soluções semelhantes, constatamos uma falta de coerência na aplicação de normas mais gerais em vez de normas específicas, que demonstram como os tribunais setoriais ainda estão fechados à multidisciplinaridade do direito internacional, sobretudo do direito internacional voluntário.

O caso *Lopez Ostra versus Espanha* ilustra esse fenômeno. A Corte Européia dos Direitos do Homem julgou que as normas estabelecidas para lutar contra a poluição ambiental estavam baseadas em um direito individual, previsto no artigo 8 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que trata do direito ao respeito à vida privada<sup>104</sup>. A corte procede a uma série de considerações sobre a proteção do meio ambiente ao longo do parecer, mas somente faz referência a uma norma ou a uma prática costumeira do direito internacional do meio ambiente. Num outro parecer, *Balmer-Schafroth e outros versus Suíça*, a maioria dos juízes (doze) decidiu que o artigo 6 da Convenção Européia não garantia o direito dos residentes locais ao acesso aos órgãos administrativos e judiciais na Suíça, para obter que fosse posto um fim à extensão de uma licença de operação de uma central nuclear, enquanto outros oito juízes condenaram a posição dominante, formulando uma repreensão, visto que o direito do meio ambiente e notadamente o princípio da precaução tinham sido ignorados (SANDS, 1991, p. 47). No caso *Arrondelle versus Reino Unido e Rayner versus Reino Unido*, a Corte considerou como sendo uma violação da qualidade de vida, portanto, dos direitos do homem, o barulho provocado por um aeroporto<sup>105</sup>. Tudo isso demonstra que, apesar da existência de diferentes setores de direito, no meio jurisdicional, esses setores são tratados de forma hermética, com pouca comunicação, o que confirma a idéia de um direito compartimentado, incoerente ou não-sistêmico.

## 4. Conclusão

A expansão do direito internacional é evidente. O direito internacional toca gradativamente as áreas tradicionalmente consideradas como sendo internas aos Estados, o que explica um deslocamento de capacidades materiais e formais do nível nacional para o nível internacional. No plano material, identifica-se uma multiplicação dos te-

mas que são ligados ao direito internacional, assim como fontes de inspiração do conteúdo na formação desse direito. No plano formal, a expansão das normas restritivas e das *soft norms* é notável, tanto quanto a multiplicação dos tribunais internacionais. Entretanto, existe uma defasagem entre o poder de participação dos países do Sul e aqueles dos países do Norte. Os Estados do Norte colaboram mais na formação do direito internacional. Isso significa que os Estados do Sul assumem, cada vez menos, uma parte da evolução da regulamentação que diz respeito a seus assuntos internos.

Essa expansão acompanha lógicas diferentes, e a coexistência, assim como a acumulação de lógicas diversas, contribui para a formação de um conjunto jurídico incoerente. A existência de vários conjuntos de normas jurídicas contraditórias permite aos Estados mais poderosos usar o direito que lhes convém mais, enquanto se contribui para desenvolver um outro direito mais favorável ao meio ambiente ou aos países menos desenvolvidos ou a outros valores politicamente importantes, mas sem o mesmo nível de eficiência do direito restritivo. É exatamente o nível de restrição de cada conjunto de normas internacionais que vai determinar a eficiência de um setor do direito internacional.

### Notas

<sup>1</sup> A sociedade civil é entendida como sendo o conjunto dos indivíduos no nível local, regional ou global de acordo com o contexto. Chamar-se-á sociedade civil organizada a associação dos indivíduos com um objetivo determinado, como os movimentos sociais, as organizações não-governamentais ou os sindicatos de classe. Isso não abrange as associações de pessoas morais.

<sup>2</sup> Segundo o artigo 34 da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, de 23 de maio de 1969, "um tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem seu consentimento".

<sup>3</sup> Ver a famosa sentença de Max Hubber ([199-?], p. 838). Ver também Dupuy (1998, p. 59).

<sup>4</sup> CPJI, 1927, p.18-19. Ver também Dupuy (1998, p. 31).

<sup>5</sup> A formação da União Européia é uma realidade especial que também será estudada.

<sup>6</sup> Entrevista com o Juiz da CIJ, Francisco Rezek, no dia 23 de maio de 2001.

<sup>7</sup> Nesse caso específico, a Secretaria tinha um poder de avaliação das relações nacionais.

<sup>8</sup> É preciso mencionar a expansão importante dos direitos do homem, mas que não faz parte da análise deste artigo.

<sup>9</sup> Ver o caso WT/DS111/1, entre Argentina e Estados Unidos, relativo à participação do Fundo Monetário Internacional no processo. Isso afeta também a coerência do direito internacional, o que será analisado a partir do item 3.

<sup>10</sup> Fazemos referência à questão da Aids, discutida pela Organização Mundial do Comércio, que opõe os países em desenvolvimento, como o Brasil, a Índia, a China e a África do Sul, às empresas transnacionais farmacêuticas cujos interesses são defendidos pelos Estados Unidos da América.

<sup>11</sup> É preciso dizer que há um conjunto importante de normas nacionais que estão ainda em vigor, que às vezes especificam as normas internacionais, às vezes regulamentam assuntos ainda não tratados pelo direito internacional.

<sup>12</sup> Convenção CITES; Convenção-Quadro sobre as Mudanças Climáticas; Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio; Protocolo de Montreal sobre a Biossegurança; Convenção de Montego Bay sobre os Direitos dos Mares.

<sup>13</sup> Resolução do Conselho de Segurança 661 (1990), sobre a invasão do Kuwait.

<sup>14</sup> Resoluções do Conselho de Segurança 713 (1991) e 757 (1992), sobre o conflito interno.

<sup>15</sup> Resolução do Conselho de Segurança 773 (1992), sobre o conflito interno.

<sup>16</sup> Resoluções do Conselho de Segurança 748 (1992) e 883 (1993), sobre o pedido feito à Líbia de renunciar ao apoio ao terrorismo.

<sup>17</sup> Resolução do Conselho de Segurança 788 (1992), sobre a violação do cessar-fogo.

<sup>18</sup> Resolução do Conselho de Segurança 841 (1993), em resposta ao fluxo de refugiados do Haiti e à não-restauração do governo legítimo.

<sup>19</sup> Resolução do Conselho de Segurança 918 (1994), em razão da violência interna.

<sup>20</sup> Resoluções do Conselho de Segurança 1054 (1996) e 1070 (1996), em razão do atentado contra o Presidente H. Mubarak, no Egito.

<sup>21</sup> Resoluções do Conselho de Segurança 1132 (1997) e 1171.

<sup>22</sup> Resolução do Conselho de Segurança 1160 (1998), por causa do conflito no Kosovo.

<sup>23</sup> Resolução do Conselho de Segurança 1267 (1999), por causa da não-extradição de Osama Bin Laden.

<sup>24</sup> M. Huglo e Lepages-Jessua (1995, p. 73) qualificam o período que precede os anos sessenta de

período em que “o direito tinha como função proteger a sociedade contra a natureza. Não existem, por consequência, verdadeiras preocupações com a proteção do meio como tal; o meio ambiente não é considerado como um recurso consumível, organizável e utilizável. As relações de propriedade, quer sejam públicas ou privadas, predominam e essas relações de propriedade como tais justificam e legitimam as agressões contra a natureza, diante do direito de propriedade inviolável e sagrado [...] O meio ambiente somente existe num ângulo estético ou histórico”.

<sup>25</sup> Ver Convenção de Montego Bay, sobre o direito do mar.

<sup>26</sup> Criada pelo artigo 25 da Convenção sobre a Diversidade Biológica.

<sup>27</sup> Nas reuniões de Madri, em 1997, por exemplo, dezenas de organizações participaram: ver Agência EFE, Al Fatihah Foundation, Inc., Alternativa Solidária, Amazon Coalition, Bioresources Development and Conservation Programme (BDPC), CEDPAN/CODESPA, Center for International Affairs, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre for Indigenous Environmental Resources, COAG, COBASE, Cultural Survival Canada, European Alliance with Indigenous People, Food and Peace Development Center, Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD), Friends of the Earth Sweden, Genetic Resources Action International (GRAIN), Grand Council of the Crees (Eeyou Astchee), Grassroots International, Grupo de Apoyo Ayoko Ind. Nacional y Comuneros, Grupo de Trabajo «Ungurahui», Grupo Semillas, Healing Forest Conservancy, IBIS, Indigenous Knowledge Programme, Indonesian Center for Environmental Law (ICEL), Instituto Socioambiental, International Development Research Center (IDRC), International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), La Vanguardia, National Aboriginal and Islanders Legal Services Secretariat, Netherlands Centre for Indigenous Peoples, ONDA VERDE-Ameríndia, Organisation d'aide au développement communautaire, Oxford Centre for Environment, Ethics and Society, Planeta Humano, RNE, Safari Club International, School of Oriental and African Studies, Sciences Biologiques Guinée Ecologie, Service Centre for Development Cooperation (Finland), Society for International Development (SID), SODEPAZ, Suelos Agua y Semillas de Oaxaca, Tele-Madrid, The Gaia Foundation, TRAMSO – Traditional Medicine System Organisation, Uganda Association for Socio-Economic Progress, Via Campesina, WATU/Accion Indígena, Women's Association for Natural Medicine Therapy (WAINAMATE), World Wide Fund for Nature (WWF).

<sup>28</sup> Mais de trezentos documentos foram propostos durante as seis primeiras reuniões.

<sup>29</sup> A expressão “entidade intergovernamental” se refere às organizações internacionais e às entidades criadas para gerir as convenções internacionais.

<sup>30</sup> Entrevista com Pat Roy Mooney, diretor da RAFI. Eles têm o controle parcial da origem do *download*.

<sup>31</sup> Poder-se-ia discutir sobre a possibilidade de uma tolerância explícita. Seria mais correto denominá-la *aceitação* em vez de tolerância explícita.

<sup>32</sup> Ver a Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 14 de junho de 1992, e o acordo de Marrakech, que cria a Organização Mundial do Comércio, no dia 15 de abril de 1994.

<sup>33</sup> Aqui também a expressão inglesa não encontra equivalente em português.

<sup>34</sup> A terceira conferência sobre sua implementação formulou a definição seguinte a restrição (*contraignant* em francês, *compliance* em inglês):

“Compliance is the full implementation of environmental requirements. Compliance occurs when requirements are met and desired changes are achieved, e.g., processes of raw material are changed; work practices are sites, tests are performed on new products or chemicals before they are marketed, etc. The design of requirements affects the success of an environmental management program. If requirements are well-designed, then compliance will achieve the desired environmental results. If the requirements are poorly designed, then the achieving compliance and/or the desired results will likely be difficult” (GERADU; WASSEMAN, 1994, p. 15-16 apud WOLFRUM, 1998, p. 29).

<sup>35</sup> A língua inglesa possui expressões mais apropriadas para estes termos: *compliance* para os mecanismos obrigatórios e *enforcement* para o mecanismo de implementação, no caso de o acordo carecer de eficácia.

<sup>36</sup> Como o não-acesso a fundos internacionais. Ver a Convenção sobre a Herança Mundial, da Unesco.

<sup>37</sup> Ver o sistema de sanção da Organização Mundial de Comércio.

<sup>38</sup> Como a Corte Internacional de Justiça.

<sup>39</sup> ILM 18, 1979, p. 1442 apud WOLFRUM, 1998.

<sup>40</sup> Cf. WOLFRUM, 1998, p. 37. Ver o protocolo que se refere à redução das emissões de enxofre ou de seus fluxos transfronteiriços de pelo menos 30%, artigo 4, “Relatórios sobre as emissões anuais. Cada Parte informa anualmente o órgão executivo sobre o nível de suas emissões anuais de enxofre e a base sobre a qual foi calculado”. O Protocolo relativo à luta contra as emissões de óxidos de amônia ou de seus fluxos transfronteiriços é ilustrativa:

“Artigo 8. Troca de informações e relatórios anuais

1. As partes *trocam informações* notificando ao Órgão executivo os programas, políticas e estratégias nacionais que elas estabelecem conforme o arti-

go 7 acima e *entregando um relatório a cada ano sobre os progressos realizados* e todas as modificações ocorridas nesses programas, políticas e estratégias, e em particular sobre:

a) as *emissões anuais nacionais de óxidos de amônio e a base sobre a qual foram calculadas,*

b) os *progressos na aplicação de normas nacionais de emissão* previstas nas alíneas 2 a) e 2 b) do artigo 2 acima, e as normas nacionais de emissão aplicadas ou a aplicar, assim como as fontes e/ou categorias de fontes consideradas,

c) os *progressos na adoção das medidas antipoluição,* previstas na alínea 2 c) do artigo 2 acima, as fontes consideradas e as medidas adotadas ou a adotar,

d) os *progressos realizados na disponibilização ao público de combustível sem chumbo,*

e) as *medidas tomadas para facilitar a troca de tecnologias, e*

f) os *progressos realizados na determinação de cargas críticas.*"

<sup>41</sup> Cf. WOLFRUM, 1998. Fazem parte das competências da secretaria de CITES: "Artigo XII (2) (d) estudar os relatórios das Partes e *pedir às Partes todo complemento de informação* que ela julgar necessário para garantir a aplicação da presente Convenção".

<sup>42</sup> Artigo VII, ver 402 UNTS 701.

<sup>43</sup> As Convenções Ramsar e CITES possuem comissões.

<sup>44</sup> A Secretaria da Convenção sobre a Diversidade Biológica, a Secretaria da Convenção sobre as Mudanças Climáticas são exemplos.

<sup>45</sup> A Convenção de Paris sobre a prevenção da poluição marinha a partir de fontes terrestres, a Convenção sobre a poluição do Reno, a Convenção de Oslo e a Convenção de Helsinque sobre a proteção do mar Báltico fizeram a mesma coisa.

<sup>46</sup> UNEP/OzL.Pro/WG.3/CRP.1, de 1991. As partes da Convenção decidiram posteriormente aliviar a interpretação da Convenção a partir do documento UNEP/OzL.Pro.LG.1/3, que sustenta o aspecto não-conflitual do procedimento de controle do respeito.

<sup>47</sup> Seu combate pelos direitos do homem e o desarmamento rendeu às ONGs dois prêmios Nobel da paz; o primeiro foi dado a Médicos Sem Fronteiras, por sua intervenção a favor da implementação dos acordos internacionais, e o segundo foi entregue a uma rede de ONGs, que participa ativamente do direito internacional por sua coalizão para o controle da retirada de minas.

<sup>48</sup> Ver também a Convenção de 1940 sobre a proteção da natureza e a preservação da vida selvagem no hemisfério ocidental, a Convenção sobre a proteção das aves, de 1950, o Acordo sobre os ursos polares, de 1973.

<sup>49</sup> 16 USC, § 1821 (e) (2), 1988, apud WOLFRUM, 1998, p. 63.

<sup>50</sup> 16 USC I1361 et seq.

<sup>51</sup> 16 USC, § 1357, sup. IV, 1992.

<sup>52</sup> 16 USC, § 1826 (a).

<sup>53</sup> Ver casos WT/DS58/AB/R *Estados Unidos – Proibição da importação de certos camarões e certos produtos à base de camarões e GATT. Estados Unidos – Proibição da importação de atum e produtos à base de atum do Canadá.*

<sup>54</sup> Como o exemplo do *Codex Alimentarius*. Ver Noiville; Gouyon (2000).

<sup>55</sup> Não se trata somente de uma questão de nome, mas a expressão tem um grande conteúdo conceitual, em razão da diferença essencial entre uma lei internacional, obrigatória, e uma norma não obrigatória. Claro, o termo escolhido não lhe dá seu valor, mas é melhor utilizar uma expressão mais próxima da realidade concreta. Uma parte considerável do trabalho dos juristas consiste em identificar o valor exato da norma internacional. (BILDER, 2000, p. 71-72).

<sup>56</sup> A expressão *soft law* é atribuída a Lord McNair. Ver A Tammes (1983), Chinkin (2000, p. 22).

<sup>57</sup> Ver os textos das resoluções sobre as décadas para o desenvolvimento, como as Resoluções 1710 (XVI) e 1715 (XV), de 1961; 2626 (XXV), de 1970; e 35/36, de 1980.

<sup>58</sup> Ver Resolução 3201 (S-VI) "Declaração sobre o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional", Resolução 3202 (S-V), "Programa de ação sobre o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional".

<sup>59</sup> Caso sobre o Templo do Preah Vihear, entre Camboja e Tailândia, 1961, e Caso sobre as experimentações nucleares entre Austrália e França, 1974.

<sup>60</sup> Ver (1966) Y.B.I.L.C. p. 172 apud Chinkin (2000, p. 37).

<sup>61</sup> Cf. CHAZOURNES, 1999, p. 281 apud CHINKIN, 2000, p. 33.

<sup>62</sup> Houve um grande número de arbitragens antes da Primeira Guerra Mundial. No decorrer do século XX, sobretudo após 1930, o uso da arbitragem freou consideravelmente sua evolução, mas recomeçou sua progressão no fim do século. Um tratado de 1794 marcou o início da arbitragem moderna. Assim, entre 1795 e 1922, houve perto de 350 arbitragens. Entre 1891 e 1900, especificamente, houve 74 arbitragens. Nesse mesmo ritmo intenso, entre 1900 e 1930, 165 arbitragens. A partir de 1930, o uso desse mecanismo de resolução dos conflitos caiu bastante e, entre 1930-1990, somente 50 arbitragens foram realizadas. (CHARNEY, 1998, p. 119).

<sup>63</sup> Conhecido também como Tribunal Internacional Militar de Tóquio.

<sup>64</sup> Cf. CHARNEY, 1999, p. 122. O autor menciona também a Corte de Conciliação e Arbitragem da Conferência sobre a Segurança e Cooperação na Europa e os esforços realizados para a constituição

de um órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

<sup>65</sup> Para dados estatísticos de várias instâncias de resolução de conflitos, ver: Sands (2000b, p. 244-245).

<sup>66</sup> Ver Application for Review Judgement no. 333 of the United Nations Administrative Tribunal (Adv. Op), ICJ Reports 1987 18 (27 may); Application for review judgement no. 158 of the United Nations Administrative Tribunal (Adv. Op), ICJ Reports 1973 166 (12 July) apud Charney, 1998, p. 122.

<sup>67</sup> Estatuto do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/french/tribunal/stateng.htm#Statut>>, artigo XII. Ver também Charney (1998, p. 123).

<sup>68</sup> Ver Appeal Relation to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), ICJ Reports 1972 46 (18 August). Ver também os casos Irã x Estados Unidos (Incidente aéreo de 3 de outubro de 1988). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasos/iirus/iirusframe.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2001. Ver também Charney (1999, p. 122).

<sup>69</sup> Em seis anos, a OMCatendeu 228 reclamações sobre 175 diferentes assuntos, sempre em direito internacional voluntário. A maior parte dos pareceres foi decidida em conciliação ou pela via jurisdicional. Entre 1º de janeiro de 1995 e 23 de março de 2001. Ver Overview of the State-of-play of WTO Disputes. OMC23 de março de 2001, p. 2.

<sup>70</sup> Sobre o não-uso por parte da OMC em vários casos, ver Sands, (2000a, p. 401-402). Ver também: Sands (2000b, p. 211 et seq.).

<sup>71</sup> Aron (1962, p. 706) já identificava a possibilidade de instâncias paralelas no direito internacional, que permitiam a contradição.

<sup>72</sup> A Convenção de Viena propõe uma forma de resolução desse conflito que consistiria em analisar as normas mais recentes assinadas pelos mesmos Estados e as práticas internacionais.

<sup>73</sup> O artigo 34 reafirma o artigo 27 da Convenção sobre a Diversidade Biológica

<sup>74</sup> Mais de sessenta países signatários reconheceram a competência obrigatória da CIJ, segundo o artigo 27 da Convenção sobre a Diversidade Biológica.

<sup>75</sup> Na Organização Mundial do Comércio, ver os Casos *Comunidades Europeias – medidas relativas à carne e aos produtos da carne (Hormônios)*, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R), *Austrália – medidas afetando a importação de salmão (salmão)*, WT/DS18/AB/R) e *Japão – medidas afetando os produtos agrícolas (produtos agrícolas)*, WT/DS76/AB/R). Na Corte Internacional de Justiça, ver *Gabcikovo-Nagymaros*, entre a Eslováquia e a Hungria, cujo veredito saiu no dia 25 de setembro de 1997.

<sup>76</sup> WT/DS193, *Chile – Medidas relativas ao transporte em trânsito e a importação de peixes-espada*.

<sup>77</sup> Caso relativo à conservação e exploração sustentável dos estoques de peixe-espada, no Sudeste do Oceano Pacífico. Ver a decisão 2001/1 do tribunal.

<sup>78</sup> Ver em particular os artigos VII e VIII de CITES.

<sup>79</sup> Ver artigo IX.

<sup>80</sup> Ver artigo IX.

<sup>81</sup> Ver artigos III e V.

<sup>82</sup> Ver artigo 3.

<sup>83</sup> A obrigação das negociações prévias não é uma característica comum desses textos internacionais, mas ela é obrigatória na OMC.

<sup>84</sup> “Artigo 3. (2) Cada parte deve também tomar medidas consistentes com o direito internacional para: (c) *proibir a importação* de qualquer peixe ou produto de peixe, industrializado ou não industrializado, *cuja pesca foi feita com rede pescando à deriva*”.

<sup>85</sup> Ver caso WT/DS111/1, entre Argentina e Estados Unidos, relativo à participação do Fundo Monetário Internacional ao processo.

<sup>86</sup> Caso Estados Unidos – *proibição da importação de alguns camarões e alguns produtos a base de camarões* (WT/DS58/AB/R), parágrafos 105 e 107. (Grifo nosso).

<sup>87</sup> Apesar da não-ratificação de algumas convenções internacionais de proteção ao meio ambiente, os Estados podem evocar essas convenções como parte do direito costumeiro. No que diz respeito ao direito internacional do meio ambiente e ao direito econômico internacional, reencontra-se a evocação da Convenção de Montego Bay sobre o direito do mar pelos Estados Unidos (não-signatários), no caso *Camarões*.

<sup>88</sup> WT/DS18/AB/R.

<sup>89</sup> WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R.

<sup>90</sup> WT/DS76/AB/R.

<sup>91</sup> O artigo 3.3 também é citado em razão de sua estreita ligação com o artigo 5.7, embora não seja citado no artigo 2.2. WT/DS76/AB/R, parágrafos 73 e 74.

<sup>92</sup> WT/DS76/AB/R, parágrafo 89.

<sup>93</sup> Ver: Relatório do Grupo especial Estados Unidos, parágrafos 8.157 e 8.158; relatório do Grupo especial Canadá, parágrafos 8.160 e 8.161, citados, também, por WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, parágrafo 120.

<sup>94</sup> No que diz respeito à consideração das questões ambientais pela Corte Internacional de Justiça, ver também: Sands (1996, p. 56-72, 1993, p. 61-62).

<sup>95</sup> “Artigo 61 – *Surgimento de uma situação tornando a execução impossível*.”

1. Uma parte pode invocar a impossibilidade de executar um tratado como sendo o motivo para pôr fim nele ou para retirar-se dele se essa impossibilidade resultar do *desaparecimento ou da destruição*

definitiva de um objeto indispensável à execução daquele tratado. Se a impossibilidade for temporária, pode ser invocada como motivo para suspender a aplicação do tratado (...)

Artigo 62 – Mudança fundamental de circunstâncias.

1. Uma mudança fundamental de circunstâncias que ocorreu em relação àquelas que existiam no momento da conclusão de um tratado, e não tinha sido prevista pelas partes, não pode ser invocada como motivo para pôr fim ao tratado ou para deixá-lo, salvo se:

a) a existência dessas circunstâncias tenha constituído uma base essencial para o consentimento das partes ligadas pelo tratado; e que

b) essa mudança tenha como efeito transformar radicalmente o alcance das obrigações que restam a executar, em virtude do tratado.”

<sup>96</sup> Ver parágrafo 104.

<sup>97</sup> Ver se os avanços legislativos dessa ordem podem ser incluídos nas teorias da imprevisibilidade.

<sup>98</sup> Ver parágrafo 140.

<sup>99</sup> “No decorrer do tempo, o homem não parou de atuar na natureza por razões econômicas e outras. No passado, ele o fez freqüentemente sem levar em consideração os efeitos sobre o meio ambiente. Graças às novas perspectivas que a ciência oferece e a uma consciência crescente dos riscos que o prosseguimento dessas atuações, num ritmo desenfreado e inconsciente, representaria para a humanidade – quer se trate das gerações atuais ou futuras –, novas normas e exigências foram implementadas e enunciadas num grande número de instrumentos, no decorrer das duas últimas décadas. Essas novas normas devem ser levadas em consideração e essas novas exigências convenientemente apreciadas, não somente quando Estados imaginam novas atividades, mas também quando eles dão prosseguimento a atividades que começaram no passado. O conceito de desenvolvimento sustentável traduz bem essa necessidade de conciliar desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente” (in parágrafo 140).

<sup>100</sup> A CJCE começa cedo a preocupar-se com a proteção do meio ambiente. Alguns autores como P. Sands percebem essa tendência logo no final dos anos oitenta. Ver Sands (2000, p. 685-698).

<sup>101</sup> Casos C-284/95 e C-341/95. A discussão do princípio da precaução está presente à medida que se discute a necessidade da medida restritiva de CFC, cuja Corte aceita a adoção do princípio. A discussão sobre o princípio da proporcionalidade é importante, pois o Conselho da Europa tinha tomado medidas restritivas para algumas substâncias e não para outras, mais perigosas, como os *halons*. A argumentação do Conselho defendeu a idéia de que não havia substâncias capazes de substituir o uso dos *halons* e que sua utilização era pra-

ticada em pequena escala. Portanto, de uma forma global, essas substâncias eram menos nocivas ao meio ambiente. A argumentação foi aceita pela Corte. Ver também Noiville (2000, p. 46).

<sup>102</sup> Casos C-157/96, C-180/96 e, sobretudo, o caso C-1/00. Nesse último caso, a França não aceitou a comercialização das carnes bovinas oriundas do Reino Unido, apesar do posicionamento científico do Comitê Científico Diretor da Comunidade Européia favorável à comercialização. A França foi condenada a aceitar a posição do órgão científico comunitário, em detrimento da posição científica das autoridades francesas. Esse caso é interessante em relação à imposição comunitária dessas normas de segurança dos alimentos para os Estados-Membros.

<sup>103</sup> A consideração sobre a posição restritiva da CIJ é observada por Dupuy (1997, p. 890, nota 54).

<sup>104</sup> (1995) EctHR Ser. A., no. 303-C.

<sup>105</sup> No primeiro caso, a Corte não julgou o mérito, mas fez a proposta de um acordo entre as partes. No segundo, a Corte concluiu pela violação de direitos. Ver Desgagné (1995), Maljean-Dubois (1998, p. 995).

## Bibliografia

ARON, Raymond. *Paix et guerre entre les nations*. Paris: Calmann-Lévy, 1962.

BADIE, Bertrand. *Un monde sans souveraineté les etats entre ruse et responsabilité*. Paris: Fayard, 1999.

BILDER, R. B. Beyond compliance: helping nations to cooperate. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 71-72.

CHARNEY, J. I. International law and multiple international tribunals. *Recueil des Cours*, Hague, 1998.

CHARNEY, J. I. International law threatened by multiple international tribunals. *Recueil des Cours*, Hague, v. 271, 1999.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Policy guidance and compliance: the World Bank operational standards. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 281-303.

CHESTERMAN, Simon. *Just war or just peace?: humanitarian intervention and international law*. Oxford: University of Oxford, 2000. 328p.

CHINKIN, C. Normative development in the international legal system. In: SHELTON, Dinah. *Commitment and compliance: the role of non-binding nor-*

ms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 2000.

CPIJ. Arrêt du Lotus. Série A, n. 10, p. 18-19, 1927.

DESGAGNÉ, R. Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights. *American Journal of International Law*, New York, v. 89, n. 2, 1995.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. Paris: L.G.D.J., 1999.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1998.

\_\_\_\_\_. Em que ponto está o direito internacional do meio ambiente no fim do século?. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 101, n. 4, 1997.

ESTATUTO do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho. *International Labour Organization*, Genebra. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/french/tribunal/stateng.htm#Statut>>. Acesso em: [19—?].

FABRI, H. Ruiz. La prise en compte du principe de précaution par l'OMC. *Revue juridique de l'environnement*, Strasbourg, 2000. (N. Spécial – Le principe de précaution).

\_\_\_\_\_. Le règlement de différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce *Journal du droit international*, Paris, n. 3, p. 719-720, 1997.

HUBBER, Max. Etats: unis et les Pays-Bas, sur l'Île des Palmes. *Recueil de sentences arbitrales*, [S. l., 19—?]. v. 2.

HUDEC, Robert E. The relationship of international environmental law to international economic law. In: MORRISON, Fred L.; WOLFRUM, Rüdiger. *International, regional and national environmental law*. New York: Aspen Publishers, 2000. p. 150-151.

HUGLO, Christian, LEPAGE-JESSUA, Corinne. *La véritable nature du droit de l'environnement*. [S.L]: L'Esprit, 1995.

IMPERIALI, Claude (Ed.). *L'effectivité du droit international de l'environnement: contrôle de la mise en oeuvre des conventions internationales: coopération et développement*. Paris: Economica, 1998.

KISS, Alexandre. Environnement et développement ou environnement et survie?. *Journal du Droit International*, Paris, v. 118, n. 2, 1991.

\_\_\_\_\_. *Le droit international de l'environnement*. Paris: Pedonne, 1992.

\_\_\_\_\_. The environment and natural resources. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and complian-*

*ce: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 238-239.

NOIVILLE, Christine. Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé. *Petites affiches*, Paris, v. 239, 30 nov. 2000.

\_\_\_\_\_; GOUYON, C. Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés: Le cas du maïs transgénique. In: KOURILSKY, P; VINEY, G. *Le principe de précaution*. Paris: Odile Jacob/La Documentation Française, 2000.

O'CONNEL, M. E. The role of soft law in a global order. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

PORTER, G.; BROWN, J. W. *Global environmental politics*. Oxford: Westview Press, 1991.

REINICKE, W. H.; WITTE, J. M. Interdependence, globalisation and sovereignty: the role of non-binding international legal accords. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ROBERT, J. H.; REMOND-GOUILLOU, Martine. *Droit pénal de l'environnement*. Paris: Masson, 1983.

ROSENAU, James N. *Along the domestic-foreign frontier: exploring governance in a turbulent world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

ROTHWELL, Donald R. The general assembly ban on driftnet fishing. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University, 2000. p. 140-141.

SANDS, Philippe. Corte Internacional de Justiça. In: \_\_\_\_\_. *Bulletin de droit nucléaire*, Le Seine Saint-Germain, n. 58, p. 56-72, déc. 1996.

\_\_\_\_\_. Enforcing environmental security. In: SANDS, Philippe. *Greening international law*. London: Earthscan, 1993. p. 61-62.

\_\_\_\_\_. Environmental protection in the twenty-first century: sustainable development and international law. In: REVESZ, Richard; SANDS, Philippe; STEWART, Richard. *Environmental law, the economy and sustainable development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000a.

\_\_\_\_\_. European community environmental law: legislation, the European Court of Justice and common-interest groups. *Modern Law Review*, Oxford, v. 53, n. 5, p. 685-698, 2000.



\_\_\_\_\_. Sustainable development: treaty, custom and the cross-fertilization of international law. In: BOYLE, Alan. *International law and sustainable development: past achievements and future challenges*. Oxford; New York; New Delhi: Oxford University, 1999. p. 41-43.

\_\_\_\_\_; KENNEDY, D. *Vers une transformation du droit international?: institutionnaliser le doute*. Paris: Pedone, 2000b.

\_\_\_\_\_; MACKENZIE, R.; SHANY, Y. (Eds.). *Manual on international courts and tribunals*. London: Butterworths, 1999. 346p.

SHELTON, Dinah. Introduction: law, non-law and the problem of 'soft law'. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University, 2000. p. 12-14.

TAMMES, A. *Essays on international and comparative law in honour of judge erades*. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

WOLFRUM, R. Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Leiden, 1998. Tomo 272.

# **A concepção dogmática do direito administrativo**

Contributo para uma (re)construção hermenêutica

Leonel Ohlweiler

## Sumário

1. Dogmatismo e o sentido comum teórico dos juristas. 2. Dogmática jurídico-administrativa e ideologia. 3. O modo de ser cotidiano da dogmática jurídico-administrativa: a importância do sentido. 4. Uma análise crítica dos critérios dogmáticos para definir o direito administrativo.

O direito administrativo, como a seguir será examinado, construiu-se, em regra, como disciplina marcada pelo dogmatismo, ou seja, um conjunto doutrinário despreocupado em aprofundar as diversas possibilidades de sentido oriundas de outros campos do saber, como política, sociologia, história, filosofia, etc., fundado em alguns dogmas previamente estabelecidos e inquestionáveis. No presente estudo, buscar-se-á delimitar a influência exercida pelo conhecimento dogmático<sup>1</sup> sobre o direito administrativo, bem como problematizar sua forma de atuação e influência exercida em relação aos operadores do direito, além de colocar em discussão outros modos de compreender.

### *1. Dogmatismo e o sentido comum teórico dos juristas*

Um dos grandes filósofos do século XX, Arthur Kaufmann, ao tecer considerações sobre a dogmática, assim referiu: “o dogmático parte de pressupostos que aceita como verdadeiros sem qualquer prova, pensa ‘ex

Leonel Ohlweiler é Procurador de Justiça. Mestre e Doutor em Direito. Professor do PPGLD da UNISINOS-RS.

datis'. O jurista dogmático não pergunta o que é o Direito, nem sobre que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico" (KAUFMANN, 2000, p. 26-26), sendo que tais questionamentos seriam feitos pela filosofia do direito. O que se busca aqui não é defender o entendimento segundo o qual a filosofia deva substituir a dogmática. Tal seria inconcebível, mas apenas ressaltar o excessivo grau de dogmatismo<sup>2</sup> que tem preponderado no agir cotidiano de alguns juristas e operadores do direito, deixando de problematizar aspectos fundamentais desse campo do conhecimento em relação ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, esse modo de pensar o direito caracteriza-se pelo estabelecimento de premissas com caráter vinculante, predominando a chamada *inegabilidade dos pontos de partida* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 48)<sup>3</sup>, construindo-se um discurso monológico em que a própria fala já vem previamente habitada (BOURDIEU, 1994; WARAT, 1994). No âmbito do próprio direito administrativo, a análise dos diversos institutos pode ser revestida de duas possibilidades. Na primeira, prevalecerá o aspecto da pergunta como um dos principais elementos de investigação científica, e os conceitos tidos como fundamentais são postos em dúvida. Como esclarece Ferraz Júnior (1991, p. 45): "se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos-chave, as dimensões que constituem as normas e as próprias normas na sua referibilidade a outras normas, que permitem a organização de um sistema de enunciados, são postos em dúvida".

Com efeito, no âmbito desse modo de ser, o operador do direito abandona uma postura de passividade perante as construções significativas postas e herdadas e atua como um "questionador comprometido", no caso, comprometido com uma gama de indicações constitucionais direcionadas para fazer acontecer o Estado Democrático de Direito, como será melhor explicitado ao longo deste estudo. A compreensão, assim, deixa de

ser unificada em uma única abstração universal, ou fragmentada em diversas racionalidades locais, mas passa a ser ligada à efetividade das diversas problematizações.

Outra possibilidade de lidar com o direito administrativo e os seus diversos institutos é aquela na qual predomina o aspecto da resposta, em que determinados elementos são subtraídos da dúvida e do questionamento problematológico, "postos fora de questionamento, mantidos como respostas não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, postos de modo absoluto" (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 46). No primeiro caso, fala-se, então, de *questões zetéticas* e, no segundo, de *questões dogmáticas*. No direito administrativo diversos exemplos poderiam ser enumerados para detectar a preponderância de um viés dogmatista; por exemplo, relativamente ao princípio da legalidade, mesmo após a chamada viragem hermenêutica do pensamento jurídico moderno, insiste-se em laborar com a categoria básica de uma "lei-emsi", olvidando-se a rica pesquisa além desse restrito universo fenomênico. Obviamente, não se quer dizer a necessidade de abandonar o princípio da legalidade, até porque constitui-se em importante princípio constitucional, explicitado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Mas a atividade de perguntar pelos variados institutos jurídico-administrativos deveria adotar uma orientação diversa, aquela na qual os questionamentos fossem feitos de maneira mais aberta, entendendo os pontos de partida não como dogmas, mas indicações de sentido submetidos a um processo de reflexão. A univocidade de sentido pregada pelo dogmatismo cria obstáculos impeditivos de uma maior abertura da compreensão do fenômeno jurídico. Corolário, diversos institutos do direito administrativo adquirem a forma de problemas estandardizados, como em relação aos atos administrativos, por exemplo, sendo que os operadores do direito devem primar o seu labor pelo que Lenio Luiz Streck nominou *senti-do-primevo-fundante* (STRECK, 1999, p. 74).

Em relação a esse aspecto, Ferraz Júnior (1991, p. 42) alude como objetivo da dogmática jurídica criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos, valendo-se para tal dos modelos analítico, hermenêutico e empírico que são intercambiáveis. No modelo analítico mencionado, o texto legal adquire importância capital no sentido de construir toda e qualquer possibilidade de sentido. A consequência é que

“as diversas respostas dadas a estas questões levaram a Ciência do Direito a constituir-se como uma espécie de analítica das figuras jurídicas, cuja finalidade última seria a proposição de um saber sistemático capaz de dar um quadro coerente e integrado do direito como conexão de normas e dos elementos típicos que as compõem” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 51-52).

O operador do direito analítico adota uma postura formalista, no sentido de buscar no sistema jurídico as informações do mundo circundante, exercendo a sua tarefa por meio de *standards* jurídicos. Logo, há um distanciamento da práxis social, sendo engendrada uma técnica de neutralização dos conflitos econômicos, políticos e sociais.

O grau de abstração é tão grande que os problemas jurídicos são tratados unicamente dentro de um imaginário reduto normativo, por meio de instituições, conceitos e classificações dogmáticas. Os conflitos não são tomados em todos os seus aspectos, mas traduzem uma questão de decidibilidade, ou seja, deve haver a resolução da questão com um mínimo de perturbação social.

O segundo modelo dogmático apresentado pelo autor supracitado é o hermenêutico. Após ser identificado o direito analiticamente, a próxima tarefa reside em fixar as condições a partir das quais tal direito será entendido, ou seja, elabora-se a construção de um processo de atribuição de sentido. Aqui, a atividade do operador do direito não se restringe à busca de um texto legal capaz de abarcar o conflito; feito isto – normalizada a parcela fenomênica da questão –, pas-

sa-se a encontrar aquele conjunto de regras capaz de fornecer o “correto” sentido, a “verdadeira” significação, mas que, em última análise, não passa da aceitação de um “arbitrário juridicamente prevalecente” (STRECK, 1999). Não se pode olvidar que a dogmática jurídica, dentro de uma perspectiva hermenêutica, faz a lei falar (FERRAZ JÚNIOR, 1995), tornando-se uma forma de institucionalizar dogmatismos de sentido, quer dizer, há um controle das consequências jurídicas da incidência das normas, e o seu sentido vem, desde o seu aparecimento, “domesticado”. Dentro dessa perspectiva, o relevante para a atividade do jurista seria a busca da “correta interpretação” dos termos jurídicos, por meio da utilização de processos postos a sua disposição pela “melhor doutrina”, “jurisprudência dominante”, olvidando-se, muitas vezes, a criação, no caso concreto, de uma “teratologia significativa”.

Um aspecto importante desse modelo consiste no estabelecimento de métodos de interpretação, institucionalizando-se uma discussão sobre qual o melhor para que seja atingida a *mens legislatoris* ou a *mens legis*, conforme seja adotada uma concepção subjetivista ou objetivista. Como decorrência, mais uma vez estabeleceu-se um processo de abstração do conflito social, provocando-se um deslocamento discursivo. Ademais, as questões fáticas são definidas juridicamente, com o objetivo de resgatar aquela racionalidade perdida do “mundo do legislador racional”. Segundo Ferraz Júnior (1995, p. 308), a “Ciência Jurídica, de modelo hermenêutico, tem por finalidade interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática”, qual seja, criar condições para que os problemas possam ser decididos com um mínimo de perturbação social. Esse processo de abstração revela uma “astúcia da razão dogmática”<sup>4</sup>. O conflito social acaba perdendo-se no emaranhado de construções técnico-jurídicas, passando a ser definido em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.

Por fim, o último modelo apresenta-se como conseqüência dos dois anteriores, aí residindo o caráter intercorrente antes referido. O conflito já se apresenta institucionalizado. Agora, será feito um trabalho de argumentação jurídica para “racionalmente” demonstrar que aquele problema enquadra-se no sentido retirado do texto legal. Pode-se dizer que, neste modelo, o “pensamento jurídico constitui-se um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas” (FERRAZ JÚNIOR, 1991, p. 87). Posicionamento semelhante fornece Warat (1995, p. 17), para quem o conhecimento dogmático busca, portanto, por meio do desenvolvimento de três etapas, o estabelecimento de conceituações prévias, a fixação de dogmas e a sistematização. Num primeiro momento, pelo método exegético, são estabelecidos conceitos fulcrados em textos legais, ensejando-se um certo reducionismo metodológico, prevalecendo a visão “sobre” o direito positivo.

A seguir, ocorre a fixação de verdadeiros dogmas jurídicos, culminando com a “descoberta” de princípios jurídicos extraídos dos textos legais. Não obstante, não seria proveitoso estabelecer conceituações e dogmas sem a devida sistematização desse conhecimento jurídico. Eis a terceira etapa, como bem referido pelo autor destacado, “chegando-se assim a meta perseguida pela ciência de matriz positivista, que é a constituição de uma disciplina específica, objeto de um conhecimento, em um sistema” (WARAT, 1995, p. 19).

Facilmente, é possível constatar a utilização de processos paradigmáticos pela dogmática jurídico-administrativa, pois os dogmas valem em razão de serem aceitos por uma comunidade científica. Os paradigmas exercem uma função de delimitar a discussão científica, ensejando uma suspensão de maiores apreciações críticas que estejam fora de sintonia com os paradigmas vigentes, o que equivale a não adotar uma concepção problematológica. Vale mencionar o entendimento segundo o qual os paradig-

mas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1995, p. 13)<sup>5</sup>.

É importante especificar, novamente, a diferenciação entre dogmática jurídica e dogmatismo. A primeira mostra-se útil, a fim de propiciar a construção de um conhecimento jurídico, fornecendo elementos para as pré-compreensões dos operadores. O segundo merece maiores críticas, pois estabelece vinculações arbitrárias a certos dogmas – instituindo-os como pontos de partida e de chegada da própria discussão. Aqui reside o caráter diferencial, pois a dogmática – como construção doutrinária – é vista como instrumental imprescindível para a aplicação do direito. Inseridos em tal realidade estão os operadores do Direito, em geral, condicionados pelos paradigmas dominantes e determinados pelo “sentido comum teórico dos juristas”, que, segundo Warat (1994, p. 13), “designa as condições das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, compreendendo “as diversas representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que influenciam os atos e decisões jurídicas”.

O discurso, dentro da idéia supra-referida, é sempre feito como se houvesse uma voz incógnita, atrelado a uma realidade dita “dominante”. Destarte, o estabelecimento de um sentido comum, apto a determinar uma realidade discursiva, apresenta-se com caráter de funcionalidade, direcionado para o objetivo de estabelecer um controle social, sendo que “o controle jurídico da sociedade passa a ser feito através de um saber jurídico acumulado” (WARAT, 1994, p. 13)<sup>6</sup>.

As vozes de um discurso impregnado de dogmatismo, portanto, não estão direcionadas para o desvendar de verdades ou concretização de critérios confiáveis, como propalado muitas vezes, por intermédio de “máscaras de autoridade”, mas, com certe-

za, decorrem da opinião do sentido comum e ficam circunscritas aos paradigmas funcionalmente produzidos. O sentido comum teórico dos juristas atua de maneira invisível no interior do Direito (WARAT, 1994), contribuindo para a solidificação de padrões de significação arbitrariamente impostos, transmitidos como “realidades verdadeiras”, escondendo aí um componente político.

A questão da verdade, inclusive, tem sofrido mutações, no sentido de ser considerada “não como uma garantia, a mais segura e sólida das garantias, do conhecimento, mas como o objecto de uma suspeita, e de uma suspeita extrema, radical, quanto ao seu valor na compreensão do mundo, dos fenômenos, dos acontecimentos” (CARRILHO, 1995, p. 31). As variadas enunciações dos institutos jurídico-administrativos, como serviços públicos, contratos administrativos, atos administrativos, etc., não podem ser vislumbradas dentro do “mito do referente puro”, no qual prevalece a concepção correspondencial de verdade, na medida em que um enunciado é verdadeiro quando corresponde aos fatos, surgindo, assim, “uma condição semântica de significação, a partir da qual se aceita como significativos, unicamente os enunciados reduzidos a uma dimensão denotativa unívoca” (WARAT, 1995, p. 316). O sentido comum teórico dos juristas leva ao estabelecimento de “sistemas conotativos dominantes” que servem de base para a estrutura argumentativa dos operadores do direito. Haveria a constituição de um paradigma significante a contaminar as práticas jurídicas. Pode-se dizer que não há uma dita “realidade verdadeira”, mas apenas uma “realidade-significativamente-prevalecente”.

Aqui reside o grande desafio para os que lidam com o direito administrativo, laborar com a dogmática jurídica, mas sem cair no dogmatismo. Uma teorização interessante para lidar com a questão é a de um dos grandes filósofos do século XX, Hans-Georg Gadamer, em sua principal obra *Verdade e Método*, na qual menciona a importância da

*fusão de horizontes*. Partindo do pressuposto de que toda compreensão é histórica, aquele conjunto de elementos que chegam da tradição não devem ser simplesmente ignorados. No âmbito do direito administrativo, os operadores e juristas estão inseridos numa dada tradição com a qual devem manter uma postura dialógica<sup>7</sup>. A compreensão resulta dessa fusão de horizontes do intérprete e da tradição, devendo-se, assim, vislumbrar a dogmática como um dado conjunto de significações construído pelo sentido comum. Para Gadamer (1993), e esse aspecto de sua teorização é crucial para o presente estudo, o conhecimento é histórico. Cotidianamente, tem-se a impressão, por parte daqueles que estão mergulhados no senso comum, que a compreensão dos entes administrativos é sempre a-histórica.

Mas, hermeneuticamente, o entender nunca pode lograr segurar definitivamente seu objeto, sequer havendo um método capaz e suficiente de concretizar essa tarefa. As variadas indicações conceituais do direito administrativo constituem-se muito mais em “experiências de sentido”, experiências essas nas quais os juristas e operadores possuem profunda participação. Corolário, em todo modo de ser dogmático já há uma espécie de “antecipação de sentido”, isto é, o sentido construído dos entes administrativos manifesta-se porque já se faz a leitura desde determinadas expectativas de sentido. O que não se pode perder de vista é que a compreensão é um ato de convalidação constante, até porque entender a coisa é sempre entender-se com a coisa.

## 2. Dogmática jurídico-administrativa e ideologia

Na medida em que o modo de pensar dogmático do direito administrativo leva o operador do direito a uma espécie de robotização de sentidos, sempre surge o tema referente às influências da ideologia, abandonando-se, no entanto, a concepção por meio da qual ela era vinculada ao aspecto da re-

presentatividade. Como salienta Zizek (1996a, p. 13) “a ideologia nada tem a ver com a ilusão, com uma representação equivocada e distorcida de seu conteúdo social”. Adota-se esse pressuposto teórico por considerar-se que toda compreensão está fundada em uma concepção de mundo. Não há conhecimento destituído de um conjunto de pré-compreensões que o alimenta. Em relação a tais representações de mundo, com certeza, o que se discute reside, exatamente, em criticar ou não tais elementos determinantes do conhecimento. Logo, torna-se importante vislumbrar que uma ideologia não é necessariamente falsa. Segundo Zizek (1996a, p. 13-14), o conteúdo positivo pode ser verdadeiro:

“Assim, uma ideologia não é necessariamente ‘falsa’: quanto a seu conteúdo positivo, ela pode ser verdadeira, muito precisa, pois o que realmente importa não é o conteúdo afirmado como tal, mas o modo como esse conteúdo se relaciona com a postura subjetiva envolvida em seu próprio processo de enunciação. Estamos dentro do espaço ideológico propriamente dito no momento em que esse conteúdo ‘verdadeiro ou falso’ (se verdadeiro, tanto melhor para o efeito ideológico) é funcional com respeito a alguma relação de dominação social (“poder”, “exploração”) de maneira intrinsecamente não transparente: para ser eficaz, a lógica de legitimação da relação de dominação tem que permanecer oculta”.

Dessa forma, uma das grandes questões da dogmática jurídico-administrativa não está exclusivamente no conteúdo que enuncia, mas naquilo que deixa de dizer; não está na presença, mas na ausência, pois a ideologia depende de sua capacidade de ser invisível, de como tal não ser percebida. A questão da ideologia não exige um trabalho no âmbito da identificação de conteúdos ideológicos, ou seja, o conteúdo por trás da forma, mas em desnudar o segredo dessa própria forma.

A concepção ideológica<sup>8</sup> do senso comum busca eliminar as possibilidades significativas, apresentando as evidências de sentido emanadas de sistemas conotativos dominantes. Destarte, a sistematização de critérios dogmáticos para a resolução de conflitos entre cidadãos e a Administração Pública, de certo modo, revela uma funcionalidade da dogmática, no sentido de estabelecer a “comensurabilidade do valor jurídico” dos fatos do mundo fenomênico, na medida em que ela é que vai calibrar os processos hermenêuticos. Estabelece-se um processo de fetichização dos dogmas produzidos, com pitadas de universalidade que se prolongam no tempo, como se as determinações de sentido estivessem excluídas do ciclo natural da geração e da deterioração<sup>9</sup>.

No direito administrativo, como nos demais ramos da Ciência Jurídica, salvo raras exceções, há um vício de contemplação, como menciona Coelho Neto (1996, p. 86), estabelecendo-se como pressuposto de que no interior de sua própria arquitetura vão ser achadas as respostas significativas, como se nele fosse possível encontrar a “chave mágica”, por meio de um jogo de elementos internos. Certos postulados típicos de um Estado liberal-individualista ainda são utilizados com exclusividade pelos operadores, em que pese vivenciarmos uma ordem constitucional voltada para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, CF). As lições sobre a legalidade, por exemplo, demonstram que a lei, de um modo geral, é tratada como uma substância imutável, uma substância sobre a qual o tempo não exerce nenhum poder, constituída de uma dimensão sublime, indestrutível e imutável.

Algumas construções doutrinárias, ainda dentro do paradigma ficcional de construção de um sistema logicamente coerente e harmônico, capaz de abarcar toda a realidade, estão sempre engendrando esquemas de redefinição, adquirindo os contornos do cadáver da vítima sádica de que fala Slavoj Zizek (1996b, p. 305), “que suporta todas as

torturas e sobrevive com sua beleza imaculada”. A dogmática jurídica, de cunho excessivamente formalista, também atua como uma autoridade simbólica, conferindo a determinados esquemas de sentido o caráter de objeto sublime, como um “indestrutível corpo dentro do corpo”. Um efeito importante é ensejar a transformação dos operadores do direito em “solipsistas práticos”: sujeitos do conhecimento que, por estarem envolvidos em um grau de abstração, no momento da aplicação da lei, desconsideram a dimensão social do seu ato, que fica reduzido a um encontro casual de indivíduos – Juiz, Promotor, Advogado – autorizados pela dogmática jurídica<sup>10</sup>.

Poder-se-ia dizer então que, na ideologia, sua própria existência implica o não conhecimento do seu processo de engendramento por parte dos participantes; ausência de conhecimento que é capaz de assegurar a sua efetividade social. Eliseu Veron, inclusive, chega a falar de uma “gramática de engendramento” como responsável pela introdução de padrões significativos no imaginário social. O entendimento dessa procedimentalização passa a ser importante para detectar que a produção de sentidos jurídicos está intimamente ligada com o social, “sendo impensável conceber qualquer fenômeno de sentido à margem do trabalho significante de uma cultura” (VERON, 1980, p. 173). No entanto, o que parte dos juristas ainda continuam a fazer é exatamente o oposto, isolando o exame dos diversos institutos do direito administrativo dos processos de produção social e de engendramento historicamente localizados. Nesse campo do conhecimento, há também uma relação social que assume perante os olhos dos operadores jurídicos a forma de uma relação entre coisas (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 308)<sup>11</sup>, em que as relações jurídicas passam a ser coisificadas.

No entanto, é claro que os próprios operadores do Direito têm conhecimento da forma como são feitas certas construções doutrinárias e jurisprudenciais, havendo uma

forte carga de elementos externos, não existindo uma lei em si reveladora de sentido. O funcionamento da ideologia, com efeito, é baseado em um distanciamento cínico, que faz parte do jogo, quer dizer, “a ideologia dominante não pretende ser levada a sério no seu sentido literal” (ZIZEK, 1996b, p. 311)<sup>12</sup>. De qualquer sorte, a ideologia não é mais tida como uma falsa consciência da realidade, como aquilo que mascara, pois passa a ser um sistema que reivindica a verdade, “uma mentira vivenciada como uma verdade, uma mentira que pretende ser levada a sério” (ZIZEK, 1996b, p. 314). Agora, deve ser questionada a razão pela qual a lei continua a ser tida como uma lei-em-si, capaz de abarcar toda a realidade social, quando, em última análise, é crível admitir a presença de fortes componentes de dominação no conhecimento jurídico. Qual a razão para que alguns operadores dogmáticos permaneçam atrelados a determinados postulados metafísicos<sup>13</sup>?

Mostra-se importante entender a questão da discordância entre o que as pessoas efetivamente fazem e o que pensam estar fazendo, conforme menciona Zizek (1996b, p. 314). Estabelecendo um paralelo entre lei e Direito, os operadores jurídicos sabem muito bem que a lei é apenas uma das manifestações do Direito, mas, em sua prática, agem como se houvesse um Direito-em-si, como entidade abstrata, realizado apenas na lei. Há todo um processo de coisificação do Direito, o que leva também a um distanciamento da realidade social. Os operadores são guiados por uma “ilusão fetichista” (ZIZEK, 1996b, p. 314)<sup>14</sup>. Com efeito, na compreensão de um preceito legal, dentro da visão dogmática, já está a ilusão, ao lado daquilo que as pessoas fazem. Mas o que os operadores desconhecem é que a sua própria atividade é guiada por uma ilusão, por uma inversão fetichista. Por certo, não desconhecem a sua atuação como aplicadores jurídicos, mas sim a ilusão que estrutura sua realidade, sua atividade social, sendo essa ilusão considerada e inconscientemente



chamada de “fantasia ideológica” (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 316)<sup>15</sup>.

A dogmática jurídica, muitas vezes, funciona como o que se chama de “roda tibetana de orações” (ZIZEK, 1996b, p. 317)<sup>16</sup>, isto é, os problemas referentes são colocados em conjuntos abstracionais e passam a ser resolvidos pela dogmática e não pelos operadores. Eles passam a não falar por si, mas por meio dela. Logo, retira-se a responsabilidade dos aplicadores, transferindo-se a questão para a dimensão da formulação de conceitos jurídicos. No entanto, a dogmática jurídica não poderia ser obedecida “simplesmente porque é”. Para que funcione “normalmente”, é imprescindível um processo que lhe atribua um caráter de necessária, cuja fundamentação passa a residir no aspecto da funcionalidade (ZIZEK, 1996b, p. 318-319). O Direito possui um ritual ideológico. Assim, os operadores do Direito devem abandonar o caráter problematológico de suas argumentações para simplesmente submeterem-se ao “ritual-ideológico-jurídico”, pois repetindo os gestos sem sentido, agindo como se acreditassem, a crença há de vir!

É importante referir, ainda dentro das idéias do autor supracitado, que uma ideologia pega para valer quando consegue determinar o modo da experiência cotidiana do homem, da própria realidade, quando se passa a aplicar e entender a interpretação de uma forma robotizada e banalizada pelas concepções racionalistas e abstratas da dogmática jurídico-administrativa. Aqui parece aplicável a noção de *habitus*, exposta por Pierre Bourdieu, como sendo aquela predisposição compartilhada no âmbito do imaginário dos juristas. A noção de *habitus* foi utilizada pelo autor com base em lições antigas da própria escolástica, sendo tal expressão relacionada com um *modus operandi*. Vale referir, “como disposição estável para se operar numa determinada direção, através da repetição criava-se, assim, uma certa conaturabilidade entre sujeito e objeto no sentido de que o hábito se tornava uma se-

gunda dimensão do homem” (BOURDIEU, 1994, p. 14).

Pierre Bourdieu (1994, p. 15) estabeleceu a seguinte definição:

“sistema de disposições duráveis, estruturas estruturadas, predispostas a funcionarem como estruturas estruturantes, isto é, como princípio que gera e estrutura as práticas e as representações que podem ser objetivamente ‘regulamentadas’ e ‘reguladas’ sem que por isso sejam o produto de obediência de regras, objetivamente adaptadas a um fim, sem que se tenha necessidade da projeção consciente deste fim ou do domínio das operações para atingi-lo, mas sendo, ao mesmo tempo, coletivamente orquestradas sem serem o produto da ação organizadora de um maestro”.

A partir de uma visão dogmatista, os variados institutos do direito administrativo são aplicados pelos operadores jurídicos conforme o sentido do jogo, por intermédio de práticas voltadas para fazer o que havia de ser feito e sem a necessidade de tematizar a aplicação, gerando condutas “juridicamente adequadas”.

### 3. O modo de ser cotidiano da dogmática jurídico-administrativa: a importância do sentido

Considerando o que até o momento foi problematizado em relação ao pensamento dogmático, é crível afirmar o seu caráter cotidianamente metafísico-objetificador. A metafísica constitui-se numa forma de compreender o sentido dos entes administrativos, mas de forma objetificada, caracterizando-se pela idéia de (a) fundamento último e (b) pela compreensão auto-referencial (Cf. MICHELAZZO, 1996, p. 41)<sup>17</sup>. Com relação ao primeiro aspecto, as construções dogmáticas primam pela idéia de fundar onticamente os entes jurídicos, ou seja, fixam um determinado sentido que é tido como inquestionável. Utilizando a expressão de Tércio

Sampaio Ferraz Júnior, trata-se da inegabilidade dos pontos de partida. Nada há além do dito dogmaticamente pelo senso comum teórico dos juristas, conforme, inclusive, já ressaltado anteriormente.

Portanto, as teorizações tradicionais não desenvolvem um trabalho mais profundo sobre o sentido dos entes administrativos, laborando dedutivamente com um arbitrário juridicamente prevalecente, isto é, aquele sentido legal aceito pela comunidade dos juristas. Olvidam que as coisas do mundo somente são compreendidas a partir daquilo que chega como sentido. É preciso, assim, construir uma nova Teoria do Direito Administrativo, dando-se conta de que a compreensão dos entes administrativos é um existencial. Logo, (a) o modo existencial de compreender é lançado para uma situação concreta; (b) a compreensão ocorre num espaço discursivo e (c) esse modo existencial de compreender é sempre entendimento (possibilidade de sentido dos entes jurídicos e de nós mesmos) (Cf. GUIGNON, 1993, p. 28).

A dogmática administrativista de viés metafísico, no seu modo de ser cotidiano, age como se compreender fosse um processo abstrato, fruto de universais, corolário da recepção do chamado direito racional-formal, expressão utilizada por Max Weber e aludida por Manuel Calvo Garcia (1994b, p. 90), ao tratar do caráter excessivamente abstrato da aplicação do direito como requisito imprescindível para um modo de ser racional, segundo as concepções ideológicas liberais:

“la aplicación del derecho no debía tener en cuenta más que las características generales, unívocas, de los hechos y debía consistir en la aplicación de leyes abstractas e generales. Esto es, debía excluirse de la interpretación cualquier criterio substantivo ajeno al contenido abstracto y general del derecho y a sua racionalidad formal, para evitar que la aplicación del derecho pudiera romper con el crite-

rio de igualdad formal que consagra la ideología liberal y con la neutralidad jurídica que se deriva del mismo”.

Dessa forma, é possível evidenciar que, no labor cotidiano de certas práticas dogmáticas do direito administrativo, ainda há esse pendor para direcionar o processo de compreensão do fenômeno jurídico-administrativo à realização da igualdade formal, como se fosse crível alcançar um direito administrativo perfeito, suscetível de uma quase-materialização lógico-dedutiva. Uma das deletérias consequências de tal modo de pensar consiste no papel superficial atribuído ao intérprete, ao administrador público e ao operador do direito em geral, como se não desempenhassem atividade primordial no fazer acontecer dos textos legais, pois tal seria resultado de uma dada metodologia. Desconsideram, assim, que a compreensão humana sempre chega antes de qualquer método.

Logo, pode-se detectar que a compreensão dogmática dos entes administrativos, em regra, é inautêntica, no sentido de lançada para aquilo que Martin Heidegger denominou o *Impessoal*, a instância do coletivo. Lançada para o modo de ser do impessoal, a *função social da dogmática jurídica* passa a ser: a) inserir o intérprete numa instância de superficialidade, pois não há como tarefa do operador do direito problematizar os sentidos, mas apenas acoplar aos casos concretos aquilo que lhe é dado previamente pelo sentido comum teórico; b) facilitação, pois o papel da dogmática é, exatamente, evitar a angústia do estranhamento por parte do intérprete, deslocando para a esfera do impessoal a tomada de decisão, (c) criando a instância de evidência, o que leva o jurista a ficar desconectado do mundo da vida.

É possível defender o entendimento segundo o qual as teorizações tradicionais do direito administrativo partem do pressuposto de que o *fundamento dos entes administrativos* é um fundamento pronto e acabado quando, hermeneuticamente, o fundamento só

resulta acessível como sentido. O que muitos não se dão conta é que não há uma idéia correspondencial entre as coisas e a compreensão, pois, no campo do direito administrativo, os entes jurídico-administrativos são vislumbrados com um dado sentido aberto pelo homem. A função social da dogmática jurídica poderia consistir em ressaltar que a produção de sentidos jurídicos não se dá de forma fechada e definitiva, pois, em razão do caráter histórico de toda compreensão humana, possui um horizonte verdadeiramente mutável.

A dogmática tradicional seqüestra o tempo da existência compreendedora, do homem que compreende, na medida em que objetifica os entes administrativos ao congelar os seus sentidos. No entanto, desconsidera-se que não há compreensão total das possibilidades de ser dos entes administrativos. Há sempre uma falta. A dogmática jurídica, por vezes, trabalha como se fosse senhora do tempo. Uma teorização do direito administrativo, que não pretende cair na tentação metafísica, teria que ser construída como indicação de sentido, mas levando o intérprete a uma espécie de culpa existencial de não estar sendo a possibilidade de ser a si mesmo e que tivesse a consciência de que nunca ocorre a completa materialização de sentido dos entes jurídico-administrativos. Outrossim, poderia contribuir para desvelar novas possibilidades de sentido impensadas dos entes administrativos. Fazer acontecer os entes na *substancialidade constitucional* ainda é uma importante tarefa crítica a ser desenvolvida, o que, aliás, já acontece por parte de alguns juristas, diga-se de passagem.

No entanto, em geral, a dogmática de cariz metafísico-objetificadora trabalha como se houvesse uma verdade absoluta. E por quê? Em virtude de não laborar com a temporalidade do sentido. Faz-se mister construir uma dogmática que seja capaz de dar-se conta de que o desvelar, o fazer acontecer o sentido dos entes depende do modo de ser do homem compreendedor. A dog-

mática administrativista poderia contribuir para desenvolver uma espécie de *responsabilidade fenomenológica*, pois o operador do direito é responsável pelo sentido que produz.

Outra importante crítica ao pensamento tradicional relaciona-se com a compreensão a respeito da linguagem. Essa análise problemática da linguagem foi desenvolvida por filósofos importantes como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, esse último especialmente em sua obra *Verdade e Método*. O pensamento jurídico preponderante adota uma concepção ultrapassada de linguagem, como mero instrumento que veicula “essências”, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, conforme a percuciente crítica desenvolvida, de forma inédita, por Streck (2004, p. 196):

“A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo de ser no mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo”.

A dogmática jurídica, normalmente, tem contribuído para a construção de uma linguagem incapacitante para fazer acontecer o sentido constitucional dos entes administrativos. Alguns exemplos podem ser mencionados. Circulam em conhecidos manuais de direito administrativo enunciados como “na interpretação da lei, deve o intérprete buscar o verdadeiro sentido”; “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”; “obedece o princípio da finalidade o ato administrativo que for praticado com finalidade pública”; “a razoabilidade não pode ser lançada como instru-

mento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque cada norma tem uma razão de ser”, etc.

Daí reside a seguinte questão: a dogmática administrativista pode contribuir para construir uma linguagem capaz de abrir o mundo? É possível responder sim, na medida em que se assuma como instância capaz de desenvolver uma linguagem originária, quer dizer, que nomeia pela primeira vez o ente. Como mencionava Martin Heidegger, a *linguagem é a casa do ser*. Infelizmente, muito ainda há para se fazer de modo a que o pensar objetificador da dogmática tradicional deixe de produzir uma linguagem metafísica, como, por exemplo, a linguagem que estrutura o princípio da “supremacia” do interesse público, da intangibilidade do mérito administrativo, da presunção de legalidade, etc.

Não há no âmbito do direito administrativo, também, uma produção jurídica profunda sobre as repercussões da distinção entre *texto e norma* na construção do princípio da legalidade, com raras exceções. O questionamento de uma postura mais hermenêutica pode contribuir para que o pensar dogmático do direito administrativo problematize sua tarefa a partir, por exemplo, da idéia de *poiesis*. A linguagem jurídica enquanto *poiesis* significa uma linguagem voltada para o fazer acontecer os entes administrativos, capaz de problematizar o dizer originário, e não adotar a postura de mera repetidora do sentido comum teórico dos juristas. A dogmática administrativista há de ser capaz de suspender o modo corriqueiro de dizer os entes e pensá-los no seu sentido constitucional-democrático.

A partir dessa análise crítica do modo cotidiano de ser da dogmática administrativista, é crível afirmar que ela tem contribuído, de um modo geral, para *esconder (velar) os fundamentos metafísicos* do direito administrativo. Um dos exemplos mais marcantes reside no princípio da separação de poderes que tem influenciado um conjunto de

práticas objetificadoras, especialmente aquelas referentes ao controle dos atos administrativos. Com efeito, a superação desse agir encobridor exige que a Teoria do Direito Administrativo passe a entabular maior diálogo com a filosofia. Há de se problematizar o modo de ser da investigação dogmática realizada.

No seu modo de ser cotidiano, o sentido comum teórico não trabalha com a possibilidade de sentido dos entes administrativos, mas com instâncias de evidência. A partir de uma perspectiva mais hermenêutica, a dogmática poderia desenvolver uma atividade de *descrição dos indícios formais*<sup>18</sup>, não como conceitos, mas possibilidades de sentido, assumindo-se mais como conhecimento empírico do direito administrativo. Os entes administrativos que estão inseridos nesse conhecimento empírico já estão desde sempre mergulhados numa dimensão de compreensão prévia e que não é de caráter reflexivo, mas, como alude Stein (2002, p. 104), simplesmente resulta do nosso próprio modo de ser no mundo. Corolário, deveria ser repensada a própria relação entre os administradores públicos, juristas e operadores do direito com o constitucionalismo moderno.

Não se pode adotar a crença ingênua de que os entes administrativos fazem parte de uma espécie de “mundo natural”, com um determinado conteúdo, pois, quando se fala de qualquer ente jurídico, o intérprete desde sempre está nele envolvido, compreendendo-o num contexto de sentido. Ultrapassado o mito do mundo natural, a interrogação que a dogmática poderia desenvolver reside no perguntar e voltar-se para as coisas mesmas, “das quais, no entanto, só temos notícias quando conseguimos expor o movimento de pré-compreensão que é condição de possibilidade de qualquer compreensão” (Cf. STEIN, 2002, p. 118). Quando o intérprete descrever os diversos modos de os entes administrativos virem ao seu encontro com seu mundo, não haverá apenas uma descrição da experiência ou um regis-

tro empírico mediante conceitos fixos, mas uma descrição de indícios formais. Portanto, "... não se trata de um repertório metafísico de conceitos com que se organiza a nomeação das coisas. Os indícios formais são a aproximação para nomear seu acontecer em diversos âmbitos" (Cf. STEIN, 2002, p. 156). Ora, grande parte do que tem sido produzido no Brasil sobre dogmática administrativa satisfaz que espécie de dimensão? Tem contribuído para uma simples organização de repertórios metafísicos ou construções de indicações críticas para problematizar os sentidos do direito administrativo no Estado Democrático de Direito?

A Teoria do Direito Administrativo precisa ser construída de modo que ela não se transforme em simples atividade de apresentar argumentos jurídicos em série ou formas lógico-jurídicas, mas que ela seja um modo de ser (Cf. STEIN, 2002, p. 37). A função dos chamados indícios formais é orientar a construção dos repertórios existenciais do direito administrativo. A dogmática administrativista poderia contribuir fenomenologicamente para determinar como os conceitos jurídicos são construídos, como eles chegam aos operadores do direito, e não funcionar como instância de objetificação do arbitrário juridicamente prevalecente. Seria de grande valia uma propagação maior do horizonte histórico de construção do direito administrativo pátrio, as relações que foram construídas entre os cidadãos e a Administração Pública, enfim, fundar uma concepção teórica do direito administrativo mais voltada para capacitar os operadores jurídicos a dimensionarem na sua cotidianidade as pré-compreensões liberais-individualistas que alimentam o imaginário nacional.

Muito embora, como acima referido, as concepções mais tradicionais do direito administrativo tenham contribuído para desenvolver um modo de pensar objetificador, é crível sustentar a possibilidade de uma nova dogmática jurídica. Utilizando os aportes de Streck (2004, p. 21 et seq.), é preciso

construir uma *Teoria do Direito Administrativo* para países de modernidade tardia como o Brasil. Não há como desconsiderar em qualquer processo de construção de sentido dos entes administrativos, por exemplo, o conjunto de indícios formais constitucionais dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, que coloca a importância de construir uma sociedade justa e solidária, de materialização da dignidade da pessoa humana, bem como de erradicação da pobreza. Qualquer idéia de interesse público há de construir suas indicações fundadas em tais elementos, sob pena de constituir-se de modo ilegítimo. Portanto, são relevantes as críticas à Teoria do Direito levadas a cabo por Ferrajoli (1995; 1999) quando sustenta que a tarefa de uma teoria do direito é evidenciar as contradições, ou seja, desvelar as possibilidades de sentidos e não objetificar os entes jurídicos, fundada em um arbitrário juridicamente prevalecente.

#### 4. Uma análise crítica dos critérios dogmáticos para definir o direito administrativo

No âmbito do modo de ser cotidiano das diversas produções dogmáticas, são encontrados variados critérios para definir o que poderia ser considerado como direito administrativo. De plano, já se evidencia um grande equívoco pretender erigir uma definição perfeita e acabada, não se dando conta do caráter existencial antes mencionado em todo o processo de compreensão. Em tal diversidade, pode-se destacar, por exemplo, o critério do serviço público, tendo como grandes expoentes Leon Duguit, Jèze e Bonnard, preponderando como elemento delimitador do direito administrativo o instituto de serviço público. No intuito de ultrapassar a vetusta concepção até então predominante de identificar o direito administrativo com a idéia de *pussance public*, esse ramo do direito seria o conjunto de regras que regula a prestação de serviços públicos pelo Estado, normatizando ainda os direitos dos usuá-

os e deveres dos prestadores<sup>19</sup>. Uma das críticas que têm sido realizadas no que tange a esse conceito reside na redução do campo do direito administrativo à prestação de serviços públicos. Não há dúvida, o direito administrativo estuda o tema referente aos serviços públicos, mas sem que tal possa constituir-se como o universo desse ramo do direito.

De outra banda, deve-se mencionar o critério do Poder Executivo<sup>20</sup>, sendo que o direito administrativo consistiria no estudo das relações entre esse poder e os cidadãos, além de problematizar sua estruturação e funcionamento. Igualmente, detectam-se as insuficiências dessa concepção ao reduzir o direito administrativo ao estudo do poder executivo. Nos demais poderes – Legislativo e Judiciário – também há o exercício de atividade administrativa, não sendo crível reduzir sua problematização ao primeiro.

Além desses critérios, encontra-se na dogmática administrativista uma multiplicidade de outros elementos determinantes da definição desse ramo do direito, como os critérios das relações jurídicas, teleológico, etc<sup>21</sup>. No entendimento de Eduardo García de Enterría (1995, p. 39), o direito administrativo constitui-se em “un Derecho de naturaleza estatutária, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común”. Este autor faz questão de ressaltar a importância de vislumbrar no direito administrativo a difícil tarefa de proceder ao equilíbrio entre privilégios e garantias, com a finalidade última de salvaguardar o interesse geral da comunidade, mas sem desconsiderar os cidadãos. No âmbito da visão de Otto Mayer (1982, p. 17 et seq.), por sua vez, o direito administrativo deveria ser compreendido como o direito relativo à administração, o direito que lhe é aplicável, opondo-se ao direito constitucional, subsistindo como um ramo especial do direito público, dotado de um método próprio, da mesma

maneira que o direito civil. Na órbita das preocupações de alguns administrativistas franceses, George Vedel e Pierre Delvolvé (1992, p. 76 et seq.) refletem a grande preocupação de construir certas concepções teóricas que ressaltem a autonomia do direito administrativo como um conjunto de regras capaz de derrogar a aplicação das leis de direito privado no que concerne à via administrativa. Outrossim, Diogo Freitas do Amaral (1998, p. 130) vislumbra o direito administrativo “como o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública”.

Portanto, qualquer conceito que se tenha sobre o direito administrativo não pode deixar de vislumbrar que há sempre uma determinada pré-compreensão a ordená-lo, uma espécie de *a priori* fundante. Os conceitos não podem ser compreendidos como repertórios metafísicos, capazes de abarcar a totalidade. Estabelecer um conceito é uma relação de aproximação com a coisa, buscando-se descrever como ela acontece em seus diversos âmbitos (Cf. STEIN, 2002, p. 156)<sup>22</sup>. Qualquer tentativa de conceituação não passará de um destaque, um colocar entre parênteses algumas manifestações, no caso, do fenômeno jurídico-administrativo, até porque sempre deverá ser considerada a temporalidade que impede o homem de abarcar em definitivo as formas de expressão. Uma crítica interessante sobre o ideal de conceituar o direito administrativo, no campo dogmático, foi realizada por Juan Alfonso Santamaría Pastor (2000, p. 83-84) quando menciona a ausência de utilidade prática das disposições conceituais, pois

“hablar del Derecho administrativo como de un sistema o subsistema de normas, delimitado en el interior del total ordenamiento jurídico, no pasa de ser una convención terminológica

sin significado preciso (...); por otra parte intentar hallar una noción nuclear en torno a la cual construir la 'ciencia' del Derecho administrativo, no deja de ser una inversión de los términos lógicos de la investigación científica (...), y, por último, resulta notorio que algo tan convencional como el contenido de las enseñanzas académicas no puede definirse abstractamente mediante noción teórica de ningún tipo...”.

Corolário do que acima restou explicitado, no campo das construções conceituais do direito administrativo, há uma grande propensão em destacar no fenômeno jurídico-administrativo basicamente o aspecto da norma<sup>23</sup>. Certamente, tal aspecto também fará parte das problematizações a serem desenvolvidas, mas não reduz o conjunto de possibilidades de tratamento da matéria. Hodiernamente, um dos elementos interessantes para abarcar uma gama considerável de manifestações administrativas é a idéia de *ação administrativa*, entendida como o agir da Administração Pública, seja por meio de seus órgãos específicos ou de pessoas jurídicas criadas para determinadas finalidades e em coordenação com particulares. O direito administrativo, assim, poderia ser indicado como o campo de conhecimento que estuda a ação administrativa, seja no que tange ao conjunto de regras e princípios co-relacionados ou no aspecto atinente às suas formas de expressão (atos administrativos, poderes, contratos, prestação de serviços, administração de bens, etc.). Destarte, qualquer ação administrativa deverá ser compreendida a partir do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição Federal), fundando-se no conjunto de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e na promoção do bem-estar da comunidade. Em tal sentido, vale a idéia de Prosper Weil (1977, p. 10) para quem

“o direito administrativo não pode, pois, ser desligado da história, e espe-

cialmente da história política; é nela que encontra o seu fundamento, é a ela que deve a sua filosofia e os seus traços mais íntimos. Não se trata de relembrar o passado, mas sim de conhecer o próprio solo do qual o direito administrativo extraiu a seiva que ainda hoje o alimenta”.

No âmbito da referência supracitada, é interessante ressaltar a chamada crise do direito, e portanto também do direito administrativo, e destacar as possibilidades de ultrapassá-la. Nesse sentido, Streck (2004, p. 55 et seq.) tem dado um grande contributo ao destacar a nominada crise de dupla face do direito, pois (a) os operadores do direito estão inseridos no paradigma da filosofia da consciência e (b) estão inseridos no paradigma liberal-individualista. Em apertada síntese, boa parte dos que lidam com o direito não se deu conta da necessidade de superar o paradigma liberal que ainda grassa na prática jurídica e compreender o direito como condição de possibilidade para fazer acontecer um Estado preocupado com a sociedade, vocacionado para intervir em prol dos direitos e garantias fundamentais, sejam eles liberais ou sociais, assumindo o Poder Judiciário um papel fundamental, conforme o autor: “Por tudo isso é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (Cf. STRECK, 2004, p. 55). Ao examinar-se o direito administrativo, faz-se mister destacar explicitamente a importância da jurisdição constitucional na construção de uma Administração Pública mais democrática, sendo imperioso, por exemplo, compreender de um modo diferenciado alguns princípios epocais que estruturaram a atividade administrativa como o princípio da separação de poderes.

Ademais, além dessa dimensão de filosofia política a orientar a construção do direito administrativo, faz-se mister destacar,

no âmbito de uma dimensão hermenêutico-filosófica, o problema da filosofia da consciência, ou seja,

“... é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, encontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da filosofia da consciência – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto (como denuncia Habermas) – carente e/ou refratária à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, no qual a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-objeto” (Cf. STRECK, 2004, p. 61).

Os aspectos aludidos da crise de dupla face do direito, com efeito, deveriam ingressar em qualquer problematização dos diversos institutos do direito administrativo, propondo-se melhor destacar nesse ramo do direito suas potencialidades para provocar mudanças, criando condições de fazer acontecer aquilo que vem indicado nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, obviamente, sem cair na ingenuidade segundo a qual a instituição de textos legais ou constitucionais é suficiente para alcançar tal mister. Destarte, a hermenêutica jurídica, de cariz fenomenológico, irá desempenhar um papel importantíssimo, acompanhada de um modo de ser mais social-solidário, uma concepção mais comunitária da atividade desenvolvida pela Administração Pública.

Esse, ao que parece, pode ser o grande desafio a orientar a construção de uma nova teorização do direito administrativo, certamente, sem pretender inserir um novo dogmatismo, mas apenas temporalizar as diversas possibilidades de sentido desse ramo do direito, privilegiando a compreensão a partir de uma consciência histórica efetual, utilizando a referência de Hans-Georg Gadamer. Busca-se, assim, pensá-lo pragmaticamente, fugindo-se da tentação objeti-

ficadora de construção de mundo. Quando for lançado o questionamento “o que é isto o direito administrativo?”, é crucial que não se pretenda respondê-lo arrolando alguns enunciados lingüísticos, pois no enunciado não está a resposta para tal indagação. A problematização a ser levada a cabo exige dialogar como aquilo que vem sendo transmitido como sentido de direito administrativo, ultrapassando-se as evidências lógico-formais do dogmatismo e assumindo a linguagem como *locus* privilegiado para abrir clareiras, possibilidades antes impensadas de dizer o direito administrativo.

A partir da chamada viragem hermenêutica, perguntar o que é o direito administrativo importa lançar juristas e operadores do direito para, por exemplo, problematizarem a incapacidade das construções tradicionalmente dogmáticas, vocacionadas para aspectos metafísicos, e incapazes de transmitir o sentido, decorrência do ideal de especialização preponderante na sua estruturação teórica, especialização essa calcada na postura formalista do conhecimento jurídico e que desconsiderava outras possibilidades metodológicas senão aquelas suficientes para a aplicação subsuntiva de regras legais. Destarte, uma segunda dimensão de análise relaciona-se à posição ocupada pelo direito administrativo no conjunto da existência histórico-social, ou seja, hodiernamente, em um país de modernidade tardia como o Brasil, com um alto índice de exclusão social, qual tem sido a função desse campo do conhecimento jurídico? Finalmente, urge problematizar a questão atinente ao próprio fundamento do direito administrativo e a concepção de racionalidade científica que alimenta o imaginário de juristas, operadores do direito e administradores. Como aduz Martin Heidegger (1999, p. 52), “tenemos antes que aprender a entender qué significa fundamentos de una ciencia y en qué medida la crisis de fundamentos pone de manifesto los limites esenciales de la ciencia como tal”. Há, portanto, uma tarefa originária de reconhecer que no próprio



modo de ser característico do direito administrativo há o inacessível e que tal é incontornável, e o dar-se conta da crise de fundamentos, em última análise, está relacionado com a problematização da possibilidade de existir do homem.

### Notas

<sup>1</sup> Quando se fala de dogmática jurídica, é interessante ressaltar que tal modo de pensar é tributário da própria concepção de ciência jurídica do século XVIII, formulada por Gustav Hugo, assim retratada: “Ao final do século XVIII, Hugo ensinou que nossa disciplina (a jurisprudência) teria que responder, em sua totalidade, a três questões: (1) o que é o direito? (2) é razoável que seja assim? e (3) como chegou a ser direito?” (Cf. VIEHWEG, 1997, p. 100). Dessa triplíce concepção resultaria a divisão em dogmática jurídica, filosofia do direito e história do direito, respectivamente.

<sup>2</sup> Como ressalta Warat (1995, p. 16), o dogmatismo “apresenta-se como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal”.

<sup>3</sup> O autor menciona expressamente algumas disciplinas que entende dogmáticas, entre elas o direito administrativo, aduzindo: “uma disciplina pode ser definida como dogmática na medida em que considera certas premissas em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente”. Também é interessante a idéia de Vieweg (1997, p. 101) sobre a dogmática: “El pensamiento dogmático puede ser llamado adecuadamente pensamiento de opinión porque está caracterizado por el hecho de que se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); por una parte, la pone fuera de toda duda y, por otra, la desarrolla de múltiple manera”.

<sup>4</sup> Essa astúcia torna-se um mecanismo para o enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza as pressões exercidas pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e benefícios escassos, assim como, poder-se-ia acrescentar, da moralidade administrativa.

<sup>5</sup> A adoção de paradigmas dominantes traz conseqüências deletérias para a Ciência Jurídica, pois se abandona o ideal científico de questionar o impensado, de repensar as certezas significativas de um mundo jurídico. Adotam-se aquelas certezas nas quais uma comunidade acredita, podendo-se então falar na chamada “força de um paradigma”, ou seja, quando se tem grandes dificulda-

des em perceber algo diferente dos paradigmas vigentes. O questionamento sobre os diversos institutos do direito administrativo passa por essa contaminação, na medida em que, normalmente, as análises ficam restritas a velhos conceitos, como competência vinculada ou competência discricionária, o princípio da separação de poderes, margem de discricionariedade, discricionariedade técnica, executoriedade, legalidade, etc. No entanto, muitas vezes, é preciso sair de um paradigma dominante. Por óbvio, não se está querendo dizer que os paradigmas não possuem qualquer utilidade. Pelo contrário, eles nos ajudam a resolver problemas. O equívoco está em acreditar que há “o paradigma”, pois neste instante surge o que se chama de “paralisia de paradigma”. Muitos operadores do direito sofrem de uma espécie de paralisia de paradigma jurídico. No entanto, não se pense que a elaboração de um trabalho mais crítico pode ocasionar a superação de um paradigma antigo. Não há apenas uma sucessão de paradigmas, pois o que ocorre igualmente é um processo de interpenetração.

<sup>6</sup> O autor refere que a “realidade dominante, através do senso comum, passa a ser aceita como ‘realidade verdadeira’, escondendo o componente político da investigação de verdade”. Com efeito, a problemática maior do discurso dogmático – aquele instituidor de um dogmatismo – não está em seu caráter político ou ideológico. Qualquer crítica em tal sentido seria pueril, pois efetivamente parte dos conhecimentos produzidos são ideológicos, e isto há muito já se sabe. No entanto, é importante desnudar o discurso apolítico, cujo objetivo é esconder a ideologia oculta atrás das práticas discursivas.

<sup>7</sup> O caráter dialógico do pensamento gadameriano ressalta a importância de o homem compreendedor estar aberto para a opinião do outro e do texto. A abertura para a “alteridade do texto”. No caso direito, pode-se dizer, lidamos fundamentalmente com textos, textos fatos, pré-conceitos, hábitos lingüísticos, etc., assumindo capital importância a postura de “alteridade”. De qualquer sorte, o objetivo dessa teorização é fazer com que o intérprete dê-se conta de que há juízos prévios na compreensão. Dar-se conta dos juízos prévios é encontrar-se com a própria historicidade como aludia Hans-Georg Gadamer.

<sup>8</sup> Mais uma vez, é importante entender a ideologia como aquela manifestação que ocorre no inconsciente, operando por meio do imaginário e do silêncio, importando a aceitação de certas práticas e valores como naturais, racionais, verdadeiros. Portanto, não se busca estabelecer a discussão sobre a dimensão do ideológico, de que tal seja tido como ideológico. A grande questão reside em admitir a possibilidade de entabular um contradiscurso ao sentido-comum-teórico-dominante.

<sup>9</sup> O apego dos operadores do Direito à lei é revelador nesse sentido, pois não desconhecem a inserção dos textos legais no tempo, sujeitos ao processo de deterioração. No entanto, agem como se não soubessem disso (razão cínica). O exame poderia ir mais além. Quando se trabalha com a aplicação de certas lições doutrinárias ou jurisprudenciais, v.g., aquelas referentes à não auto-aplicabilidade do artigo 196 da CF que estabelece o direito à saúde, todos reconhecem a postura política e o comprometimento ideológico desse raciocínio. Mas, continua-se aplicando “como se não soubessem o que fazem”. Qual a razão para que isso ocorra?

<sup>10</sup> O grau de abstração que determinadas estruturas dogmáticas impõem na resolução dos casos concretos leva a um não conhecimento da realidade, e que é parte da própria essência da dogmática, uma vez que a efetividade social do processo de aplicação do direito “é um tipo de realidade que só é possível sob a condição de que os indivíduos que dela participam não estejam cientes de sua lógica própria; ou seja, é um tipo de realidade cuja própria consistência ontológica implica um certo não conhecimento dos seus participantes – se viéssemos a ‘saber demais’, a desvendar o verdadeiro funcionamento da realidade social, essa realidade se dissolveria” (Cf. ZIZEK, 1996b, p. 305). Como consequência, tem-se um “discurso burocrático”, quer dizer, aquele discurso em que o silêncio é geral. Como menciona Coelho Neto (1996, p. 99), “do lado do falante, que não o é, há o silêncio do anonimato indispensável para evitar a instauração do sujeito; há, em suma, o auto-escamoteamento da fonte no e pelo discurso – mas, por certo, ao nível do discurso. E do lado do ouvinte, nada mais há que o silêncio, o silêncio engendrado pelo falante, o silêncio da alienação, o silêncio do espelho opaco que não permite a constituição do eu, do sujeito.”

<sup>11</sup> Trata-se do fetichismo da mercadoria a que se refere o autor. O valor de uma certa mercadoria assume a forma de uma propriedade quase “natural” de outra coisa-mercadoria, o dinheiro. A mercadoria “A” só pode expressar seu valor em referência a uma outra mercadoria “B”, que assim se torna seu equivalente.

<sup>12</sup> No entendimento do autor, o modo dominante de funcionamento da ideologia é cínico. O sujeito cínico tem perfeita ciência da distância entre a máscara ideológica e a realidade social, mas, apesar disso, continua a insistir na máscara. A fórmula ideológica seria, portanto: “eles sabem muito bem o que fazem, mas mesmo assim o fazem”.

<sup>13</sup> Adota-se aqui a crítica realizada por Martin Heidegger (1999) em relação à metafísica, ou seja, o modo de pensar que não logrou manter-se no nível da pergunta pelo sentido e do modo de ser fenomenológico da compreensão. A concepção metafísica foi determinante para que a indagação

pelo fundamento das coisas do mundo da vida fosse aprisionada no âmbito da lógica formal. Ultrapassar o pensar metafísico importa problematizar a questão do fundamento no plano ontológico. A metafísica, portanto, labora a compreensão a partir de um elemento fundante que sequer é questionado, problematizado, conforme será examinado no item nº 3.

<sup>14</sup> Estabelecendo um paralelo com o dinheiro o autor alude que, “quando os indivíduos usam o dinheiro, eles sabem muito bem que não há nada de mágico nisso – que o dinheiro, em sua materialidade, é simplesmente uma expressão de relações sociais. Assim, no plano do dia-a-dia, os indivíduos sabem muito bem que há relações entre pessoas por trás das relações entre as coisas. O problema é que, em sua atividade social, naquilo que fazem, eles agem como se o dinheiro, em sua realidade material, fosse encarnação imediata da riqueza como tal. Eles são fetichistas na prática, e não na teoria. O que ‘não sabem’, o que desconhecem, é o fato de que, em sua própria realidade social, em sua atividade social – no ato de troca da mercadoria – estão sendo guiados pela ilusão fetichista.”

<sup>15</sup> Logo, para o autor, “o nível fundamental da ideologia, entretanto, não é de uma ilusão que mascare o verdadeiro estado de coisas, mas de uma fantasia (inconsciente) que estrutura nossa própria realidade social”. Os operadores jurídicos não sabem que sua própria realidade social e que sua atividade são guiadas por uma ilusão, por uma inversão fetichista. Eles sabem muito bem como as coisas realmente são, mas continuam a agir como se não soubessem. A fantasia ideológica permeia as relações do Juiz, Promotor e Advogado. Outrossim, poderia ser dito que a dogmática jurídica contribui para que ocorra essa inversão fetichista, por e na medida em que ela própria é fruto dessa inversão.

<sup>16</sup> Nas rodas tibetanas de orações, escreve-se uma oração em um pedaço de papel, coloca-se o papel enrolado numa roda e gira-se automaticamente sem pensar. Assim, a própria roda gira por mim, em meu lugar, ou seja, eu rezo por intermédio da roda. O bom é que, em minha interioridade psicológica, eu posso ter os pensamentos mais obscenos e isso não terá importância, pois a roda continuará girando e eu estarei rezando.

<sup>17</sup> Por meio da concepção de fundamento último, a compreensão é calcada em um determinado ponto de partida que não comporta nada que esteja além dele. Com relação à compreensão auto-referencial, somente se mostra como um conhecimento válido, legítimo, aquele produzido desde os seus próprios enunciados, a partir dos quais pode-se determinar a verdade dos entes em sua exatidão. Não deixa de ser uma clara representação do mito da caverna, pois há uma compreensão que se encontra “no fundo da caverna”, portanto, obscu-

ra, devendo caminhar para o lado, o mundo das idéias, a fim de que possa realmente atingir aquilo que se deve compreender. No fundo da caverna há apenas sombras e no lado externo estão os entes jurídicos propriamente ditos, sendo imprescindível percorrer o caminho para poder atingir esse “verdadeiro mundo”. No pensamento da dogmática de cunho metafísico, o seu ponto fundante representa a direção a ser seguida para atingir-se o “verdadeiro conhecimento”, o mundo no qual o homem realmente poderá ver aquilo que é exato.

<sup>18</sup> A Teoria dos Indícios Formais tem sido exposta por Ernildo Stein (2002), bem como por Lenio Luiz Streck (2004) sobre a sua aplicação no Direito. Na primeira obra, o autor traz um texto fundamental para a compreensão da Teoria dos Indícios Formais, *Os Indícios Formais e a Base Não-Inferencial para o Conhecimento*, relatando que a introdução dos existenciais pode ser feita, exatamente, com a descrição dos indícios formais. Trata-se de um pensamento não objetificador, pois não há um universo pronto, chegando-se aos indícios formais fenomenologicamente. Descrever os indícios formais, com efeito, importa buscar as diversas características do *Dasein* e que revelam o próprio modo de ser no mundo (STEIN, 2002, p. 160). Assim, refere expressamente, “o existencial é posto no lugar do transcendental como elemento organizador. O existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente – os espanhóis traduzem por existivo –, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de categoria, mas de qualidade existencial” (STEIN, 2002, p. 160-61). A tarefa do intérprete passaria pela necessária descrição dos indícios formais como modo de chegar ao máximo número de atos exercidos e que, dentro da perspectiva fenomenológica, são as dimensões existenciais (STEIN, 2002, p. 163). Vale aduzir, é imperioso para este pensar o que Heidegger chamou de educação fenomenológica, pois esse exercício do descrever fenomenológico importa em possibilitar ver aquilo que normalmente está encoberto. Aqui entra em jogo o caráter ambivalente do estar encoberto e aquilo que se mostra. Segundo Heidegger, a fenomenologia é o exercício de tentar mostrar, naquilo que se mostra, aquilo que de si não se mostra e que, só num exercício de explicitação dos indícios formais, irá mostrar-se” (STEIN, 2002, p. 164). Este, portanto, seria o significado de ir às coisas mesmas possibilitado pela Teoria dos Indícios Formais.

<sup>19</sup> É importante salientar que o critério do serviço público foi de grande importância para o desenvolvimento do direito administrativo em França, considerando a existência do Conselho de Estado, órgão encarregado de dirimir os conflitos entre cidadãos e a Administração Pública. Com efeito, determinar a competência do Conselho de Estado ou dos órgãos do Poder Judiciário, incumbidos de

solver lides privadas, seria crucial. Como o Brasil não adota o sistema de justiça administrativa ou do contencioso administrativo, esse debate não possui similar repercussão.

<sup>20</sup> Conforme Fernando Garrido Falla (1994, p. 114), “definimos el Derecho administrativo como aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Organos constitucionales del Estado”.

<sup>21</sup> No âmbito da doutrina pátria, Meirelles (1995, p. 29) define o direito administrativo como um “conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar, direta e imediatamente, os fins desejados pelo Estado”. Para Di Pietro (2002, p. 52), é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”. No entendimento de Mello (2003, p. 35), “o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”.

<sup>22</sup> A chamada Teoria dos Indícios Formais é fundamental para melhor compreender as condições de possibilidade de ultrapassar um modo de pensar metafísico, formalista e objetificador, ou seja, o pensamento que tudo quer abarcar. Refere expressamente: “Onde temos os indícios formais não temos o todo da coisa, temos os elementos formais que remetem a algo que pode estar disperso na condição humana. Dela apanhamos aspectos limitados, mas não o todo da condição humana. Como nunca conseguimos completar a exposição dos indícios formais, nunca acabamos a analítica existencial. Ela é a caminho, sempre um processo em formação”. (STEIN, 2002, p. 166).

<sup>23</sup> Aliás, de uma certa maneira, Clève (1988, p. 72) já destacava essa crítica, referindo, em geral, à preponderância de uma postura kelseniana para compreender o direito administrativo privilegiando o aspecto das normas, identificando-o mais como tecnologia: “o direito administrativo, então, é um saber, uma tecnologia, localizando-o num terreno teórico que não se confunde com o território delimitado das ciências. Esta tese contraria boa parte da produção jurídico-administrativa dominante”.

## Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1994.
- CALVO GARCIA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madri: Tecnos, 1994.
- CARRILHO, Manuel Maria. *Verdade, suspeita e argumentação*. Lisboa: Presença, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Campinas: JULEX, 1988.
- COELHO NETO, J. Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madri: Trotta, 1999. 180 p.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1995. v. 1.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: TECNOS, 1994. v. 1.
- GUIGNON, Charles B. *Introdução ao poliedro Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Madri: Frónesis, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- MAYER, Otto. *Drecho administartivo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982. Tomo I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MICHELAZZO, José. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: FAPESP; Annablume, 1996.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2000. v. I.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VEDEL, George; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992. Tome 1.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao estudo do direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. v. 2.
- WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.
- ZIZEK, Slavoj. Como Marx inventou o sintoma. In: \_\_\_\_\_. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996b.
- \_\_\_\_\_. O espectro da ideologia. In: \_\_\_\_\_. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996a.



# **Processo administrativo inquisitorial**

## **Eficiência investigativa e garantias constitucionais**

Floriano de Azevedo Marques Neto

### Sumário

I – Introdução. II – Sindicância e processo administrativo. III – Competência correicionais e competências disciplinares da atividade policial. IV – Efeitos da falta de competência: a imprestabilidade da sindicância. V – Procedimento sigiloso e ampla defesa. VI - Conclusão.

O processo administrativo e as questões afetas ao direito de defesa e ao contraditório de há muito vêm merecendo a atenção dos estudiosos do Direito. Desafortunadamente, nos último tempos, as autoridades se arvoram competentes para dizer quando aplicáveis as regras constitucionais, quando não, como se os princípios constitucionais estivessem à mercê do *nomen juris* adrede escolhido pela autoridade de plantão para batizar o procedimento que pretende conduzir.

### *I – Introdução*

É incrível, surpreendente, a capacidade que certos agentes públicos têm de agir ao arrepio da Constituição da República, imaginando que os preceitos constitucionais estão ao livre dispor de quem maneja o poder extroverso estatal. Ora em nome da eficiência da investigação, ora sob o pálio da funcionalidade, vez por outra, sob os arroubos da missão de depurar os desvios de conduta percebidos na Administração ou na sociedade (acabando com a tal “impunidade”), têm sido comum a postergação, a pre-

Floriano de Azevedo Marques Neto é Advogado. Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo.

terição, e mesmo o aniquilamento de direitos e garantias tão sofridamente conquistados e tão sabiamente inseridos em nossa Carta fundamental.

Imbuídos muita vez dos melhores propósitos, alguns pela sanha de “passar o país a limpo”, outros embalados por sanhas não tão elevadas, não se apercebem que o benefício do resultado embute o malefício do retrocesso. Pondo a perder garantias muito caras, tornam sem sentido a punição. A gradativa adstrição do poder ao Direito (em que avulta importante à limitação da atuação do agente público à regra de competência), a conquista histórica de garantias fundamentais (entre elas a ampla defesa), a censura à inquisição feita à sorrelfa, tudo isso não se fez para consagrar a impunidade ou proteger a delinquência. Fez-se (e muitos pagaram por isso alto preço) para evitar a delinquência maior, aquela que se perfaz pela manipulação dos instrumentos conferidos ao Estado para proteger a sociedade, aquela que é tanto mais grave porque amesquinha a função pública, colocando-a à mercê das vontades individuais.

Muitos (e tristes) foram os momentos na história em que barbaridades foram perpetradas contra indivíduos, por coletividades enebriadas pela perseguição de objetivos aparentemente redentores. O combate aos hereges no medievo, o terror jacobino, o caso Dreyfus são apenas algumas oportunidades em que pessoas de bem apoiavam o desatino daqueles que, investidos do poder estatal, fizeram tábula rasa das garantias individuais porque o importante era “dotar-se à autoridade de instrumentos eficazes a proporcionar a efetiva investigação” e, objetivo maior, a exemplar punição daquele acusado da conduta desregrada. No calor desses processos, na comoção coletiva em torno da punição, não é dado perceber que essa tal eficácia investigativa e punitiva embute o alto preço da derrogação de garantias fundamentais. Traz o risco do arbítrio. Por trás de um investigador movido pela busca da eficácia sempre espreita um

Torquemada, um Robespierre ou um Major Henry.

Para evitar isso é que a civilização sedimentou garantias, impôs limites ao poder, aceitou uma menor “eficácia” do poder estatal, preferiu correr o risco de empecer (nunca impedir) uma “efetiva investigação” em prol da sujeição do poder ao Direito, em favor da disciplina da atuação dos agentes do Estado.

A tentação do manejo dos poderes estatais à margem dos limites garantidores é sempre presente. Afinal, a estrita observância da regra de competência tolhe, por vezes, uma atuação mais célere; mas evita a concentração do poder. O respeito ao direito à ampla defesa às vezes atravanca o procedimento; por outro lado, interdita que se pratiquem injustiças, que se impute o equívoco, que se constanja o inocente. A garantia de defesa técnica entrava o procedimento, obriga a permanente fundamentação dos atos, dificulta por vezes a surpresa; mas impede a manipulação e o abuso de poder.

No equilíbrio entre eficácia e garantia, a Constituição não titubeia em arbitrar em favor da segunda. Basta uma passada de olhos no texto constitucional para percebê-lo. Não se admitem relativizações e temperamentos quando se trata de observar as garantias individuais. Isso não se coadunaria com a locução do Estado Democrático de Direito inscrito no artigo 1º da Constituição de 1988.

Este intróito faz todo sentido para o presente estudo. As questões que serão abordadas aqui cuidam basicamente do respeito a pressupostos do Estado Democrático de Direito. Ampla defesa, princípio da função (respeito à regra de competência), limites ao poder inquisitorial, respeito à publicidade em favor da parte e observância das prerrogativas da advocacia (que integra o direito à defesa técnica) são essenciais a um regime garantístico.

Não se pressupõe que as autoridades que ora e vez inobservam esses preceitos o façam por má-fé ou por irrefreável inclinação totalitária. A exacerbação no denodo ou

um desabrido empenho no cumprimento dos seus deveres pode ensejar, aqui e ali, alguma escorregadela. Tais inobservâncias não podem ser toleradas sob pena de perecerem os direitos e garantias asseguradas na Constituição. Maior intolerância, contudo, deve-se reservar às teses, às formulações pretensamente doutrinárias que servem de ponta-de-lança para derrogar direitos e lassear garantias.

É nesses quadrantes, de cautela e respeito aos direitos e garantias do administrado (seja ele servidor, contribuinte, fornecedor, postulante de direitos, parceiro), perante o Estado e particularmente perante a Administração, que se há de analisar a regularidade e a validade do processo administrativo. Disso é que pretendo cuidar a seguir.

## II – *Sindicância e processo administrativo*

Há ainda muita dificuldade entre nós de entender a abrangência do conceito de processo administrativo. Durante muitos anos, a doutrina rejeitou o conceito de *processo* no âmbito da atividade administrativa pelas mais variadas razões. A principal delas era o entendimento de que o termo se referia apenas a atividade jurisdicional, na qual haveria propriamente oposição de interesses<sup>1</sup>. De minha parte, entendo descabida essa distinção. Do ponto de vista doutrinário, é absolutamente sustentável a existência de processo administrativo, a par do processo judicial (espécies distintas do mesmo gênero). Perfilho com o lúcido entendimento de Odete Medauar para quem “o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório” (MEDAVAR, 1993, p. 40). Ou, como entende Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 1998), “nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função judicial.”

Muita controvérsia houve sobre o tema. Hoje, porém, creio ser absolutamente ociosa essa discussão. É que o texto constitucional definiu claramente (i) a existência de processo administrativo e (ii) sua equiparação ao processo judicial para fins de aplicação do regime de ampla defesa e contraditório (acoplados todos os meios e recursos inerentes). O texto constitucional fala por si:

“Artigo 5º ...

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Lendo a prescrição constitucional salta aos olhos que (i) para a Constituição existe relação processual na esfera judicial ou administrativa, desde que nela esteja envolvida relação litigiosa (a idéia de litigante pressupõe, por óbvio, a noção de lide, contraposição de interesses em suma); (ii) as garantias da ampla defesa e do contraditório (e dos instrumentos a eles relacionados) abrangem qualquer situação de manejo de competências estatais quando, ao menos potencialmente, haja interesses dos administrados passíveis de serem afetados; (iii) a processualidade – e as garantias inerentes – abrangem qualquer relação em que haja situação de ameaça de restrição ou sacrifício de direito (hipótese de litígio) e mais ainda quando se imputa a alguém uma conduta punível (hipótese de haver um acusado).

Não pode haver dúvida que o princípio da ampla defesa e do contraditório assegurado na Constituição é abrangente, não admitindo relativizações quanto mais aquelas ditadas meramente pela designação formal que o agente público dê ao procedimento por ele conduzido. Em outra oportunidade, pude afirmar (MARQUES NETO, 2004, p. 234):

“É conhecido de todos o dispositivo constitucional que está no artigo 5º, inciso LV, que diz: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegura-



dos o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes', de modo que interpreto esse dispositivo no sentido de que sempre que a movimentação da função pública envolver ou contrariedade de interesses entre particulares e interesses da Administração, ou a imputação de alguma conduta passível de sanção na esfera administrativa, essa função, a competência do agente público só poderá se dar no âmbito de processo administrativo. E nesse processo administrativo, conseqüência constitucional, deverão ser asseguradas a ampla defesa e o contraditório. A meu ver, é absolutamente inconstitucional, odiosa à criação de outros expedientes a que apenas se dê outro nome para fugir da obrigação constitucional de contraditório e ampla defesa; protocolados, procedimento inquisitorial, qualquer outro nome que se dê a um procedimento administrativo, a lei mesmo dá vários nomes, mas serão espécies do gênero processo administrativo, dentro do qual, contraditório e ampla defesa sempre que presentes uma ou outra daquelas características. Relação de litígio, de lide administrativa ou de potencial imputação, portanto, acusação, deve-se observar o contraditório e ampla defesa. Isso é muito importante porque, por vezes, se distorce um processo meramente apuratório, um processo meramente burocrático para se dar a ele uma conotação que o caracteriza como processo administrativo, mas se tenta blindar, proteger ou afastar a ampla defesa e o contraditório dizendo que não se trata de processo administrativo, mas de mero protocolo. Isso não é só comum na Administração Pública, é contumaz principalmente no âmbito do Ministério Público. Isso, para mim, é absolutamente inconstitucional. Porque quando va-

mos analisar a questão do processo administrativo, como, de forma, qualquer processo apenador, vamos viver na tensão entre o interesse geral da coletividade de reprimir condutas desregradas, que é absolutamente um valor da moralidade administrativa, de um lado, e de outro lado os princípios maiores da ampla defesa e do contraditório. Embora talvez remando contra a corrente, no momento que nós vivemos, um momento Jacobino, enfim acho que a ampla defesa e o contraditório devem prevalecer até sobre a teleologia do processo, ou seja, contraditório e ampla defesa estorvam a apuração, não há dúvida, mas são princípios tão mais densos que podem, inclusive, ou devem inclusive prevalecer sobre a necessidade de punição, sobre a necessidade de moralização, sobre a necessidade de depuração dos quadros da Administração Pública”.

É certo que o princípio do formalismo e a vinculação à legalidade estrita a que está sujeita a Administração Pública obriga que a edição de qualquer ato administrativo seja precedida de um procedimento formal. Muita vez a edição de um ato prescinde que esse procedimento assuma a característica de um processo. Isso ocorrerá nas hipóteses em que a atividade administrativa e o ato que lhe dá conformidade jurídica não envolvam contraposição de interesses nem impliquem restrição ou sacrifício de direito de administrado. Assim é, por exemplo, com o procedimento de empenho ou de liquidação de despesas previsto no artigo 58 e seguintes da Lei nº 4.320/64. Não havendo que se falar em contraposição de interesses (embora, por exemplo, no ato de empenho haja interessados – v.g. o particular que prestou o serviço ou forneceu o bem que lastreará a despesa objeto do empenho), o procedimento – entendido como encadeamento formal de atos – não se afigurará como processo. Contudo, seguindo no exemplo, caso se trate de cancelamento do empenho, será obri-

gatório falar-se de processo administrativo, inclusive com o amplo contraditório e a participação do interessado (o que faria jus ao recebimento de verbas antes empenhadas).

A natureza processual (e não meramente procedimental), para sermos fiéis à Constituição, surge no momento em que a atividade da administração resvala a contrariedade, a contraposição de interesses de administrados seja no entrechoque de interesses de dois ou mais particulares, seja na potencial contrariedade do possível resultado da atividade administrativa específica com o interesse de um administrado. É nessa contrariedade de interesses que reside o dever de seguir os cânones do processo administrativo, com todas as homenagens ao contraditório e à ampla defesa. Não será incomum assim que, no exercício de uma atividade administrativa (disciplinar, ablatória, adjudicatória, fiscalizadora, ordenadora, fiscal, ou qualquer outra), um dado procedimento passe a ter caráter de processo administrativo com a emergência de potencial risco de ser afetado interesse do administrado.

O núcleo prescritivo do artigo 5º, LV, é incontestavelmente de proteção do indivíduo (administrado) contra o manejo do poder estatal (na esfera judicial ou administrativa). Portanto, nenhum prurido deve causar a afirmação que ora faço de que a natureza de processo administrativo a que se sujeita a atividade da administração decorrerá diretamente da caracterização (e eventualmente da demonstração) de situação de contrariedade de interesses (efetiva ou potencial) em face de algum administrado. Tendo lugar tal potencial contrariedade (mesmo que em face de um potencial resultado ao final do procedimento), caberá falar em litigante. Como nos ensinou Ada Pellegrini Grinover (1991), em magistral artigo, que há mais de década fincou o marco doutrinário da processualidade administrativa:

“Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preci-

so que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale à controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide. Assim, por exemplo, no processo administrativo de menores, mesmo não-punitivo, podem surgir conflitos ... E assim também nos processos administrativos punitivos ..., mesmo antes da acusação, surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis”.

E se litigante há, processo administrativo com contraditório e ampla defesa deve haver. Como ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1979, p. 281), “de procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos. As impugnações e os recursos, formando relação jurídica, criam o contraditório, obrigando a Administração como parte a aceitar o conflito, a admitir o fato contencioso”.

Nestes quadrantes é que se põe a questão dos procedimentos ditos investigativos, inquisitoriais. Frequentes têm sido os rompanes de parte da doutrina e da jurisprudência em sustentar que o regime constitucionalmente reservado aos processos administrativos não seria aplicável aos procedimentos ditos inquisitoriais. Basicamente, para três espécies, colhemos manifestações nesse sentido: os inquéritos policiais (que servem de parâmetro para as demais construções), os inquéritos civis públicos (artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85) e, ainda objeto da presente reflexão, os procedimentos de sindicância. É fato que estes entendimentos seguem a orientação antiga, anterior à Constituição de 1988 e não se apercebem da mudança significativa que foi trazida pelo novo texto constitucional.

Já tive a oportunidade de ver invocada, em respaldo a esse entendimento, formulação um tanto estranha segundo a qual, no choque entre o direito individual ao contraditório e à defesa ampla e o interesse público subjacente a uma investigação eficaz, esta última deve prevalecer. A formulação era aproximadamente assim: em face do interesse da eficaz atuação estatal de preparação de um processo administrativo ou judicial sancionador, o interesse particular do devido processo cede.

Esse raciocínio, apesar de causar um certo susto em quem nutre alguma consideração pela Constituição, não se sustenta. Qualquer garantia individual (direitos fundamentais de primeira geração) só faz sentido se afirmada em face do Estado, mesmo quando o poder público se move na perseguição do interesse público ou coletivo. Ora, se se admite que a existência de um interesse público (da sociedade, da coletividade, da humanidade) basta para fazer ceder as garantias individuais, então estaremos caminhando a passos largos para a derrogação de qualquer direito fundamental desta ordem. Afinal, a atividade administrativa ou persegue um interesse público ou constitui desvio de finalidade e de nada serve. Se só a existência de interesse público justifica a derrogação da ampla defesa e do contraditório, decreta-se a inaplicabilidade dessas garantias no processo administrativo!

A mim, não parece haver diferença entre a relativização da garantia individual do contraditório e da ampla defesa presentes no artigo 5º, LV, e eventual “flexibilização”, por exemplo, da cláusula de devido processo legal presente no artigo 5º, LIV, na hipótese de o Estado se apropriar da propriedade alheia para, suponhamos, dar de comer aos famintos ou dar abrigo aos sem-teto. Afinal, essas medidas se prestam a assegurar interesses públicos relevantes como o direito à vida (artigo 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF). Ninguém sustentaria que nem mesmo tão relevantes interesses públicos (princípios cons-

titucionais angulares, de densidade infinita) são bastantes para derrogar a garantia processual do devido processo. Por que então a eficiência da investigação pode servir para afastar, sabe-se lá como que lastro constitucional, o devido processo e o contraditório nos processos administrativos (já que envolvem interesses litigantes) ditos *inquisitoriais*?

Dir-se-á que nessas hipóteses não há derrogação, pois o corolário da defesa e o pálio do contraditório poderão ser posteriormente respeitados no âmbito do processo judicial (penal, civil público ou declaratório de improbidade) ou administrativo (disciplinar ou sancionador em sentido estrito). Ora, quem o diz desconhece – ou foge de conhecer – que a simples imputação, a mera atribuição da conduta punível criminal ou administrativamente já importa em afligir a esfera de direitos individuais (à honra, para dizer o mínimo). Quem essa tese abraça certamente não gostaria de ser acusado de crime, ser indiciado, ser sindicado ou processado. O exercício do direito de defesa se presta justamente a permitir que, trazidas as razões, provas e elementos pelo interessado se possa, eventualmente, afastar uma imputação equívoca.

Não é por outra razão que a Carta alude à proteção do artigo 5º, LV, *aos acusados em geral*. Não fez uso o constituinte do termo denunciado, processado (o que seria uma tautologia). Referiu-se a acusado exatamente para abranger (com reforço ao conceito já amplo de *litigante*) qualquer um a quem seja imputada uma conduta potencialmente passível de acarretar punição, sanção, responsabilização. Acusar importa singelamente em indicar (i) responsabilidade subjetiva e (ii) tipificação de conduta desregrada. A partir do momento em que há uma atribuição subjetiva, potencial até, de eventual falta, surge a contraposição de interesse uma vez que o imputado (acusado) certamente não haverá de concordar com que se lhe inculque culpa.

Evidentemente, enquanto num procedimento o agente público está averiguando

fatos e checando autoria de eventos potencialmente puníveis, não haveria que se falar em litigantes ou acusados<sup>2</sup>. Porém, a partir do momento em que surge no procedimento a imputação, a indicação de potencial falta e de responsabilidade, o eventual enquadramento da conduta do indivíduo como punível, então passa a ser presente a relação de contrariedade, de parte, de litigante ou no mínimo o *status* de “acusados em geral”<sup>3</sup>. Havendo representados, há necessariamente acusados. Se, portanto, num dado momento de um procedimento, o ato decisório *in fieri* em que colimar o procedimento atingir ou puder contrariar o interesse do particular, ou ainda necessitar da participação do administrado, então estarão presentes as condições para que sobre ele recaia a processualidade, com as garantias a ela inerentes<sup>4</sup>.

Lúcia Valle Figueiredo ([2003], p. 419) não deixa margem para dúvidas ao afirmar que “A Constituição de 1988 utilizou-se dos termos ‘acusados’ e ‘litigantes’ no inciso LV do artigo 5º, pré-mencionado. Quanto ao primeiro – ‘acusados em geral’ –, há de se dar larga amplitude ao termo, para abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal”.

Tenhamos em mente que a aplicação da regra do artigo 5º, LV, da Constituição independe de haver acusação formal ou da declaração do agente público de que se trata de um processo administrativo. Fosse aceita essa tese e chegaríamos ao absurdo de submeter a aplicação de uma garantia constitucional (o direito individual ao contraditório e à ampla defesa) ao alvedrio do agente estatal exatamente contra o qual se volta a garantia. Seria o mesmo que dizer que uma garantia fundamental que não pode ser suprimida sequer por Emenda Constitucional (artigo 60, § 4º, IV) poderia ser afastada meramente (i) pela declaração da autoridade

(afirmando tratar-se de mero procedimento inquisitorial ou dando nomes criativos ao procedimento – expediente, protocolado, apartado, etc.) ou (ii) pela omissão em nomear o indivíduo como *formalmente acusado ou investigado*. O absurdo da construção dispensa maiores comentários.

Não é por outras razões que a Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99) estabelece ser legitimado para atuar no processo administrativo todo aquele que “tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” ao fim e ao cabo do processo (artigo 9º, II). Essa concepção ampla de interessado aponta, certamente, para a afirmação da abrangência integral da regra do artigo 5º, LV, CF a todos os procedimentos administrativos cuja decisão final traga, *in fieri*, risco de afetar direito ou interesse individual.

Lembremos que, consoante prediz o artigo 1º, § 1º, da citada Lei Federal, o regramento do processo administrativo nela contido é aplicável aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário quando no desempenho de função administrativa<sup>5</sup>. A Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei Estadual nº 10.177/98), embora não se referindo expressamente à atividade administrativa dos outros Poderes, tem incidência ainda mais ampla. Isso porque, como se lê do próprio artigo 1º, suas disposições regem “os atos e procedimentos administrativos”, deixando até num segundo plano a discussão sobre a necessidade ou não de se tratar de processo administrativo para que as garantias processuais sejam aplicáveis.

Para fins de instrução do presente, vamos trazer um exemplo. Pois bem, estamos diante de um procedimento instaurado sob o nome de “Sindicância”, e tendo por apuração de eventual exorbitância de funções ou da prática de abuso de autoridade quando da detenção de um policial. Haveria na sobredita “Sindicância” a figura de um *Representante* que seria exatamente o policial cuja detenção constituiria no fato a ser sindicado.

Na hipótese, as autoridades participantes do ato de detenção estão enredadas em nítida condição de litigantes ou, no mínimo, de acusados de prática infracional-disciplinar e mesmo de crime, algo mais do que suficiente para caracterizar a existência de um processo administrativo e para fazer incidir todas as garantias constitucionais; e, por consequência, que o procedimento está a caracterizar verdadeira aberração jurídica, sem qualquer previsão legal. Vejamos.

É verdade que a doutrina define sindicância como uma espécie de procedimento voltado a apurar eventuais práticas infracionais por servidor público. O sempre citado Hely Lopes Meirelles ([2003], p. 668) ainda é presente para lembrar – como alhures citado foi – que “sindicância administrativa é meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator”. Emerge já o problema da competência para instaurar sindicância, o que será abordado no próximo tópico. Porém, desde já, posso dizer que de sindicância não se trata, pois o objeto da representação seria investigar fatos caracterizadores de “abuso de autoridade”.

Ora, se assim foi, dever-se-ia aplicar o regramento constante da Lei nº 4.898/65 que (artigo 2º) determina que a representação será exercida mediante petição dirigida “à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar a respectiva sanção”. Pelo artigo 7º dessa lei, o procedimento (inquérito administrativo) para apurar o fato “obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo” (artigo 7º, *caput* e §1º).

No que se refere ao caso em estudo, não só há legislação estadual regente do processo disciplinar do servidor público estadual (Lei Estadual nº 10.261/68, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 942/03), como há lei específica versante sobre o regime funcional especial da Polícia Civil (Lei Complementar Estadual nº 207/79 com a reda-

ção dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02). Portanto, ainda que imaginássemos o D. Juízo competente, o rito deveria ser aquele constante da legislação estatutária estadual.

E, no Estado de São Paulo, tanto para o regime jurídico geral dos servidores, quanto para os integrantes da Polícia Civil o procedimento de sindicância não tem natureza inquisitorial, sendo, na verdade, processo administrativo disciplinar célere para aplicação de penalidades mais brandas. Deveras, o artigo 269 do Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei nº 10.261/68, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 942/03) prescreve:

“Artigo 269 – Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de repreensão, suspensão ou multa”.

No mesmo sentido vai a Lei Orgânica da Polícia Civil (Lei Complementar Estadual nº 207/79 com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02):

“Artigo 88 – Será instaurada sindicância quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar as penas de advertência, repressão, multa ou suspensão”.

Verifica-se, portanto, que, no âmbito do Estado de São Paulo, sindicância não se trata de procedimento inquisitorial, e sim de processo disciplinar para aplicação de penas que não a demissão, a demissão a bem do serviço público, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade (cf. artigo 89 da Lei Complementar Estadual nº 922/02)<sup>6</sup>. A menos que se arvore a opinião da doutrina ao *status* de lei (o que faria nosso Direito se aproximar do sistema islâmico, transformando as lições de Hely em verdadeiro *Idjmâ*), de sindicância não se pode tratar.

Tanto assim é que a Lei Orgânica da Polícia Civil paulista prevê um procedimento investigatório específico, denominado *Apuuração Preliminar* (artigo 85, Lei Complementar nº 922/02<sup>7</sup>). Porém, esse procedimento

só pode ter lugar quando não caracterizada a infração, nem delimitada a autoria.

Portanto, não há que se falar em sindicância. Porém, se estivéssemos diante de uma sindicância, então seria absolutamente incontroversa sua submissão ao disposto no artigo 5º, LV, submetendo-se o procedimento às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Por primeiro, porque são patentes (i) a existência de controvérsia apta a caracterizar a situação das citadas autoridades como litigantes e (ii) no mínimo a sua situação de acusados (representados, talvez) por abuso de autoridade. Numa e noutra circunstância, temos que reconhecer o caráter de processo administrativo de que se reveste o procedimento.

Certamente os representados acreditam ter exercido seu dever funcional ao deter o representante. Este enxerga na conduta abuso de autoridade. Ora, dizer que em torno dos fatos não há controvérsia é querer negar ao sol a claridade. E afirmar que no quanto sindicado não resulta, *in fieri*, afronta a interesse e direito dos sindicatos menos não é.

Como mais uma vez nos ensina Ada Pellegrini Grinover, “embora não tendo, em geral, caráter punitivo, a sindicância não deixa de ser processo administrativo.” (1991, p. 14). Havendo, como há, confronto de interesse e imputação aos representados de condutas puníveis, está presente a condição de litigantes (e de acusados) impondo-se o dever constitucional de tratar esse procedimento como processo administrativo.

Assim, se no procedimento estão presentes representados (e representado é parte), impossível sustentar a inexistência de litigantes, nos termos do que acima expus.

Por segundo, é a própria Lei Federal nº 4.898/65 que determina (artigo 7º, § 3º) que a apuração da prática de abuso de autoridade na esfera administrativa terá natureza de processo administrativo, não sobrepassável por força do andamento da ação penal ou civil.

Por terceiro, na medida em que, mesmo se considerássemos como sindicância o procedimento, teríamos que obedecer à legislação estadual, como determina – já vimos – o artigo 7º, § 1º da Lei Federal nº 4.898/65. Vamos então à Lei Orgânica da Polícia Civil (redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922/02) e lá veremos:

“Artigo 87 – A apuração das infrações será feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

Disso resulta que o procedimento engendrado acaba por caracterizar uma aberração jurídica. Não consigo imaginar qual a base legal adotada para respaldar tal procedimento. A Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de São Paulo não é, como vimos. Igualmente não seria o Estatuto do Servidor Público. Tampouco haveria de ser a Lei Federal nº 4.898/65 pois esta remeteria àquelas. A Lei de Processo Administrativo da União também não é, pois suas disposições estão *in caso* veementemente sendo desatendidas.

Ainda dentro do exemplo aqui trazido, sendo o processo conduzido por um Magistrado (o juiz corregedor da polícia judiciária), poder-se-ia cogitar da aplicação da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar Federal nº 35/79), mas então os representados teriam já sido intimados a apresentar defesa prévia e recebido o inteiro teor da acusação e das provas existentes (artigo 27, § 1º) o que, é cediço, não ocorreu. Bem, poderia estar o procedimento embasado no Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado. Mas, se assim fosse, também teriam sido os representados instados a apresentar defesa com amplo acesso à cópia da representação e dos documentos oferecidos (artigo 295, § 1º e artigo 301, RI-TJSP).

Enfim, poderia ser a Lei Estadual de Processo Administrativo (Lei Paulista nº 10.177/98) o diploma regente do procedimento. Mas desconfio que também ela não seja pois, se fosse, também já estariam os

representados intimados a oferecer defesa, com acesso à cópia do ato de instauração (artigo 62, II).

Fica-se, então, com a impressão de que estamos diante de um procedimento atípico e inusitado, mal chamado de sindicância, e processado sem qualquer base legal, ao alvedrio da autoridade condutora. Ora, se é assim, nem de procedimento inquisitorial se trata. Cuida-se na verdade de um expediente sem rito, sem objetivo, sem respaldo legal. Algo tão amalucado que faz aguçar desvarios de toda ordem. Como, por exemplo, a estonteante auto-atribuição do representante à condição de “assistente litisconsorcial nos autos da Sindicância” para postular a cassação de liminar concedida pelo E. Tribunal de Justiça para obstar prática de atos no indigitado procedimento. Se há assistência litisconsorcial, deve haver litisconsorte ativo. Porém, não consigo imaginar outrem a integrar o procedimento que não o representante (agora travestido de assistente litisconsorcial) e a autoridade condutora do procedimento. Seria possível haver um consórcio (deixemos de lado o prefixo que reforça a idéia de lide) entre o representante e o juiz? Não se pode crer.

Arremate-se dizendo que, na situação concreta, emerge a hipótese mais acirrada de processualidade administrativa, aquela em que, no processo, embatem-se interesses de administrados. Com efeito, na situação vertente, vislumbra-se não oposição entre o interesse do administrado em face do dever da função pública. Vê-se sim a oposição de interesses de administrados a serem arbitrados pelo agente da Administração (esqueçamos por ora a usurpação de competências administrativas pela autoridade judicial).

Posta assim a questão, a obrigatoriedade do contraditório se afirma não apenas como consequência do direito individual do interessado (aquele que pode ser afetado pela decisão final, conforme a Lei de Processo Administrativo), mas também por força do próprio princípio da isonomia. Tal

como conduzido o processo, é evidente a desobediência ao princípio da isonomia e à imparcialidade na medida em que dá ao representante (sobre quem pesa também a imputação de conduta delituosa) a condição de interessado, oficiante até, no processo, negando tal prerrogativa aos acusados.

Concluo este tópico afirmando que o procedimento inaugurado não pode ser tratado como sindicância. E, ainda que o fosse, por expressa disposição legal, nela dever-se-ia observar o contraditório e a ampla defesa. De resto, em qualquer circunstância, a presença de irrefutável e incontendível condição de litigante e de acusados dos representados faz imediatamente aplicável a garantia constante do artigo 5º, LV, da Constituição. Por fim, a absoluta ausência de qualquer base legal a respaldar o rito adotado indica que todos os atos praticados são nulos por absoluta falta de amparo legal.

### *III – Competências correicionais e competências disciplinares da atividade policial*

O acima exposto torna mais fácil a tarefa doravante. Nula e imprestável é, por si, a denominada *sindicância*. Porém, há um problema a mais. No exemplo formulado, o D. juiz corregedor não possui nem resquício de competência para promover sindicância, averiguação, inquérito, apuração, sondagem nem qualquer procedimento preparatório de processo disciplinar sobre membros da polícia civil. Não é preciso muito para demonstrá-lo.

A realização de averiguações de fatos e autoria de supostas infrações administrativas (o que inclui nesse particular o abuso de autoridade) constitui atividade administrativa exercida dentro dos poderes disciplinares que os superiores hierárquicos detêm sobre seus subordinados. Os servidores da polícia civil são vinculados ao Poder Executivo. No nosso sistema constitucional, não se admite que um membro do Poder Judiciário tenha ascendência hierárquica em

matéria disciplinar sobre servidor do Executivo.

Doutra feita, a Lei Orgânica da Polícia Civil define precisamente o regime disciplinar dos delegados de polícia. A aplicação de sanções disciplinares aos Delegados da Polícia Civil cabe (artigo 70) apenas ao Governador do Estado, ao Secretário de Segurança Pública, ao Delegado Geral de Polícia, aos Diretores Gerais de Polícia e Assistentes Técnicos que integrem os quadros da Corregedoria de Polícia ou ainda aos titulares de unidades diretamente subordinadas às Diretorias Gerais de Polícia. Ou seja, há expressa prescrição acerca das autoridades competentes para aplicar sanções disciplinares em delegados de polícia. Em nenhum caso, prevê a lei competência similar para autoridade judicial, nem mesmo as corregedorias da polícia judiciária.

A regra de competência é central no direito administrativo. O poder estatal é exercido por órgãos e agentes a quem a lei distribui atribuições e aloca poderes. Como ensina Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 106):

“Ao desempenhar o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. O juiz, o legislador, o administrador não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas sim competência de fazê-lo.

A expressão competência é usada no Direito com intenção muito definida. Significa-se com ela o poder, conferido pelo ordenamento, cujo exercício só é lícito se realizado: a) pelo sujeito previsto; b) sobre o território sob sua jurisdição; c) em relação às matérias indicadas na norma; d) no momento adequado; e) à vista da ocorrência dos fatos indicados na norma; e, especialmente, f) para atingir a finalidade que levou à outorga do poder. Em outras palavras, a competência é um poder intensamente condicionado”.

A competência decorre de lei, “não podendo o próprio órgão estabelecer, por si,

suas atribuições” (DI PIETRO, [2002], p. 197). O poder extroverso não está disponível para que os agentes públicos se sirvam do quanto de atribuição sacie sua vontade de atuar em face do administrado. Justamente para evitar a afoiteza de um agente público é que o Direito atribui a cada órgão ou agente parcela das funções públicas e define limites organizacionais (horizontais) ou hierárquicos (verticais) para seu exercício.

Não se cogite, por absurdo, que a prescrição contida na Lei Orgânica da Polícia Civil conteria um rol meramente exemplificativo. A norma que prescreve competência cumpre um duplo papel: ela contempla um preceito positivo, indicando quem pode (e deve, haja vista o princípio da função) praticar um ato ou manejar uma atribuição estatal; e contempla uma prescrição negativa pois, uma vez definida a competência de um órgão ou agente, resta suprimida essa competência de todos os demais entes ou sujeitos da Administração. Daí por que a norma prescritora de competência sempre é fechada. Se assim não for não teria serventia, pois permaneceria a incerteza quanto ao titular da competência.

Quando se quer que uma competência seja concorrente é necessário que se preveja para mais de um ente, agente ou órgão a mesma atribuição. Aí sim se estará diante de competência concorrente. Dizer que um artigo, que fixa uma dada competência para um número fechado de pessoas, não interdita que outros a exerçam, pelo simples fato de a norma não fazer referência à competência exclusiva, é contrariar a própria noção de competência no direito administrativo.

A título de exemplo, se a ausência do termo *exclusivo* num rol de sujeitos que detêm uma competência (ou legitimação) implicasse admitir outros agentes detendo competência, então teríamos descoberto que há outros legitimados para mover o controle concentrado de constitucionalidade, enxergando aberto o rol dos legitimados pelo artigo 103 da CF para ajuizar Ações Diretas



de Inconstitucionalidade. Uma exegese que nunca houvera visto antes.

A competência para mover procedimento inquisitorial preparatório de processo administrativo disciplinar é exclusiva daqueles agentes ou órgãos que possuem competência em matéria disciplinar. No regime da Lei Orgânica da Polícia Civil, a competência para determinar a instauração de sindicância é exclusiva das autoridades arroladas no artigo 70 (cf. artigo 90).

Poder-se-ia argumentar que o juiz corregedor teria competência para realizar apuração preliminar lastreado no artigo 85 da Lei Complementar nº 922/02. Só que, para isso, ter-se-ia que confundir atividade correicional com atividade disciplinar de corregedoria. E são coisas bem distintas.

A atividade correicional é exercida sobre os serviços com vistas a verificar sua regularidade, presteza e eficiência. Permite, como consequência, adotar medidas de recomendação (por exemplo aconselhar um novo procedimento), medidas normativas (alterar regras de funcionamento do serviço) ou mesmo medidas coercitivas (exigir a devolução de autos, obrigar a concessão de vistas). Não se confunda, contudo, atividade correicional (sobre os serviços) com competências disciplinares (consistentes na aplicação de penas ao servidor). Embora muita vez possam estar as competências correicionais e de corregedoria alocadas num mesmo órgão ou atribuídas a um mesmo agente, elas não são idênticas.

A atividade disciplinar de corregedoria se desenvolve sobre a atuação funcional dos servidores e inclui competências sancionatórias. E a atividade disciplinar pressupõe superioridade hierárquica. O objetivo da atividade de corregedoria é coibir condutas desregradas e punir os desvios. Nela não se busca diretamente disciplinar os serviços (a atividade), mas a atuação dos servidores. A atividade pode ser bem prestada pela polícia judiciária, embora um policial tenha conduta incompatível com o cargo. Nessa situação, nada compete fazer ao juiz corregedor

além de eventualmente comunicar ao superior hierárquico do servidor (no caso, a Corregedoria de Polícia).

Bom exemplo é o que ocorre na atividade prisional. Ao juiz corregedor de presídios cabe inspecionar as condições carcerárias, determinar providências com vistas a preservar as condições de salubridade, sociabilidade e dignidade da população carcerária, participar do processo de normatização das rotinas prisionais, etc. Não é por isso que o regime disciplinar dos servidores públicos envolvidos com a atividade penitenciária fique a cargo do juízo correicional e que este tenha poderes disciplinares sobre aqueles.

No âmbito da polícia judiciária ocorre o mesmo. Como ensina Octávio Augusto Machado de Barros Filho (2003, p. 316), com a autoridade de quem exerce a função de Corregedor de Presídios do Estado de São Paulo, “não é demais salientar que as funções correicionais recaem apenas sobre os serviços e os funcionários subordinados diretamente ao juízo monocrático. (...) A fiscalização dos atos praticados por agentes da Polícia Militar e da Polícia Civil cabe às autoridades sob as quais estejam hierarquicamente subordinados às suas respectivas Corregedorias, ressalvado o controle externo a cargo do Ministério Público”.

A Lei de Organização do Judiciário paulista não traz regra distinta. Se formos ao artigo 51, parágrafo único, veremos expressamente consignado que a competência disciplinar dos membros do Judiciário investidos de competências correicionais se referem apenas aos “serventuários, escreventes, fiéis, porteiros e oficiais de justiça”. E no artigo 33 da mesma lei não vemos dada aos Juízes das Varas de Execuções Criminais competência disciplinar (sancionatória) sobre os membros das carreiras policiais, mas tão-somente a atribuição da função de correição permanente sobre a atividade de polícia judiciária.

Esse ponto emerge importante. A correição cabente ao juízo se desenvolve sobre a

polícia judiciária, que constitui função e não carreira. Sim, pois no âmbito estadual só existem duas carreiras: a polícia civil e a polícia militar (além do Corpo de Bombeiros), conforme o artigo 144, IV e V, da CF. Polícia judiciária não é carreira, mas atividade específica exercida pela polícia civil no âmbito estadual (cf. artigo 144, § 4º). Portanto, a atividade de correição exercida pela Vara da Corregedoria da Polícia Judiciária da Comarca se refere apenas às atividades de polícia judiciária e não aos aspectos funcionais e disciplinares que, no âmbito da carreira de polícia civil, regem-se por Lei própria (Lei Complementar Estadual nº 207 com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 922) e competem à Corregedoria de Polícia.

E nem se diga que o juízo corregedor da Polícia Judiciária seria competente para promover a averiguação preliminar (vimos já que de sindicância não se há de falar) pois tal procedimento seria preparatório para o futuro encaminhamento de elementos aptos a subsidiar um processo administrativo disciplinar a tramitar na Corregedoria de Polícia. Tal raciocínio, um tanto pueril, sucumbe diante do fato que a competência para promover averiguações preliminares sobre (supostas) faltas funcionais é do órgão que detém competências disciplinares. Como ensina Jesús Gonzáles Pérez (2000, p. 479), “La competencia para acordar este trámite [de actuaciones previas] corresponde al mismo órgano que la ostenta para incoar el procedimiento. Una elemental medida de prudencia aconseja acudir a é, lo que evitará procedimientos innecesarios, con las lamentables consecuencias para el funcionario supuestamente responsable”.

E, como já demonstrei, consoante reza a Lei Orgânica da Polícia (artigo 70 com redação dada pela Lei Complementar estadual nº 92/02), detém competência para aplicar sanções disciplinares apenas o Governador, o Secretário de Segurança, o Delegado Geral de Polícia, o Delegado de Polícia Diretor da Corregedoria e os Delegados de Polícia

Corregedores Auxiliares, estes dois últimos integrantes da Corregedoria Geral da Polícia Civil (cf. Decreto nº 47.236/02).

Na Polícia Civil, a atividade de correição disciplinar é disciplinada pelo Decreto nº 47.236/02. Lá vemos arroladas as competências da Corregedoria nos seguintes termos:

“Artigo 5º – A Corregedoria Geral da Polícia Civil – CORREGEDORIA tem as seguintes atribuições básicas, a serem exercidas em todo o território estadual:

I – promover, privativamente, a apuração das infrações penais e administrativas atribuídas a policial civil;

II – realizar visitas de inspeção e correições extraordinárias em qualquer unidade policial, cientificado o Delegado Geral de Polícia;

III – apreciar as representações que lhe forem dirigidas relativamente à atuação irregular de policiais civis;

IV – promover investigação sobre o comportamento ético, social e funcional dos candidatos a cargos policiais civis, bem como dos ocupantes de tais cargos em estágio probatório e dos indicados para o exercício de chefias e encarregaturas, observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis;

V – avocar procedimentos de polícia judiciária, quando conveniente aos interesses da Administração Policial”.

Dúvida não pode haver que apenas a Corregedoria da Polícia Civil pode realizar apurações preliminares. Se dúvida houvesse, bastaria verificar que, no âmbito da Corregedoria, existe uma Divisão de Apuração Preliminar com competências estritas para promover esse tipo de investigação (cf. artigo 8º do Decreto nº 47.236/02).

Fora de dúvidas, portanto, que, no exemplo trazido, o MM. Juiz não reúne competências para aplicar sanções disciplinares

aos delegados da polícia civil (e tampouco para averiguar eventual falta funcional por eles cometida), podendo nessa seara, no máximo, oficiar à Corregedoria Geral de Polícia.

#### *IV – Efeitos da falta de competência: a imprestabilidade da sindicância*

A esta altura, creio não ser mais dubitável que a autoridade judiciária não possui competência para instaurar sindicância ou mesmo procedimento de averiguação preliminar em face de Delegados da Polícia Civil. Menos ainda o tem para dar curso a ela, intimar tais servidores a depor, colher testemunhos ou documentos. A ausência de competência condena o procedimento à invalidade, à imprestabilidade absoluta. Diznos Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 134) que “o plus no uso da competência, seja em extensão, seja em intensidade, acaso ocorrido, significará, em última instância, um extravasamento, uma ultrapassagem de seus limites naturais, ensejando fulminação tanto pela autoridade administrativa superior, de ofício ou sob provocação, quanto pelo Judiciário, a instâncias da parte titulada para insurgir-se”.

A Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.177/98) estabelece, sem entretantes, a invalidade dos atos praticados com vício de incompetência:

“Artigo 8º São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:

I – incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;”.

A Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), por seu turno, dá-nos a precisa definição do vício em apreço prescrevendo que “a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”. (artigo 2º, Parágrafo único, a).

Na jurisprudência, encontramos julgados à basta consagrando a invalidade de todos os atos de processo conduzido por autoridade incompetente. Entre eles, pela sua proximidade com o caso vertente, cite-se a seguinte decisão do TRF da 2ª Região:

“Incompetência subjetivo-objetiva do Juiz da Vara que instaurou a sindicância: ...

A autoridade que é apenas parcialmente competente, é incompetente. Nulidade *ex radice* de todo o processado, pelo vício maior de incompetência, a macular a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu*. Invalidade, igualmente *ab ovo*, do processado, por violação do princípio da ampla defesa, na fase da sindicância.

...

Agora, a sindicância, é fase preliminar do processo administrativo disciplinar em sentido largo, e de que resulta, se positiva, a fase, subsequente, e conseqüente, do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Artigos 144 e seguintes da Lei nº 8.112/90. Garantia constitucional (artigo 5º, IV, da CF) e legal (artigo 144 da Lei nº 8.112/90) da ampla defesa na sindicância, fundamental, eis que dela decorre, em relação de causa e efeito, o processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Sindicância que não assegurou aquela garantia, tanto que se encerrou em 48 horas. . .

A sindicância já é parte do processo administrativo disciplinar, e a falta de higidez de seus atos contamina, como é próprio do Direito Processual, todos os atos subsequentes. Direito do acusado de, defendendo-se amplamente na sindicância, não se ver submetido à Segunda fase, nem de ser punido, com penas menos graves, na própria sindicância”<sup>8</sup>.

Há que se reconhecer, pois, a nulidade da sobredita “sindicância” e de todos os atos no seu âmbito praticados. E tal invalidação

há de ser reconhecida de pronto. Afinal fere os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade (artigo 37) deixar prosseguir procedimento sabidamente inválido e imprestável – ensejando que, no seu âmbito, sejam constrangidos os representados – quando desde pronto se sabe que nenhum efeito dele poderá ser produzido. Nesse sentido, calha trazer o pensamento de Hely Lopes Meirelles ([2003], p. 669), aduzido justamente na seqüência de trecho citado numa decisão do juízo em apreço (e estranhamente dela omitido): “a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores ...”.

#### V – Procedimento sigiloso e ampla defesa

Voltando ao exemplo, resta enfrentar a questão da vedação do acesso dos representados aos autos e, por conseqüência, a alegação de que o procedimento deve correr em sigilo. A rigor seria desnecessária tal análise pois nulo que é todo o procedimento, resta ocioso o acesso aos autos. Mas, para complemento deste estudo, vou enfrentá-lo.

O princípio da publicidade é aplicável a toda atividade da Administração Pública. Assim é por expressa determinação constitucional (cf. artigo 37, *caput*). É bem verdade que, em sede de processo administrativo, o princípio da publicidade recebe tratamento especial. Tanto é assim que o artigo 2º da Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784/99) não lista o princípio da publicidade entre os princípios de regência. A Lei paulista de processo administrativo, Lei nº 10.177/98, arrola (artigo 4º) a publicidade entre os princípios a serem observados pela Administração Pública estadual em sede de processos administrativos. Ninguém poderia sustentar que a atividade administrativa se desenvolva ao arrepio da publicidade. Sendo o processo um instrumento relevante (em alguns casos essencial) para o desempenho da Administração, haveria a

publicidade de ser-lhe intrínseca. Assim sendo, em que consistiria essa especialidade?

A resposta é simples: o processo é mecanismo de garantia dos direitos dos administrados (os tais litigantes). Segue daí que a publicidade em processo administrativo obedece a um duplo regime: admite-se alguma restrição à publicidade para proteger a intimidade, para resguardar direitos ou para assegurar confidencialidade de informações sensíveis; como regra, não se admite, porém, a restrição à publicidade contra o administrado, para obstar-lhe as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ou seja, a restrição à publicidade no processo administrativo se manifesta em mitigação ao amplo acesso de qualquer administrado ao quanto ventilado nos autos (restrição à publicidade enquanto diminuição do caráter amplamente público do expediente administrativo). Não é tal restrição admissível em face daquele diretamente interessado, seja o imputado, seja o representante. Quando se restringe o acesso de qualquer um aos autos ou a publicação dos atos restringe-se apenas a aplicação do princípio da publicidade dos atos administrativos. Quando se veda que o diretamente interessado tenha acesso ao processo, fere-se também o direito à ampla defesa e ao devido processo, algo constitucionalmente inadmissível<sup>9</sup>.

Diferente não é, vale dizer, no processo judicial. É conhecido de todos o instituto do *segredo de justiça* no processo civil, que tem conformação juspositiva no artigo 155 do CPC<sup>10</sup>. Semelhante ocorre no âmbito penal com o disposto no artigo 792 do CPP<sup>11</sup>. Em ambos os casos, o que se tem é a restrição à publicidade ampla, consubstanciada no livre acesso de qualquer um ao inteiro teor dos autos. Em nenhum momento, diz-se que o segredo de justiça se prestaria a interditar o acesso das partes (ou mesmo dos legitimamente interessados) aos atos e termos do processo.

Tanto assim é que o Parágrafo único do artigo 155 do CPC deixa claro que, mesmo

nas hipóteses de segredo de justiça, é assegurado “o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores”.

Há que se estabelecer, portanto, a diferença entre publicidade restrita e processo sigiloso. A restrição à publicidade (em regra ampla, como determinam os diplomas processuais) é admissível para evitar constrangimentos, violação de direitos individuais ou para impedir que os atos do processo aflijam a intimidade ou a confidencialidade de informações sensíveis. O sigilo (entendido como o enclausuramento do processo nas mãos exclusivas da autoridade que o conduz ou daqueles que gozam de sua confiança) mostra-se irritado ao Estado Democrático de Direito. Ele serviria para liberar a autoridade do dever de conduzir o processo (judicial ou administrativo) sob a legalidade, aceitando o desrespeito aos cânones do devido processo legal. Admitir a condução de um processo administrativo à sorrelfa seria admitir a derrogação do direito de defesa, algo que não se admite. O processo administrativo deve ser conduzido sob o manto da legalidade e não sob a bruma do sigilo!

Trocando em miúdos, situações há em que se justifica a restrição à ampla publicidade, estabelecendo-se sobre o processo uma cláusula de segredo (entendido como restrição ao amplo acesso de qualquer administrado aos autos ou a acompanhar os atos do processo). Essas situações são suficientes para afastar a aplicação absoluta do princípio da publicidade. Contudo, tal relativização encontra paradeiro quando ela implicar restrição ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

Se a autoridade – imaginando haver respaldo legal para tanto – decreta segredo de justiça sobre um processo, isso implicará restrição ao acesso de terceiros aos autos, nunca vedação de que a parte ou seus procuradores possam exercer seu direito de conhecer o andamento e o conteúdo do processo. Dizer em sentido contrário seria con-

sagrar o segredo de justiça em desfavor da parte, inaugurando entre nós o processo secreto que até os regimes de sombras tinham pudor em instituir.

Alguém mais inclinado às lides inquisitoriais ou bafejado pela tentação da “eficiência investigatória” se apressaria em dizer que a Constituição, no artigo 5º, LX, prevê a hipótese de restrição à publicidade dos atos processuais. Não me toca negar o texto constitucional (como, ora e vez, algumas autoridades tentam fazer com a cristalina prescrição do artigo 5º, LV). Porém, há que se atentar para a sábia formulação adotada, nesse dispositivo, pelo constituinte.

O texto constitucional fala em *restrição à publicidade dos atos processuais* (ou seja, à publicidade que lhes é intrínseca). Não alude a supressão da publicidade ou a vedação desta, apenas a sua restrição em favor do direito à intimidade ou ao interesse social.

Restrição à publicidade, em regra ampla, é muito diferente da admissão do sigilo como óbice a que o interessado (e, pior, o acusado) tenha conhecimento dos atos e autos do processo administrativo que, em tese e ao fim, poderá colimar em decisão que atinja seus interesses ou direitos. Se se admite aplicar com temperos o princípio da publicidade, essa mitigação não pode ser de tal ordem que implique negá-lo. Publicidade restrita não significa publicidade nenhuma. Segredo de justiça é coisa distinta de procedimento sigiloso, levado sob o pálio da confidencialidade, escamoteado do conhecimento até mesmo daquele que figura como acusado (representado, sindicado, indiciado, apontado, nomeado, indicado ou o nome que se queira dar, pois não será com recursos semânticos que se logrará descaracterizar a condição de *acusados em geral*).

E a prevalência do direito à ampla defesa sobre a possibilidade de restrição à publicidade (que não se nega) não decorre apenas do fato de aquele princípio ser mais denso do que qualquer outro. Deriva sim do fato de que, se admitida a obstrução da pu-

blicidade ao acusado em geral – em qualquer processo administrativo ou judicial – estar-se-ia não apenas obstando a defesa (que deixaria de ser ampla como a Constituição manda ser), mas simplesmente derogando-a. Sim, pois não é possível exercer o contraditório ou o direito de defesa sem sequer conhecer, a tempo e modo, o inteiro teor da peça acusatória e dos elementos em seu respaldo colhidos<sup>12</sup>.

Não teria o constituinte consagrado de forma tão ampla os princípios do contraditório e da ampla defesa no inciso LV do artigo 5º da CF para, logo depois, no inciso LX, permitir sua absoluta derrogação haja vista a incompatibilidade absoluta entre defesa e sigilo. E tenha-se em mente que a ampla defesa é assegurada constitucionalmente *com todos os meios e recursos a ela inerentes*. Ora, como então negar a amplitude do mais básico e singelo meio de defesa: o conhecimento pleno das imputações e dos atos do processo em que o particular litigue ou seja acusado?<sup>13</sup>.

Mas não é só. O constituinte, sabedor da tentação, sempre presente, que alguns têm pelo segredo, pelo obscurantismo, conferiu à lei, e apenas a ela, a possibilidade de restringir a publicidade. É dizer, ainda, que constitucionalmente fosse aceitável a restrição à publicidade de forma tão ampla a ponto de permitir o sigilo mesmo contra o litigante ou acusado em geral, ela só poderia ter lugar por prescrição legal. E em sede de processo administrativo não há previsão legal para que tal sigilo seja decretado.

Como vimos, no caso em estudo, trata-se de procedimento atípico instaurado no âmbito do juízo corregedor da polícia judiciária. Cuida-se, pois, do exercício de atividade administrativa por parte de membro do Poder Judiciário. Sendo procedimento atípico, é óbvio não ser ele regido por lei específica. Aplicam-se pois as regras gerais de processo administrativo previstas na legislação estadual. A Lei estadual nº 10.177/98 não só não contém dispositivo autorizando a decretação de sigilo em face do interessa-

do, como contempla vários dispositivos em sentido contrário. O seu artigo 35 estabelece que, “durante a instrução, será concedida vista dos autos, mediante simples solicitação, sempre que não prejudicar o curso do procedimento” e, por prejuízo ao curso do procedimento, não se há de entender a vedação permanente de vista aos autos. No Parágrafo único desse mesmo artigo, vemos previsto que “a concessão de vista será obrigatória no prazo de manifestação do interessado”. No artigo 36, vê-se que “ao advogado é assegurado o direito de retirar os autos da repartição, mediante recibo, durante o prazo para manifestação do seu constituinte”. No artigo 63, tratando do procedimento sancionatório (gênero no qual se enquadra o procedimento em apreço pois que não se apura a prática de abuso de autoridade para outorgar título ou láurea ao acusado), constata-se ser requisito de validade do processo (em sentido amplo) que o acusado seja intimado da instauração recebendo na oportunidade “cópia do ato de instauração”.

Como se fosse pouco esse conjunto de prescrições, no artigo 64, encontramos regra que corrobora plenamente a linha aqui defendida. Diz a Lei paulista com rigor tal que dispensa comentários:

“Artigo 64. O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse”.

Ou seja, na lei paulista de processo administrativo, vale a regra de que a restrição à publicidade não atingirá, jamais, o direito do acusado a conhecer os autos e atos do processo (ou procedimento, se assim o queira).

Temos, então, que a restrição do acesso aos autos de processo administrativo (tomado em sentido largo, como acima se esclareceu) àquele que dele é parte é absolutamente inadmissível à luz da Constituição e das leis de regência. Em sede de processo administrativo – e vimos que o expediente em apreço nada mais é do que uma espécie de

processo da Administração –, não existe a possibilidade de se decretar sigilo em face da parte interessada. “Para que um interessado possa inteirar-se do que está acontecendo em relação a ele em face de uma postura administrativo-estatal, imprescindível que seja garantido seu acesso, ou a quem o representa, aos elementos do processo. É tanto o seu interesse obter o conhecimento adequado do que está acontecendo como também é, neste sentido, o interesse da Administração, que tem a obrigação de atuar” (PORTA, 2003, p. 121).

Neste passo, cumpre dizer ser absolutamente inaplicável o paralelo entre o processo administrativo em geral e o inquérito policial, como se a regra do artigo 20 do CPP se prestasse a permitir a restrição da parte aos autos do procedimento em apreço. Não serve por dois motivos.

Primeiro, porque no caso dos processos administrativos disciplinares envolvendo policial civil existe legislação específica (Lei Complementar nº 207/79 com redação dada pela Lei Complementar nº 922/02), que não prescreve regra autorizadora do sigilo em favor de averiguações preliminares. Existindo lei específica, não há que se falar em aplicação por analogia.

Ainda que assim não fosse, caso se quisesse emprestar regime legal outro, então teríamos que aplicar o disposto na Lei estadual nº 10.177/98 pois, consoante prescreve seu artigo 2º, as suas normas “aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica”. Portanto, se se há de falar de aplicação subsidiária, somente poderá ser para considerar o procedimento atípico submetido às regras da lei paulista de processo administrativo, inclusive no tocante à vedação do sigilo em face da parte.

Imprestável, portanto, o artigo 20 do CPP para respaldar a vedação de que o acusado tenha acesso aos autos em que figura como representado por suposta prática de abuso de autoridade. Porém, ainda que fosse empregável aqui a regra própria aos inquéri-

tos policiais, ainda assim o decreto de sigilo em relação à parte não seria lícito. Nem mesmo em sede de inquérito policial é admissível impedir que o representante do indiciado ou acusado possa ter acesso aos autos. A Lei federal nº 8.906/94 estabelece:

“Artigo 7º. São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;”.

Se mesmo em sede de inquérito policial é assegurado ao patrono do acusado vista aos autos e conhecimento de seu conteúdo, temos que a obstrução do acesso do advogado aos autos do processo administrativo (procedimento, inquérito, averiguação, dê-se o nome que a criatividade semântica permitir) mostra-se inarredavelmente ilegal, qualquer que seja seu suposto fundamento.

Nesse sentido, colhe-se na melhor doutrina que, mesmo quando prevista em lei, a vedação do acusado (sindicado) aos autos põe-se inadmissível:

“Parece-nos afrontar a Constituição disposições estatutárias que consideram sigilosa a sindicância. De fato, com relação aos princípios envolvidos, não se lhes pode negar vista dos autos e acompanhamento por advogados, justamente em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório” (ZAGO, 1998, p. 393).

Diverso não é, nem poderia ser, o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. No Mandado de Segurança nº 22.921-1 – São Paulo, colhe-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, SERVIDOR PÚBLICO.

## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, ADVOGADO: VISTA DOS AUTOS.

I. Ao servidor sujeito a processo administrativo disciplinar é assegurado o direito de defesa, que há de ser amplo. Lei nº 8.112/90, artigo 153.

II. O advogado regularmente constituído tem direito a ter vista do processo administrativo disciplinar, na repartição competente, ou retirá-lo pelo prazo legal. Lei nº 8.906/94, artigo 7º, XV<sup>14</sup>.

A *seletividade no regime de sigilo* caracteriza verdadeira afronta à isonomia. É certo e seguro que, no processo administrativo em estudo, controvertem duas partes: o representante – que entende terem agido os representados com abuso de autoridade – e os representados, que obviamente não vêm em sua conduta qualquer abuso, sustentando que o representante, sim, é quem praticou ilícitos ensejadores de sua detenção. Ora, se está diante de procedimento administrativo em que particulares em alguma medida controvertem (litigam, para usar o termo da Constituição), a autoridade condutora desse processo há que atuar com absoluto respeito à imparcialidade.

Para além de se constituir como vício autônomo, apto a invalidar por si só o procedimento, a afronta ao princípio da isonomia e ao dever de conferir tratamento imparcial torna ainda mais insustentável a restrição do acesso dos representados aos autos. Se admitido o amplo acesso do representante, não há como se negar que os representados e seus patronos tenham o mesmo direito.

## VI – Conclusão

Chegada a hora de concluir. Muito se avançou desde a Constituição de 88 no tema processo administrativo e nas garantias dele decorrentes. O advento das leis de processo é referência neste avenço. Muito mais se há que andar. Talvez a principal conquista

do Estado Democrático de Direito seja impedir que se siga esvaziando a garantia do artigo 5º, LV, da CF, mediante o inaceitável expediente de se batizar os processos administrativos com nomes esquisitos (sindiscriminais, protocolados, expedientes, apartados), como se a Constituição fosse um repositório de garantias a servir apenas por livre escolha do agente público. Ou bem entendemos que a ampla defesa e o contraditório servem de proteção ao particular sempre que tenha interesse enredado na atividade administrativa (lide administrativa) ou lhe seja imputada alguma conduta punível, ou então, em nome de se fugir da impunidade, estaremos consagrando a volta ao Estado Absoluto e Inquisitorial.

### Notas

<sup>1</sup> Para um apanhado das linhas doutrinárias defensoras da utilização do termo procedimento, em vez de processo para o âmbito da Administração Pública, ver Egon Bockmann Moreira, (2000, p. 38-53).

<sup>2</sup> Acerca da razão da Constituição fazer a distinção entre litigantes e acusados em geral, contida no artigo 5º, LV, vale trazer a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 67-68): “Em segundo lugar, litigantes e acusados não são termos sinônimos. Perceba-se a redação do dispositivo dando realce à partícula ‘e’ que, ao invés de configurar sinonímia, expressa conjunção aditiva. ... As garantias do contraditório e da ampla defesa já eram reconhecidas aos acusados no plano do processo judicial e administrativo, por força de interpretação doutrinária e jurisprudencial da Constituição de 1967 ... Ora, se há litigantes no processo administrativo é porque, logicamente, pode haver o desencadeamento de um litígio ou lide na função administrativa. É verdade que a noção de lide tem suscitado múltiplas controvérsias e não se acha até hoje devidamente delimitada pela doutrina do direito processual, onde foi concebida”.

<sup>3</sup> “Não há forma, portanto, para excluir da condição de litigante, quem, mediante um ato administrativo unilateral, autua e notifica da penalidade, assim como da situação de acusado em geral, aquele que sofre os efeitos desta acusação. ... Nossa Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qual-



quer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, verbis: ‘tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado’. (Cf. SILVA, 2004, p. 98-99).

<sup>4</sup> Neste sentido a lição de Odete Medauar (1993, p. 40): “Essa evolução culmina, principalmente, na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório”.

<sup>5</sup> Verdade que a Lei nº 9.784/99, sendo lei federal, rege apenas o processo administrativo no âmbito da União. Porém a prescrição pode ser transposta para Estados e Municípios, pois a Constituição alude a processo administrativo querendo abranger toda a atividade administrativa do Estado o que, como sabemos, envolve as funções administrativas de todos os poderes. Nesse sentido, ver Maria Sylvania Zanella Di Pietro ([2002], p. 61).

<sup>6</sup> No mesmo sentido, o artigo 270 do Estatuto do Servidor Público Estadual.

<sup>7</sup> É o texto: “Artigo 85. A autoridade correcedora realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria”.

<sup>8</sup> Cf. Mandado de Segurança nº 5161/RJ, proc. 9302042804, DJ 19.04.1994, Rel. Des. D’Andrea Ferreira.

<sup>9</sup> “O princípio da ampla defesa acopla várias garantias. O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. ... há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se ponha contra ele ....” (ROCHA, 1999, p. 482).

<sup>10</sup> É o texto: “Artigo 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.

<sup>11</sup> “Artigo 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça

que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

<sup>12</sup> Ensina Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 106) que “o acusado tem a garantia de ampla participação no procedimento, como modo de exercer eficazmente sua defesa. Para que essa oportunidade de participação não seja apenas uma formalidade sem conteúdo e sentido, a publicidade toma aqui feições especiais, assegurando que o acusado seja efetivamente inteirado dos atos do procedimento. Assim, nesse caso, não basta facultar-se ao interessado o exame dos autos a qualquer momento, coisa que, como visto, é direito de toda pessoa, independentemente de sua situação jurídica estar envolvida na questão tratada”.

<sup>13</sup> “Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, na qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercer a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir” (FERRAZ; DALLARI, [2001?], p. 70-71).

<sup>14</sup> Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 28.06.2002.

## Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do procedimento administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROS FILHO, Octávio Augusto Machado de. *Corregedorias da polícia judiciária e dos presídios*. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Corregedorias do poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, [2002].

- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, [2001?]. p. 70-71.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, [2003].
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Madri: Civitas, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, jan./mar. 1991.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Processo disciplinar e sindicância. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 3, a. 20, p. 234, mar. 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, [2003].
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 38-53.
- PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e processo administrativo disciplinar*. 3. ed. Leme: Habermann, 2004. p. 98-99.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, vista e intimação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 106, jan./mar. 1995.
- ZAGO, Livia Maria Armentano K. Processo administrativo disciplinar. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Processo administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultura Paulista, 1998.



# O Estado Democrático de Direito

Enio Moraes da Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. A dicotomia entre direito natural e direito positivo. 3. O conceito de Estado e sua evolução. 4. Estado estamental. 5. Estado de Polícia. 6. Liberalismo e Estado de Direito. 7. *The Rule of Law* e o *Rechtsstaat*. 8. Estado Legal. 9. Estado Social. 10. O Estado Democrático de Direito. 11. Conclusão.

*“Man’s capacity for justice makes democracy possible, but man’s inclination to injustice makes democracy necessary.”*

Reinhold Neibuhr

## 1. Introdução

O termo “Estado Democrático de Direito”, conquanto venha sendo largamente utilizado em nossos dias, é pouco compreendido e de difícil conceituação em face das múltiplas facetas que ele encerra.

No Estado contemporâneo, em virtude da maximização do papel do poder público, que se encontra presente em praticamente todas áreas das relações humanas, a expressão “Estado Democrático de Direito” ganha uma extensão quase que ilimitada, mas, conseqüente e paradoxalmente, perde muito em compreensão.

O fato de esse termo ter sido incluído em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil, torna obrigatória a sua compreensão, com todas as conseqüências que dela podem e devem advir.

Enio Moraes da Silva é Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito pela *University of Florida*, Doutorando em Direito do Estado pela USP.

Não obstante, esse *status* constitucional não torna essa tarefa mais fácil: ao contrário, aumenta a responsabilidade do intérprete constitucional, especialmente em razão das implicações, das mais diversas naturezas, que possam se originar do entendimento – e sua conseqüente aplicação – do que venha a ser “O Estado Democrático de Direito”.

O presente estudo não tem a pretensão de entregar, ao final de suas poucas páginas, uma definição perfeita e acabada do termo em tela. Até porque se trata de um tema dinâmico e em constante evolução.

A fluidez do termo ora em exame está diretamente relacionada aos diferentes tipos de Estados hoje existentes, variações essas que influenciam e dificultam uma generalização a esse respeito. E, além disso, impõe uma definição única, indisputável, seria desconsiderar a existência de inúmeras formulações teóricas e constatações empíricas do que sejam “democracia” e “direito”, conceitos ligados ao primeiro termo e que também correm como líquido.

Entretanto, sem embargo das vicissitudes que se apresentam, o estudo do “Estado Democrático de Direito” permite uma abordagem histórica, pela qual se pode entender a sua evolução no tempo e em face dos fatos que o influenciaram, que certamente serve de caminho para a sua melhor compreensão. Além disso, a análise de princípios que com ele se relacionam e o dirigem ajudará a explicar os laços que enfeixam o referido conceito.

A análise da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito é de suma importância para entender o sentido que se deve empregar hodiernamente para o termo que dá nome ao presente escrito.

O caminho que procuraremos percorrer neste trabalho, portanto, passará pelo estudo dos fatores históricos que influenciaram a formação do conceito em questão, tanto com relação à evolução do Direito como à transformação do Estado Liberal em Estado Social.

Nesse diapasão, será abordada ainda a questão da proeminência, em dada época, do chamado Estado de legalidade ou, simplesmente, Estado Legal, com todas as suas características, e como o mesmo evoluiu – ou deve evoluir – para um Estado Democrático de Direito.

## *2. A dicotomia entre direito natural e direito positivo*

Para alcançar uma compreensão do Estado de Direito, não se pode prescindir de uma análise da distinção entre direito natural e direito positivo, considerando que essa é uma dicotomia estabelecida pelo pensamento jurídico ocidental, e que influenciou e ainda influencia fortemente as relações sociedade–Estado e Estado–indivíduo, sendo que não se pode falar da instituição Estado sem falar no Direito.

Dessa divisão teórica resultam vários questionamentos quando se perquire da relação do Estado com o Direito. Um deles diz respeito aos limites do poder estatal no que toca ao direito natural. O Estado sofreria limitações do direito natural? Ou somente o direito positivo limitaria a ação do poder público?

Outra intrigante questão surge quando se afirma que o próprio Estado deve ser submetido ao Direito para o seu controle. Mas como pode, então, o Direito se limitar às normas que o próprio Estado produz? Não se revela uma incongruência deixar a cargo do Estado produzir as próprias normas que irão controlá-lo?

Norberto Bobbio (1995, p. 17) esclarece que a distinção entre direito natural e direito positivo já havia sido identificada até mesmo na antiguidade, com Platão e Aristóteles. Este último utilizou-se de dois critérios para chegar a tal diferenciação: (1) o direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; (2) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o

sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas ou más a outros. Prescreve ações cuja bondade é objetiva. O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Os filósofos da Idade Média também discutiram sobre o assunto, deixando assente que existe uma clara distinção entre direito natural e direito positivo, tendo este a característica de ser posto pelos homens, em contraste com o primeiro que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus).

No pensamento dos jusnaturalistas modernos dos séculos XVII e XVIII, Bobbio (1995, p. 22) registra a distinção entre direito natural e direito positivo, citando Glück, que diz que a esfera direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador.

Essa distinção, que perdura até hoje, ganha importância no tocante à questão do exame do Estado de Direito e, em última análise, do Estado Democrático de Direito, quando se sabe que o positivismo jurídico reduziu todo o Direito a direito positivo, afastando o direito natural da categoria do Direito, pois essa corrente doutrinária não considera Direito outro que não seja aquele posto pelo Estado, sendo este o único detentor do poder de estabelecer as normas jurídicas que irão reger a sociedade.

A concepção do Estado moderno vem atrelada a esse entendimento de que o Estado é o único criador do Direito e ele mesmo solucionará os conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador. É a monopolização da produção jurídica e sua aplicação por parte do Estado.

É paradoxal que tal sistema jurídico tenha sido preconizado e efetivamente implementado pelo Estado Liberal, influenciado pelo Iluminismo, uma vez que o seu pressuposto filosófico é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural. No entanto, no momento em que se exigiu do Estado o respeito a tais direitos, deu-se máxima ênfase ao aspecto da legalidade, concedendo o poder absoluto de produção jurídica ao legislador estatal.

Essa estatização do Direito, segundo a ensinância de Bobbio, foi obra, em grande parte, das idéias liberais de Montesquieu (1996, p. 132) e Beccaria ([19--?], p. 33). O primeiro defende em sua famosa obra, *O Espírito das Leis*, que “a liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem”, sendo, conforme ele, o Poder Legislativo o único corpo capaz de criar as leis e o Poder Judiciário mero ventríloquo do legislador (os juízes seriam seres inanimados; a boca que pronuncia as palavras da lei). O segundo, fiel seguidor de Montesquieu, foi ferrenho defensor do princípio da estrita legalidade, afirmando que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

Importante esclarecer, entretanto, que Montesquieu apontava a existência de um Direito superior à lei positiva, em sua célebre obra *O Espírito das Leis* (Livro I, Cap. 2), defendendo que existiam relações de justiça possíveis e que o legislador, assim, não faz a lei: escolhe, entre as relações de justiça possíveis, a que melhor se coaduna com as condições próprias a cada Estado.

No entanto, essa representação do justo, no momento em que ela é expressa na obra do legislador, é racionalizada e acaba se reduzindo às leis positivas, à vontade daquele que criou a lei. Esse Direito superior aos homens fenece e passa a ser representado pela lei, elaborada pelo legislador, como “expressão da vontade geral”, fórmula cunhada por Rousseau e expressa no artigo 6º

da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O jusnaturalismo foi importante, assim, reconhece-se, como impulso inicial às declarações escritas de direitos do homem.

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos (BOBBIO, 2000a, p. 18).

Essa ideologia ganhou ares científicos sofisticados, mais recentemente, pela pena de Hans Kelsen (2002, p. 62), o precursor máximo do positivismo jurídico, embora em sua obra “Teoria Pura do Direito” revele o autor que a sua doutrina visava justamente combater a ideologia da ciência do direito tradicional e que a Teoria Pura do Direito teria uma tendência antiideológica, manifestando-se como verdadeira ciência do direito. A verdade é que Kelsen (2002, p. 95, 103) defende que o Direito é um sistema de normas jurídicas, postas pelo Estado, num escalonamento de autoridade legal hierárquica, em que a Constituição de um Estado se encontra na camada jurídico-positiva mais alta.

Essa valorização do papel do legislador, com a conseqüente absolutização do direito positivo, na concepção liberal do Estado, como será visto mais adiante, contribuiu decisivamente para a instituição de um Estado legalista, reduzindo o conceito do Estado de Direito a mero estado de legalidade.

### 3. O conceito de Estado e sua evolução

Os autores divergem sobre as origens e surgimento do Estado. Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 51-52) registra que existem três teorias básicas a respeito da época do aparecimento do Estado. Pela primeira, o Estado, assim como a sociedade, sempre teria existido, considerando que o Estado seria uma organização social, dotada de po-

der e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Pela segunda, a sociedade humana teria inicialmente existido sem o Estado, tendo este sido constituído gradual e localmente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais. E, finalmente, pela terceira teoria, somente pode se falar em Estado como uma sociedade política dotada de certas características bem definidas, como conceito histórico concreto, com a idéia e a prática da soberania, o que somente ocorreu no século XVII, existindo autores que apontam o ano de 1648 (ano em que foi assinada a paz de *Westfália*) como a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados.

Para os fins de nosso estudo, interessa em especial a questão da soberania estatal, uma vez que ela é indispensável para a análise do Estado Democrático de Direito. Essa característica somente se apresenta com relação ao conceito de Estado moderno.

Sérgio Resende de Barros (2003, p. 121 et seq.) leciona que não houve na prática antiga a idéia de um poder supremo, soberano, embasado em si e por si mesmo, sem lei que o vinculasse à base social; ou seja, um poder *solutus a legibus*. A idéia de soberania, como marca de uma sociedade política por ela diferenciada, é moderna. Recuando ao máximo, chega ao fim do medievo. Na antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania. (...) A soberania, como já se viu, somente veio marcar a sociedade política na passagem da forma de governo medieval (poliárquica) para a moderna (monárquica).

O conceito de Estado moderno, portanto, assenta-se sobre quatro elementos básicos: a soberania, o território, o povo e a finalidade. Ele é definido como *a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território* (DALLARI, 2003, p. 118).

Oportuno acrescentar que a soberania estatal encontra-se, contemporaneamente,

em fase de transformação e questionamento em face dos novos fenômenos que envolvem o relacionamento entre os Estados ditos soberanos. Confirma-se, nesse diapasão, o interessante magistério de J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 90):

“O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de *Westfália* (1648). Este modelo, assente, basicamente, na idéia de *unidade política soberana* do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.”

Com o aparecimento do Estado dito moderno, marcado pela presença do poder soberano, podemos estabelecer uma classificação para demonstrar a evolução do Estado, conforme veremos a seguir.

#### 4. Estado estamental

Esse tipo de Estado aparece no início do século XVII, como uma organização política em transição, buscando uma inicial concentração de poder estatal, mas dividida ainda entre o poder do Rei e dos estamentos (Parlamentos, Cortes).

Jorge Miranda (apud BASTOS, 2002, p. 158), a respeito do Estado estamental, ensina que

“a idéia básica que nele se encontra é a dualidade política rei-estamentos, sucessora do dualismo rei-reino medieval. O rei e as ordens ou estamentos criam a comunidade política. O rei tem não só a legitimidade como a efetividade do poder central, mas tem de contar com os estamentos, corpos organizados ou ordens vindos da Idade Média. Rei e estamentos exprimem, de certa maneira, um enlace entre Estado e sociedade”.

Na história política da Inglaterra, identifica-se uma fase de concessão de direitos por parte do Monarca a certos segmentos

da sociedade inglesa, que confirma a idéia de um Estado estamental. Embora essa maneira de pactuar direitos entre o monarca e determinados grupos sociais que apresentassem algum poder suficientemente contrastante ao do rei da Inglaterra tenha se iniciado mais cedo, basicamente com a Magna Carta de 1215 (afirmação de direitos em favor da aristocracia feudal em face do Rei João Sem Terra), o reconhecimento e a concessão gradual de direitos tiveram seguimento na história inglesa pelos séculos que viriam a seguir, o que certamente contribuiu para alcançar-se verdadeiras declarações de direitos humanos.

“Na medida em que se instituiu o parlamento, a evolução constitucional inglesa deixa a era das cartas para ingressar na era das petições. Logo se multiplicaram as petições endereçadas ao rei, seja pelo Parlamento, seja em parlamento, e assim, no século XIV as petições eram de duas espécies: umas redigidas e apresentadas ao rei pelas câmaras ou por uma delas, e relativas a pleitos mais ou menos gerais; as outras dirigidas ao rei por indivíduos, cidadãos, corporações, cidades, e tinham por objeto interesses privados ou coletivos locais. (...) A petição de Direito de 1628 é uma petição da primeira espécie – uma petição endereçada pelo parlamento ao rei – um importante documento declarando os direitos e liberdades do súdito como opostos às prerrogativas da coroa (isto é Carlos I).” (BARROS, 2003, p. 359).

#### 5. Estado de Polícia

A história registra o surgimento desse tipo de Estado, que se caracteriza pela concentração de poder nas mãos do monarca, que também pode ser chamado de Estado absoluto, em que a vontade do Rei era a lei (“*regis voluntas suprema lex*”), e esta se apresentava vaga e totalmente ao domínio do



monarca, que não respondia pelos seus atos perante os súditos (“*the king can do no wrong*”).

Pode se identificar duas fases dentro desse tipo de Estado. Na primeira, o poder do Monarca é atribuído à escolha divina, governando pela graça de Deus: seu fundamento é religioso. Na fase seguinte, já há uma alteração do fundamento do poder do governante: é a fase do despotismo esclarecido, em que se atribui ao poder uma racionalidade calcada pelas idéias iluministas, mas pouco modificando os poderes do Monarca, com atuação ilimitada e irresponsável juridicamente.

O absolutismo iniciou-se com o fim do feudalismo, tomando forma mais robusta à medida que o governante concentrava poderes em suas mãos, atingindo seu pináculo na Idade Moderna, tendo ficado conhecida de todos, nesse período, a frase de Luis XIV: *L’Etat c’est moi* (“O Estado sou eu”).

Esse período histórico somente vem a ser ultrapassado por meio das revoluções européias, iniciando-se na Inglaterra com a Revolução Gloriosa de 1688, tendo, em decorrência dela, sido assinada a *Bill of Rights* em 1689, que instituiu o governo parlamentar inglês. Na França, por sua vez, o absolutismo foi afastado pela Revolução burguesa de 1789.

## 6. Liberalismo e Estado de Direito

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 5), em seu magistério, esclarece que a “locução *Estado de Direito* foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de *Welcker*, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl lhe deram a feição definitiva.

A submissão do Estado ao Direito é resultado das revoluções burguesas do sécu-

lo XVIII, surgidas em oposição ao absolutismo, para colocar os governantes sob a vontade da lei (princípio da legalidade), sendo esta produto da vontade geral do povo ou da nação, mas com o objetivo de manter o poder público na passividade, respeitando as liberdades fundamentais do indivíduo (as chamadas liberdades públicas ou liberdades negativas).

A conquista e a manutenção da liberdade do indivíduo e de seus direitos fundamentais, opostas ao poder absoluto, foram a grande bandeira do liberalismo, objetivos esses já preconizados por Locke (2002, p. 94):

“(…) quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade”.

O Estado de Direito, de cunho liberal, portanto, é caracterizado, em suma, pela presença de dois elementos: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem<sup>1</sup>.

“Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia.” (BONAVIDES, 2004, p. 41).

É importante notar que, ao falarmos de Estado Liberal, estamos falando de limites

do Estado. Nessa limitação estatal, dois fenômenos ocorrem: a limitação dos *poderes* do Estado (noção de Estado de Direito); a limitação das *funções* do Estado (noção de Estado mínimo). O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções (BOBBIO, 2000a, p. 17).

Não se pode deixar de registrar, neste ponto, que das revoluções burguesas do século XVIII não nasceu a democracia, mas delas se originou, isto sim, o governo representativo, conceito mais restrito do que o de democracia, considerando que a participação popular no governo daquele período restou bastante limitada.

Vale lembrar que, até meados do século XIX, entendia-se democracia como a participação direta do povo nos destinos da nação, locução que se contrapunha ao termo “representação”. Rousseau (2002, p. 125), que não admitia a representação da vontade popular, retratou bem essa distinção em sua obra “Do Contrato Social” (1762):

“A soberania não pode ser representada, pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade não pode ser representada; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não ratificou em pessoa é nula; não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada. No curto momento de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.”

De volta à questão do Estado de Direito, este, em suma, é um tipo de Estado em que o exercício do poder estatal é limitado e regulado por normas jurídicas gerais. Todavia, essa definição sofre variações conforme va-

riam os tipos de Estados submetidos ao Direito.

Pela doutrina do liberalismo, a subordinação do Estado ao Direito, além dessa limitação formal, apresenta um necessário reconhecimento e a conseqüente proteção de certos valores fundamentais do homem, constitucionalmente enumerados. É o que se pode chamar doutrinariamente de *Estado de Direito forte*, pois dele fazem parte os mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais.

No entanto, existem outros tipos de Estado cuja subordinação ao Direito sofre mitigações, sendo portanto considerados, segundo as palavras de Bobbio, Estado de Direito fraco e fraquíssimo. O *Estado de Direito em sentido fraco* é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis. E o *Estado de Direito em sentido fraquíssimo*, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora).

Não obstante essas variações, alguns princípios do Estado de Direito podem ser destacados em sua configuração básica. Segundo o prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 23), os três grandes princípios encontráveis num Estado submetido ao Direito são: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justiça.

O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei.

A igualdade é princípio informador do conceito de lei no Estado de Direito, limi-

tando o Poder Legislativo, posto que suas formulações legais devem ser iguais para todos, proibindo o arbítrio, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desiguam.

A justicialidade, vista como princípio também, é o controle dos atos do Estado de Direito, que deve conter um procedimento contencioso para decidir os litígios, sejam estes entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares, ou, num Estado federal, entre a Federação e um Estado-membro, ou entre Estados-membros etc.

Interessante observar que, nessa análise do Estado de Direito, não há como escapar da medida da lei (mesmo que seja a Lei Maior de um Estado de Direito, que é a sua Constituição), que irradia sua presença tanto ao princípio da igualdade como também ao princípio da justicialidade. A igualdade é revelada pela vontade expressa na lei, e a justicialidade se pauta pelos critérios e regras contidos na lei.

A preponderância da lei no Estado Liberal, como meio de contenção dos poderes do Estado e como forma de garantia das liberdades negativas, levou a um culto da lei, que transmudou o Estado de Direito em mero Estado de legalidade, o que será examinado mais adiante neste estudo.

## 7. The Rule of Law e o Rechtsstaat

A expressão em Inglês *The Rule of Law*, por vezes tida como sinônima de Estado de Direito, na verdade, representa sentido ligeiramente distinto deste último.

Ela pode ser vista como antecedente direto e imediato do Estado de Direito, na doutrina inglesa, conforme observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 11):

“Assim, no limiar da revolução de Cromwell, estava definido o *rule of law* que Dicey sintetiza em três pontos: primeiro, a ausência de poder arbitrário por parte do Governo; segundo, a

igualdade perante a lei; terceiro, as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais, pois ‘os princípios gerais da Constituição são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares (*private persons*) em casos trazidos perante as cortes’. Portanto, ‘a Constituição é o resultado da lei comum da terra’ (*ordinary law of the land*)”.

Como se vê, a locução *rule of law* tem caráter mais específico do que a expressão Estado de Direito, enquanto caracterizadora da situação inglesa na relação do poder público com os seus cidadãos.

Inclusive, alguma insuficiência da dimensão da fórmula *rule of law* pode ser identificada, conforme anota com mestria Canotilho: “a necessidade de um ‘*New Bill of Rights*’ e mesmo de uma ‘*Written Constitution*’ que estabeleça vinculações jurídicas precisas à clássica e incontornável *parliamentary sovereignty*”. (CANOTILHO, 2002, p. 94).

O *Rechtsstaat*, do direito alemão, a seu turno, que pode ser traduzido por Estado de Direito, apareceu no início do século XIX, dentro do constitucionalismo alemão, tendo as seguintes características, apontadas pelo magistério de Canotilho (2002, p. 97): o Estado de Direito é um Estado liberal, limitado à defesa da ordem e segurança públicas; as questões econômicas e sociais ficaram sob o domínio dos mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência; a garantia dos direitos fundamentais decorreria do respeito de uma esfera de liberdade individual, sendo que a liberdade e a propriedade somente poderiam sofrer intervenções por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular; a limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano, estando este também submetido ao império da lei; e os poderes públicos, nas áreas de defesa e segurança públicas, deveriam atuar nos termos da lei (princípio da legalidade da ad-

ministração); e, por fim, a existência de um controle judicial da atividade da administração pública, que, no modelo alemão, poderia ser feito ou pela jurisdição ordinária ou pela justiça administrativa (tribunais administrativos).

### 8. Estado Legal

A absolutização da lei, caracterizadora do chamado Estado Legal, merece ser examinada com mais profundidade, entrando no âmago dessa doutrina, perquirindo-lhe seu sentido e significado reais dentro de uma organização política juridicamente soberana.

Não se pode esquecer que a fórmula do Estado de Direito, guardião das liberdades individuais, sofreu enorme influência da classe burguesa, em especial por conta da Revolução francesa de 1789.

“A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. (BONAVIDES, 2004, p. 42).

Como já foi mencionado anteriormente, o positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen, deu sua contribuição para transformar o Estado de Direito em mero Estado de legalidade ou, simplesmente, Estado Legal<sup>2</sup>.

A medida desse não consegue passar do espectro da lei. Se existe um Direito superi-

or, não revelado na lei, ele não vincula o Estado. Não se cogita se a lei é justa ou injusta, basta que tenha sido elaborada e aprovada pelos canais formais legislativos estatais, para estar apta a produzir os seus efeitos. E o mesmo conceito se aplicaria à Constituição do Estado, a Lei Máxima, destituída de que qualquer valor ideológico, segundo a doutrina científica e “antiideológica” kelseniana.

Na França, onde construiu-se uma pirâmide jurídica, tendo no seu cume a Declaração de Direitos de 1789, em resposta ao *Ancien Régime*, paradoxalmente, afirmou-se o primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembléia legislativa. Erigiu-se, na prática, portanto, o *L'État légal*. Conseqüentemente, “a supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei. (...) Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um *constitucionalismo sem Constituição*”. (CANOTILHO, 2002, p. 96).

Nesse tipo de Estado, o Estado da lei, todos estão submetidos à norma jurídica, inclusive aqueles que a fazem e também o governante. A lei é colocada como ponto central do Estado.

A doutrina e a jurisprudência ocupam papel meramente coadjuvante com relação à lei. Com esta devem se conformar. Há, portanto, uma sobrevalorização do princípio da legalidade, sendo este o super protetor das liberdades individuais, levando a uma superlegalidade do Estado, com uma redução do Direito à lei.

Nesse quadro, conforme arguta observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 45), “não há, portanto, Estado Legal injusto. Todo Estado é um Estado de Direito, nesse sentido. Em face dessa concepção positivista do Direito, o Estado não encontra limites jurídicos anteriores à Constituição”.

A máxima valorização do princípio da legalidade, verdadeira panacéia jurídica, remanesce até os nossos dias, fazendo muitos crerem que a solução para todos os ma-

les da sociedade está na elaboração e aprovação de uma lei.

Esse fenômeno foi muito bem abordado pelo professor Sérgio Resende de Barros (2003, p. 14), que o chama de hipernormação ou penalose (inflação legislativa penal punitiva).

“Assim, ao exacerbar o direito para combater a corrupção, o estatuto da contratação administrativa brasileira contaminou-se de penalose em duplo sentido: aliando a tipificação penal, ora ao excesso, ora à deficiência de legislação. Mas, o que é a penalose? É uma doença jurídica. Consiste em transformar tudo em infrações penais para aterrorizar todos com punições penais. Indigna do Estado de Direito, é uma afecção do direito penal manifestada por normas penalóides, nas quais a tipificação criminal visa ao fim-mor de inculcar o terror geral.”

Poderíamos acrescentar que a inflação de produção legislativa, em particular no Brasil, é agravada pelo furor legislativo das medidas provisórias, que constantemente trancam a pauta do Poder Legislativo e, não raro, surpreendem o cidadão com normas de origem atípica, pois feitas pelo Executivo, que tiram toda a previsibilidade jurídica que o direito deveria apresentar e tornam letra morta o adágio: “a ninguém é dado desconhecer o direito”. É a verdadeira desmoralização das leis e do legislador. O excesso de leis e medidas provisórias está matando o direito.

O grande questionamento que pode e deve ser feito com relação ao Estado Legal diz respeito à legitimidade da lei, ou à ausência dela na produção normativa. Ao contrário de Kelsen, que nega que algum tipo de valor de justiça seja componente do conceito de Direito, a sociedade reclamou uma renovação do Estado de Direito, exigindo que a lei seja necessariamente expressão da justiça.

E os mecanismos para essa aferição devem ser feitos *previamente*, para que a lei vei-

cule um valor de Justiça postulado pela sociedade, e *a posteriori*, por meio de um órgão, o Judiciário, que estaria à disposição da sociedade para rever aquelas normas jurídicas que porventura não retratem essa expressão de justiça ou, mais grave, sejam a expressão da própria injustiça.

## 9. Estado Social

O princípio de igualdade do Estado de legalidade não passava de um mero formalismo jurídico, que não alterava em nada a situação dos destinatários da lei. Ao contrário, a lei produzida nesse quadro político colhia e mantinha os cidadãos no estado em que se encontravam. A única garantia proporcionada por esse tipo de direito, como se sabe, era de uma liberdade negativa, uma abstenção do poder público.

O elemento faltante, que deveria ir para além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era o encontro com o igualitarismo democrático, a conquista de um ideal de equalização econômica e de oportunidades.

Essa estrutura política sofreu uma tentativa de alteração, bastante forte, por meio do que se chama de Estado Social. Este “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”. (BONAVIDES, 2004, p. 184).

Não se pode confundir aqui o Estado Social com o socialismo. Este é uma doutrina que visa combater o capitalismo selvagem, mudando radicalmente o eixo político do Estado, para resolver a questão social, procurando afastar o uso exacerbado da propriedade privada, propondo que esta seja melhor distribuída de forma impositiva. Aquele, o Estado Social, como ensina Bonavides (2004, p. 184),

“conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importa modificações fundamentais de certos

postulados econômicos e sociais. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados Sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a revolução de 1930 ”.

Fenômeno paralelo ao avanço das liberdades públicas, alavancadas e garantidas pelo liberalismo foi a degradação dos aspectos econômicos e sociais daquela época. A liberdade experimentada pelo indivíduo no Estado abstencionista provocou um intenso e grave quadro de desigualdades sociais, especialmente pesado para a classe trabalhadora, impotente perante o poder econômico da classe dominante burguesa. Dessa situação de penúria e miséria do proletariado e de outros seguimentos sociais desfavorecidos e marginalizados, dentro do Estado mínimo, surge o questionamento do papel do Estado: é a incontornável “Questão Social”.

A pressão da sociedade que exigia solução para essa questão fez surgir o denominado Estado Social. Evidente que o aparecimento deste não ocorreu de maneira tão simplista. Outros fatores concorreram para que isso ocorresse. Nesse sentido, pode-se mencionar: a luta de classes, perpetrada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio.

O Estado de Direito inicia, então, seu processo histórico de mudanças fundamentais, numa evolução a justificar, portanto, o novo rótulo que passaria a receber de “Estado Social”.

A preocupação do Estado, agora, passa a ser a conquista dos direitos econômicos e sociais. Nessa esteira, alguns documentos políticos da era moderna se destacam nesse escopo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004a, p. 45) chama a atenção para o que ele entende ter sido “o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais: a Constituição francesa de 1848”. Esta Lei Fundamental da França continha capítulo em que reconhecia os direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas, atribuindo à República a tarefa de proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens. Além disso, por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar. E no artigo 13, a referida Constituição estabelece que o Estado providenciará “trabalhos públicos para empregar os braços desocupados”.

Observa-se, assim, uma mudança profunda na função do Estado liberal para o social. Do abstencionismo, passa-se para a intervenção pública em prol do social, visando a extirpar desigualdades no seio da sociedade e oferecer oportunidades para uma igualação daqueles que se encontram em condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de assumir esse papel.

Bonavides (2004, p. 188) pontua que “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

Esse fenômeno não poderia passar despercebido pelo Direito, até porque, indo mais além, é também por meio do Direito – mas não só por ele – que tais transformações podem ser implementadas. Justifica-se, por isso, a inclusão desses novos direitos e funções do Estado em seus documentos políticos.

Além da já mencionada Constituição francesa de 1848, outras duas Cartas Políticas ficaram conhecidas por esse pioneirismo em prol do social: a Constituição mexicana de 1917, que anteciparia determinados direitos sociais; e, em especial, a Constituição alemã de *Weimar (1919)*, que instituiria um novo parâmetro para o Estado, marcado pelo espírito social, introduzindo importantes elementos para o avanço de direitos relativos à educação, propriedade, trabalho, previdência social etc.

O Estado Social caracteriza-se pela afirmação dos direitos econômicos da sociedade e pela realização dos objetivos da justiça social, que seria rotulado de *Welfare State*.

“O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão (...)”. (BASTOS, 2001, p. 181).

Não obstante tais objetivos realizadores da justiça desse tipo de Estado, o mesmo não ficou e não está infenso a críticas, principalmente em face dos resultados alcançados, considerados insuficientes diante dos enormes problemas que persistem no seio social.

José Afonso da Silva (1998, p. 65, grifo nosso) anota que seria

“insuficiente a concepção do Estado Social de direito, ainda, que como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a *palavra social está sujeita a várias interpretações*. (...) Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Tal-

vez até por isso se possa dar razão a *Forsthoff* quando exprime a idéia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional. O próprio Elias Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a ‘saber *se até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma mais matizada e sutil de ditadura do grande capital*, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo’”.

Se as revoluções liberais maximizaram os direitos individuais e supervalorizaram a liberdade pessoal, o Estado Social, por sua corrente moderada,<sup>3</sup> tenta conviver com o capitalismo, de forma domesticada, e introduzindo elementos do socialismo, particularmente procurando uma mais justa distribuição de riquezas e socorrendo os mais necessitados, o que, evidentemente, teria que redundar numa restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, numa concepção bastante inovadora a ser adotada por um diferente tipo de Estado.

Interessante notar que, na seara do Direito, propriamente falando, poderíamos afirmar que a primeira leva dos assim chamados direitos humanos, trazida pelos ventos do liberalismo, de caráter negativo, teria surgido do combate dos liberais ao absolutismo. A segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surge em consequência da crítica originada por força do socialismo ao liberalismo.

Em outro giro verbal, a segunda geração de direitos surgiu para implementar a primeira geração, ou seja, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal apregoada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e faltos de oportunidade daqueles que se encontravam e se encontram em

situação privilegiada, realizando a igualdade material.

Não se pode negar que o passo dado em direção ao Estado social, na verdade, foi um pulo gigantesco para a evolução da sociedade. Entretanto, o caminho apenas se iniciou. A fragilidade desse tipo de Estado é desnudada quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo e este se encontra imiscuído em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo carecedora de legitimidade popular.

Esse, afirmamos, é – ou pode ser – o ponto fraco do Estado Social. Tendo em vista que ele se coaduna – ou se permite coadunar – com regimes políticos ilegítimos, antagônicos até aos objetivos fundamentais daquele, permitindo a introdução de comandos de poder de cunho totalitário ou despótico, resta fraturada a estrutura nuclear do Estado Social, o que anularia o seu escopo de justiça social.

A estrutura política do Estado de Direito deve assentar-se, defendemos, sobre um trinômio composto por aspectos do liberalismo (controle da autoridade e manutenção dos direitos fundamentais do homem), do socialismo (busca da igualdade material e da justiça social) e da *soberania popular* (elemento democrático do poder). O Estado Social, por si só, não restaria suficiente para atender este último fundamento da estrutura política de um Estado. A ausência de um desses componentes do trinômio referido causaria, mais cedo ou mais tarde, a ruína do ser estatal.

Em razão disso, devemos avançar mais na composição do conceito do Estado de Direito, agregando-lhe outro indispensável elemento, dando o suporte necessário à sua anatomia, denominando-o, assim, Estado Democrático de Direito, conceito-chave que será a seguir examinado.

### 10. O Estado Democrático de Direito

Óbvio dizer que o elemento objeto de exame nesta parte de nosso estudo será o adje-

tivo “democrático” do Estado de Direito, uma vez que ele faz toda a diferença na análise do conceito em questão.

Na tentativa de explicar o conceito de Estado Democrático de Direito, variados aspectos são elencados pelos cientistas políticos e juristas, considerados por eles como necessários para a sua definição.

Loewenstein (1976, p. 149), por exemplo, afirma que

*“la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”.*

No entendimento de Loewenstein (1976, p. 152), o aspecto principal do Estado Democrático Constitucional residiria na distribuição e nos mecanismos institucionais de controle do poder político, fazendo com que este seja efetivamente submetido aos seus destinatários, ou seja, ao povo. Mais à frente em sua primorosa obra, “Teoria da Constituição”, Loewenstein destaca a importância da Constituição na formulação e formalização da ordem fundamental da sociedade estatal, com um indispensável aspecto material em seu elemento fundamental para alcançar-se o controle do poder.

No entanto, embora seja um elemento importante e indispensável do Estado Democrático de Direito, o controle do poder político nos parece ser insuficiente para caracterizar todo o significado desse conceito. Isso porque ele deixaria em aberto alguns flancos em sua estrutura política e na finalidade desta, especialmente quanto à necessária legitimidade desse mesmo poder, o interesse público que deve movê-lo e a promoção da justiça social.

Uma definição de Estado Democrático de Direito é apresentada, por outro lado, como sendo “a exigência de reger-se por



normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”. (MORAES, 2000, p. 43).

Essa aproximação do conceito em tela pecaria por restringir o elemento democrático à limitação do poder estatal e a democracia ao instituto da representação política. Esta, em virtude de seus inúmeros defeitos, não pode fundamentar o Estado Democrático de Direito, pelo menos não como ele deveria ser, já que o princípio democrático não se reduz a um método de escolha dos governantes pelos governados.

Mesmo que se considere que a universalização do sufrágio, em tese, realizaria a integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, conforme afirma Alexandre de Moraes (2000, p. 44), essa participação, embora generalizada em certo grau – o que esconderia, diga-se, as restrições existentes ao direito de voto –, ficaria limitada à mera escolha dos governantes.

Acrescente-se que o próprio professor supracitado aponta a crise do sistema representativo, que tem resultado no distanciamento entre a vontade do representante e do representado. “O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar. Entre outras importantes causas, poder-se-iam apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com o seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento*”. (MORAES, 2000, p. 47).

O Estado Democrático envolve necessariamente – deve apresentá-los em seu significado – aspectos outros para a sua compreensão, sendo o principal deles a *soberania popular*. Conforme expõe José Afonso da Silva (1988, p. 66), o Estado Democrático

“se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”.

Assim, a substância da soberania popular deve ser representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

A célebre e irreparável fórmula de Abraham Lincoln, quanto à essência da democracia, “governo do povo, pelo povo e para o povo”, é considerada ainda hoje a melhor síntese do princípio democrático. Decompondo essa fórmula, deve-se entender os seus elementos da seguinte maneira. “Governo do povo” é o sujeito da democracia, o seu fundamento; o “governo pelo povo” diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e “governo para o povo” será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum.

O governo democrático tem por fundamento, portanto, o binômio liberdade política e igualdade política.

O princípio da soberania popular comporta, segundo o brilhante magistério de J.J. Canotilho (2002, p. 292), que merece ser reproduzido, cinco dimensões, historicamente sedimentadas. Seriam elas: (1) *o domínio político* não é pressuposto e aceite, carece de justificação, necessita de legitimação; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade

de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) a *soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; (5) a *constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.

Todas essas dimensões da soberania popular são vias de manifestação da mesma e viabilizadoras do princípio democrático do Estado Democrático de Direito. O princípio democrático deve ser, assim, o formador do Estado e da própria sociedade.

Resta, então, examinar os instrumentos e mecanismos pelos quais o Estado Democrático de Direito se fortalece ou pode se fortalecer, viabilizando e promovendo a participação popular.

Necessária a renovação, portanto, do instituto da representação política, para que este deixe de ser um instrumento das elites dominantes. A modificação desse quadro passa pela revisão da estrutura e do papel dos partidos políticos, hoje considerados no Brasil mera legendas de aluguel. Os programas partidários são demasiadamente amplos e praticamente indefinidos, pois na verdade tentam incluir a maior parcela possível de simpatizantes e não desejam ofender certos grupos sociais, para não perder os respectivos votos.

“Os programas partidários contentam-se com afirmações doutrinárias, postas em

termos sonoros. Traduzem quando muito conotações ideológicas que, quanto mais vagas forem, maior possibilidade terão de, sem desagradar a parcelas consideráveis do povo, agradar e seduzir o maior número. Fogem sempre dos problemas reais, salvo quando os podem colocar de forma demagógica para excitar os piores instintos das massas”. (FERREIRA FILHO, 1972, p. 15).

Outra questão que deve ser enfrentada e que denigre a imagem dos partidos é a fidelidade partidária. Se não tivermos uma obrigatoriedade de o representante do povo permanecer no partido a que se encontra filiado, vinculado às suas idéias e projetos, continuaremos com essa pseudo representação, persistirão os freqüentes casos de traição do voto popular e o leilão das legendas partidárias, tão deletérias para a democracia representativa.

A democracia representativa, conforme defende Bobbio (2002b, p. 386), deve exigir visibilidade do poder, com publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública mediante o exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos que façam suas declarações através dos meios de comunicação de massa.

A enumeração dos defeitos da representação, de conhecimento de todos, seria infundável e, portanto, por não ser esse o objetivo deste trabalho, cessa aqui. Reputamos mais importante apontar os mecanismos que viabilizariam a efetiva participação popular nos comandos e decisões políticas. A democracia exige essa participação real do povo.

Consideramos necessário, no caso do Estado brasileiro, estimular os mecanismos de participação popular, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 14, que são meios de exercício da soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Muitos temem submeter ao povo certas decisões políticas, acreditam que a sociedade não teria condições de avaliar determinados assuntos. Esse entendimento não passa de desculpa das elites dominantes

para subtrair do verdadeiro detentor do poder as decisões que lhe interessam. Deve ser incentivado o movimento que postula o exercício desses instrumentos de participação popular. Não importa que erros ocorram nesse exercício. A correção deles sempre será possível, e além disso será o próprio povo que colherá as conseqüências de suas decisões.

Acrescentamos que seria interessante, também, pensar a respeito da possibilidade de trazer para o Brasil, tirados da experiência de outros países, novos institutos da democracia direta ou semidireta, a exemplo do *recall*, direito norte-americano, que prevê a possibilidade de os eleitores interromperem o mandato de seus representantes no Legislativo, antes do prazo normal, caso os mesmos não estejam correspondendo aos anseios do povo.

A regulamentação dos grupos de pressão também deve ser encarada, para possibilitar uma democratização da ação desses seguimentos sociais sobre o processo político, diminuindo a atuação das elites econômicas sobre as decisões políticas do Estado e permitindo que grupos verdadeiramente populares possam também defender seus interesses.

A democratização do processo de decisões políticas, num Estado Democrático de Direito, também deve se estender ao Poder Judiciário, muitas vezes esquecido nesse processo, permitindo uma melhor visualização de sua estrutura e modos de decisão. Fala-se que o controle de constitucionalidade difuso seria mais democrático do que o controle concentrado, em razão de que desconcentraria essa decisão tão relevante para a sociedade.

Necessário dizer que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando se constata que ele propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio. Há autores, inclusive, que defendem que o Estado atual deve ser denominado de Estado Democrático de Direitos Humanos<sup>4</sup>.

Em resumo, o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade li-

vre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana.

## 11. Conclusão

Como se percebe, chegar a uma definição do que seja o Estado Democrático de Direito significaria tentar colocar todos aqueles aspectos dentro do seu conceito, sob pena de não o fazendo termos um conceito incompleto.

Além disso, certos elementos desse conceito são tão indeterminados e tão mutáveis – temporal e espacialmente – que uma definição apresentada num dado momento estaria desatualizada no momento seguinte, ou uma definição válida para um tipo de Estado não valeria para outro.

Por essa razão, o mais aconselhável não é buscar definir aqui o conceito de Estado Democrático de Direito, mas retomar e re apresentar os valores e princípios que o envolvem ou com ele estão relacionados, para que sua compreensão seja a mais fiel possível. Assim teríamos:

(1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular;

(2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;

(3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;

(4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;

(5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;

(6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;

(7) Observância do princípio da igualdade;

(8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;

(9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça;

(10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.

### Notas

<sup>1</sup> José Afonso da Silva (1998, p. 62) alinha três características do que ele chama de Estado Liberal de Direito: submissão ao império da lei; divisão de poderes; e enunciado dos direitos e garantias fundamentais.

<sup>2</sup> Há autores que fazem referência a essa espécie de Estado chamando-o de Estado Legislativo.

<sup>3</sup> Entenda-se corrente moderada aquela doutrina social que procurou domesticar o capitalismo selvagem, mas mantendo vivos os direitos fundamentais do homem, especialmente o da propriedade particular, enquanto a corrente radical socialista, capitaneada pela doutrina marxista, que produziu os Estados socialistas, como a União soviética, China e Cuba, pregava a eliminação do capitalismo ocidental e, em especial, da propriedade privada.

<sup>4</sup> Vide nesse sentido a lição de Alberto Nogueira (2003, p. 231) em referência a Louis Favoreu, que relata que na França houve o acolhimento das disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com força de norma constitucional.

### Referências

- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, [19--?].
- BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello (Coord.). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000a.
- \_\_\_\_\_.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado sócila*. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004b.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. (Coleccion Demos).
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Edipro, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NOGUEIRA, Alberto. *Direito constitucional das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, dez. 1988.



# O caráter normativo dos princípios jurídicos

Emílio Peluso Neder Meyer

## Sumário

1 – Introdução. 2 – A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2.1 – O direito como sistema em Luhmann. 2.2 – Fechamento operacional e acoplamento estrutural dos sistemas. 2.3 – O Poder Judiciário e sua posição no sistema jurídico. 3 – O direito entre faticidade e validade: uma crítica à opção metodológica pela jurisprudência de valores. 3.1 – Algumas considerações de Jürgen Habermas acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 3.2 – Jurisprudência de valores: o impacto e a recepção de teoria de Robert Alexy pelo Judiciário. 3.3 – A crítica de Jürgen Habermas à jurisprudência de valores: o código binário do direito e sua validade deontológica. 4. Os problemas de um Judiciário autocrático. 5. Conclusões.

## 1 – Introdução

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal conheceu de uma reclamação formulada contra uma decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. A decisão do juízo ordinário autorizava a coleta da placenta da extraditanda grávida, a cantora Glória Treviño Ruiz, que se encontrava recolhida em uma carceragem da Polícia Federal. A coleta serviria para a realização de um exame de DNA num inquérito policial que investigava os fatos relacionados à gravidez da cantora, uma vez que esta tivera início dentro da carceragem. A cantora acusava funcionários daquele órgão público. No mérito da decisão, o Supremo Tribunal Federal autorizou a rea-

Emílio Peluso Neder Meyer é Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Mestrando em Direito Constitucional pela UFMG. Pesquisador do CNPQ.

lização do exame de DNA, asseverando expressamente, como se pode constatar no Informativo do STF de nº 257, que o Tribunal fazia uma *ponderação de valores* constitucionais contrapostos: o direito à intimidade e à vida da extraditanda e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição<sup>1</sup>.

A adoção da ponderação de valores como opção metodológica para fundamentação de decisões tem sido uma constante no Brasil. A fim de superar o dito positivismo e seus métodos arcaicos de interpretação, o Supremo Tribunal Federal vem, de maneira acrítica, importando uma doutrina alemã que já há muito é alvo de severas objeções. A referida utilização dessa doutrina para a fundamentação de decisões tem sido feita por parte dos juízes ordinários e tribunais inferiores. Comparando direitos a valores, tal doutrina coloca em cheque o próprio conceito de direito, o que nos leva a uma reflexão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Até que ponto juízes e tribunais se submetem a um direito promulgado pelo legislador? Há realmente uma possibilidade de justificação racional de decisões baseadas numa jurisprudência de valores? O sistema do direito perde sua diferenciação com tais decisões?

O trabalho que se segue não visa dar uma resposta final a todas essas questões. Limitar-me-ei a expor alguns pontos das teorias de Luhmann e Habermas que podem esclarecer a questão, bem como a apresentar os contornos de uma doutrina “deontológica” do direito.

## 2 – A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann, jurista e sociólogo, pretendeu desenvolver uma teoria para a sociedade. Seu projeto almejou explicar sociologicamente vários setores da sociedade (direito, religião, política, economia etc) para, ao fim, tentar traçar um panorama da

moderna e complexa sociedade contemporânea. De modo crítico, Luhmann assume a ambição de Talcott Parsons (de quem foi aluno, nos anos de 1960 e 1961, em Harvard) de elaborar uma teoria geral da sociedade, fundamentada numa proposta funcionalista (IZUZQUIZA, 1997, p. 11), já não mais conciliadora (um “estruturalismo funcional”). Há, na teoria luhmanniana, uma constante pretensão de generalidade, nunca reduzindo os fundamentos científicos apenas a um âmbito particular de incidência. Com isso, cresce proporcionalmente a capacidade de uma proposta teórica gerar problemas a serem discutidos e investigados, algo que evidencia a contemporaneidade da obra do autor<sup>2</sup>. Além disso, a teoria de Luhmann revela um apego evidente à multidisciplinariedade, englobando conceituações e proposições próprias da cibernética, da neurociência e outras áreas do conhecimento.

Um ponto de extrema importância refere-se ao reconhecimento por Luhmann da complexidade da sociedade moderna e ao intento, que ele relega à ciência, de tentar reduzir tal complexidade. Assim, ele coloca a ciência dentro dos seus limites próprios e assume noção de sua precariedade. A complexidade é entendida como a abundância de relações, possibilidades, conexões, sem que seja possível estabelecer uma linha contínua entre cada elemento (IZUZQUIZA, 1997, p. 16). O problema próprio de uma sociedade complexa como a hodierna é o da impossibilidade de se referir apenas a um centro; nisso se revela a marcada diferenciação dessa sociedade. Tal diferenciação é extremamente importante em nossa análise para que possamos entender a autonomização de sistemas como o direito perante outras ordens normativas, como a moral e a ética. A complexidade da sociedade moderna é enfrentada pela própria assunção de um *paradoxo*: só é possível reduzir complexidades aumentando a própria complexidade. Daí que uma teoria da sociedade que pretenda reduzir a complexidade da mesma deverá ser, ela mesma, complexa.

Esse primeiro paradoxo demonstra muito acerca do que a teoria dos sistemas de Luhmann tem a dizer. O direito, assim como outros subsistemas sociais, é construído sobre um paradoxo. Um paradoxo que é enfrentado de forma criativa. É ele quem revela que um sistema é *autopoietico*<sup>3</sup>.

“O paradoxo é que a unidade é, necessariamente, circularidade; sempre que procurarmos pelas fundações nos defrontaremos com soluções provisórias e ineficientes: os paradoxos têm uma fatal inclinação a reaparecer. Aportando o modelo autopoietico para a sua teoria, Luhmann assume, então, que a circularidade é constitutiva da realidade e que, portanto, o paradoxo é o pressuposto da própria autopoiese do sistema”. (NEUENSCHWANDER, 1998, p. 83)

Ao incorporar a teoria dos sistemas, Luhmann procede a uma reformulação do conceito de sistema de modo a que ele possa tornar um meio adequado para a descrição da sociedade e para a elaboração de uma teoria adequada, nunca uma finalidade da própria teoria dos sistemas (IZUZQUIZA, 1997, p. 17).

### 2.1 – O direito como sistema em Luhmann

O conceito de sistema apresentado por Luhmann é fruto da evolução e desenvolvimento da teoria dos sistemas. Ele admite um conceito de sistema *auto-referente*, apartado em pontos do conceito clássico difundido por von Bertalanffy (IZUZQUIZA, 1997, p. 18). O conceito clássico precisava que um sistema é um conjunto de elementos que mantêm relações entre si e que se encontram separados de um certo ambiente. A relação entre sistema e ambiente desempenha um importante papel na caracterização do próprio sistema e o sistema se define a partir, sempre, de um certo ambiente. Na teoria dos sistemas auto-referentes, o sistema se define precisamente por sua diferença em relação ao ambiente, uma diferença incluída no próprio conceito de sistema. O sistema só

pode ser entendido a partir da diferença em relação ao ambiente. Mais à frente, tal sistema pode ser observado como um sistema auto-referente e autopoietico. Assim, ele pode criar tanto sua estrutura quanto os elementos que o compõem.

“De este modo, al unir la autorreferencia – que hace al sistema incluir en sí mismo el concepto de entorno – y la autopoiesis – que posibilita al sistema elaborar, desde sí mismo, su estructura y los elementos de que se compone –, Luhmann posee una base teórica que aplicará universalmente a su propia teoría”. (IZUZQUIZA, 1997, p. 19)

Pode-se conceituar um *sistema* como o conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações. As propriedades desses elementos são distintas das propriedades da soma dos mesmos (CHAI, 2004, p. 50). Os sistemas podem ainda se constituir como elementos de sistemas ainda maiores.

O sistema é sempre menos complexo que seu *ambiente*, já que a ele se refere na medida em que pode reduzir a sua complexidade. Por isso, uma teoria sociológica deve ser complexa: para lidar com sistemas complexos (MANSILLA RODRIGUEZ, 2002, p. 28). A base dos sistemas sociais é a pergunta pela *diferença*, por possibilidades outras.

Um sistema só pode-se diferenciar na medida em que o faz em relação ao seu *ambiente*. O sistema traça, por intermédio de suas operações, seus próprios limites em relação aos elementos que não lhe pertencem e que, justamente por isso, fazem parte de seu ambiente. Ele não opera para além de seus limites, o que não significa um total isolamento do sistema. As operações são, realmente, sempre internas, mas, pela observação, os limites podem ser passíveis de serem transcendidos, verificando-se várias formas de interdependência entre sistema e ambiente. As operações de um sistema funcionam de acordo com o *código* do sistema. A codificação é uma duplicação da comu-



nicação a partir de uma afirmação e de uma negação.

“Con código se entiende una regla de duplicación que permite relacionar toda entidad que caiga en su campo de aplicación con una entidad correspondiente. Esto es válido en primer lugar para el código del lenguaje [...] que permite relacionar toda enunciación positiva (Ja-Fassung) con una enunciación negativa correspondiente (Nein-Fassung): el enunciado negativo hoy llueve puede entenderse como la negación del enunciado negativo hoy no llueve. Con base en el lenguaje, esto es válido para los códigos de los diversos sistemas de funciones [...] basados siempre en un esquema binario”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 40).

O código com o qual opera o direito é o código direito/não direito (*recht/unrecht*). O código binário de um sistema importa na utilização da lógica do terceiro excluído: uma comunicação científica é verdadeira ou não é verdadeira, não havendo um meio termo. Os códigos são distinções com as quais um sistema *observa*<sup>4</sup> suas próprias operações e define sua unidade. A corrupção do sistema ocorre sempre que ele opera sem obediência ao seu próprio código. Ao sistema jurídico só interessam as *comunicações*<sup>5</sup> que se referem à legalidade ou ilegalidade. Por isso mesmo, o não direito também interessa ao sistema do direito. O não direito faz parte do sistema jurídico. Nada é indiferente ao direito. O não direito é o que é antijurídico ou o que não foi objeto de deliberação jurídica.

Para Luhmann, o direito é uma forma especial de comunicação, a unidade da diferença direito/não direito. Ele é um sistema como os outros: não está no topo da sociedade e não cumpre uma função de integração social, como quer Habermas<sup>6</sup>. Uma sociedade fracionada e constituída por um completo descentramento não se deixa sujeitar passivamente. O direito deverá enfrentar a racionalidade de outros sistemas que

se desenvolvem numa lógica própria. Luhmann, ao contrário de Habermas, não cria uma teoria para justificar o direito, mas sim para descrevê-lo.

Se o direito não pode cumprir a função de integração social, qual a sua *função*<sup>7</sup>? Na sociedade, sempre ocorrerá uma *diferenciação funcional* quando a sociedade estiver diante de um problema e precisar resolvê-lo. O direito tem que comunicar expectativas de comportamento e fazer com que elas sejam reconhecidas. O significado social do direito é reconhecido quando há consequências sociais justamente em virtude de que ele pode estabilizar expectativas temporais (LUHMANN, 2002, p. 183). É a *dimensão temporal* da função do direito. A função do direito pode ser assim dividida:

- O direito deve expressar expectativas de comportamento;
- O direito deve *comunicar* tais expectativas;
- O direito deve fazer com que elas sejam reconhecidas.

A função do direito não é a de controlar condutas; se as condutas fossem controláveis, o direito seria despiendo. A conduta é sempre *contingente*, ou seja, é algo que é como é, mas poderia ser de outra maneira (MANSILLA RODRÍGUEZ, 2002, p. 30). Contingência é liberdade de escolha, mas, ao mesmo tempo, obrigação de escolher. O direito protege apenas a *expectativa* de condutas. A norma pode no máximo oferecer vantagens para quem a obedece.

## 2.2 – Fechamento operacional e acoplamento estrutural dos sistemas

Um dos pressupostos da autopoiese dos sistemas é o seu fechamento operacional. Nada que provenha do exterior do sistema pode-se tornar elemento seu. Sistemas autopoieticos criam seus elementos por meio de operações internas, sem se importar com o ambiente. O que não significa que o sistema possa-se manter sem necessidade do ambiente. O sistema está permanentemente vinculado ao ambiente, naquilo que Maturana

descreve como acoplamento estrutural (MANSILLA RODRÍGUEZ, 2002, p. 31). O acoplamento estrutural é uma constante, uma condição de sobrevivência do sistema.

Sistemas autopoieticos estão determinados estruturalmente. Tudo que se dá num sistema é uma possibilidade de antemão contemplada na sua própria estrutura e não segundo a lógica do agente que intervém. Este só pode fazê-lo pelo modo definido na estrutura do sistema.

Sistemas sociais estão fechados operacionalmente. As comunicações que constituem seus elementos são produzidas no interior do sistema e não advêm de seu ambiente. Para que um certo fenômeno possa ser tematizado na comunicação, é preciso que ele apele para alguma possibilidade do sistema que guarde sintonia com o mesmo.

O *acoplamento estrutural* é uma adaptação permanente entre sistemas diferentes, que mantêm, não obstante, sua especificidade. Todo sistema se adapta ao seu ambiente; não fosse assim, ele nem poderia existir. O sistema realiza suas operações em condições de absoluta autonomia. Acoplamento estrutural e autodeterminação do sistema encontram-se numa relação ortogonal, no sentido de que, ainda pressupondo-se, eles não se podem determinar reciprocamente (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 19). O ambiente pode afetar o sistema apenas à maneira de *irritações* que são reelaboradas internamente. Irritações são também construções internas, resultantes da confrontação de *eventos* com estruturas do sistema. Uma irritação é sempre uma auto-irritação.

Daí a tese de Luhmann (1996, p. 7) de que a Constituição promove o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito.

“Portanto, deve-se distinguir: a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão concei-

tos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (*fattispecie*) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca ‘ortogonalmente’ em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoietico de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a autoreferenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política”.

A Constituição, de um lado, vincula o sistema político ao direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao direito resulta no fracasso político. Por outro lado, a Constituição permite que o sistema político, por meio da promulgação das leis, modifique o direito. Apesar do acoplamento estrutural, como noticia Mansilla (2002, p. 51), as operações recursivas internas de cada sistema se mantêm separadas. O significado político de uma lei é diferente de sua validade jurídica.

### 2.3 – O Poder Judiciário e sua posição no sistema jurídico

Luhmann (2002, p. 359) assevera que o processo de diferenciação de um sistema

implica a sua diferenciação interna<sup>8</sup>. O próprio sistema do direito só entra num processo de diferenciação se ele mesmo tenha-se diferenciado internamente. Luhmann observa, contudo, que ainda não se decidiu acerca da forma de diferenciação interna.

A ordem geral do sistema do direito pode ser vislumbrada no fato de que a relação entre sistema e ambiente dos subsistemas é limitada pelas disposições que regulam as relações entre sistemas. Tais disposições podem prever diversos graus de liberdade, diferentes graus de densidade da integração, segundo a própria evolução do sistema. Há uma infinidade de tribunais que se assemelham e que se devem tratar reciprocamente como iguais. Mas, há muito, surgiram formas de diferenciação que se apóiam na desigualdade. Por exemplo, cita Luhmann (2002, p. 360), tribunais e advogados, tribunais e legisladores. Com isso, há mais diferenciação e maiores graus de liberdade no interior do sistema. Para Luhmann (2002, p. 361), importa, sobretudo, o posicionamento dos tribunais como sistemas parciais, ou subsistemas, do direito.

De Roma até uma época avançada da modernidade, tem-se conservada a idéia de que legislação e julgamento são variáveis de uma mesma tarefa: a *jurisdictio* (dizer o direito). Em tal sentido, a diferenciação do direito perante a ordem estratificada e a influência das famílias dependia de uma autonomia um tanto quanto precária do poder político. Com os séculos XVI e XVII, de uma maneira quase despercebida, a compreensão legislativa se desloca do contexto da *jurisdictio* para o contexto da soberania. Por séculos, em tal processo estavam fundidas as idéias de soberania política e de soberania jurídica.

“La eminencia del concepto de ley exige que se incluyan en la competencia legislativa, otras competencias parciales: la competencia de anular y cambiar a ley, la competencia de derogarla mediante privilegios que ‘rompen con

la ley’ y, no por último, la competencia de interpretar la ley en lo que se ahora se ha dado en llamar ‘hard cases’ ”. (LUHMANN, 2002, p. 363).

Apenas com o devir do século XVIII, a diferenciação entre legislar e julgar adquire a conotação que hoje conhecemos. Bentham foi quem pugnou, no modelo da *common law*, por tal separação, sem que sua proposta se concretizasse.

A diferenciação entre competência legislativa e competência judicial tem como referência os correspondentes procedimentos. Tem por suposição a evolução de normas de competência e sua delimitação restritiva. O juiz aplica as leis, obedecendo às instruções do legislador; por outro lado, o mesmo legislador deve levar em conta o modo de proceder dos tribunais para editar novas leis. Isso é o que permite representar a diferença como uma espécie de círculo cibernético pelo qual o direito se observa a si mesmo como uma *observação de segunda ordem* (ou seja, um outro sistema observa o sistema). O juiz deverá entender o que o legislador quis dizer, ou seja, como ele observou o mundo. Por isso, os métodos de aferição da “vontade do legislador”. Desse modo, a relação entre competência legislativa e competência judicial é estabelecida segundo uma hierarquia. O tribunal é o órgão executivo da competência legislativa e a metódica jurídica é entendida como mera dedução. Há muito se sabe que tal interpretação não corresponde à realidade, mas ao mesmo tempo se compreende que a nova agudeza da distinção (legislação/jurisprudência) só se pode perceber e recomendar com a ajuda de um conceito unitário (LUHMANN, 2002, p. 365).

“Por eso el derecho se acentúa como sistema, en el sentido de que su multiplicidad emerge de un principio. Por eso, se resalta que el método es una deducción que no tolera desviaciones. Por eso, se exige el référé legislatif como recurso para aquellos casos que presentan problemas de interpretación. Y, por eso, no era

ningún problema conceptuar el sistema de derecho paralelo (o idénticamente) al orden político”. (LUHMANN, 2002, p. 365).

De uma maneira muito rápida, a realidade se contrapôs a tal conceito de diferenciação. Não há como retirar dos tribunais sua competência de interpretar as leis. Os tribunais devem decidir até que ponto podem-se utilizar da interpretação para decidir e até que ponto devem exigir do legislador que altere o direito positivo. “Y sólo esta concepción de tarea judicial es la que posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que les presenten”. (LUHMANN, 2002, p. 365).

Assim, do século XIX em diante, os poderes de interpretação dos juízes têm crescido de uma maneira ampla<sup>9</sup>. Os juízes estão sempre diante da seguinte questão: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa. Tal significa, para Luhmann (2002, p. 366), aplicar a igualdade aos casos concretos com a utilização das mesmas regras. Uma interpretação de uma lei deve ser justa. Pontos de vista de justiça restringem tanto a necessidade de decidir como a liberdade de buscar razões para tanto. É a tríade *necessidade, liberdade e restrição* que produz o direito em Luhmann.

Para que houvesse tal desenvolvimento, havia uma hipótese de proteção, a qual estipulava que o legislador teria agido racionalmente e, desse modo, também de forma racional deveriam ser os textos interpretados. Com isso, foi mantida a hierarquia entre a atividade legislativa e a judicante. O método seria a garantia de coincidência entre o hierarquicamente superior e o hierarquicamente inferior. Em auxílio dessa idéia, estava a doutrina da plenitude ou ausência de lacunas do direito como uma ficção útil, bem como a diferenciação entre letra e espírito da lei. Em confrontação se posicionaram a retórica e a tópica como críticas às ambições de alcance dos métodos. No ápice dessa oposição, as doutrinas do *realismo ju-*

*ridico*<sup>10</sup> pregavam a idéia de que só é válido o direito que os tribunais podem ditar. Conseqüência disso é que a relação entre competência legislativa e judiciária passa a ser muito mais uma relação de circularidade e não de assimetria linear, realizando uma restrição recíproca do espaço de decisão.

Segundo Luhmann (2002, p. 367), à diferença da legislação, no exercício da adjudicação trata-se da *aplicação* do direito a situações particulares. Com a necessidade de fundamentação das decisões e com a premissa geralmente aceita de que o Judiciário só age sob provocação, torna-se seguro que a decisão seja concreta e que o desenvolvimento de regras se dê paralelamente. Com o apoio da relação assimétrica entre legislação e jurisprudência e de meios conceituais derivados, como a doutrina das fontes do direito, busca-se evitar a circularidade da assunção da idéia de que o tribunal “cria” o direito que “aplica”. Há a *assimetriação*<sup>11</sup> de uma relação que, de outro modo, permaneceria circular. O círculo não apareceria se os tribunais, no momento em que não encontrassem o direito, em lugar de decidir, contentassem-se em dizer que não está claro o direito – *non liquet*. Isso não é possível do ponto de vista do direito. O fato de que o sistema se confronte internamente com a necessidade de decidir nada mais é do que a conseqüência correspondente ao desacoplamento do sistema em relação a qualquer participação direta do ambiente. Mas, nesse caso, o que os tribunais fazem? Eles realmente decidem? (LUHMANN, 2002, p. 369).

A decisão sempre está ligada a uma alternativa no que respeita a caminhos a serem seguidos e suas ulteriores derivações. Por isso, a decisão é o terceiro excluído da própria “alternatividade” da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou melhor, a unidade dessa diferença. Em outras palavras, um *paradoxo*. A decisão sempre pressupõe algo que é não é passível de decisão, e não apenas que não está decidido. De outro modo, a decisão já estaria anteriormente tomada e seria o caso de apenas

reconhecê-la. O paradoxo está na relação desse terceiro excluído com a alternativa que ele constrói para se manter excluído – para poder decidir –, *ad instar* do observador que não pode ser ele mesmo a distinção com a qual distingue, mas dever ser, antes, o ponto cego da observação. A isso tudo Luhmann (2002, p. 370) diz que é acrescentado um problema de tempo. No mais das vezes, aceita-se que um sistema só existe no momento em que opera; por isso, o sistema sempre parte de um mundo simultâneo (é dizer, não controlável) ao momento. Daí se poder utilizar o presente como o momento da decisão. Cuida-se de solidificar o que já é modificável (em relação ao passado) e o possivelmente modificável (em relação ao futuro) para introduzir no mundo (este simultâneo) a forma de uma alternativa. No que respeita ao passado e ao futuro, pode-se comportar de maneira seletiva, já que os horizontes não necessariamente são atuais. Com tal comportamento, é possível apreender a situação como uma situação de decisão, uma decisão só possível se concebida temporalmente dessa maneira.

Uma tal análise da decisão possui relevantes conseqüências, ainda que inaceitáveis do ponto de vista jurídico. Uma decisão não estaria determinada pelo passado, mas operaria dentro de sua própria construção que só é possível no presente. De outro lado, a decisão tem conseqüências para os presentes no próprio futuro. Com isso, a decisão não se deixa determinar pelo passado, mas busca determinar o futuro, ainda que isso seja parcialmente impossível diante da contingência de novas decisões. Por isso, os tribunais se preocupam com as conseqüências de suas decisões e buscam legitimá-las pela valoração daquelas. Já que não é possível determinar todas as conseqüências diante de novas decisões, é que surge a ilusão de que o passado determina a decisão, entendido este como procedimento. (LUHMANN, 2002, p. 371).

Com a modernidade, ficou assente que qualquer demanda requer uma decisão, ain-

da que não prevista na lei. Apenas com isto, o juiz deixou de ser mero servo da política.

Tal obrigação de decidir demonstra que se deve suspender a eterna interpretação do mundo ou dos textos. Mesmo que se possa contrariar, o juiz deve encontrar algo em que se possa fundamentar e que justifique o início da ação. Para que haja a capacidade da decisão, é necessária a previsão institucional, tornando o sistema do direito *universalmente competente e capaz de decidir*. Tal combinação se evidencia no princípio da não denegação da justiça. Mesmo nos *hard cases*<sup>12</sup>, os tribunais devem tomar uma decisão, não obstante as regras para tanto sejam duvidosas. (LUHMANN, 2002, p. 376).

Luhmann (2002, p. 378) questiona a natureza da norma de proibição de denegação da justiça. Para ele, trata-se de uma disposição autológica, ou seja, que inclui a si mesma no seu campo de aplicação. Se há coação para que se decida, está excluído de antemão tudo aquilo que não é decisão, de vez que infringe a disposição autológica. Mas quem procede à aplicação de tal disposição? Os próprios tribunais? Há um paradoxo aqui. Os tribunais devem decidir onde não podem decidir. E se não podem, devem-se esforçar por poder; se não se encontra o direito, deveria ele ser inventado (LUHMANN, 2002, p. 379). O paradoxo da decisão que não se pode decidir deve-se desenvolver de um ou de outro modo, deve-se traduzir em distinções manejáveis como decisão/conseqüência, princípio jurídico/aplicação.

“Que los tribunales se vean en la necesidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica. Por eso, todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: salvo que se las cambie. Por eso, la res judicata es intocable, a no ser que se apliquen reglas excepcionales prevista por el derecho. Y, por eso, el derecho debe aprehenderse como un

universo cerrado en sí mismo en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la ‘argumentación puramente jurídica’ que decide por sí misma los espacios de interpretación que se pueden permitir, y en el que se puede rechazar la deformación pretendida”. (LUHMANN, 2002, p. 379).

Tal necessidade de decidir traz consequências nos procedimentos de que se utilizam os tribunais. O sistema se orienta por regras de decisão (programas) que servem para especificar pontos de vista de seleções. No fim, importam apenas os valores do código direito/não direito com os quais é possível julgar, não importando os aspectos moralistas, políticos ou econômicos. O sentido de um sistema do direito que se apóia na Constituição tem que ver com a garantia procedimental (*aceitabilidade racional*), já que o processo não pode prometer a cada um que o direito decidirá a seu favor.

Debilidade metodológica, perda de certeza, a queda das diretrizes dogmáticas e a crescente falta de limites entre legislação e jurisprudência são todas consequências da necessidade de que se decida. Por isso, cresce a importância de um olhar crítico sobre os tribunais (LUHMANN, 2002, p. 380).

Assim, é o imperativo de decidir que distingue os tribunais das demais instituições do sistema do direito. Os tribunais, ao contrário de outras instituições de direito, devem decidir qualquer caso que se lhes apresente. Só a eles cabe manejar o paradoxo do sistema. Eles devem transformar a indeterminação em determinação; só eles podem transformar necessidade em liberdade.

A unidade de um sistema se expressa por distinções que buscam esconder o que manifestam. Isso é possível, estruturalmente, por meio do processo de diferenciação, ou seja, pela multiplicação, dentro do sistema, da distinção sistema/ambiente.

Se for adequada a assertiva de que aos tribunais compete a tarefa de superar o paradoxo do sistema de direito – como se exi-

ge e se esconde o paradoxo da proibição de denegação de justiça –, pode-se dizer que é dissolvida a possibilidade de descrever a diferenciação do sistema de direito como uma organização hierárquica. O legislador fixa as condições com as quais os tribunais podem entender, aceitar e praticar a adjudicação: isso nada mais é do que firmar sua existência. Assim, Luhmann (2002, p. 383) propõe a substituição da cadeia hierárquica por uma diferenciação entre centro e periferia. A organização da jurisdição seria um sistema parcial no qual o sistema do direito tem seu centro. A tomada de posição da magistratura significa que o juiz se subordina a restrições de comportamento que não são válidas para qualquer pessoa, ou seja, ele deve atender à produção de regras jurídicas voltando-se para os *standards* metodológicos e de conteúdo vigentes. Para a periferia, não há a necessidade de decidir; nela são manejados interesses de qualquer caráter, sem que seja necessária a distinção entre interesses legais e interesses ilegais. Justamente por isso, a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade, como economia, família ou política. Ao mesmo tempo, a legislação, cedendo à pressão política, infiltra-se em espaços outrora não alcançados pelo direito. É na periferia que as *irritações*<sup>13</sup> se formalizam (ou não) por meio do direito. Os tribunais, como centro, possuem uma zona de atuação menor justamente porque só trabalham no código direito/não direito.

“Regra geral: tanto quanto se encontra submetido de maneira irrestrita às pressões de seu meio (entorno) social, o sistema do direito é incapaz de se concentrar em determinadas perturbações, contudo não pode se furtar a elas. Particularmente no ordenamento constitucional brasileiro em razão de comando explícito: nenhuma questão de lesão ou ameaça a direito será (deveria ser) excluída da apreciação do Poder Judiciário”. (CHAI, 2004, p. 63-64).

### 3 – O direito entre faticidade e validade: uma crítica à opção metodológica pela jurisprudência de valores

#### 3.1 – Algumas considerações de Jürgen Habermas acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Para Habermas, o direito moderno cumpre as funções de integração social que as ordens sociais já não conseguem alcançar. Utilizando-se da ação comunicativa, o potencial de racionalidade da linguagem é explorado com aquele desiderato. Habermas (1998, p. 105) salienta que, na medida em que se toma consciência do conteúdo ideal da validade do direito, ocorre um choque entre o mesmo e as exigências de uma economia regulada pelo mercado e de um poder administrativo; nesse ínterim, a mesma auto-compreensão normativa é posta em jogo por uma crítica das ciências sociais. Tal crítica parte de dois flancos:

- de um lado, o direito tem que sustentar a pretensão de que nem o subsistema econômico e nem o sistema regulado pelo poder administrativo podem fugir de uma integração social mediada por uma consciência social global;
- de outro lado, a sociologia vê tal pretensão justamente como vítima de desencantamento.

O que procede de uma crítica à ideologia e de uma crítica ao poder é a mediatização de tal contradição no seio da sociedade. Teorias sociológicas, voltadas para a oposição entre pretensão e realidade, só são analisadas por Habermas (1998, p. 105-106) na medida em que se formam na objeção de que um direito já periférico deve despojar da aparência de normatividade se quiser cumprir suas funções na complexa sociedade hodierna. Antes de mais nada, segundo Habermas (1998, p. 106), a aceitação desse imperativo como correto retiraria parte do fundamento de uma teoria discursiva do

direito que se conecta a uma autocompreensão normativa do direito, a *limine* descolado de uma realidade “cínica”. Por outro lado, teorias filosóficas do direito voltam-se decididamente para o conteúdo moral das instituições jurídicas modernas. Elas formulam princípios para uma sociedade que se pretenda bem ordenada, mas de uma forma tão desgarrada da realidade que tal empresa enfrenta dificuldades de implementação.

A teoria dos sistemas supera o realismo marxista com seu conceito de sociedade descentrada, formada por vários subsistemas que se auto-observam e observam uns aos outros, mas que não se intervêm mutuamente, adotando uma atitude reflexiva acerca dessa relação. As capacidades transcendentais de sujeitos-consciência, monadicamente concebidos por Husserl, tornam-se propriedade de sistemas despidos da subjetividade das mônadas<sup>14</sup> da consciência, mas monadicamente encapsulados sobre si mesmos (HABERMAS, 1998, p. 110). De antemão, essa é uma afirmação de Habermas facilmente refutada pelas considerações tecidas acima acerca da teoria dos sistemas de Luhmann. Habermas parece não levar em conta conceitos como o de *irritação* presente na teoria luhmanniana, além do modo como, pelo acoplamento estrutural, sistemas se observam e utilizam operações de outros para reconduzi-las no seu próprio código.

“No caso do sistema do direito, sua diferenciação tem por base fundamental a possibilidade de diferenciar as expectativas ‘normativas’ das expectativas do tipo ‘cognitivo’. As expectativas têm um caráter de norma ou de conhecimento em função da forma que lhe serve de base para absorver a incerteza. A autocriação do sistema jurídico é normativamente fechada pelo fato de que só este sistema pode conferir um caráter juridicamente normativo a seus elementos e, desta forma, constituiu-os como elementos (a normatividade não tem outra finalidade ulterior). Mas, ao mesmo tempo,

e em relação a esse fechamento, o sistema jurídico é cognitivamente aberto. Em cada um de seus elementos e na correspondente reprodução destes, ele depende de sua capacidade de determinar se certas condições encontram-se, ou não, preenchidas. A cooperação entre o caráter normativo e o caráter cognitivo do sistema é uma condição para sua constante reprodução; desta combinação resulta a própria unidade do sistema. Enquanto o caráter de norma serve para a autocriação do sistema, à sua continuidade, na medida em que o diferencia do meio ambiente, o caráter cognitivo serve para a coordenação deste processo com o meio ambiente do sistema". (NEUENSCHWANDER, 1998, p. 86-87).

Para Habermas (1998, p. 110), Luhmann é o sucessor da fenomenologia transcendental da perspectiva da teoria dos sistemas, tendo ele dado um giro sobre a filosofia do sujeito e colocando-a sobre um objetivismo radical. Tal como Lévi-Strauss, Althusser e Foucault, os sujeitos perdem seu lugar e o direito de intencionalmente se integrar por suas próprias consciências. Todos vestígios hermenêuticos seriam apagados de uma teoria da ação que partisse da autocompreensão dos atores. A visão se abre para a gama de variação, contingência, pluralidade e diversidade das sociedades complexas.

O sistema do direito recupera a autonomia que a crítica da ideologia o fizera perder (HABERMAS, 1998, p. 111). Passa a ser um sistema ou discurso dentro de uma pluralidade desordenada de sistemas e discursos. Numa linguagem articulada objetivamente, a autocompreensão dos atores e seu saber intuitivo são ignorados. O observador, ele mesmo ambiente, artificialmente visualiza todo fragmento da vida social como que congelado, uma espécie de segunda natureza que não se acessa hermeneuticamente; o máximo que se pode obter é o saber contra-intuitivo próprio das ciências da natureza.

Todas essas teorias e controvérsias colocam em jogo o direito como categoria central da teoria da sociedade. A teoria de Luhmann passa a ser o ponto de referência de Habermas (1998, p. 112) nessa seara. Em tal teoria, o direito é entendido unicamente desde o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento. Nos casos de conflito, ele decide de acordo com o código binário "justo" jurídico/ "injusto" jurídico. Em sentido amplo, o sistema jurídico em conjunto compreende todas comunicações que se orientam pelo direito. Em sentido estrito, compreende todos atos jurídicos que alteram situações jurídicas, retroalimentando-se de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e considerações da dogmática jurídica. Tais considerações só têm sentido mediante a suposição de que a diferenciação do sistema jurídico realiza sua autonomização, convertendo-o num sistema autopoietico (HABERMAS, 1998, p. 112). Ele se desliga de seus ambientes, com os quais se relaciona apenas mediante observações.

Com isso, o sistema jurídico não mantém um intercâmbio direto com os ambientes internos à sociedade, nem tampouco pode agir regulativamente sobre eles. O contato com os fatos para além desse sistema só tem o condão de fazer com que ele aja sobre si próprio. Funções de controle relativas à sociedade global são vedadas, podendo o direito regulá-la apenas num sentido metafórico: ao se modificar, ele se apresenta a outros subsistemas como um ambiente modificado, momento em que aqueles podem reagir de forma indireta. (HABERMAS, 1998, p. 113).

O direito vem a ser reduzido, por uma interpretação empirista, a sua aplicação. Perde-se a conexão entre o direito e a organização do poder político no Estado democrático de direito. A comunicação que se efetua pelo código binário direito/não direito, apenas dentro da construção meramente autopoietica – saliente-se –, ignora a conexão de normas e ações jurídicas com a su-



posição de processos de entendimento racionalmente motivados que constituem a comunidade jurídica, não obstante seja condição da diferenciação do sistema (HABERMAS, 1998, p. 114). Argumentos jurídicos passam a servir apenas para diminuir o valor de surpresa de decisões motivadas por outras vias e de aumentar sua aceitação. Do ponto de vista do observador, o que era fundamentação para os participantes passa a ser ficção necessária. As argumentações são, para a teoria dos sistemas, meras formas de comunicação especial que resolvem diferenças de opiniões sobre como utilizar o código binário. Dentro da teoria dos sistemas, apenas têm sentido os efeitos perlocucionários da argumentação; as razões são meios com os quais o sistema jurídico se convence de suas próprias decisões (HABERMAS, 1998, p. 114). Mas, se as razões não possuem mais a força intrínseca de motivar racionalmente, a cultura da argumentação se converte num enigma.

Se Habermas opõe tais críticas severas a Luhmann, num ponto ele concorda e aceita a teoria luhmanniana: o sistema do direito opera por meio de um código binário, não gradual. Só podem ser incluídas dentro do sistema jurídico decisões que operem nessa lógica.

### *3.2 – Jurisprudência de valores: o impacto e a recepção de teoria de Robert Alexy pelo Judiciário*

A chamada jurisprudência de valores consiste numa opção metodológica, de origem na Corte Constitucional Alemã, para a argumentação e justificação de decisões judiciais. Robert Alexy (2003, p. 2) delineia a assunção pela Corte Constitucional Alemã de um quadro de regras e princípios nos quais se constituiriam os direitos fundamentais, pela primeira vez, na decisão proferida no caso *Lüth*, em 1958. Lüth teria incitado e convocado o povo alemão a boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, uma vez que eles divulgariam idéias nazistas. No caso, haveria uma situação típica do confli-

to de princípios, em que o princípio da liberdade de expressão, que estaria amparando a divulgação do boicote, estaria chocando-se com o princípio constitucional de política pública que permite restrições à liberdade de expressão. Para tanto, seria necessária, por parte da Corte, a utilização de um balanceamento ou sopesamento: no caso, o princípio da liberdade de expressão se sobreporia a considerações constitucionais concorrentes.

“Na decisão do caso Lüth há três idéias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão. A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um ‘efeito irradiante’ sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*unbiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: ‘Um ‘balanceamento de

interesses' torna-se necessário'". (ALEXY, 2003, p. 3-4).

O caso *Lüth*, portanto, teria fixado as bases de uma jurisprudência valorativa ao conceber a Constituição como uma "ordem concreta de valores". Princípios possuem o mesmo caráter de valores: eles podem ser relativizados na sua aplicação ao caso concreto, cedendo em parte diante de outro princípio ou cedendo totalmente. A lógica de Alexy e da Corte Constitucional Alemã permite retirar a *muralha de fogo* que constitui a qualidade deontológica dos princípios em prol de uma decisão que pode, no extremo dos casos, definir um terceiro princípio do conflito entre outros dois. Princípios, diferentemente de regras, são *mandados de otimização* que pretendem que se realize algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas. (ALEXY, 1993, p. 27).

Alexy (2003, p. 5) busca justificar a racionalidade da ponderação de valores com o uso de um princípio abrangente: o *princípio da proporcionalidade*. Tal princípio envolve outros três subprincípios: *princípio da adequação*, *princípio da necessidade* e *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Todos abarcam a idéia da otimização. O princípio da adequação se refere ao que é factualmente possível, avaliando qual das medidas propostas por cada princípio é a mais idônea. O princípio da necessidade requer que, na presença de dois meios para dar curso ao mesmo princípio, seja escolhido o menos gravoso ou o que gere menos interferência nos princípios em concorrência. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa a própria máxima da ponderação, ao pretender a otimização em relação às possibilidades jurídicas: quanto mais intensa for a interferência num princípio, maior tem que ser a realização de outro.

Com isso, estaria satisfeita a necessidade de racionalização e de justificação das decisões que ponderassem direitos. Ou seja, direitos são tratados como bens passíveis de uma mensuração e qualificação.

A proposta de Robert Alexy vem ganhando adeptos na teoria constitucional brasileira. Para além de nomes como Daniel Sarmento (2002), Luís Roberto Barroso (1999), entre outros, recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal tem recorrido inúmeras vezes ao método da ponderação para justificar suas decisões. Para ficar em um exemplo, a decisão no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS incorpora, com o voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, as idéias da doutrina tedesca:

"A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais".

### 3.3 – A crítica de Jürgen Habermas à jurisprudência de valores: o código binário do direito e sua validade deontológica

Jürgen Habermas (1997, p. 20), partindo da constatação de que a razão prática (razão preocupada com a ação) não oferece mais soluções normativas diretas para o direito e para a moral, apenas uma medida crítica para as práticas constitucionais, propõe que a teoria do agir comunicativo tente explicar a reprodução da sociedade no frágil solo das pretensões de validade transcendentais. A razão comunicativa, não adstrita a nenhum ator singular nem a um macro-sujeito sociopolítico, possibilitada pelo *medium* lingüístico, dá vazão à apropriação e reapropriação crítica de resultados que pretendem validade. Com isso, o princípio do discurso (que exige que a fundamentação imparcial leve em conta a participação e aceitação de suas conseqüências por todos os envolvidos) comprova-se no campo individual, ético e moral. A moral pós-conventional de princípios depende, no entanto, da complementação do direito positivo.

“As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”. (HABERMAS, 1997, p. 25).

Habermas transporta a tensão entre facticidade e validade presente no seio da linguagem para a estrutura do direito. Ele pretende alcançar uma resposta satisfatória para a questão da integração social em sociedades extremamente complexas, em que a pluralidade de mundos da vida e de formas de vida não permita mais o apelo a fundamentações metafísicas em nível arcaico.

“O Direito e a organização política pré-modernas encontravam fundamentação, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e cos-

tumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam”. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476, grifos do autor).

Para Kant, a relação entre facticidade e validade apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade fundada pelo direito. O direito está autorizado ao uso da coerção; mas isso só é possível quando ele se opõe aos abusos da liberdade de cada um. Essa relação interna se manifesta na pretensão de validade do direito. “Embora pretensões de direito estejam ligadas a autorizações de coerção, elas também podem ser seguidas, a qualquer momento, por ‘respeito à lei’, isto é, levando em conta sua pretensão de validade normativa”. (HABERMAS, 1997, p. 49). Normas de direito são, ao mesmo tempo, leis da coerção e leis da liberdade. Há um entrelaçamento entre aceitação (referente a fatos sociais) e aceitabilidade exigida por pretensões de validade, presente já no agir comunicativo, sob a forma de tensão entre facticidade e validade, e intensificada no direito. Como o direito se interliga às três fontes de integração social (dinheiro, poder administrativo e solidariedade), é preciso manter essa tensão por meio da positividade discursiva.

Se Habermas se aproxima de Kant para relacionar facticidade/validade e coerção/liberdade, dele se afasta ao não derivar o direito da moral, mas estabelece uma complementariedade entre estes e a política. Segundo ele, o direito moderno não deve apenas satisfazer às exigências funcionais de uma complexa sociedade econômica, mas deve também atender às condições precárias de integração social satisfeitas por sujeitos que agem comunicativamente, ou seja, pela aceitabilidade racional de pretensões de validade.

“O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade de liberdades de ação [...]. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que,

por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo”. (HABERMAS, 1997, p. 114-115).

Direito e moral não se confundem. Ambos se referem à definição de normas de ação, sendo que normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma comunidade concreta e como indivíduos insubstituíveis; ao passo que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada pelas normas do direito. “Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos quando é traduzida para o código do direito”. (HABERMAS, 1997, p. 144). Essa tradução se dá pelo *princípio da democracia* que *poderá* fazer com que se externem conteúdos morais em comunidades jurídicas. Isso sob a égide do *princípio do discurso*, que dá validade a essas relações intersubjetivas (*são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais*).

Estabelecida a legitimidade dos direitos, Habermas passará a definir a legitimidade de uma ordem de dominação por meio da relação do poder político com o direito. Para a tradição do direito racional, o direito surgia da renúncia à violência e servia para a canalização de uma força equiparada ao poder. Ao diferenciar poder e violência, Hannah Arendt elimina essa oposição, no dizer de Habermas (1997, p. 188, grifo do autor): “O direito se liga *naturalmente* a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo”. Assim o direito dará forma às normas reguladoras de conflitos; mas também deve ele impor, por meio da formação discursiva da opinião e da vontade, restrições à realização de fins coletivos.

É assim que, absorvendo e transformando a herança kantiana, Habermas fará a diferenciação entre os usos pragmático, ético e moral da razão prática.

“Questões pragmáticas colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de fins e preferências que já são dados.

[...]

Questões ético-políticas colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida [...].

Em questões morais, o ponto de vista teleológico, que nos permite enfrentar problemas por meio de uma cooperação voltada a um fim, desaparece por trás do ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos”. (HABERMAS, 1997, p. 200-203).

Essa diferenciação é crucial para a determinação do código binário do direito e da moral, bem como o código gradual, afeito à ética.

Para fazer frente contra o problema da indeterminação do direito, Habermas recorre à teoria hermenêutica construtivista de Ronald Dworkin. Superando as propostas de *standards* dos costumes dos hermeneutas, das determinantes extrajurídicas do realismo e do tributo ao arbítrio do juiz presente no positivismo, Dworkin aposta na premissa de que há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência. Distinguindo argumentos de política (que se formam em discursos éticos ou pragmáticos) e argumentos de princípio (formados em discursos jurídicos ou morais), Dworkin tem em mente que direitos merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça. Direitos são “trunfos” num jogo de baralho. Isso implica dizer que há uma *resposta correta* e que será ela encontrada pelo esforço hermenêutico do juiz Hércules em realizar o conceito de integridade. Habermas substitui, então, o solipsismo de Hércules pelo princípio do discurso, pelo agir comunicativo que

permite ao juiz assumir a perspectiva do outro. Nesse espectro, *paradigmas* funcionam como redutores de complexidade e auxiliam na elaboração participativa do discurso de aplicação numa “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. (HÄBERLE, 1997, p. 29-30).

Nesse diapasão, o tribunal não pode funcionar como único e último intérprete da Constituição. Elaborando uma crítica à opção metodológica da Corte Constitucional Alemã por uma *jurisprudência de valores*, Habermas vai acentuar a diferenciação normativa de Dworkin entre regras e princípios, reforçando aquele caráter para esses últimos. A Constituição não é uma “ordem concreta de valores”, mas um conjunto coerente de princípios e regras (os princípios são abertos e precisam ser densificados com os elementos do discurso de aplicação; as regras contêm em si, na maioria das vezes, os elementos suficientes de sua aplicação, trabalhando em uma lógica de sim/não) constituído num processo discursivo de formação da opinião e da vontade que garanta a autonomia pública (soberania popular) e privada (direitos fundamentais) do cidadão.

Discriminando o que sejam normas e valores, Habermas se opõe à proposta argumentativa de Robert Alexy. Aqui instaura-se a grande controvérsia entre Habermas e Alexy sobre a devida compreensão dos princípios e seu caráter deontológico. A tese de Robert Alexy leva a uma confusão entre discursos de justificação (referentes à validade das normas) e discursos de aplicação (referentes à adequabilidade das normas) (GÜNTHER, 2004), permitindo que o controle de constitucionalidade acabe-se tornando, em última análise, num tipo de legiferação.

“Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual me-

da, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. *Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim) [...]”.* (HABERMAS, 1997, p. 316-317).

Se Habermas discorda da posição dita objetivante de Luhmann no que concerne às possibilidades de integração social que o direito pode levar adiante, por outro lado, é explícita sua incorporação e reafirmação da idéia do último relativa à operacionalização do direito como um sistema. O direito é, ao mesmo tempo, sistema de ação e sistema de valores. Seu modo de operar é a distinção direito/não direito, justo/injusto, e não um código gradual relativizante que permite ao Judiciário refazer o que o Poder Legis-

lativo havia empreendido no âmbito de fundamentação ou justificação das normas<sup>15</sup>.

Habermas (2002, p. 356) esclarece que o próprio termo *deontológico* se refere, em primeiro lugar, a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Mesmo que se restrinja a universalidade de normas a um campo específico localizado social e temporalmente, como só ocorre com as normas jurídicas, não se viola o código binário, código este que possui pretensão de verdade análoga a de mandamentos que variam entre “certo” e “errado” e nem é ultrajada a incondicionalidade de sua reivindicação normativa de validação.

“A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que ‘é bom para nós’ e o que ‘há de melhor’ caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos; no caso de uma colisão, deixaria de ocorrer o ‘recoo’ de um direito em relação a outros, sem que ele tivesse que com isso perder sua validade”. (HABERMAS, 2002, p. 356).

O problema que surge da concepção de Luhmann, se tomada realmente como uma concepção objetivante, está na irrelevância que a argumentação assume na tarefa de justificar o direito moderno. Como ressalta Klaus Günther (2004, p. 382), Luhmann concebe as normas a partir de um dever coativo e da única e exclusiva função de sinalizar a recusa de aprendizagem, não podendo elas ser universalmente fundamentadas e nem adequadamente aplicadas. Além disso, a aplicação de normas a casos isolados significa não mais que uma decisão orientada por critérios internos; da ótica externa, a decisão é somente a correlação de uma expectativa de comportamento com o código direito/não direito. Argumentos não têm mais do que uma função retórica e encobrem

a dupla contingência (condições de conhecimento limitado e tempo infinito) do sistema jurídico (GÜNTHER, 2004, p. 383). Essa concepção joga por terra qualquer tentativa de conceber o direito de uma perspectiva racional, *pós-convencional*<sup>16</sup>, que possibilite, ao menos no nível da aceitabilidade racional, que os destinatários das normas possam-se entender como seus autores; mesmo que saiam vencidos nos procedimentos de adjudicação, eles devem poder, no mínimo, ter o próprio procedimento como legítimo. Talvez isso não esteja distante da legitimação procedimental luhmanniana. Mas tal desaparece na medida em que, em sociedades democráticas, dificilmente argumentos podem ser colocados de lado quando criticados.

Prevalece, contudo, em Luhmann, que o código binário do direito deve ser respeitado, caso não se pretenda romper com autonomia do sistema. E isso é mantido por ele mesmo quando reconhece a abertura do sistema do direito em relação a outros códigos. Apenas os *programas*<sup>17</sup>, e não os códigos, possuem o instrumental para aceitar mudanças. Não obstante a crítica de Günther, que acusa de precária a teoria de Luhmann por não ser possível desvincular argumentação de adequação dos programas relativos aos códigos, podemos entender, com Habermas, a questão da seguinte maneira: só tem acesso e validade nos discursos jurídicos de aplicação os argumentos que, sejam eles de ordem moral, pragmático-política ou ética, foram filtrados pelo código do direito nos discursos de fundamentação das normas.

#### 4. Os problemas de um Judiciário autocrático

Com o advento do paradigma de bem-estar, Ingeborg Maus (2000, p. 183 et seq.) noticia um crescimento dos poderes e competências do Poder Judiciário alemão, em especial da Corte Constitucional. Segundo Maus (2000, p. 186), tal crescimento se deve

ao tipo de abordagem hermenêutica por parte dos juizes, que há muito não aplicam o direito positivo silogisticamente, mas apelam para fundamentos, segundo ela, de ordem moral.

Esse crescimento pode ser contraposto ao modelo de adjudicação próprio do paradigma liberal, modelo da aplicação por silogismos da lei, um tipo de interpretação formal que, aos olhos de Maus (2000, p. 188), parecia atender ao princípio da soberania do povo, confundido com a própria lei. A proeminência do Poder Legislativo após a Revolução Francesa, justificada teoricamente por Sieyès, teria surtido efeitos na Alemanha, ocasionando a total subserviência, no século XIX, do Judiciário ao direito formal burguês. Com o advento do paradigma social, os juizes alemães reivindicaram mais e mais poderes: isso pode ser notado principalmente com a criação da Associação dos Juizes Alemães, no início do último século. A instauração do regime nazista, outrossim, contribuiu em muito para que os juizes passassem a encarnar o modelo de eticidade tão caro à conformação da unidade do povo alemão. O juiz era a unidade schmittiana, portador de um tipo de autorização dada pelo *III Reich* para que eles se desligassem das “muletas da lei” e pudessem levar adiante o processo da unificação; eles eram os protetores dos verdadeiros valores de um povo e aniquiladores dos falsos. (MAUS, 2000, p. 197).

Com o pós-Guerra e a reinstalação da democracia, no entanto, esse papel de condutor da “moralidade alemã”<sup>18</sup> foi mantido mesmo com a Constituição de Bonn de 1949. Juristas permaneceram nas universidades e juizes em seus cargos, ou seja, o mesmo pensamento de extensão dos poderes e competências do Judiciário permaneceu. Assim, foi fácil para a Corte Constitucional Alemã criar doutrinas como a da jurisprudência de valores, reelaborando o passado nazista como uma amarra do juiz ao direito positivo e propondo o julgamento conforme cláusulas gerais, conceitos indeterminados e

outros parâmetros que não tinham qualquer vinculação com a Constituição, mas, ao contrário, eram tratados como normas suprapositivas às quais o Judiciário teria sempre acesso. Justificou-se o domínio da doutrina antiformalista com o recomeço do Estado de Direito. Com isso, o monarca que teria sido destituído com o paradigma liberal burguês reencarnou no superego que constitui o Judiciário (MAUS, 2000, p. 187). A “sociedade órfã” já não dispunha do livre acesso à emancipação moral, mas tinha no Estado um poder que era a imago, a imagem paternal que lhe ditava os principais valores assim classificados por ela. O direito aplicado não é o votado no Legislativo, mas o que o Judiciário entende como aplicável; se ele não existe, basta criá-lo.

O diagnóstico de Maus não se restringe à Alemanha. Para a autora, pôde-se verificar nos últimos anos o aumento da popularidade do Poder Judiciário (popularidade fruto da ausência de poderes de crítica por parte de uma sociedade órfã) também em países como os Estados Unidos. A recente literatura traz ao público biografias de juizes, históricos desses personagens em que eles são comparados a deuses do Olimpo<sup>19</sup>. Isso daria margem para a formulação de teorias que, segundo ela (MAUS, 2000, p. 186), atribuem ao juiz um poder excessivo: tal seria, por exemplo, a proposta teórica de Ronald Dworkin. Seria possível vislumbrar, na teoria da integridade, a atribuição por demais onerosa aos juizes de dizer o que é o direito. Apesar do instigante diagnóstico de Maus, que problematiza a questão de se colocar o Judiciário no centro do sistema do direito, a autora não reflete bem acerca do pensamento de Dworkin.

Sociedades pluralistas como as da alta modernidade podem ser situadas, ou pelo menos têm a pretensão de, no estágio 6 do terceiro nível do desenvolvimento moral, como acima salientado (v. nota 16). Desse modo, é preciso também atentar para um nível de diferenciação dos usos da razão prática, como também acima salientamos,

pelo pensamento de Habermas (usos moral, pragmático e ético). Conseqüência desses fatores é a tão destacada distinção entre normas e valores.

Na esteira desse pensamento, Ronald Dworkin (2002, p. 36) distinguirá argumentos de princípio de argumentos de política. Os argumentos de política decidem sobre o que é bom para uma determinada comunidade; argumentos de princípio dizem sobre o que é justo, ou seja, são argumentos normativos que não podem ter sua obediência afastada.

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Quando juízes decidem de acordo com a integridade do direito, eles estão agindo conforme membros de uma comunidade de princípios (assim como *todos* os outros cidadãos). Eles devem interpretar o direito em sua melhor luz, sem se vincular totalmente ao passado (como fazem os *convencionalistas*<sup>20</sup>) e nem totalmente ao futuro (como os *pragmáticos*<sup>21</sup>); isso inclui o tratamento deontológico, e não axiológico, dos princípios e o respeito aos direitos, tidos como “trunfos” diante de argumentos de ordem política. A *moral política* em Dworkin é um todo coerente das virtudes cívicas da equidade, da justiça, do devido processo e da integridade<sup>22</sup>; não é o que o juiz pensa que é bom para mim/nós, mas o que é universalmente bom numa dada comunidade de princípios que aceita as obrigações de uma comunidade

básica – especial, pessoal, abrangente e igualitária. Uma obrigação é especial porque ela possui um caráter distintivo para o grupo, não sendo deveres que os membros da comunidade devem ter em relação aos não membros. É pessoal porque vai de membro a membro, não percorrendo todo o grupo. Será abrangente na medida em que os membros possam ver tal responsabilidade como decorrente de uma mais geral, o interesse pelo bem-estar de todos. Por fim, os membros devem ter em mente não apenas um interesse, mas um igual interesse por todos os membros. (DWORKIN, 1999, p. 242-243).

O caráter deontológico do direito aceito por Dworkin e Habermas é também compartilhado por Klaus Günther (2004). Princípios são normas que devem ser interpretadas em sua melhor luz segundo um sistema jurídico *coerente*<sup>23</sup>, próprio às sociedades pós-convencionais. A distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação pressupõe a diferenciação entre validade e adequabilidade, ou seja, que normas podem ser válidas e não ser contraditórias pelo simples fato de serem afastadas em determinadas situações de aplicação.

Essa é uma diferenciação que não se aplica a Robert Alexy (1993). Com sua concepção de princípios como *mandados de otimização*, Alexy relativiza o código binário do direito e aceita a posição da Corte Constitucional Alemã de que a Constituição é uma “ordem concreta de valores”, tal como decidido no caso Lüth. Desse modo, Maus dirige uma crítica a Dworkin que seria mais bem endereçada a Alexy<sup>24</sup>.

“A desconsideração dos direitos fundamentais, risco inerente à ‘Jurisprudência de Valores’, não de maneira excepcional, mas como regra intrínseca à sua mecânica, foi agudamente percebida por Dworkin. Este concebe a decisão judicial em função da principiologia jurídica, como um agir reconstitutivo, normatizando individualmente situações pretéritas. Tal como Alexy, ele admite a existência de anti-



nomias principiológicas, que exigem pesagem/ponderação. Contudo, esse procedimento não pode jamais pautar-se por práticas judiciais utilitárias, ou seja, pela fixação de prioridades/preferências judiciais. Dessa maneira, não haveria uma ‘colisão’ de princípios e sim uma ‘concorrência’ dos mesmos. Dworkin sustenta um critério de ‘coerências’ que refletisse ‘um nível mais profundo da moral política’ ”. (CRUZ, 2004, p. 204).

Dworkin não pensa que os juízes devam incorporar a moral (ética, melhor dizendo) de uma sociedade, mas sim que eles são integrantes de uma comunidade que aceita e leva adiante determinados princípios, caso queiram regular sua convivência com os meios do direito positivo (HABERMAS, 1998). O Juiz Hércules não passa de uma figura de retórica aplicável a qualquer operador do direito. Discursos morais não se confundem com discursos éticos, nem com discursos pragmáticos. Quando um juiz decide aceitando o ideal de integridade, ele só pode levar em conta, no discurso de aplicação, discursos morais, éticos e políticos traduzidos para o código do direito. O princípio da democracia traduz para o direito institucionalizado o princípio do discurso, tornando só aceitáveis os princípios e regras instituídos autonomamente.

### 5. Conclusões

As sociedades da alta modernidade são marcadamente complexas. Nelas, os sistemas se diferenciam na mesma medida em que cresce tal complexidade; há uma diferenciação dos sistemas autopoieticos em relação ao ambiente que os circunda e em relação a si mesmos, constituindo subsistemas. O sistema é o conjunto de elementos interrelacionados, cuja unidade é dada por suas interações.

As operações de um sistema observam seus próprios limites. A observação de tais limites leva a uma operacionalização de

acordo com um *código*, que é uma duplicação da comunicação por meio de uma afirmação e uma negação. O direito opera com o código direito/não direito. Para ele, só interessam comunicações que façam referência à legalidade ou ilegalidade. *Tertium non datur*. O direito deve expressar expectativas de comportamento, comunicá-las e fazer com que elas sejam reconhecidas.

Os sistemas permitem o acoplamento estrutural, não obstante seu fechamento operacional. Para Luhmann, a Constituição é o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. Tal acoplamento não viola a especificidade de cada sistema.

A diferenciação interna do sistema do direito levou à autonomização do sistema dos tribunais. Não obstante, eles devem ainda atender ao código binário direito/não direito. Para Luhmann, diferentemente da hierarquização entre Legislativo e Judiciário, há uma separação entre centro e periferia. O Judiciário ocupa o centro do sistema do direito.

Para Habermas, a análise que Luhmann faz do direito como sistema é objetivista por demais, não incorporando Luhmann os ganhos da hermenêutica. O que Habermas não salienta é que Luhmann não pretende “encapsular” os sistemas que descreve: o próprio conceito de *irritação* põe essa afirmativa de lado. Mais que isso, a construção do sistema do direito a partir da diferença centro/periferia permite que o sistema do direito tenha acesso, por intermédio da periferia, a argumentos de outras ordens, transformados para o código do direito pelo Legislativo.

A proposta de Robert Alexy relativiza o código binário do direito ao assimilar princípios a valores e não a normas, por sua teorização acerca dos mandados de otimização. Além disso, fica muito difícil sustentar a racionalidade da jurisprudência de valores mediante um método, o princípio da proporcionalidade, levado em conta o giro proporcionado pela transição da filosofia do sujeito para a filosofia da linguagem.

Habermas, Dworkin e Günther não aceitam a proposta axiológica de Alexy. Em Dworkin, a diferença entre argumentos de política e argumentos de princípio permite enxergar a precedência do justo sobre o bom. Em Habermas, normas não se confundem com valores: as primeiras possuem um código binário, os segundos, um código gradual. Além disso, em sociedades complexas, os usos da razão prática não podem ser confundidos e devem ser identificados caso a caso (uso moral, ético e pragmático). Em Günther, a diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação impede a confusão entre validade e adequabilidade.

Maus evidencia o problema da perda de autonomia de uma sociedade que se deixa guiar por um tribunal que escolhe os valores mais caros e os impõe coercitivamente, sem levar na devida conta o caráter recíproco das normas de direito.

Em sociedades complexas e pós-conventionais, a legitimidade do direito assenta-se na possibilidade de aceitabilidade racional por parte dos destinatários dos resultados de discursos jurídicos de fundamentação e de aplicação. Não há mais como apelar para instâncias de fundamentação que não representem o acordo racional, pelo menos no sentido procedimental, dos indivíduos e grupos de uma comunidade jurídica localizada e situada historicamente.

Essa necessidade de legitimação ganha importância na medida em que a lógica da divisão de poderes é revista pela mudança de paradigmas. Funções antes desempenhadas precipuamente pelos órgãos de poder passam a flutuar entre os mesmos, ultrapassando a concepção estanque própria do paradigma do Estado liberal.

A devida compreensão pelo Poder Judiciário da qualidade deontológica das normas jurídicas é, talvez, a única forma de se garantir uma prestação jurisdicional racionalmente aceitável, cujos pressupostos não se assentem apenas nos instrumentos de coação (facticidade) do direito.

<sup>1</sup> Para uma análise mais pormenorizada da questão, vide o artigo de Mattos (2003, p. 67-118).

<sup>2</sup> A ciência moderna conhece seus próprios limites. As ambições do Iluminismo relacionadas a uma racionalidade extremada há muito cederam espaço para uma concepção de ciência que se sabe precária. Para tanto, Cf. CARVALHO NETTO, 2003, p. 81-108.

<sup>3</sup> O conceito de *autopoiesis* foi elaborado por Humberto Maturana, biólogo chileno, que buscava explicar a organização de organismos vivos. “Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones [...] internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 31-32).

<sup>4</sup> “La distinción entre operación/observación está en la base del planteamiento constructivista de Luhmann [...] y de la extensión del concepto de autopoiesis [...] a los sistemas constitutivos de sentido. Partiendo de esta distinción se pueden combinar en efecto la absoluta determinación de las operaciones autopoieticas con la contingencia de la observación.

Con operación se entiende la reproducción de un elemento de un sistema autopoietico con base de los elementos del mismo sistema, es decir, el presupuesto para la existencia del sistema mismo. No existe por tanto un sistema sin un modo aun la distinción justo/erróneo es un esquema observativo con sus propios límites y con el propio punto ciego y no garantiza una particular adecuación con el mundo”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 119-120). A observação é uma operação do sistema, consistente numa *distinção*. Toda distinção se estabelece com relação ao sistema e ao ambiente; se o sistema aponta para ele mesmo, cuida-se de uma auto-referência; se para o ambiente, heteroreferência. A *auto-observação* é uma distinção aplicada a ela mesma.

<sup>5</sup> Para a teoria dos sistemas, a *comunicação* não é uma ação. É uma *operação social* de três momentos: ato de comunicar – informação – compreensão. A comunicação é algo improvável, já que a correspondência entre o ato de comunicar e a compreensão é impossível. No marco de uma teoria dos sistemas, não existe *consenso*. Para tornar a questão ainda mais problemática, há a complexidade (excesso de possibilidades) da comunicação. O que se pode fazer é reduzir tal complexidade por *meios de comunicação*.

<sup>6</sup> Para tanto, Cf. HABERMAS, 1998. Na versão para o português, Cf. HABERMAS, 1997.

<sup>7</sup> *Função*, em Luhmann, não é um efeito a ser buscado, mas um esquema regulador de sentido, que organiza um âmbito de comparação de efeitos equivalentes. (MANSILLA RODRÍGUEZ, 2002, p. 29).

<sup>8</sup> “La diferenciación no se observa tan sólo entre el sistema y un entorno con el transfondo de lo indeterminado del mundo [...]. Es observable también al interior de un sistema (Systemdifferenzierung o de manera más simple Differenzierung). La diferenciación de un sistema consiste en la aplicación de la formación de un sistema a sí misma: se trata de una forma reflexiva y recursiva de construcción de sistema que replica, al interior del sistema mismo, la diferencia sistema/entorno”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 57).

<sup>9</sup> Há uma vasta bibliografia discutindo tal ampliação de poderes e os perigos nos quais ela incide. De forma sumária, pode-se vide Dworkin (1999); Günther (2004); Habermas (1998).

<sup>10</sup> O movimento do realismo jurídico se projetou nos idos das décadas de 1920 e 1930 nos Estados Unidos, tendo como primeiro divulgador Oliver Wendell Holmes. As doutrinas do realismo jurídico teriam o intento de afastar a suposta pureza do Direito e demonstrar sua íntima vinculação à política. O realismo jurídico, nas palavras de Morton Horwitz, produziria um ceticismo salutar e seria mais adequado para descrever um sistema de Direito que, nos EUA, construiu-se muito por contribuição do trabalho dos juizes de interpretar e aplicar a Constituição. A máxima que sintetiza as idéias do realismo jurídico pode ser encontrada na posição do Juiz Presidente da Suprema Corte, Charles Evan Hughes, que alegava ser a Constituição o que os juizes dizem que ela é. (MARTINS, 2002, p. 215-228).

<sup>11</sup> Uma vez que os sistemas são auto-referentes e autopoieticos, a assimetização de um *paradoxo* evita que as operações do sistema se voltem sobre si próprias, sem referência a algum outro elemento. Nesse espectro, é preciso notar que um *paradoxo* tem uma função criativa na teoria luhmanniana. “Las paradojas se crean cuando las condiciones de posibilidad de una operación son al mismo tiempo a las condiciones de su imposibilidad [...]. Las paradojas surgen cuando el observador, que en cuanto tal señala algunas distinciones, hace surgir la cuestión de la unidad de la distinción que está utilizando [...]. Toda distinción es inherentemente paradójica, precisamente porque los dos dados que la constituyen siempre están presentes contemporáneamente: el uno en cuanto lado indicado, el otro como el lado que debe ser sobreentendido como lado al cual se hace referencia”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 123-124)

<sup>12</sup> A expressão *hard cases* se refere aos casos difíceis ou casos para os quais não há uma decisão no

passado que possa orientar a decisão no presente, ou mesmo que a regulamentação sobre eles seja de caráter duvidoso ou nem chegue a existir. H.L.A. Hart resolve o problema desses casos atribuindo um poder discricionário aos juizes para resolvê-los. Ronald Dworkin (2002) enfrenta a questão com sua teoria da integridade do direito e com o recurso a princípios jurídicos. Cf. HART, 1994.

<sup>13</sup> “O conceito de irritação (irritabilidade) aponta para o fato de que a causa do acoplamento estrutural dos sistemas acoplados reage de maneira distinta ao que se refere à celeridade, às irritações [...]. Os acoplamentos estruturais com seu duplo efeito de inclusão/exclusão fazem mais a concentração da irritabilidade. O mesmo que preparam no âmbito de suas possibilidades para as contingências”. (CHAI, 2004, p. 62-63).

<sup>14</sup> Na filosofia de Leibnitz, substância simples ativa, de que todos os corpos são feitos.

<sup>15</sup> Günther procede à diferenciação entre discursos de justificação ou fundamentação e discursos de aplicação, diferenciando consequentemente validade de adequabilidade. Cattoni de Oliveira (2002, p. 85) bem evidencia os conceitos: “Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]”.

Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’ ”.

<sup>16</sup> Klaus Günther e Jürgen Habermas apropriam-se da concepção principiológica da teoria de Kohlberg acerca dos estágios de desenvolvimento moral para inseri-la no direito. Segundo Kohlberg, o desenvolvimento moral da criança compreende três estágios: pré-convencional, convencional e pós-convencional. “No nível pré-convencional o indivíduo não chega a compreender que as regras e valores se baseiam em tal acordo, e as reificam. No nível pós-convencional, os indivíduos percebem que estes acordos, por seu turno, baseiam-se em princípios que, inclusive, podem fundamentar a alteração destes acordos. O nível pós-convencional, que aqui nos interessa de modo mais direto, é dividido em dois estágios: o estágio 5 (nível do contrato social ou da utilidade e dos direitos individuais) e o estágio 6 (nível dos princípios éticos universais). O que difere ambos estágios é que o estágio 5 tende a ver tais princípios como intrínsecos à sociedade e a conceber um escalonamento rígido e prévio entre estes princípios. Já o estágio 6 reconhece que estes princípios podem ser postulados (ou reivindicados) uni-

versalmente, mas que não existe um escalonamento rígido e prévio entre os mesmos (...). (GALUPPO, 2002, p. 192-193).

<sup>17</sup> “Los programas se definen en general como conjuntos de condiciones para la corrección. Con referencia a los códigos [...], los programas son aquello que establece los criterios para la correcta atribución de los valores de tales códigos, de tal manera que un sistema que se oriente hacia ellos [...] pueda alcanzar complejidad estructurada y controlar el propio proceder [...]”.

Los programas compensan la rígida condición binaria del código, que permite tomar en consideración únicamente dos valores, introduciendo en la decisión criterios extraños a éste [...]” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 131-132).

<sup>18</sup> É preciso salientar que Maus não distingue, tal qual Habermas, discursos éticos de morais e de pragmáticos, tomando o termo *moralidade* num sentido que, no último, melhor se expressaria por eticidade.

<sup>19</sup> Maus se refere ao livro de Alan Barth (1974).

<sup>20</sup> Para os convencionalistas, “[...] a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política”. (DWORKIN, 1999, p. 141).

<sup>21</sup> “O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou virtude de qualquer decisão atual”. (DWORKIN, 1999, p. 185).

<sup>22</sup> A *equidade* requer a existência de procedimentos políticos que distribuam o poder político adequadamente (DWORKIN, 1999, p. 200); não tem o significado da equidade grega, mas muito mais o de imparcialidade. A *justiça* pede aos legisladores e juízes que distribuam recursos materiais e protejam a liberdade sempre de modo a alcançar um resultado moralmente aceitável. O *devido processo* se refere aos procedimentos corretos para julgar algum cidadão (DWORKIN, 1999, p. 200). Por fim, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”. (DWORKIN, 1999, p. 305).

<sup>23</sup> “Na última seção pretendo defender a tese de que o sistema legal de uma sociedade tem que ser interpretado como um paradigma de um sistema de normas válidas, em última análise, coerente. De acordo com esta sugestão, um sistema jurídico pode ser criticado pelos mesmos dois tipos de motivos, como no caso das normas morais: as normas jurídicas têm que ser válidas no sentido de uma teoria do discurso e o sistema coerente de normas jurídicas pretende dar uma resposta adequada a todos os casos”. (GÜNTHER, 2000, p. 98)

<sup>24</sup> Alguns intérpretes de Dworkin tendem a aproximá-lo de Alexy, dizendo, sim, que ele permite uma ponderação do juiz quanto ele está diante de um conflito entre princípios (DWORKIN, 2002, p. 44). Antes de mais nada, é preciso asseverar que tais intérpretes têm por base a própria compreensão que Alexy tem de Dworkin e que pode ser encontrada em *Derecho y razón práctica* (1993). Não concordo com tal visão. A distinção entre regras e princípios, em Dworkin, não é uma distinção morfológica; ela depende do caso concreto, dos sinais característicos que ele revela. Tanto é assim que não é possível estabelecer uma lista dos princípios mais importantes para uma comunidade, nem simplesmente querer chamar tal norma de um princípio ou uma regra sem estar diante do caso concreto. Além disso, o termo “ponderação” em Dworkin não significa balanceamento, mas reflexão, algo que um autor herdeiro do giro hermenêutico pode entender sem se contradizer (Cf. ALEINIKOFF, 1987). Outro ponto importante é que ele rechaça veementemente uma axiologização do direito ao aceitar a tese da resposta correta, que pressupõe uma outra tese, a da bivalência. (DWORKIN, 2001, p. 176).

## Referências

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional law on the age of balancing. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, n. 5, abr. 1987.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Tradução de Menelick de Carvalho Netto.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razon practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARTH, Alan. *Prophets with honor: great dissents and great dissenters and Supreme Court*. New York: Vintage Books, 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 82.424. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Brasília, n. 340, 15/19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info340.asp>><[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: [20—?].

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 88, p. 81-108, dez. 2003

\_\_\_\_\_. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, maio. 1999.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: ITESO, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soether. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jimenez Rondono. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

IZUZQUIZA, Ignácio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MANSILLA RODRÍGUEZ, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARTINS, Ana Lúcia Nina Bernardes. *Florida vote direito e política na perspectiva do Legal Realism*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. Apontamentos críticos à ponderação de valores adotada pelo Supremo Tribunal Federal. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 67-118.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

NEUENSCHWANDER, Juliana Magalhães. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoietico. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./jun. 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

# Globalização e nacionalismo

Hugo Hortêncio de Aguiar

## Sumário

1. Histórico. 2. Globalização. 2.1. Século XX. 2.2. Justiça. 2.3. Nacionalismo. 2.4. A globalização da comunicação e a guerra. 3. Abrangência e tecnologia. 4. Falhas de avaliação. 5. Nacionalismo *versus* Globalização. 6. Conclusão.

## 1. Histórico

Toda a nova geração está imbuída da idéia de que a expansão da comunicação, com o conceito de “aldeia global”, sob o apostolado do grande cientista social Marshall McLuhan, ainda na primeira metade do século XX, foi a pioneira das globalizações nas atividades humanas.

No entanto, omitindo a Cruz Vermelha, em 1864, e as Cortes de Arbitragem (depois “de Justiça”) de Haia, de 1899 em diante, uma vez que eram limitadas em número de nações adeptas, a primeira globalização efetiva e com essa prioritária finalidade foi a ideológica, concretizada na Terceira Associação Internacional de Trabalhadores, ou 3ª Internacional<sup>1</sup>, ou melhor ainda, Comintern, fundada em 1919, em Moscou, por Vladímir Uliânov, mais conhecido como Lênin.

O Comintern, isto é, o órgão propulsor da “globalização do comunismo”, trouxe à discussão um problema: o conceito de nacionalismo adotado por muitos bolchevistas, inclusive por Lênin – que via o nacionalismo como uma forma de produção capitalista –, desapareceria com a introdução do co-

---

Hugo Hortêncio de Aguiar é coronel do Exército, reformado, professor e especialista em culturas soviética e do Oriente Médio.

munismo. As pequenas nações, dominadas por “colonialistas”, tentariam a independência, sendo assim um alvo convidativo para a propaganda. E eram em grande número. Era uma ambigüidade ideológica sempre criticada por uma parcela do Partido Bolchevista.

Como é sabido, Lênin optou pela globalização e abandonou definitivamente o nacionalismo, sentimento que, segundo certos autores, sempre teve realmente um pouco de sua simpatia. Com a desintegração do Império Russo dos Romanov, adotou a solução do Império Soviético, e procurou, ao mesmo tempo, dar uma fachada de federação e uma certa autonomia cultural às etnias assimiladas, o que desagradou o Partido.

Contudo, ajustou-se rapidamente à nova situação, caracterizando mais uma vez um dos traços marcantes de sua personalidade: a falta de lógica.

Com a 1ª Guerra Mundial, diversos conceitos e atividades procuraram ser globalizados, mas o forte sentimento nacionalista herdado do século XIX e o fracasso da Liga das Nações fizeram com que a adoção do modelo globalizado só se verificasse com a 2ª Guerra Mundial e a subsequente Organização das Nações Unidas.

Vejam os leitores como sucedem os fenômenos sociais. Uma guerra de grandes proporções, abrangente e devastadora, teve papel decisivo na consolidação dos princípios e mecanismos da convivência pacífica internacional, com a expansão dos direitos individuais e, de modo geral, do Direito Internacional. Por isso, foi preponderante a influência da globalização da comunicação social, desenvolvida com a tecnologia das comunicações.

## 2. Globalização

### 2.1. Século XX

O século vinte foi o século das globalizações, tendo como carro-chefe a globalização

da comunicação. Tudo foi globalizado: política, economia, segurança, saúde, justiça, direito internacional e até a religião foi tentada, pela busca do ecumenismo, embora esta última sem uma abrangência total, pelas naturais limitações dogmáticas.

Vários aspectos das relações internacionais foram globalizados, como os referentes a comércio, indústria e outros, alguns já inseridos no parágrafo anterior e outros bem específicos.

Vamos ressaltar apenas duas globalizações, sendo a primeira a Justiça.

### 2.2. Justiça

A Corte Internacional de Justiça, em Haia, é um exemplo de tentativa de globalização, pelo aumento constante de Estados signatários e pelas efetivas ações que têm efeito naquele Fórum.

Àquela Corte cabe o julgamento de uma série de delitos entre Estados e até dentro de um só Estado, como crimes de direitos humanos, “crimes de guerra” e outros, nas relações entre Estados, abrangidos pelo Direito Internacional.

Não há dúvida de que o Direito Internacional é de muito difícil interpretação no aspecto subjetivo. Mas, também no aspecto prático, apresenta um alto grau de dificuldade: é a capacidade de sua aplicação.

E é aí que entramos com nossa análise crítica.

Tudo depende da estrutura econômico-político-militar do agente do delito, e, naturalmente, de sua projeção no cenário mundial.

Não é preciso ressaltar as dificuldades dos órgãos de direitos humanos na realização de devassa nas prisões de Guantânamo ou nos cárceres do aparato comunista da China. Quanto a “crimes de guerra”, esse descompasso é ainda maior.

Os sérvios, que realizaram massacres em massa, e os iraquianos, com o uso de agentes químicos contra os curdos, estão sendo e continuarão a ser merecidamente julgados e condenados. Além do odioso delito hu-

manístico, eles apresentam uma agravante significativa: perderam a guerra. Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados, desgastantes na aplicação do Direito Internacional.

No aspecto “direitos humanos”, seus órgãos estão perdendo uma qualidade básica do julgamento: a imparcialidade. Os terroristas, naturalmente imunes a qualquer iniciativa desses órgãos, tiram vantagem dessa posição, usando como instrumento boa parte des- preparada da mídia, por meio de uma propa- ganda inteligente dos abusos cometidos pe- las democracias, que estão perdendo essa luta inglória.

E há ainda um fator muito perturbador: um juiz inflexível chamado História.

A Rússia, a Alemanha e a França lidera- ram, na ONU, a antiguerra no Iraque. A Rússia, ainda há poucas décadas como União Soviética, realizou ações armadas direta, ou indiretamente, por seus tutelados, no Afeganistão, no Camboja, em Angola, na Etiópia e na Nicarágua, sem autorização de ninguém. E a sua invasão “ideológi- ca” foi tão intensa que, em 1981, manti- nha 259.700 militares no exterior (inclu- indo 180.000 do Afeganistão), em função de assessoramento e propaganda, sendo na América Latina (incluindo Cuba) 7.900.

Poderão argumentar os leitores que isso foi no antigo regime e agora a Rússia é ou- tra.

Porém, Igor Ivanov (Relações Exteriores), que mantinha na ONU atitude inflexível, sabe muito bem qual era então a função exer- cida na KGB pelo atual presidente Vladimir Pútín e a filosofia de apoio da URSS aos mo- vimentos armados de sublevação, naquela época.

A Alemanha sempre foi especializada em invasões, tanto na 1ª como na 2ª Guerra Mundial, e suas ações afrontaram acordos recém-assinados naquelas ocasiões. Quan- to a crimes de guerra, o mundo continua a assistir aos chocantes filmes do Holocausto dos judeus, sem esquecermos os freqüen- tes bombardeios de civis ingleses pela

Luftwaffe, na tentativa de invasão da ilha do Reino Unido, na 2ª Guerra Mundial.

A França, ferrenha defensora da anti- guerra no Iraque, no Conselho de Seguran- ça, não escaparia igualmente à imagem de invasora e colonialista do norte da África.

Mas vamos abordar um aspecto mais emocional. Em 1944, no desembarque das forças aliadas na Normandia (França), os americanos lavaram com sangue a praia de Omaha, e continuaram com muitas perdas humanas até libertarem a França do domí- nio alemão, após uma campanha militar francesa simplesmente trágica, em que pra- ticamente o país todo foi invadido e con- quistado pela Alemanha em 60 dias.

E houve também um memorável exem- plo que, embora típico da ética político-mi- litar, deve ser lembrado. Os americanos concederam a uma grande Unidade militar francesa, reorganizada à última hora, o pri- vilégio de entrar em Paris como libertadora, para evitar constrangimento. É verdade que episódios como esses citados acima, passa- do já mais de meio século, não poderiam ser invocados na argumentação do concei- to de não-agressão entre Estados, mas os autores da contestação é que não esta- vam no lugar certo, por razões e débitos históricos indelévels.

Focalizamos uma atividade globalizada – a Justiça – porque fornece elementos bem atualizados, adequados para fatos aconte- cidos recentemente e ainda em ebulição, mo- tivando os leitores, com toda a certeza.

Não há espaço para abordarmos as nu- merosas atividades globalizadas.

Temos que optar por uma muito interes- sante – a globalização da comunicação – de exemplos curiosíssimos.

Como o título comporta várias páginas, vamos tratar a seguir do “nacionalismo” e, logo após, reservaremos um item completo para a “globalização da comunicação e a guerra”.

Julgamos que temas ligados a fatos re- centes, ou ocorridos recentemente, interes- sam muito aos leitores.



### 2.3. Nacionalismo

Há várias definições para o termo. A que nos interessa mais de perto, e com a qual trabalharemos, é: “doutrina política que cultiva preferentemente o sentimento de pátria, da própria nacionalidade”.

“Nação” e “Nacionalidade”: embora praticamente todos os dicionários e compêndios apresentem uma sinonímia entre os dois termos, diríamos que há uma pequena diferença conceitual entre eles, sendo “nação” mais “substantiva” e “nacionalidade” mais “qualitativa”.

No nosso artigo, não haverá prejuízo no entendimento se forem usados indiscriminadamente os dois termos.

Como no item 1 demos ao nacionalismo soviético um papel de destaque, vamos adotar, para as nacionalidades do subcontinente asiático, a definição de um comunista despótico (e de fato o foi), mas adepto de umas promoções literárias de vez em quando, como para desfazer o tom de rudeza projetado por sua imagem: Stalin.

Sua definição de nacionalidade (ou de nação) era: “uma comunidade estável de pessoas, historicamente evoluída, formada à base de uma linguagem comum, de um território, de uma vida econômica e de um perfil psicológico (ou caráter), expresso em uma cultura comum”.

Como sabemos, com o nacionalismo<sup>2</sup> “russo” de Stalin, somente uma dessas características, entre as nacionalidades da União Soviética, permaneceu: o idioma nativo. Somente as nacionalidades limítrofes foram elevadas a repúblicas socialistas, chamadas de federadas, em número de 15, com uma organização política semelhante à da União, mas limitadas em sua autonomia e tolhidas em sua soberania. As demais nacionalidades (mais de uma centena) permaneceram na mesma situação desfrutada anteriormente na Rússia Tsarista, porém sob um controle mais rigoroso de Moscou.

No resto do mundo, as nacionalidades foram-se emancipando e organizando poli-

ticamente como “Estados” e adquirindo “soberania”.

E conseguir “soberania” era um grande desafio e significava representar a ordem suprema, sem escalão superior; era uma nação (ou nacionalidade) bem-sucedida, já promovida a Estado.

Isso no século XIX e princípios do século XX.

Com a 2ª Guerra Mundial, o Holocausto e a ONU, a comunidade internacional procurou uma nova ordem mundial reparadora de delitos contra o ser humano: era a internacionalização dos direitos humanos, ou melhor, a globalização dos direitos humanos, a afastar pouco a pouco o Estado do centro de proteção dos seres humanos. Mas, para isso, foram necessárias alterações de caráter jurídico, regulando-se, por tratados, os limites de competência do Estado e das organizações internacionais no monitoramento dos direitos individuais, sempre no sentido de restringir, cada vez mais, o papel daquele em favor do Direito Internacional.

Em conseqüência, o conceito de “soberania nacional” foi-se reformulando, perdendo muito a sua significação.

Lembre-mos de que essa globalização dos direitos, que marchou de vento em popa na segunda metade do século X, correspondia ao internacionalismo de vários direitos sociais já catalogados como “humanos” e opostos, aparentemente, ao nacionalismo. Nessa confrontação, o nacionalismo perdeu posição.

Ser nacionalista, no fim do século XX, era ser, de certo modo, conservador e retrógrado.

Alguns Estados, porém, foram exceções. Um deles, com certeza, foram os EEUU, cujo nacionalismo é marcante, com base em sua tradição histórica, de paladino da liberdade e exemplo de autenticidade democrática; ninguém pode negar isso. Esse nacionalismo, com o nome de patriotismo, foi posto à prova em 1941, com Pearl Harbor, e agora há pouco, em 11 de setembro de 2001, dentro de casa, sendo esta última experiência a

primeira na história, e bastante onerosa em vidas humanas, o que faria prever uma resposta decidida, como aconteceu (Guerra do Afeganistão). Desde a magnífica demonstração de civismo provado na 2ª Guerra Mundial, e fustigado por turbulentas intervenções fora de casa, que periodicamente lhe perturbaram o sono, o nacionalismo americano, aparentemente adormecido, deu um inconfundível sinal de ressurgimento.

#### 2.4. A globalização da comunicação e a guerra

Estávamos indecisos quanto à redação do presente item, fazendo referências à Guerra do Iraque, pois contém algumas críticas.

Mas, por uma feliz coincidência, tivemos a oportunidade de ler o artigo de Cláudio Lysias, no Jornal Comunidade, de Brasília-DF, pág. 2 – Política: A Semana, de 13 de abril de 2003, com o título “Quem perdeu em Bagdá”, e aquela lúcida análise – coisa rara hoje em dia – foi a motivação que faltava.

A comunicação globalizada favoreceu todas as atividades humanas. Se quisermos, por exemplo, uma informação urgente sobre o desempenho da Bolsa de Valores, em Frankfurt, ligamos o canal de TV indicado e ficaremos a par do assunto no momento. É a globalização financeira.

Do mesmo modo, ou por um *e-mail*, teríamos acesso a outros tipos de globalizações. Estamos realmente numa “aldeia global”. E o benefício geral é conhecido.

### 3. Abrangência e tecnologia

Um aspecto digno de nota, pela abrangência, foi a cobertura enorme proporcionada pela TV durante o conflito no Iraque.

Tratando-se de uma guerra, naturalmente que houve imagens tristes, dolorosas, algumas até chocantes. Mas o conjunto, quer dizer, imagem e comentário, ou mesmo só o comentário, às vezes traduzia uma inadequação às características do objeto da informação ou uma impropriedade descritiva da verdadeira dimensão do evento. Isso reve-

lava um conhecimento incompleto do fato por parte do comunicador de massa, produzindo no telespectador mais experiente, na melhor das hipóteses, indagações curiosas.

Aceitamos que qualquer empresa de TV tenha a sua preferência e que os comunicadores, particularmente os “âncoras” – responsáveis pela seleção e distribuição das informações – e os correspondentes nos grandes centros procurem atender à mídia, já que os *embedded* (adidos às unidades de combate) são naturalmente “condicionados”.

E, com relação à guerra no Iraque, não há dúvidas de que a maioria da população era contrária à guerra, fato compreensível, pelo lado doloroso provocado por ela, embora uma boa porcentagem protestasse, usando qualquer meio, por motivações diferentes.

O comunicador não tem a obrigação de ser um *expert* em técnica militar de combate, mas quando realiza cobertura abrangente e de tecnologia tão avançada, sobre matéria tão contundente e emocionante como uma guerra, seria elogiável, para a interpretação de alguns episódios polêmicos, o assessoramento de um profissional experiente, além dos analistas convidados.

Estivemos ligados, durante quase um mês, a muitos canais nacionais e internacionais disponíveis pela TV a Cabo, com maior frequência aos canais CNN-68, em espanhol, CNN-53, em inglês, TV 5-30, em francês, e Globo News-40, em português. Com a televisão globalizada, e os acordos comerciais, os canais repetiam quase sempre o mesmo noticiário sobre a guerra e cometiam as mesmas falhas de avaliação, ofuscadas pela imagem projetada.

Anotamos algumas observações e vamos citar muito poucas, selecionadas para as limitações de um artigo, à base de dados aproximados disponíveis e do interesse do leitor, pois quem critica tem o dever de, no mínimo, caracterizar o erro, se não trouxer a solução para o problema.

Saibam os leitores – e os analistas devem saber – que, desde o fim da 2ª Guerra

Mundial, há tabelas aferidoras do valor médio provável das perdas em combate, dependendo do tipo de operação militar, do efetivo empenhado, bem como de outros fatores. É claro que a técnica militar evoluiu consideravelmente, tanto no aspecto material – de armamento e equipamento –, como na concepção das operações.

#### 4. Falhas de avaliação.

Tudo isso foi considerado nesta avaliação, que abrange apenas itens de mais interesse para os leitores.

– *Perdas em pessoal:*

Iraque: (total de mortos e feridos civis)

Vários aspectos foram considerados. Fizemos um apanhado de fatos mais acessíveis ao público leigo, sendo que os da letra A provocaram aumento de perdas e os da letra B influíram na sua diminuição.

A – alguns fatores responsáveis pelo aumento do número de civis mortos e feridos do lado do Iraque:

– superioridade absoluta da aviação e da tropa terrestre da “coalizão” sobre suas opositoras;

– inexistência ou deficiência da defesa antiaérea Iraquiana;

– bombardeio de civis pelos chamados “efeitos colaterais” nas cidades ou pela localização indevida de civis ou de objetivos militares;

– necessidade de conquista e manutenção de localidades ao longo do eixo de operações, para garantia de suprimentos.

B – alguns fatores que influíram na diminuição do número de civis mortos e feridos do lado do Iraque;

– bombardeio aéreo de alvos selecionados, militares;

– precisão razoável (comparada com a de outras guerras) das bombas aéreas e dos mísseis;

– curta duração do conflito;

– política humanitária de poupança de alvos civis.

Não sabemos exatamente o número de mortos e feridos civis iraquianos, nem mesmo as cifras exatas dos elementos militares da Coalizão, mas, consultando os rascunhos diários, anotamos um possível total, de civis mortos e feridos, até o dia 21 de março, com a tomada de Bagdá, segundo o resumo:

Iraque – mortos e feridos *civis*: 15.000.

Coalizão – mortos e feridos *militares*: 500.

Influuiu também, e muito, a “máxima” popular, de uma sabedoria profética, que diz: “Há três situações na vida em que se mente mais: antes de uma eleição, durante uma guerra e depois de uma caçada”.

A propaganda iraquiana exagerava, aumentando o número de feridos civis, para sensibilizar a opinião pública mundial e a propaganda da Coalizão procurava “amenizar” o número de militares mortos e feridos em combate, para obter um efeito contrário na opinião pública americana e inglesa.

Contudo, embora as cifras acima não sejam muito confiáveis, a verdade é que, comparadas com outras guerras, as perdas em pessoal foram significativamente reduzidas, para consolo geral. Dois exemplos: na 1ª Guerra do Golfo, comparado o mesmo período de duração de guerra efetiva, o número de mortos e feridos civis foi 3 vezes maior (aproximadamente) para os iraquianos. Na Guerra do Vietnam, num período de igual duração, o total desse tipo de perdas subiu a 50 vezes mais para os vietnamitas.

Convém lembrarmos um aspecto que não pode ser deixado de lado: é o “humanitário”, posto em prática por acordos e convenções internacionais, recomendando a poupança de objetivos civis nas confrontações bélicas.

Na 2ª Guerra Mundial, quando a proibição dependia apenas da atitude ética e mo-

ral dos responsáveis, na preparação da pretendida invasão da Inglaterra, a aviação alemã selecionava preferentemente alvos civis, para desmoralizar a resistência inglesa. Com o bombardeio de Coventry, pequena cidade da Inglaterra, quando todas as suas edificações foram destruídas e quase todos os habitantes mortos ou feridos, foi criada, em língua inglesa e alemã, a palavra que, em português, poderia ser escrita “conventrização”, significando destruição total.

Assim, é justo lamentarmos o cortejo de feridos dando entrada nos hospitais e insistirmos, cada vez mais, na poupança de famílias inteiras sem nenhuma culpa pela guerra, mas, por outro lado, devemos associar a esses quadros dramáticos uma avaliação inteligente das razões motivadoras dos acontecimentos. Dessa forma, será possível, efetivamente, no futuro, reduzir ainda mais o número de perdas humanas com relação à Guerra do Iraque, a despeito de esta – não podemos esquecer – já ter sido menos desastrosa que as anteriores.

Desse modo, o que podemos fazer (participantes do lado de cá e do lado de lá) agora é reunirmo-nos nos templos cristãos e nas mesquitas islâmicas e agradecermos a Deus e a Alá (devem ser um só!) a limitação significativa do número de mortos, feridos e acidentados num confronto cujo prognóstico, desde o início e durante a campanha, era de um final dramático e sangrento.

– *Perdas de Aeronaves:*

Vamos abordar o lado da Coalizão<sup>3</sup>.

A derrubada de um helicóptero por um camponês iraquiano foi projetada mais de 50 vezes (a partir daí deixamos de anotar). Deve ter alcançado umas 200 vezes, nos 4 canais. Também um outro abatido e mais dois ou três caídos foram objeto de emoção por parte de apresentadores e apresentadoras como se, na guerra, a queda de um helicóptero fosse um evento raro e motivo de profunda investigação. O 7º Regimento de Cavalaria, com o seu 3º Esquadrão, era apoiado por 12 a 18 helicópteros (se não houve

mudanças nos quadros de organização) na linha de frente, na área mais perigosa de combate, onde o helicóptero é a arma mais indicada para o apoio tático imediato à tropa terrestre, pelo seu extraordinário desempenho.

Como estamos interessados em *perdas*, vamos ressaltar é a sua grande *vulnerabilidade*, pelos seguintes motivos:

- voa a baixa altura e em velocidade reduzida;
- pode ser abatido por armas de tiro tenso, como fuzis e metralhadoras;
- apresenta pontos sensíveis de impacto na estrutura;
- muito vulnerável ao mau tempo;
- tem elevado número de acidentes por defeitos mecânicos.

Pelos motivos apresentados, as perdas de helicópteros da Coalizão (como também de aviões) foram simplesmente irrisórias, girando em torno de 6 (meia dúzia), se esse dado for futuramente confirmado.

Se há sugestão para qualquer investigação, operacional ou técnica, só pode ser com a finalidade de apurar as razões de tão positivo índice de operacionalidade, para utilização futura nos cursos de pilotagem.

– *Guerra Irregular:*

Poderíamos abordar a ação dos *fedayn*<sup>4</sup>, dos ataques suicidas, das guerrilhas e dos árabes vizinhos voluntários, porém é muita matéria. Vamos dar uma visão geral do que foi a ação desses grupos.

Os *feday*, os suicidas e os guerrilheiros ensaiaram, no início da campanha e até os meados da guerra, algumas ações isoladas, que obtiveram algum sucesso pela surpresa; mas depois perderam a expressão, talvez pela falta de coordenação nas operações como um todo, sugerindo ausência de líderes, se não do grande líder.

Esgotados esses recursos desesperados dos iraquianos, surgiu então uma novidade, muito exaltada pelos canais de TV: árabes, residindo em países vizinhos, estavam se deslocando, individualmente ou em pe-

quenos grupos, para lutarem ao lado dos iraquianos contra o invasor.

Ora, caros leitores, esses voluntários magnânimos, com tão alto espírito de solidariedade, não constituíam uma tropa organizada. Não possuíam treinamento, enquadramento, espírito de corpo (de conjunto), nem liderança para realizarem ações de força contra a bem treinada e bem suprida tropa da coalizão.

É claro que poderiam tentar ações de guerra irregular, já comentadas neste item, com o fim de inquietar, desgastar tropa da operação principal, retardar a progressão, mas nunca deter o avanço de uma força terrestre do nível da Coalizão, em sua marcha decidida para um objetivo profundo, bem definido e compensador como Bagdá.

Havia, por parte dos apresentadores e apresentadoras, em geral, uma grande expectativa, um entusiasmo tal, com esse reforço providencial, a patentear a preferência pelos mesopotâmicos – particularmente das apresentadoras –, parecendo até que o rumo da guerra iria mudar.

Infelizmente, a avaliação não era correta.

Ações terroristas suicidas, como estamos presenciando pela TV, têm seu efeito máximo em áreas urbanas contra civis, e também contra alvos militares, por razões tão óbvias que dispensam explicações.

– *Omissão*

A Coalizão não pôde, desde o início, conforme planejara, estabelecer o *front* norte, uma vez que a Turquia não permitiu o trânsito de tropa terrestre por seu território.

Para atender essa imperiosa necessidade operacional, a Coalizão lançou 1.000 (mil) pára-quedistas, da 101ª Divisão Aerotransportada (aquela lançada na Normandia, em 1944), que desceram durante a noite, no escuro, numa região balizada pelas Forças Especiais, já estacionadas lá, não tendo havido nenhuma perda. Logo pela manhã, tomaram uma pista de pouso curta, perto de Arbelas, e imediatamente a transformaram

num aeroporto para desembarque de tropa e suprimento. Foi uma operação extraordinária. Além de conseguir uma base de operações, criando a frente Norte, obteve as seguintes vantagens:

– neutralizou o problema turco na fronteira;

– passou a coordenar o ímpeto desordenado dos curdos;

– controlou o fluxo de suprimentos e o movimento de voluntários, tanto da Síria como do Irã;

– “fixou” a tropa iraquiana, impedindo reforços para o Sul;

– impediu o ataque de mísseis a Israel, reforçando a posse dos aeroportos Noroeste do Iraque, próximos à Jordânia, já tomados antes pelas Forças Especiais;

– com o aeroporto feito, foi possível a chegada de tropa, equipamentos e suprimentos, por via aérea;

– com a conquista posterior de Kirkuk, Mossul e outras cidades próximas, ficou assegurado o domínio das zonas petrolíferas do norte. Naturalmente que o comandante da Coalizão concebeu mais vantagens ainda. Somente as vantagens citadas mostram o peso dessa arriscada operação no contexto geral da manobra. No entanto, poucas vezes, muito poucas vezes, foi citada pelos comentaristas das redes. Apenas os analistas militares da Coalizão (dois de alto bordo) descreveram a operação rapidamente, com grande habilidade e sobriedade (deles esperava-se, claro, observar o competente sigilo). Na nossa modesta opinião, foi a maior omissão informativa na transmissão da Rede formada.

– *O outro lado da moeda*

O que foi omitido com relação à operação da frente Norte foi acrescentado nos comentários sobre a Guarda Republicana.

Na pré-guerra e no início das operações no sul do Iraque, cantavam-se louvores de

toda a espécie com relação à tropa de Saddam Houssein.

Dividida até em castas, pois havia as Unidades de elite para a guarda pessoal e os palácios do ditador, era uma tropa bem treinada, bem equipada e armada, apesar das restrições do bloqueio econômico. Além disso, era fiel ao Chefe Supremo e capaz do sacrifício extremo. Era o que se dizia.

É possível que essas qualidades fossem verdadeiras.

Com o desenrolar das operações, essa mística foi-se extinguindo, para acabar de vez quando Bagdá foi conquistada com relativa facilidade. Esperava-se uma batalha sangrenta na Capital, combatendo-se de casa em casa.

O desempenho operacional da Guarda Republicana foi, porém, uma decepção para a quase totalidade dos observadores. Exceção para nós, como veremos adiante.

Os analistas, os comentaristas, os apresentadores de TV, anteriormente a tecer laudainhas de louvor, agora insistiam sobre os insucessos daquelas Unidades.

Os comentários críticos eram tantos que até os voluntários de países árabes vizinhos, sem nenhuma expectativa de sucesso, passaram a empolgar mais os jornais falados.

Vejam como é volúvel a opinião pública e quanta injustiça na avaliação do desempenho da Guarda Republicana.

Como já dissemos, apesar das sanções por que passou o Iraque após a 1ª Guerra do Golfo, a Guarda ainda mantinha, por seu treinamento, patriotismo e espírito de luta, uma capacidade operacional de bom nível. Mas aconteceram fatos que mudaram toda essa avaliação feita.

– mesmo antes da Guerra, os inspetores da ONU foram ao Iraque e destruíram grande parte (40%) dos mísseis balísticos de médio alcance, uma modesta arma estratégica (aliás, a única) para a defesa do país; os restantes não puderam ser empregados, pois não havia rampas disponíveis (para lançamentos);

– a aviação e os helicópteros da Coalizão destruíram 95% (dos 800 sobram 40) dos carros de combate, semiblandados e motorizados da tropa iraquiana; grande parte era utilizada pela Guarda, que passou à condição de tropa a pé, perdendo poder de “choque” e de fogo;

– as plataformas de lançamento de mísseis foram igualmente destruídas, restando uma ou duas, que, camufladas, lançaram mísseis “Scud” no Kuwait;

– as baterias de artilharia foram atingidas em 50%, perdendo grande parte de sua capacidade de fogo;

– depósitos de munição e suprimentos sofreram danos irreparáveis, baixando significativamente o nível operacional de toda a tropa;

– os ultrapassados aviões de combate e os helicópteros foram imobilizados no solo, só restando uns poucos, camuflados, escondidos, e de transporte, reservados para eventual fuga dos líderes;

– e, finalmente, a mais onerosa das adversidades: durante toda a guerra, a Guarda Republicana foi o alvo predileto da aviação da Coalizão; quando recuou para Bagdá, estava desfigurada.

Essa criticada Guarda Republicana não podia combater mais do que fez.

E há, ainda, um ponto a observar.

Mesmo antes do conflito, e durante boa parte do seu desenrolar, é presumível que tenha havido contatos com os comandantes de Unidades da Guarda, para se rebelarem contra o regime vigente, ante a perspectiva de uma derrota racionalmente inevitável.

Entretanto, apesar de tantas adversidades e derrotas, de muitos outros combatentes se terem rendido, de Unidades inteiras terem abandonado as armas, não consta que alguma Unidade da Guarda Republicana tenha-se rebelado contra o governo de Sad dam.

Esse aspecto da Guerra também passou longe dos comentaristas, fixados apenas na frustração da queda de um mito criado para herói da resistência que, na realidade, mais cedo ou mais tarde, estava fadado a desmoronar. Esse mito foi a Guarda Republicana de Saddam Hussein, que caiu, mas deixou sua lenda, ainda meio nebulosa.

### 5. *Nacionalismo versus globalização*

Durante o conflito, e mais ainda neste pós-guerra, viemos acompanhando a preocupação da mídia com a existência, no Iraque, de armas de destruição em massa.

Julgamos que, mais sábio do que isso, seria o questionamento sobre o direito de qualquer Estado de possuí-las.

Com os Acordos e Convenções do Direito Internacional sobre o assunto, ficou restrito a um clube fechado de Estados o direito de produzir essas armas e armazená-las. Para facilitar o estudo, vamos tratar especificamente das armas atômicas, deixando as químicas e biológicas para outra oportunidade (quando forem achadas). Aliás, as armas químicas e biológicas têm uma característica comum: são de fabricação relativamente barata, fáceis de esconder e exigem apenas estruturas bem limitadas (laboratórios, pequenos depósitos) para a sua produção. Não exigem muito dinheiro para a sua obtenção, mas inteligência científica. Ocupam pequeno espaço para armazenamento. Ninguém as acha facilmente.

Quanto às armas atômicas, a questão é outra.

O processamento de seus componentes, a fabricação e o armazenamento dos artefatos exigem instalações vultosas e caríssimas, apresenta problemas ambientais e de repercussão internacional. A utilização bélica de seus produtos finais é sempre catastrófica, haja vista para a bomba de Hiroshima, cidade essa cujo nome até hoje é pronunciado com reverência.

Apesar de toda essa pletora de restrições, ainda há uma mais, de caráter predominan-

temente político: o Clube Fechado é quem arbitra quem pode ou não operar com energia atômica. O Direito Internacional sobre a matéria é “consuetudinário” para um bloco restrito de nações e não está nem mesmo globalizado, pois há nações que não reconhecem a proibição.

Como, no mundo real, a arma atômica ainda é o nivelador relativo mais “persuasivo” entre Estados, dando aos chamados pequenos Estados um sentimento de segurança, isto é, de “soberania nacional”, o Clube dos “grandes” procurou uma alternativa para a proibição e encontrou: o terrorismo.

Qualquer Estado teria o direito de defender a sua “soberania”, mas não poderia fornecer aos terroristas o conhecimento científico, os materiais processados e os artefatos atômicos, o que vale dizer que, na realidade, qualquer Estado seria proibido de seu uso se a avaliação do Clube Fechado fosse desfavorável a seu ingresso no círculo atômico, por suspeição. A simples suspeição, atualmente, tem a forma de uma preocupação absolutamente válida pela ameaça real de Estados, que podem sofrer sanções de todo o tipo, e até intervenções com o uso da força, ficando, contudo, essas medidas condicionadas à aprovação do Conselho de Segurança da ONU.

Aconteceu, porém, um fato novo e dramático, felizmente ainda não com a marca atômica.

Um dos Estados que compõem o Clube dos “grandes” foi atingido no seu próprio domínio (11 de setembro). A represália foi contra o Afeganistão, por oferecer provas evidentes de sua ligação com os terroristas, sendo a ação aprovada pela ONU.

O Afeganistão pagou o preço e a ação foi aplaudida pelo mundo. Mas, a seguir, o suspeito foi o Iraque, com indícios de ligação com o terrorismo e de posse de armas de destruição em massa. Além disso, o Iraque estava sob sanções internacionais de vários tipos, desde a 1ª Guerra do Golfo e já tinha antecedente de uso de agentes químicos con-

tra os curdos. A comunidade internacional, por intermédio dos seus órgãos representativos, determinou, com toda a transparência legal, uma inspeção de grande vulto e duração naquele país, à procura dessas armas, proibidas mundialmente. Essa inspeção, com altos e baixos, realizou a destruição de uma boa parte de mísseis com alcance proibido, mas não encontrou armas químicas e biológicas.

Contudo, a defesa do Iraque ficou seriamente comprometida, com as sanções econômicas e com a destruição da única arma teleguiada que possuía. A “soberania nacional” perdeu um *round* para a globalização, embora incompleta, nessa matéria de Direito Internacional.

No entanto, com a continuação de ameaças concretas de uso de agentes químicos e biológicos e a intensificação das ameaças de terrorismo pelos meios de comunicação e até baseados em informações do seu aparelho de segurança, os EEUU procuraram a mediação da ONU e a sua aprovação para uma intervenção armada no Iraque.

Baseados aparentemente nos relatórios de inspeção de armas, todos conclusivos da inexistência de armas WMD<sup>5</sup>, a Rússia, a Alemanha e a França, no Conselho de Segurança, formaram uma frente antiguerra, barrando as pretensões americanas. Contudo, interesses políticos e econômicos foram também razões para a posição contrária das chamadas “médias potências européias”.

Os EEUU formaram uma coligação, tendo como principal aliada a Inglaterra, e como motivação a luta antiterrorismo, a busca de armas de destruição em massa e a ligação com grupos terroristas, sem autorização do Conselho de Segurança da ONU, realizaram um ataque-preventivo ao Iraque. Essas razões eram todas “presumidas”. A partir de 15 de setembro de 2001, criou-se uma imagem nova no conceito do Direito Internacional no aspecto “não-agressão entre Estados”.

Um “ataque-preventivo” baseado na “conduta presumida”. Muito bem. A polêmica está aberta. Com a palavra, os juristas.

O resultado da Guerra do Iraque é muito conhecido. Mas, agora, estamos diante de um fato mais interessante na sua conceitualização jurídica.

A Coreia do Norte declarou estar processando material atômico e ter o direito de fazê-lo. Não é mais uma presunção. É um fato concreto. E não pertence ao Clube Fechado. A comunidade internacional, por meio da ONU, vai querer uma reação eficaz, que poderá gerar um efeito “dominó”, porquanto há outros países não pertencentes ao Clube dos grandes e possuidores de armas atômicas, como Índia, Paquistão, Irã, Israel e outros que não conhecemos.

Desta vez, porém, quem está menos ameaçado são os EEUU, por sua posição geográfica e porque possuem um poderoso sistema antimíssil balístico. Seus receios maiores se devem aos países amigos Coreia do Sul, Japão e até mesmo Taiwan, na zona perigosa. No “xadrez” político com os Coreanos do Norte, os americanos querem outros parceiros, mas esperam controlar a partida.

Quem está mais preocupada mesmo é a Rússia, com Vladivostok, grande cidade e base naval russa, a cerca de 150 km da fronteira com a Coreia do Norte.

A vida é assim. Nada como um dia depois do outro.

A Coreia do Norte está entendendo a “jogada” e quer mesmo o diálogo direto com os EEUU. Para isso, já houve encontro em Pequim, onde a China foi apenas anfitriã, servindo chá e pratos típicos. Ela sabe que a Coreia do Norte é sua parceira ideológica; no entanto, ela, China, quer realmente é comércio e boa paz com os EEUU.

Todavia, existe muita gente por aí “com as barbas de molho”.

Embora distantes, as chamadas “médias potências européias”, tementes, por sua dolorosa experiência histórica, do uso da força, preferem as conversações multilaterais, de pouco resultado prático porquanto carregadas de uma dose variável de falsidade, mas com a vantagem de adiar conve-



nientemente as soluções do problema. E o mundo vai ficando cada vez mais inquieto na incerteza de um futuro imprevisível.

Embora também nós não possamos prever o futuro, podemos, tendo em vista o presente, arriscar um palpite: no complicado jogo nacionalismo versus globalização, que estamos assistindo, o 1º tempo terminou com a vantagem mínima de 1x0 em favor da globalização. Já começou o 2º tempo, e o nacionalismo está pressionando para conseguir, pelo menos, o empate.

## 6. Conclusão

A guerra, a que assistimos recentemente, foi entre dois nacionalismos.

O primeiro, os Estados Unidos da América, um Estado nacional imperialista, símbolo incontestado da democracia ocidental – por mais antagônico que isso possa parecer –, atingiu um nível altíssimo de desenvolvimento, pela tradição histórica de repúdio a qualquer tipo de ideologia totalitarista, por um lado, e, por outro, pela imunidade a investidas externas, o que permitiu o monitoramento soberano das liberdades individuais dos seus cidadãos. Tal fato deu ao Estado Americano uma personalidade marcante no conceito da comunidade internacional. Influenciada pela inteligência judaica, aportada ali em busca da liberdade, e que aciona significativa percentagem da sua operosidade industrial, a nação americana conseguiu, pelo aspecto utilitário de sua economia, sucessos políticos, sociais e militares invejáveis.

De fato, em quase todos os ramos da atividade humana, os judeus sempre se distinguiram pela liderança. A longa lista de celebridades começaria com Einstein, Freud, e até com Trotski, que integrava o 1º Soviete de São Petersburgo. A série interminável receberia o aval de um grande nome – Jesus de Nazaré, “o filho de Deus”<sup>6</sup> –, nascido judeu, o maior profeta que o mundo já viu e, como homem, autor das mais brilhantes imagens literárias que a arte e o direito iri-

am consagrar<sup>7</sup>. É verdade que “os seus não o receberam” e ele estendeu a sua etnia a todos os povos.

Também é verdade que os judeus o contestaram, desafiando “a maldição do sangue do justo sobre a nação”. E isso está acontecendo desde aquele episódio bíblico. O povo judeu nunca teve paz e tudo indica que será assim até o fim dos séculos. Mas daí, para extinção de Israel, vai uma grande distância. Se por um lado, “nenhum profeta é reconhecido em sua terra”, por outro lado, a nação judaica possui um filho de grande peso na balança escatológica e, quem sabe, talvez isso seja uma explicação para a sobrevivência de Israel, cercado de enorme área habitada por população hostil.

É preciso que todos esses valores sejam considerados nas análises. As avaliações realizadas com base em fatores puramente racionais, cibernéticos, quando saem dos limites das tabelas do computador e entram no campo humanístico, falham nas previsões redondamente.

Os EEUU, por uma parcela expressiva de seus líderes, ainda mantêm laços étnicos com a nação judaica. Embora cada vez mais indiretos, eles são suficientes para justificar a tradicional política externa de cooperação com ela.

O segundo nacionalismo, representado pelo Iraque, um Estado despótico, mantido, mesmo após várias guerras, à custa de um governo opressor, esse Estado dominou um povo com limitações culturais, com uma parcela considerável envolvida em um misticismo fanático e um desenvolvimento social ainda incompleto, apesar da riqueza do petróleo.

O resultado foi fácil de prever.

Essa guerra relâmpago, cronometrada, com desproporção das forças oponentes, foi explicada e rotulada de vários modos: guerra do petróleo, geopolítica, do terrorismo, das armas proibidas, da arrogância americana e outros títulos. Foi a expressão de mais um lance na luta acirrada travada por duas idéias aparentemente contraditórias, desen-

volvidas nos planos *nacional e internacional*, na procura necessária de um ponto de equilíbrio, para a salvação do planeta.

Vamos melhor esclarecer essas considerações.

No plano nacional, com a expansão em marcha do crime organizado, em todos os continentes, há que ser procurada uma reformulação tanto da “soberania nacional” como do “monitoramento dos direitos humanos”, para haver proteção destes últimos sem agressão àquela, cuja tendência de esvaziamento, nos últimos tempos, foi notória, trazendo em consequência também o enfraquecimento do Estado de direito. E os defensores teóricos da preponderância absoluta dos direitos individuais são os primeiros a pagar caro, e a acorrer ao desgastado aparelho de segurança do Estado, sempre criticado por eles, com a preciosa ajuda da mídia, a pedir mais rigor. Isso já está acontecendo em alguns países.

Do mesmo modo, convém seja repensado o conceito de Direito Internacional nas relações entre Estados, em vários aspectos, porque surgiu um fato novo – o terrorismo – outrora uma ação de pequenos grupos armados, com objetivos mais ligados a crimes comuns. As características sempre foram a surpresa, a movimentação, a fluidez nas ações e a principal, “nunca se transformar em alvo compensador” para represália.

Agora o terrorismo tornou-se internacional – “globalizou-se”, fruto de fanatismo religioso, de desajuste de etnias e de conflitos nacionais e regionais.

Em conferência proferida em instituição de ensino superior, em Brasília, respondendo a uma pergunta, declaramos que, no ataque ao World Trade Center, em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001, os terroristas tinham conseguido um êxito tático<sup>8</sup> memorável, de grande efeito emocional. Entretanto, cometeram um erro estratégico<sup>9</sup>.

Transformaram-se os grupos terroristas em alvos compensadores. Às vezes, eles são superdimensionados, apoiados não só por facções políticas como por Estados, ou con-

junto de Estados, que também passaram à condição de objetivos potenciais. Para esses Estados, as represálias dos agredidos poderiam incluir mecanismos polêmicos, como bloqueios econômicos, restrições políticas, ataques em força militar - mesmo sem o aval da ONU, como já aconteceu e poderá acontecer ainda mais. E o mundo continuará dividido, como está, em duas vertentes: anti e pró-terrorismo.

A consequência dos atos de terrorismo é quase sempre a retaliação, que pode ser imediata, catastrófica, ou mesmo aproveitada para outros objetivos. O que aconteceu no Iraque, recentemente, além das projeções já focalizadas, foi um passo a mais para a “globalização do nacionalismo”, com base na campanha antiterrorismo internacional, em pleno desenvolvimento. O Iraque não foi o primeiro, nem será o último. Os EEUU da América, motivados pela agressão sofrida em casa, e amparados por razões aparentemente éticas, estão querendo levar seu reconhecido modelo democrático para o resto do mundo. Primeiramente, se possível, por pressões político-econômicas. Depois, se necessário, *a fortiori*.

É um objetivo difícil de atingir, mesmo considerando apenas as nações árabe-muçulmanas, e a maioria das nações muçulmanas de outras etnias, pois elas se ajustam facilmente a governos ditatoriais.

Não podemos esquecer que quase todas essas nações foram conquistadas pelas armas, e, desde o início da expansão árabe, os sistemas de governo exportados da península arábica eram, em regra, monárquicos, ditatoriais, de cunho teocrático, fundamentados em filosofia monoteísta da mais pura essência moral, mas radicalizada posteriormente por milhões de seguidores.

O fundamentalismo religioso, não só o islâmico como o de outras seitas, deturpado doutrinariamente, constitui um dos graves problemas da atualidade, pois é a causa do fanatismo, no aspecto místico e no aspecto político, do extremismo, podendo este últi-

mo ocorrer até nas tradicionais democracias ocidentais.

Os americanos, muito bem cientes disso, aventuraram-se em intervenções como essa no Iraque, querendo exportar um nacionalismo exclusivista a pretexto de uma democracia globalizada, no intuito de conciliar, de um modo drástico, essas duas concepções, a caracterizar o equilíbrio político de um Estado. É um erro de avaliação, pois esses países asiáticos, em sua maioria, possuem história, filosofias e traços culturais diferentes dos nossos, ocidentais, e seus valores morais são medidos com outro barema. O nome de “fantasia oriental” estaria bem aplicado a esse empreendimento, que exige um processo longo e oneroso para ser bem-sucedido.

Os americanos estão arriscando, como início desse processo, na recente eleição do dia 30 de janeiro deste ano, pois com a maioria dos xiitas no poder, estes se tornam os representantes da “democracia” (palavra que não lhes soa muito bem).

Os americanos vêm investindo, e inteligentemente, para o aprofundamento da cisão entre xiitas e sunitas, até a formação de um governo para objetivo imediato, único meio de “persuasão” para qualquer iniciativa política. Contudo, para respaldo dessa atitude, é necessária uma previsão de retirada futura – e aí surge a grande dificuldade, pelo problema da segurança e pelo perfil religioso-político do novo governo, elementos imprevisíveis naquela área de instabilidade.

Com a dolorosa experiência histórica adquirida, inclusive à custa de fracassos de outras potências, os americanos estão ficando mais cautelosos.

Os “falcões” de Washington vão, dão uma “bicada” e voltam. É o processo natural. E o mais seguro, porquanto evita os antagonismos emergentes em torno da presa, *embora não assegure a sua manutenção*. Se é eficaz, na consecução do objetivo principal, só o futuro dirá.

Já que não podemos alterar o quadro geral, vamos nos esforçar para que esse novo tipo de globalização, a de um poderoso na-

*cionalismo*, não se estenda para as bandas de cá, e que o processo se humanize, cada vez mais, para os lados de lá.

Porém, se um dia, os americanos derem um passo à frente, conquistarem a presa, e não retornarem, podem os caros leitores ter a certeza de que eles não serão os únicos culpados.

Isso terá acontecido graças à hipocrisia quase sempre presente na claudicante diplomacia internacional, com representação tradicional e expressiva nas chamadas “médias potências européias”, cuja liderança, no cenário mundial, está-se apagando rapidamente, por sua dúvida, medíocre e temerosa atuação política.

#### Notas

<sup>1</sup> A 1ª e a 2ª Internacionais, em Londres e Paris, respectivamente, e em datas anteriores, não tiveram muito sucesso, razão pela qual não foram aqui consideradas. (Cf. MAZZUOLI, 2002, p. 149).

<sup>2</sup> O nacionalismo foi o maior problema da ex-URSS, jamais resolvido.

<sup>3</sup> Não podemos, num só artigo como este, dissertar sobre os muitos aspectos anotados. Muito menos, descermos a pormenores. Temos que fazer triagem, comentando os mais flagrantes e sobre os quais há dados prováveis.

<sup>4</sup> *Fedayn* – Tradução literal do árabe “comandos”. No Iraque, um grupamento para ações especiais, guerrilhas, defesa de pontos-chave.

<sup>5</sup> Weapons of Mass Destruction (armas de destruição em massa).

<sup>6</sup> Desde a morte na cruz, o primeiro reconhecimento da divindade de Jesus de Nazaré foi do oficial do Exército, centurião romano, que comandara a crucifixão e, tendo presenciado os últimos momentos, declarou: “Verdadeiramente, este homem era o filho de Deus”. (BÍBLIA, N.T., MARCOS, 15:39)

<sup>7</sup> “...atire a primeira pedra”, “...a César o que é de César...”, “sepulcros caídos”, etc. entre muitas outras expressões.

<sup>8</sup> Tático, do campo de batalha. Como o terrorismo atua no mundo inteiro, qualquer parte do globo pode ser assim considerada.

<sup>9</sup> Estratégico: com muita abrangência, de objetivos profundos, de muita amplitude política, econômica, social, militar, de caráter não imediato, de repercussão global.

### Referências

BÍBLIA, N. T. São Marcos. Inglês. *The new testament*. Estados Unidos da América: The Gideons International, 1972.

THE CONCORD desk encyclopedia. New York: Concord reference books, 1962.

KAPLANIAN, Maurice G. *Dicionário Alhambra* árabe-espanhol e espanhol-árabe. Barcelona: R. Sopena, [1979].

MAC LUHAN, Marshal. *Mass media*. London: Cultrix, [197-].

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 156, p. 169-177, out., dez. 2002.

PAYNE, Robert. *The life and death of Lênin*. London: Pan Books, 1967.

PEQUENO dicionário da língua portuguesa. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1960.

PROBLEMS of communism. Agency U. S. information, Estados Unidos da América, n. 5, set., out. 1967.

STALIN, Iossef V. D. *Marksism I natsional'nii vopross*. Moskva: [s. n.], 1950.



# Ciência e a magia da vida no pensamento de Max Weber

Manoel Adam Lacayo Valente

## Sumário

1. Introdução. 2. Ciência como vocação. 2.1 Sobre as condições externas que determinam a vocação científica. 2.2 Sobre as condições interiores do próprio cientista. 2.3 Sobre a significação da ciência e sobre a racionalização do mundo. 2.4 Sobre a contribuição positiva da ciência para a vida prática e pessoal. 3. Conclusão.

## 1. Introdução

Decorridos quase noventa anos do seu prematuro falecimento, acontecido em 14 de junho de 1920, o pensamento de Max Weber (1864-1920) ainda conserva o seu potencial instigante e, mais do que isso, demonstra-se atualizado para o presente. Com efeito, *questões referentes à neutralidade ou à objetividade da ciência, ao processo da racionalização da vida social, à estruturação da burocracia e a sua influência sobre a democracia dos Estados nacionais são bem contemporâneas*, o que comprova o vigor das idéias de Weber.

Este trabalho debruça-se analiticamente sobre um dos mais polêmicos textos weberianos, qual seja o intitulado “Ciência como Vocação”, tentando promover uma síntese compreensiva dos principais argumentos apresentados por Weber. As conferências “A Ciência como Vocação” e “A Política como Vocação”, proferidas por Weber, respectivamente, em 7 de novembro de 1917<sup>1</sup> e 28 de janeiro de 1919, “resumem a trajetória da sua vida”, consoante as palavras de Jacob

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, bacharel em Comunicação Social, Mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília, Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e Advogado.

Peter Mayer (1985, p. 84), apostas em sua obra “Max Weber e a Política Alemã”.

Alexandre Hecker (1999), em trabalho intitulado “A Ciência Isenta e a Mão no Leme da História”, aponta as duas idéias que, em seu entendimento, norteiam o contexto de “A Ciência como Vocação”:

“A preocupação em ‘A Ciência como Vocação’, no que se refere à relação entre ciência e política, é garantir o entendimento de duas idéias:

a) a crescente racionalização e o progresso do conhecimento técnico contribui para ‘desencantar o mundo’ e para procurar ‘dominar todas as coisas pelo cálculo’. Mas isso não significa saber mais das condições de vida em que existimos:

A ciência pressupõe... que o produto do trabalho científico é importante no sentido de que ‘vale a pena conhecê-lo’. Nisto estão encerrados todos os nossos problemas, evidentemente. Pois essa pressuposição não pode ser provada por meios científicos – só pode ser *interpretada* com referência ao seu significado último, que devemos rejeitar ou aceitar, segundo a nossa posição última em relação à vida.

b) objetivos políticos não podem estar presentes nos propósitos do cientista, ainda mais quando o seu trabalho intelectual esteja relacionado ao assunto:

Tomar uma posição política prática é uma coisa, e analisar as estruturas políticas e as posições partidárias é outra. Ao falar num comício político sobre a democracia, não escondemos nosso ponto de vista pessoal... As palavras que usamos nesse comício não são meios de análise científica, mas meios de conseguir votos e vencer os adversários... Seria um ultraje, porém, usá-las do mesmo modo na sala de aula ou na sala de conferências... É, sem dúvida, possível que o professor

individual não consiga eliminar totalmente suas simpatias pessoais. Fica, então, sujeito à crítica mais violenta no foro de sua própria consciência”.

Essas duas vertentes, a que realiza a análise do processo de racionalização da vida moderna, com o progressivo desencantamento do mundo, e a que enfoca a importância da construção científica despojada de valores, serão abordadas ao longo deste texto.

## 2. Ciência como vocação

O pensamento de Weber, como se sabe, é denso e *plasmado por um permanente dualismo* que exige dos seus intérpretes extremo cuidado na tarefa de compreensão dos seus escritos. Com efeito, a dicotomia “paixão e razão” traduziria, de forma sintética, o enfoque de Max Weber sobre a vida.<sup>2</sup> *Se por um lado valorizava a importância do conhecimento científico para o homem, por outro lamentava o processo de retirada da magia das coisas, de desencantamento do mundo e de progressiva racionalização promovido por essa mesma ciência.* A burocracia figurava para o Weber racional como o melhor aparato para condução impessoal e eficiente da máquina estatal, mas, para o Weber estimulado pela paixão, ela representava uma ameaça à democracia e à autonomia dos políticos. Acreditava que o professor podia, em sua cátedra, discorrer sobre ciência política e a respeito da organização eficiente do Estado, mas não devia valer-se de sua posição privilegiada de preceptor para influenciar, partidariamente, seus alunos. Nesse caráter dual, que perpassa toda sua obra, reside a singularidade do pensamento weberiano. Edilberto A. Sastre (1999), em poucas palavras, demonstra esse matiz original que caracteriza a produção intelectual de Max Weber:

“Ler a obra de Max Weber é sempre um exercício difícil dada a alta complexidade categorial que ele construiu. Tentar entender este todo complexo e dinâmico através de sua obra

leva o leitor a se deparar com uma rede de nós teóricos onde categorias são, às vezes, contraditórias, complementares ou, inclusive, dissimiles. Aquilo que parece ser a característica fundamental da sociologia weberiana é identificado por seus estudiosos como sendo uma arquitetura teórica construída a partir de dualidades.

Em outros termos, por trás de todo o gigantesco universo sociológico de Max Weber, encontra-se uma lógica que estrutura todo o seu discurso baseada num permanente e dinâmico jogo de dualidades. O que resulta paradoxal é constatar que este consenso sobre as dualidades que estruturam a obra de Weber oculta um mistério: a lógica das dualidades weberiana continua não explicada. Os estudiosos apenas vislumbram analogias, metáforas, espelhos.

Devido a tal estrutura dual, Weber foi chamado de dialético, de dicotomizador, de maniqueísta, de antinômico. Mais ainda, fala-se que sua obra propõe constante integração entre categorias ou constante tensão, e que por tudo isso termina sendo paradoxal, pessimista e até niilista”.

A conferência “Ciência como Vocação”, orientada pelo caráter dual do pensamento weberiano, mostra o eterno embate entre a paixão e a razão e, em nossa visão, pode, para fins analíticos, ser dividida em quatro segmentos que contemplam os seguintes enfoques:

- Condições externas que determinam a vocação científica;
- Condições interiores do próprio cientista;
- Sobre a significação da ciência e sobre a racionalização do mundo;
- Sobre a contribuição positiva da ciência para a vida prática e pessoal.

Cada um desses enfoques tratados por Weber será, em seguida, sintetizado e comentado criticamente.

## 2.1 Sobre as condições externas que determinam a vocação científica

O leitor menos afeiçoado com a profundidade das idéias que figuram nos textos de Weber poderia, se parasse a leitura da conferência “A Ciência como Vocação” em suas páginas preambulares, guardar uma idéia equivocada do vigor do pensamento weberiano. Com efeito, o início da conferência retrata um Weber preocupado com questões referentes à organização acadêmica do ensino universitário alemão. Por isso mesmo, John Patrick Diggins (1999, p. 181) fez a seguinte observação sobre o teor da conferência:

“A conferência – que veio a ser considerada um dos grandes documentos modernos do século XX, uma meditação sobre o destino do racionalismo ocidental – abre com alguns comentários prosaicos. Weber explica aos alunos no auditório lotado as diferenças entre o ‘privatdozent’ alemão, que tem estabilidade no emprego, mas nenhuma expectativa de progresso, e o professor assistente americano, que não tem nenhuma segurança até obter uma posição estável ao demonstrar resultados na pesquisa”.

Weber, nessa parte da conferência, faz uma reflexão a respeito do sistema universitário alemão, mais especificamente no que se relaciona com a carreira dos docentes. Sua análise, efetuada de maneira comparativa, toma como modelo de cotejo universitário o americano, tendo em conta apresentar “os contrastes mais violentos com a Alemanha”, consoante palavras do próprio Weber (1998, p. 17).

A perspectiva de Weber (1998, p. 24) é a de que o sistema universitário alemão é obsoleto em seu funcionamento (cartorial, seria a palavra mais adequada), impessoal no tocante às escolhas de docentes para promoção na carreira, deficiente no que tange à concessão de condições para aprimoramento dos pesquisadores-professores e pouco criterioso com relação à “qualida-



*de profissional” de seus integrantes* (o próprio Weber apresenta em sua conferência, a seguinte frase: “Você se acredita capaz de ver, sem desespero amargo, ano após ano, passar à sua frente mediocridade após mediocridade?”). A conferência de 1917 denunciava a baixa autonomia do sistema universitário alemão o qual, totalmente dependente do Estado, tolhia a independência dos jovens professores que, para progredirem em suas carreiras, tornavam-se “alinhados” do governo.

As palavras de John Patrick Diggins (1999, p. 178) sobre a visão de Weber a respeito do sistema universitário alemão ratificam nossa observação anterior:

“Max Weber, o cientista social que via poder e dominação em todas as partes, não iria permitir que isso predominasse em instituições dedicadas ao conhecimento e à cultura. O que estava em jogo era a contaminação de uma vocação por outra, a vocação do aprendizado pela profissão da política, a integridade do conhecimento pelas ameaças do poder. Para usar um termo sociológico deselegante, o que Weber temia era a ilegitimidade do ensino superior. Ele reclamava que a educação cairia na ‘custódia dos operadores inferiores, pessoalmente amigáveis, mas temivelmente inferiores’. O domínio destes funcionários brandos criará somente ‘um mercado favorável à ascensão do acadêmico condescendente, de acordo com a regra que diz que, segundo mostra a experiência, um medíocre num corpo docente atrai outros’. Prevalecendo essa tendência, os docentes serão incapazes de oferecer qualquer resistência à opinião pública ou ao governo, em virtude do enfraquecimento da sua autoridade moral”.

As observações de Weber (1998, p. 23) que devem ser destacadas, no tocante a esse segmento, além das já apontadas, são as seguintes:

– A carreira do jovem professor universitário alemão depende da sua condição financeira pessoal, já que o Estado não lhe proporciona nenhuma retribuição. Nos Estados Unidos, ao contrário, desde o início o jovem docente percebe uma remuneração.

– A habilitação (candidatura) dos orientandos de um determinado professor deveria ser realizada perante outro professor e em outra universidade

– O jovem professor alemão, em sua fase inicial de carreira, leciona bem menos que os jovens assistentes americanos que, ao contrário, são sobrecarregados nesse período.

– A promoção tanto do professor alemão quanto do assistente americano à posição de professor titular ou de diretor de um instituto *está entregue ao acaso* (“Não me consta existir, em todo o mundo, carreira em relação à qual o seu papel seja mais importante”).

– A síndrome da sala cheia: o mérito do cientista “pertence ao domínio do imponderável”. O professor é avaliado pela assiduidade com que os estudantes se disponham a honrá-lo.

Todas essas considerações exteriorizam, além da visão descontente de Weber sobre o sistema universitário alemão, a sua concepção a respeito do papel relevante que o professor universitário deveria desempenhar. *Poder-se-ia dizer que Weber esperava que o mundo acadêmico cumprisse o papel que Tocqueville via os advogados cumprindo numa América democrática sem uma aristocracia: o papel do pensador comprometido com a objetividade, a livre investigação e o amor da verdade.* (Diggins, 1999, p. 168).

## 2.2 Sobre as condições interiores do próprio cientista

Ainda dando continuidade ao exame da vocação científica, o texto de Weber (1998, p. 24) passa a analisar as “disposições inte-

riores do próprio cientista”. Na visão weberiana, nada significativo poderá ser alcançado no campo científico sem uma rigorosa *especialização*. Consoante as suas palavras:

“Só a especialização estrita permitirá que o trabalhador científico experiente por uma vez, e certamente não mais do que uma vez, a satisfação de dizer a si mesmo: desta vez, consegui algo que permanecerá”.

Ao lado da especialização, Weber (1998, p. 25) ressalta a importância da “*inspiração*” para o exercício da atividade científica.

A *dedicação exclusiva* é outro fator que Weber enfatiza como determinante para o desempenho científico eficaz.

Dessa forma, na concepção weberiana, as condições interiores que a vocação científica exige do pretendente a essa atividade são:

– *Especialização*;

– *Inspiração* [que, segundo Weber (1998, p. 25), “é o único fator decisivo”];

– *Dedicação plena à sua vocação*.

Aqui, mais uma vez, podemos notar o caráter dual do pensamento weberiano que se manifesta nos predicados da especialização e da inspiração. *Com efeito, a intelectualização requerida pela especialização contrasta com a intuição que alimenta a inspiração*. O racionalismo científico de um lado se alimenta, para sua sedimentação, do vigor da paixão que figura na outra face da equação weberiana.

### 2.3 Sobre a significação da ciência e sobre a racionalização do mundo

A abordagem de Weber, em sua conferência de 1917, não pode ser tida como uma lição de ética profissional para o futuro cientista ou como um manual de adequado procedimento laborativo. *O papel funcional do cientista é empregado como moldura de uma densa crítica ao processo de racionalização que se aprofunda na sociedade, movimento que equivale ao desencantamento do mundo com a retirada, pelo avanço da intelectualização, da magia das coisas, culminando com a disseminação de*

*uma razão instrumental*. A conferência de 1917 é uma meditação sobre o destino do racionalismo ocidental. (DIGGINS, 1999, p. 181).

Weber (1998, p. 29-30) indaga-se sobre a significação da ciência, não para o homem prático, mas para o homem de ciência. A indagação weberiana é feita da seguinte forma:

“Que obras significativas espera o homem de ciência realizar graças a descobertas invariavelmente destinadas ao envelhecimento, deixando-se aprisionar por esse cometimento que se divide em especialidades e se perde no infinito?”

Para enfrentar essa questão, Weber (1998, p. 30) debruça-se sobre *as características da nossa época que são a racionalização, a intelectualização e o desencantamento do mundo. Registra que “o progresso científico é um fragmento, o mais importante indubitavelmente, do processo de intelectualização a que estamos submetidos desde milênios”*.

O início desse processo de intelectualização está vinculado à descoberta grega do “conceito” ligado à descoberta renascentista da experimentação racional. (TRAGTENBERG, 2001, p. 11).

Mas o que significa, na prática, essa racionalização intelectualista que devemos à ciência e à técnica científica? (WEBER, 1998, p. 30).

Nas palavras de Weber (1998, p. 30), a racionalização pode ser entendida da seguinte forma:

“A intelectualização e a racionalização crescente não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, bastando que o quiséssemos, provar que não existe, em princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos dominar tudo, por meio da previsão. Equivale isso a despojar de magia o mundo”.

Julien Freund (2000, p. 23) comenta o sentido weberiano do processo de racionalização com as seguintes considerações:

“A racionalização e a intelectualização crescentes têm, entretanto, uma conseqüência decisiva, sobre a qual Weber insiste com veemência: elas desencantaram o mundo. Com os progressos da ciência e da técnica, o homem deixou de acreditar nos poderes mágicos, nos espíritos e nos demônios: perdeu o sentido profético e, sobretudo, o do sagrado. O real se tornou aborrecido, cansativo e utilitário, deixando nas almas um grande vazio que elas tentam preencher com a agitação e com toda espécie de artifícios e de sucedâneos. Entregues ao relativismo precário, ao provisório e ao ceticismo tedioso, os seres tentam mobilizar sua alma com uma confusão de religiosidade, estetismo, moralismo e cienticismo, enfim, com uma espécie de filosofia pluralista que acolhe indistintamente as máximas mais heteróclitas de todos os cantos do mundo. A mística se torna mistificação; a comunidade, comunitarismo, e a vida se reduz a uma seqüência de experiências vividas. Pede-se aos universitários e aos intelectuais que apresentem mensagens, enquanto, por força das coisas, eles estão confinados em uma especialidade. Envaidecidos de seu papel, eles substituem o sopro profético por um charlatanismo que aprezoa falsas devoções.”

E a ciência, nesse contexto de crescente racionalização e intelectualização, tem algum sentido que ultrapasse “essa pura prática e essa pura técnica”? (WEBER, 1998, p. 31).

O crescente movimento de especialização científica estimulou a fragmentação dos conhecimentos e, por conseqüência, *provocou uma ruptura entre o saber científico e o processo de formação e de desenvolvimento do indivíduo*. (ABELLÁN, 2001, p. 21).

*O conceito anterior de ciência contemplava uma integração entre ciência e concepção de mundo, entre ciência e vida, o que permitia conseguir daquela um guia e um sentido para a própria posição pessoal no mundo.* (ABELLÁN, 2001, p. 22).

A especialização científica tem como resultado, na concepção weberiana, que o cientista especialista não tem como obter uma visão de conjunto do homem e do mundo. *Logo a ciência não tem um sentido que ultrapasse a sua dimensão prática e técnica e não o tem porque não dá resposta às únicas perguntas importantes para o ser humano, quais sejam: O que devemos fazer? Como devemos viver?*

De fato, é incontestável que respostas a essas questões não nos sejam tornadas acessíveis pela ciência. (WEBER, 1998, p. 36).

O processo de racionalização acontecido no ocidente, ao explicar o mundo a partir dele mesmo, *conduziu a afirmação da existência de distintas maneiras de entender a vida e o mundo, distintos sistemas de valores em uma situação de mútuo enfrentamento e sem possibilidade racional de superá-la.* (ABELLÁN, 2001, p. 26).

Weber (1998, p. 34) contesta a visão ingênua dos experimentadores pioneiros do tipo Leonardo da Vinci *para quem a ciência era o caminho capaz de conduzir à verdadeira natureza, à felicidade humana*. Ele desnuda o discurso científico-positivista, revelando as conseqüências de entronizá-lo como resposta determinante da felicidade humana e, em atitude oposta, assevera que, *libertando-nos do intelectualismo da ciência, é que poderemos apreender nossa própria natureza.* (WEBER, 1998, p. 34).

A ciência dedica-se ao exercício de desvelar os mistérios do mundo para a sua dominação, mas ela é impotente para nos dizer sobre o verdadeiro sentido da vida. *Essa questão insere-se no campo dos valores e cada homem em seu existir singular é que deve “dolorosamente” definir qual a vida que merece ser vivida.* A luta entre distintos sistemas de valores deve ser decidida na consciência de cada indivíduo, que tem que eleger, com au-

tonomia, os valores que reconhece como guias da sua vida. (ABELLÁN, 2001, p. 23).

*“Nos termos das convicções mais profundas de cada pessoa, uma dessas éticas assumirá as feições divinas e cada indivíduo terá de decidir, de seu próprio ponto de vista, o que para ele é deus e o que é o diabo”.* (WEBER, 1998, p. 42).

#### 2.4 Sobre a contribuição positiva da ciência para a vida prática e pessoal

Após todas essas considerações que demonstram a inconciliabilidade entre ciência e valores, bem como os limites do conhecimento científico, Weber formula a seguinte indagação: “Se assim é, qual, em essência, a contribuição positiva da ciência para a vida prática e pessoal?”. (WEBER, 1998, p. 45).

A ciência, na visão weberiana, fornece-nos resposta à questão do que deveremos fazer se desejamos ser tecnicamente senhores da vida, mas nos deixa em suspenso com relação à indagação se essa atitude tem algum sentido. As contribuições práticas da ciência, segundo Weber (1998, p. 45-46), seriam as seguintes:

- a) Institui a *previsibilidade* que nos permite dominar tecnicamente a vida;
- b) Fornece *métodos de pensamento*, isto é, instrumentos e uma disciplina;
- c) Contribui para *clareza* dos fatos e eventos estudados;
- d) Revela a *visão de mundo* que fundamenta a concepção adotada pelo cientista.

A visão definitiva a respeito do papel da ciência é registrada por Weber (1998, p. 47-48) com as seguintes palavras:

“A ciência é, atualmente, uma ‘vocação’ alicerçada na especialização e posta ao serviço de uma tomada de consciência de nós mesmos e do conhecimento das relações objetivas. A ciência não é produto de revelações, nem é graça que um profeta ou um visionário houvesse recebido para assegurar a salvação das almas; não é também porção integrante da meditação de sábios e filósofos que se dedi-

cam a refletir sobre o sentido do mundo. Tal é o dado inelutável de nossa situação histórica, a que não poderemos escapar, se desejarmos permanecer fiéis a nós mesmos. E agora, se à maneira de Tolstói novamente se colocar a indagação: ‘Falhando a ciência, onde poderemos obter uma resposta para a pergunta – que devemos fazer e como devemos organizar nossa vida?’ ou, colocando o problema em termos empregados esta noite: ‘Que deus devemos servir dentre os muitos que se combatem? Devemos, talvez, servir um outro deus, mas qual?’ – a essa indagação eu responderei: procurem um profeta ou um salvador”.

### 3. Conclusão

A conferência “A Ciência como Vocação”, em nosso entendimento, condensa a visão de mundo weberiana. Com efeito, muito além de se debruçar sobre a política educacional universitária germânica, a conferência exterioriza a preocupação fundamental que marca o pensamento weberiano: o avanço da racionalização em todos os campos da vida. A manifestação do professor Manoel T. Berlinck (1998, p. 10) reforça essa nossa convicção:

“Esse conjunto de influências acabou por produzir, em Weber, aquilo que muitos consideram a preocupação central de sua obra: a racionalidade. A impressão que se tem é a de que seus estudos sobre religiões, a análise do surgimento do capitalismo, os estudos sobre poder e burocracia, os escritos metodológicos e sua sociologia do Direito são tentativas de resposta a perguntas tais como: quais as condições necessárias para o aparecimento da racionalidade?; qual a natureza da racionalidade?; quais as conseqüências sócio-econômicas da racionalidade? Se tal impressão for

verdadeira, os dois ensaios que são apresentados em seguida constituem verdadeiros marcos do pensamento de Weber pois ambos se referem especificamente à racionalidade”.

A racionalização estudada por Weber *não pode ser entendida como um movimento para o esclarecimento e para o progresso moral da humanidade*. Ao contrário, a visão weberiana percebia o processo de racionalização como um desencantamento do mundo que “levou os homens a banirem da vida pública os valores mais supremos e mais sublimes” (WEBER, 1998, p. 51), que foram encontrar abrigo na vida mística ou na fraternidade das relações diretas entre indivíduos isolados. *Esse desencantamento do mundo, visualizado por Weber, refletia uma percepção pessimista da humanidade e do seu futuro, tendo em conta a ausência de horizontes que viessem a suplantam a força esmagadora da racionalização*<sup>3</sup>.

“Em sua teoria da racionalização, Weber demonstra como, de um lado, o homem destrói sua esperança de um mundo além, no qual encontre salvação, mediante o processo de desencantamento do mundo, *destruindo assim toda opção de transcendência extramundana. E de outro lado, demonstra que o futuro é sempre inalcançável e não passa de uma ilusão, confinando o homem a espremer suas possibilidades de existência no presente imediato. Isto é, destrói toda possibilidade de transcendência intramundana no futuro. O homem fica confinado no presente, que é dominado pela irracionalidade insuperável dos fatos*”. (SASTRE, 1999, p. 188).

Em síntese, para Weber, a racionalização, paradoxalmente, fomenta o irracionalismo. (MAIA, 2002, p. 310).

### Notas

Sobre a questão polêmica das datas das conferências, veja-se o texto, de Wolfgang Schluchter (2000, p. 104-109), “Neutralidade de Valor e a Ética da Responsabilidade”.

<sup>2</sup> Sobre esse tema, veja-se o livro “Max Weber: entre a paixão e a razão”, de autoria de Hector L. Saint-Pierre (1999).

<sup>3</sup> Para aprofundamento sobre o conceito de “desencantamento”, veja-se o excelente trabalho “O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber”, de autoria de Antônio Flávio Pierucci (2003).

### Referências

- ABELLÁN, Joaquín. Introdução. In: WEBER, Max. *La ciencia como profesión*. 2. ed. Madri: Espasa, 2001.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento socio lógico*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.
- BERLINCK, Manoel T. Prefácio. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 1998.
- COHN, Gabriel. *Weber*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- DIGGINS, John Patrick. *Max Weber: a política e o espírito da tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción social y racionalización social*. 3. ed. Madri: Taurus, 2001. v. 1
- HECKER, Alexandre. A ciência isenta e a mão no leme da história. *Revista de História Regional*, Ponta Grossa, v. 4, n. 2, p. 125-137, inverno 1999.
- LAZARTE, Rolando. *Max Weber: ciência e valores*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- MacRAE, Donald G. *As idéias de Weber*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1985.
- MAIA, Rui Leandro. *Dicionário de sociologia*. Porto, Portugal: Porto Editora, 2002.
- MAYER, Jacob Peter. *Max Weber e a política alemã*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- PIERUCCI, Antonio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- RITZER, George. *Teoria sociológica clássica*. Madrid: McGraw-Hill, 2002.
- SAINT-PIERRE, Héctor. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1999.
- SASTRE, Edilberto A. *Viagem à alma do diabo: uma leitura possível das dualidades na sociologia de*

Max Weber. Brasília, 1999. Dissertação (Mestrado em sociologia) - Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, Brasília, 1999.

SCHLUCHTER, Wolfgang. Neutralidade de valor e a ética da responsabilidade. In: COELHO, Maria Francisca Pinheiro (Org.). *Política, ciência e cultura em Max Weber*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

TRAGTENBERG, Maurício. Introdução. In: WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001. Parte 1.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1998.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade*. 3. ed. Brasília: EdUnB, 1999. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1979.

\_\_\_\_\_. *Metodologia das ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001. Parte 1.



# **Preclusividade e procedimento administrativo disciplinar**

Os limites ao poder de revisão de ato que determinou o encerramento de investigação contra servidor público

Luiz Alexandre Cruz Ferreira  
Alexandre Mendes Cruz Ferreira

## Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Interesse público e particular. 3. Devido processo legal como instrumento de garantia individual. 4. Princípio da preclusividade e a chamada “coisa julgada administrativa”. 5. Natureza jurídica da decisão que põe termo à investigação contra servidor público. 6. Anulação e revogação dos atos administrativos. 7. Anulação e prescrição administrativa. 8. Considerações finais.

### *1. Considerações preliminares*

Falando sobre o ofício do intérprete do fenômeno jurídico, José Néri da Silveira (1985, p. 26) alerta para a necessidade de observância da pesquisa acerca do conteúdo teleológico da norma, que deve permitir a “proteção e segurança dos indivíduos”, base para a construção do equilíbrio e da harmonia social e, conseqüentemente, da afirmação da “justiça, paz e bem comum”. A advertência é altamente pertinente, mormente quando se constata que os operadores do Direito atualmente, a pretexto de pesquisar o sentido lógico da proposição normativa, muitas vezes se esquecem de “projetar seu conteúdo em todas as direções” e de “atentar para as exigências valorativas apropriadas à vida real” (SILVEIRA, 1985, p. 26). Talvez seja esse descomprometimento com o resultado da interpretação, apregoado a plenos pulmões nos rincões positivistas, que está na raiz do nascimento de muitos dogmas jurídicos, que

Luiz Alexandre Cruz Ferreira é Mestrando em Direito Público e Docente na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, professor no Centro Universitário Barão de Mauá, em Ribeirão Preto – SP, Teólogo.

Alexandre Mendes Cruz Ferreira é Pesquisador na Universidade de Ribeirão Preto – UMAERP.



tanto mal têm produzido historicamente à humanidade.

Existe uma tendência na comunidade jurídica para a refração do caráter transformador e libertador do fenômeno jurídico, ainda que esse caráter esteja sendo acentuado hodiernamente por alguns juristas comprometidos com a criação de um pensamento antidogmático e crítico. Como afirmam Lawrence Friedman e Jack Ladinsky (1999, p. 203), “a mudança é uma característica penetrante da sociedade humana; em verdade, a mudança social é tão normal quanto a ordem social. Porém, enquanto se refere ao trabalho intelectual, a dinâmica social é uma área notadamente subdesenvolvida, comparada com o fenômeno da ordem social. É paradoxal que, numa área de mudança técnica e social acelerada, a teoria social (e é exatamente o que acontece com o Direito) se concentre no tratamento da persistência ordenada da sociedade, e que não tenham aceitação geral as teorias sobre o processo e mudança sociais”.

Pode-se apontar a plena submissão dos operadores do Direito aos dogmas como causa primeira do imobilismo do mundo jurídico em relação ao processo de transformação da sociedade. Um desses dogmas irrefutáveis que acabaram alçados, não se sabe à força de qual autoridade, à categoria de “princípio geral do Direito” é aquele que afirma a possibilidade de modificação de um ato administrativo quando conveniente ao interesse público, que deve sempre prevalecer em relação ao do particular. Na realidade, conforme se tentará demonstrar, a vetusta interpretação justificadora da aludida conclusão não se encontra em sintonia com os mais modernos princípios iminentes ao Estado Democrático de Direito e, por essa razão, deve ser objeto de profunda reflexão dos estudiosos do Direito Público.

Uma das conseqüências da irrefletida aceitação do dogma da prevalência do interesse público sobre o individual se relaciona com a negativa, feita por alguns juristas pátrios, da possibilidade de os atos admi-

nistrativos ensejadores de direitos subjetivos se revestirem de efeitos permanentes, vale dizer, serem irretroatáveis; ou ainda, mais especificamente, na rejeição pura e simples da ocorrência da *res judicata* imprópria em procedimento administrativo disciplinar.

A hipótese, muito comum, diga-se de passagem, reside na possibilidade de um servidor público vir a responder a novo inquérito ou sindicância administrativa pelo mesmo fato, depois de ter sido arquivada investigação anterior por qualquer motivo. É certo que há os que defendem que, sendo aludida providência um ato administrativo, o referido arquivamento pode perfeitamente ser objeto de “invalidação” pela Administração, presente o interesse público. Dessa forma, mesmo arquivado o procedimento administrativo contra o servidor, ele poderia ser reaberto a qualquer tempo, limitado exclusivamente à conveniência da Administração Pública. Tentar-se-á demonstrar, entretanto, que referida orientação macula princípios de garantia previstos na Constituição Federal e não se coaduna com o devido processo legal, além de manter o intérprete com os pés fincados no passado, comprometido com antiga orientação, fazendo de sua voz um instrumento de serviço da manutenção de um *status quo* pernicioso e refratário à descoberta da verdadeira essência do Direito, cuja pretendida e necessária mudança de substância acaba disfarçada pelo acolhimento desses dogmas e de outras ficções legais ou formas de legalismo. (Cf. SOUTO, 1999, p. 204).

## 2. Interesse público e particular

Em magnífica monografia, sustenta Enterría (1986, p. 33) que

“la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central em la contrucción y em la validez del ordenamiento em su conjunto, obligan a interpretar este em cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operado-

res privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto las generales como los específicos referentes a la matéria que se trate”.

O caráter normativo da Constituição é a base de todo o sistema constitucional brasileiro. Por mais que se tente imprimir uma natureza programática ao modelo constitucional, o fato é que a própria Constituição Federal de 1988 ostenta valores materiais indiscutíveis que não podem, à toda evidência, ser descurados em nenhuma hipótese.

Um dos valores materiais básicos sobre o qual se assenta todo o sistema constitucional é a previsão de inviolabilidade dos direitos fundamentais. A afirmação, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, aspira poder permitir ao indivíduo o livre desenvolvimento de sua personalidade (ENTERRÍA, 1986, p. 35). Nessa medida, a efetivação dos direitos e garantias individuais deve ser buscada pelo Estado e exatamente é nisso que se assenta a ideologia liberal que permeou o trabalho do constituinte brasileiro. Em outras palavras, caso houvesse uma hierarquia de valores no contexto da Constituição, certamente aquele que impõe a preservação dos direitos individuais fundamentais teria prevalência sobre qualquer outro.

Com isso não se quer dizer que os direitos e garantias individuais tenham natureza absoluta. Na realidade, nenhum direito pode aspirar a tal *status*. O que se quer ressaltar é que jamais, em nome de um suposto interesse público, pode-se descurar de uma garantia individual inserta na Constituição da República Federativa do Brasil. Um direito individual só pode ser descurado quando se apresentar em antinomia em relação a outro direito fundamental, igualmente constitucionalizado, implícita ou explicitamente.

Toda a hermenêutica possível de um comando constitucional deve estar direcionada para a asseguaração das liberdades civis proclamadas na Carta Magna. É essa a de-

corrência natural da opção principiológica feita pelo constituinte.

Assim sendo, a singela idéia de que um interesse eventualmente social deve sempre prevalecer sobre um individual, repita-se, é um dos muitos dogmas que a comunidade jurídica tem absorvido sem maiores reflexões.

A doutrina alienígena há muito vem preconizando a necessidade de refutação da premissa da prevalência do interesse social sobre o individual pura e simplesmente. Peter Häberle (apud ENTERRÍA, 1986, p. 37) fala, desde longa data, sobre uma teoria da Constituição fulcrada numa interpretação substancial das garantias individuais, capaz de definir um espaço aberto em que seja possível um manejo de alternativas que evitem uma “petrificação” dogmática da situação dada. Assim, “los derechos fundamentales seriam los veyculos y los manantiales de las inovaciones e de las alternativas”. (ENTERRÍA, 1986, p. 37).

De seu turno, Renato Alessi (apud MELO, 1985, p. 57) afirma que os interesses individuais do grupo social compõem aquilo que ele chama de *interesses coletivos primários*. Esclarece o mestre:

“estes interesses públicos coletivos, cuja satisfação deve ser curada, não são, sublinhe-se, os interesses da Administração, entendida como aparelho organizativo, mas aqueles que têm sido chamados de interesses coletivos primários, formados pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade; ao passo que o interesse do aparelho organizativo, se possível conceber um interesse do aparelho unitariamente considerado, seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados apenas no caso de coincidência e nos limites da mencionada coincidência com o referido interesse coletivo primário”.

Assim sendo, a satisfação dos direitos e garantias individuais é premissa necessá-

ria para a concreção do interesse supremo da Administração Pública. Não há nenhuma base constitucional para a singela afirmação de que o interesse material da Administração deve sempre prevalecer em relação ao do particular.

### 3. *Devido processo legal como instrumento de garantia individual*

Para José Alfredo de Oliveira Baracho (1983, p. 55),

“o processo tem passado por transformações marcantes que o afastaram do formalismo da velha praxe, para o reforço de sua posição como garantia constitucional. Os estudos do direito processual não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem”.

Além disso, é lícito dizer que o fenômeno jurídico se manifesta em uma sociedade plural, na qual o homem está situado histórica e culturalmente. O anacronismo clássico dos intérpretes vem perdendo força em relação a uma concepção diacrônica do mundo do Direito, que tem permitido uma hermenêutica mais engajada e comprometida com o ser humano.

Aliás, Vicente de Paula Barreto (1997, p. 627), referindo-se às demandas sociais da sociedade contemporânea, afirma que

“o ponto nodal da questão reside, certamente, na incorporação da temática da inclusão social na ordem constitucional. O Estado Democrático de Direito desloca a questão, rompendo o círculo vicioso do constitucionalismo liberal, que considera a inclusão social em termos de liberdade igual, situando-a sob o ângulo da distribuição equânime dos bens e do reconhecimento público aos excluídos”.

Dentro dessa perspectiva, criada a partir da afirmação das contradições internas

do liberalismo, irrompe a hermenêutica como poderoso instrumento de libertação do indivíduo, conduzindo para a possibilidade, ainda tênue, é verdade, da realização de uma ontologia hermenêutica fundamental pelo cidadão, desvinculada de padrões de dominação. E, dessa forma, emerge – ao menos em tese – a necessidade de que a visão de mundo do excluído ou do hipossuficiente seja considerada pelas instâncias decisórias, que acabam por isso mesmo tendo que compartilhar das angústias e do sofrimento do ator social, alçado, em consequência, à condição efetiva de co-partícipe do processo de distribuição da justiça.

Sobre o assunto, com a agudez habitual, Peter Härbele (1997, p. 17) pontifica que

“a relevância desta concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou grupos, mas também dos órgãos estatais, configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais (*grundrechtliches Sachelement*)’ ... esta complexa participação do intérprete realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada. *Experts* e pessoas interessadas na sociedade pluralista também convertem-se em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não somente o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade”.

Sem qualquer dúvida, a base da eclosão dos novos movimentos hermenêuticos está situada na descrição dos direitos fundamentais pela Constituição Federal. Evidentemente que a garantia de submissão do processo à legalidade deve ser entendida exatamente nessa dimensão.

O professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Marcelo Rebelo de Sousa (1986, p.

5), referindo-se à Constituição portuguesa, em tudo idêntica à nossa nessa seara, vê três dimensões da legalidade: a) político-constitucional; b) administrativa substancial; e c) administrativa processual. No que se refere à primeira, leciona que

“ela deve ser entendida no sentido de ter por conteúdo os princípios fundamentais do regime democrático. Estes princípios, que respeitam a filosofia política norteadora da substância do princípio da legalidade, projetam-se também na essência democrática do sistema do governo vigente e deles se destacam, como princípios fundamentais, o respeito e garantia dos direitos fundamentais”.

Não se deve conceber o devido processo legal senão como um dos direitos individuais fundamentais. A concepção é de garantia, portanto, do indivíduo. Entendido de maneira substancial e não meramente formal, ele acentua a necessidade de contenção de qualquer manifestação do arbítrio. Em certo sentido, portanto, é opção principiológica do Estado contra emanações ontologicamente injustas.

#### 4. Princípio da preclusividade e a chamada “coisa julgada administrativa”

Maria Sylvia Di Pietro (2004, p. 584) vê necessidade de precisar a distinção entre coisa julgada administrativa e efeitos preclusivos do ato administrativo. Para ela,

“sendo muito diversas as funções jurisdicionais e administrativas, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica. Na função judicial, o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este parte na relação que vai decidir (...). Na função administrativa, a Adminis-

tração Pública é parte na relação que aprecia; por isso se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão”.

A maior das características da coisa julgada, sem qualquer dúvida, é a insuscetibilidade de modificação ulterior da decisão que dela decorre. Em outras palavras, consoante de sabença trivial, a decisão que ostenta a força da *res judicata* não pode ser desconstituída nem mesmo pela edição de novo comando legislativo positivo.

É certo que existem atos administrativos irretratáveis no âmbito interno da Administração. Entretanto, mesmo esses atos sempre se sujeitam à revisão judicial. Dessa forma, partindo-se do pressuposto da sujeição ao controle jurisdicional, não se pode dizer que existam atos administrativos imodificáveis. Esse é um poderoso argumento levantado em favor da necessidade de uma precisão terminológica acerca do instituto da coisa julgada no âmbito administrativo.

Enfocando a necessidade de distinção sobre os efeitos preclusivos na seara administrativa, ensina Araújo Falcão (1960, p. 90) com autoridade:

“mesmo aqueles que sustentam a teoria da coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de *res judicata* propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, caso ocorresse, sob o nome de ‘irretratabilidade’”.

Destaca Adriano Marrey, em voto proferido no recurso 141.907, contra ato do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, que:

“a assim chamada coisa julgada administrativa, resultante da definitividade da decisão tomada pela Administração, limita-se ao caso apreciado

e extingue-se com o encerramento deste, pelo exaurimento de seus efeitos, respeitadas as situações jurídicas subjetivas, que se constituíram”. (no mesmo sentido: RTJ 88/134).

Na verdade, o fato de se advogar a impropriedade da denominação “coisa julgada administrativa” não faz desaparecer o importante efeito da preclusividade de alguns atos administrativos, que se materializa na insuscetibilidade de modificação ulterior pela própria Administração Pública.

Em 1862, o insuperável tratadista Visconde de Uruguai (1997, p. 59), lecionando sobre a diferença entre a administração graciosa e contenciosa, afirmava que:

“a administração graciosa está, como vimos, essencialmente revestida de um certo poder discricionário. A contenciosa, porém, está encerrada nos limites da aplicação de uma lei, de um regulamento, de um contrato, quando lhe pertence a solução das dúvidas que se levantam. A administração graciosa tem sempre o poder de reformar espontaneamente a decisão que tomou. A contenciosa não, porque, pela decisão tomada depois de um litígio administrativo, em um caso dado, ficou liquidado e firmado o direito da parte”.

Vê-se, assim, que existem atos administrativos que, uma vez editados, não podem ser revogados pela Administração. Isso ocorre porque uma das características que mais acentua o caráter de proteção individual que está impregnado na garantia do devido processo legal é o princípio da preclusividade, previsto no artigo 5º, XXXVI, da CF/88. Nem mesmo a edição de uma nova lei regulando uma matéria pode afetar uma decisão coberta pelos efeitos preclusivos da *res judicata*. Esta, consoante afirmado, no âmbito administrativo, manifesta-se pela impossibilidade de revisão interna do ato administrativo. Em outras palavras, a preclusão, quando incidente, acarreta a impossibilidade de revogação do ato administrativo e, em razão disso, torna-se ele imutável (ressalva-

da, é claro, a possibilidade de controle judicial da legalidade).

### 5. Natureza jurídica da decisão que põe termo à investigação contra servidor público

Na realidade, constitui séria violência a submissão de uma pessoa ao juízo administrativo disciplinar pelo mesmo fato indefinidas vezes. Bem situada, a irretratabilidade dos atos da Administração Pública decorre do princípio da preclusividade que, de seu turno, é emanção perene do devido processo legal e, portanto, direito fundamental da pessoa humana.

Sempre que uma denúncia ou uma irregularidade se apresenta contra um servidor, surge uma relação entre este e a Administração Pública que necessariamente deve ser objeto de decisão. Quando a Administração, por qualquer motivo, reconhece a inadmissibilidade de imposição de uma punição disciplinar, quer porque não encontrou provas suficientes para início do processo administrativo, quer porque este resultou em absolvição do servidor, o que emana desse ato é uma decisão desconstitutiva da pretensão decorrente da irregularidade apontada. Em outras palavras, com a notícia da prática de uma irregularidade aparece o interesse da Administração em punir o servidor faltoso, e qualquer decisão que repudie essa pretensão tem característica negativa diante da apontada irregularidade funcional.

A falta de instauração formal de um processo administrativo, ou mesmo a decretação de sua improcedência, portanto, faz emergir a certeza da inocência do servidor, que, aliás, era presumida por força da Constituição Federal. Evidentemente que essa decisão tem a força da *res judicata imprópria*, consoante, aliás, pronunciamento unânime da doutrina.

Não é outra a lição sempre atual do saudoso Hely Lopes Meirelles (2002, p. 576):

“realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, a

preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge, nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o destinatário da decisão interna do Poder Público. Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável pela via judicial”.

Ao contrário do que sustentam alguns, não pode a Administração revogar o ato administrativo que determinou o encerramento das investigações a qualquer tempo, ainda que fundado no interesse público. Na realidade, o verdadeiro interesse público é aquele que decorre da estrita observância das normas constitucionais de garantia, verdadeira carta de intenções de um Estado, de observância absolutamente obrigatória.

Consoante afirmado, tanto a determinação de arquivamento de um expediente investigatório quanto a decisão em um processo administrativo se materializam por meio de um ato administrativo individual, que só pode ser revogado ou anulado pela Administração Pública na presença de determinados requisitos. É a seguinte a lição do citado Hely Lopes Meirelles (2002, p. 196), cujo pensamento constantemente é descontextualizado por alguns:

“os atos administrativos, especiais ou individuais, são também, em tese, revogáveis desde que os efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, mas ocorre que estes atos podem se tornar operantes e

irrevogáveis desde a sua origem, ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão. E tais são os que geram direitos ao destinatário, os que exaurem desde logo seus efeitos e os que transpõem os prazos dos recursos internos, levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer destas hipóteses o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência”.

A matéria é pacífica na jurisprudência, que considera irretratáveis os atos administrativos que gerem direitos ou que resultem na não utilização do recurso hábil. Nesse sentido: STF, RDA 20/40, 30/262, 35/247, 39/320, 48/350, 52/242, 53/166, 54/275; TFR, RDA 32/116; TJSP, RDA 38/83, 38/85, 47/72, 49/202; RT 205/359, 257/372, 262/149, 294/207.

Evidente que o arquivamento do expediente contra o servidor acusado de irregularidade é ato administrativo que gera direitos e implicações de natureza subjetiva, tanto para ele (que foi proclamado inocente) quanto para a Administração Pública, que se obriga ao cumprimento de seu conteúdo decisório. Nesse caso, conforme lição acima, não pode mais a Administração revogar o ato que, para todos os efeitos de direito, passa a ser “irretratável”.

Aliás, o maior de todos os publicistas pátrios, Ministro Seabra Fagundes (1971, p. 99), felizmente nos legou, entre tantas outras, esta pérola de lição:

“O poder reconhecido à Administração Pública de rever os seus próprios atos, para modificá-los ou desfazê-los, pode situar-se diante dos atos administrativos válidos (revogação) e dos atos ilegítimos, porque praticados ao arpejo do texto normativo (anulamento ou anulação). E em face dos primeiros está limitado pelos direitos subjetivos a que o ato possa ter dado causa. Ou é impossível o desfazimen-

to, se de qualquer modo atinge efeitos já produzidos, ou é restrito à área em que não atinge tais efeitos, seja eliminando-os, seja frustrando-os em sua seqüência. Esta é a colocação tranqüila da matéria diante do princípio constitucional (art. 153, § 3º) e legal (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º) assecuratório dos direitos adquiridos. Nesse sentido é concorde a orientação da jurisprudência, quer dos tribunais locais, quer do Supremo Tribunal Federal. Em vários acórdãos, se tem decidido que o ato administrativo ‘que gerou direito subjetivo, não pode ser revogado’ (mandado de segurança nº 4.609, RDA v. 53/167, 171; recurso de mandado de segurança nº 3.791, RDA v. 51/277, 281 e 1.944, RDA, v. 48/130-2). O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que, ‘se o ato é legal’, e ‘gerou direito adquirido’, ‘não há como anulá-lo’ (Terceira Câmara Cível, acórdão nº 74/725, RDA, v. 48/139, 144; Primeira Câmara Cível, acórdão nº 20.314, RDA, v. 53/176; Pleno, mandado de segurança nº 74.498, RDA v. 49/202-8). E o Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara também já assentou: ‘se o ato produziu seus efeitos, criou situações jurídicas novas, é evidente que a autoridade administrativa fica adstrita ao respeito àqueles direitos legalmente adquiridos’...”.

E prossegue o mestre, parece que para responder àqueles que insistem em alegar que o interesse público poderia alterar o panorama desenhado:

“a simples invocação do interesse público, visto sob um novo prisma, não basta a invalidar o ato que legalmente se praticou. Por sobre ele estará o respeito à Constituição e à Lei de Introdução ao Código Civil. Aí, como tivemos ocasião de escrever alhures, o interesse público será apenas aparente, pois o real interesse público estará na

preservação da situação jurídica individual, nascida à sombra do direito”. (FAGUNDES, 1971, p. 101).

### 6. Anulação e revogação dos atos administrativos

Antes de prosseguir na argumentação, parece necessária a afirmação de dois conceitos de suma importância, indispensáveis para a sustentação do que foi alegado até o presente momento, bem como para servir de suporte para ulteriores conclusões. Existem somente duas categorias para identificar a invalidação dos atos administrativos: a revogação e a anulação.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 195), “revogação é a suspensão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência”. De outro lado, o mesmo autor afirma que “anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”.

Pelo que se vê, fica muito claro que a revogação de um ato administrativo pressupõe um ato legal, perfeito e sem nenhum vício, inobstante inconveniente à Administração Pública. No que se relaciona à anulação, entretanto, a situação é bem diversa, na medida em que, nesse caso, a invalidação pressupõe uma ilegalidade, vale dizer, uma mácula que torna insustentável o ato em relação ao ordenamento jurídico positivo.

Os atos administrativos podem ser invalidados pela revogação a qualquer tempo, desde que respeitados os direitos de terceiros e não tenha decorrido o prazo das vias recursais. Lembrando uma vez mais Hely Lopes Meirelles (2002, p. 197), é lícito dizer que o ato só pode ser revogado, em síntese, “quando não tenha gerado direitos subjetivos ao destinatário ou não seja definitivo ou, então, por se tratar de ato precário”.

Quanto aos anuláveis, por serem atos ilegais, ilegítimos e abusivos, podem ser mo-

dificados a qualquer tempo, desde que não tenha ocorrido a prescrição. Mesmo nesses casos, a doutrina tem recomendado redobrada cautela aos operadores do Direito. Uma vez mais se deve socorrer do magistério do grande Ministro Seabra Fagundes (1971, p. 102), para quem:

“É tão delicado o uso do poder de desfazimento dos atos administrativos pela própria Administração, que mesmo se tratando de atos ilegítimos, porque praticados em conflito com textos legais ou regulamentares, e, conseqüentemente, não ter gerado direitos subjetivos, se prescrevem cautelas contra o efeito retroativo da declaração de nulidade. A doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não constituir em elemento perturbador de segurança e da estabilidade nas relações entre Estado e indivíduo”.

Essa discussão, entretanto, será retomada com mais vagar no tópico seguinte.

Por ora, importante acentuar que o ato administrativo que determinou o arquivamento de denúncia contra servidor, quer tenha sido proferido em peças de informação, sindicância, inquérito administrativo ou processo disciplinar, não pode ser revogado pela Administração, vez que gerou direitos subjetivos. Dessa forma, ordenado o arquivamento, não pode haver subsequente imposição de sanção disciplinar contra o funcionário pelo mesmo fato, pena de ofensa ao devido processo legal pela falta de respeito ao princípio da preclusividade.

## 7. Anulação e prescrição administrativa

Para J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 264):

“na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e cien-

tíficos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais”.

Do cotejo dos interesses conflitantes, de um lado, o da Administração em invalidar um ato ilegal e, de outro, o do cidadão em manter a segurança jurídica indispensável, emerge o pensamento daqueles que, como Regis Fernandes de Oliveira (2001, p. 131), entendem que:

“com relação ao próprio Poder Público, temos, em princípio, que não há prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável. (...) Ao administrador cabe sempre reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público (...)”.

Para o citado autor, nem mesmo a prescrição poderia alterar o panorama indicado:

“... não haverá nunca a prescrição. Para o particular, sim, pois assim o estabelece o sistema normativo. Para a Administração não. Caber-lhe-á, analisadas as circunstâncias fáticas, escolher se prefere a continuidade dos efeitos materiais do ato ou eliminá-lo. É juízo valorativo da autoridade administrativa, ocorrente por ocasião da decisão”.

Evidente que referido pensamento está em dissonância com a orientação hermenêutica da prevalência dos direitos individuais fundamentais. Em razão disso, pode-se apontar uma outra orientação no sentido de que mesmo um ato manifestamente ilegal só pode ser anulado enquanto não prescrita a possibilidade dessa anulação ou, no dizer de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 199):

“a doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem



atenuando o rigor desta afirmativa, para manter os atos legítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial afirma-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração. Como destacado, (...) a Lei 9.784/99 manda a Administração observar o princípio da segurança jurídica...”.

Consoante afirmado, a jurisprudência tem deixado de anular atos administrativos, mesmo ilegais, depois do transcurso de determinado lapso temporal. Nesse sentido: STF, RTJ 45/589, 49/231, 83/921; RDA 114/288, 134/217; TFR, RTFR 26/10; TJSP, RJTJSP 38/318.

E nem se diga que a seara disciplinar restaria excluída da sistematização apontada. Absolutamente não. Com efeito, conforme sustenta o eminente Ministro Moreira Alves por ocasião do julgamento do MS nº 20.069/1976:

“o que implica dizer que, para haver exceção a esse princípio (da prescritibilidade), é necessário que venha ela expressa em texto legal. E isso não ocorre com a falta de que se trata nos autos. Por outro lado, em se tratando de interpretação extensiva, como se trata, ela se aplica até às normas que integram o denominado *ius singulare* uma vez que, a partir de Helfert, em 1847, a doutrina vem acentuando que, no terreno dessas normas, só não se pode utilizar da analogia (...). Em matéria de prescrição em nosso ordenamento jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em *ius singulare*, uma vez que a regra é da prescritibilidade”.

Sobre o instituto da prescrição administrativa, que não se confunde em absoluto com a preclusão de que se cuidou nos tópicos anteriores, afirma Hely Lopes Meirelles (2002, p. 201):

“a nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação

do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também *interesse público*, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhe atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornarem inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade. Como entre nós as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos, entendemos que é neste prazo que podem ser invalidados os atos administrativos”.

Saliente-se, outrossim, que os atos administrativos capazes de ensejar uma punição ao servidor são aqueles que merecem maiores cuidados em relação à possibilidade de alteração ulterior. A doutrina tem-se orientado pela fixação de parâmetros de garantia do servidor e segurança jurídica dos atos administrativos, que não devem ser mitigadas, naturalmente, a pretexto de se “preservar” o Poder Público.

Algumas pessoas ainda sustentam que, inexistindo partes e sentença, descabido falar-se de coisa julgada e, portanto, de efeitos preclusivos do ato administrativo. Sem razão, entretanto. Na realidade, quando se fala de efeito preclusivo de um ato administrativo, não se está, absolutamente, desejando mencionar eventuais referências à *res judicata*, instituto de direito processual, e que pressupõe, à toda evidência, a instauração de uma lide civil, penal ou trabalhista.

Com efeito, o ato administrativo não depende de “partes”, de “processo” ou de “jul-

gamento” e, nem por isso, consoante lições exaustivamente citadas, está isento de ser considerado irrevogável quando atacado pelos efeitos preclusivos descritos.

Sobre a natureza do instituto que se evoca, veja-se o pensamento de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 650-651):

“a prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil e nem estende seus efeitos para as ações judiciais pois é restrita à atividade interna da Administração, acarretando a perda do direito de anular um ato administrativo e se efetiva no prazo que a lei estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo, não pode o servidor público ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito o STF já decidiu que ‘a regra é a prescritibilidade’. Entendemos que quando a lei não fixa prazo da prescrição administrativa é este de cinco anos (...) O direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados (...) Esta última norma encerra a observação relevante a respeito da terminologia jurídica ao falar em decadência e não em prescrição. No nosso entender, com inteira razão, porque se trata da perda do direito de anular, e o termo prescrição, conforme destacamos, supõe a existência de uma ação judicial. O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre a Administração e seus servidores, em obediência ao princípio da segurança jurídica. Transcorrido o prazo prescricional, fica a Administração e o servidor impedidos de praticar o ato pres-

crito, sendo inoperante o extemporâneo”.

De todo exposto, resulta que tanto a Administração Pública quanto o Judiciário só podem anular ato administrativo que tenha resultado no arquivamento de investigação aberta contra servidor, ainda que eivado de vício insanável, caso ainda esteja fluindo o prazo prescricional. Depois disso, opera-se a decadência do direito e o ato já não mais pode ser atacado, seja qual for a irregularidade que ostenta.

### 8. Considerações finais

Pode-se dizer, em síntese, que o interesse público primário que sustenta toda a ideologia de nosso sistema político está alicerçado na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Nesse diapasão, é equivocado invocar-se a prevalência de interesses coletivos sobre os individuais, pura e simplesmente. Ao contrário, em caso de impossibilidade de compatibilização desses interesses, aquele que encontra seu fundamento nas normas de garantia previstas pelo constituinte deve sempre ser preservado, ainda que aparentemente represente uma suposta desconformidade com o interesse material da Administração Pública.

Exatamente em razão disso, o direito ao devido processo legal é emanção constitucional de garantia do cidadão contra o arbítrio e, dessa forma, não pode claudicar para atender os reclamos de um aparente interesse público legitimador de novas providências administrativas contra o servidor público acusado de falta funcional.

Na verdade, o ato administrativo que determina o arquivamento de investigação contra servidor público não pode ser revogado pela Administração Pública porque gera direitos subjetivos individuais ao servidor. Essa garantia decorre precisamente do devido processo legal, que tem como corolário a afirmação da preclusividade como regra.

Além disso, ainda que o mencionado ato ostente vício de natureza insanável, ele só pode ser anulado, quer pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, dentro do prazo prescricional de cinco anos. Depois disso, ele se torna imodificável.

A conclusão, repita-se, decorre do direito de fundamento constitucional do servidor a um processo orientado pelo primado da lei, vale dizer, um processo cujo princípio da preclusividade seja regra e garantia impostergável. Nem mesmo a alegação de que o interesse público está a indicar a necessidade de revisão pode ser causa para justificar a revisão da medida, uma vez que não existe interesse social mais relevante do que a preservação incondicional dos direitos fundamentais.

### Referências

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 68, out./dez. 1983.
- BARRETO, Vicente de Paula. O discurso da tolerância e a crise na ordem jurídica liberal. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DA INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE SEMIOTICS OF LAW, 13., 1997, São Paulo. *Direito oficial, contracultura e semiótica do direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997, p. 627-637. Mimeo.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Hermenêutica e supremacia constitucional. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 77, jan./mar. 1986.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação da licença para a construção: direito à indenização. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 16, abr./jun. 1971.
- FALCÃO, Almicar de Araújo. *Introdução do direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- FRANCO, Alberto Silva (Org). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FRIEDMAN, Lawrence; LADINSKY, Jack. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito*. São Paulo: Thompson, 1999.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Interesse público primário e secundário. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 75, jul./set. 1985.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVEIRA, José Néri da. Reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 74, abr./jun. 1985.
- SOUSA, Marcelo Rabelo de. Princípio da legalidade administrativa na Constituição de Portugal de 1976. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 80, out./dez. 1986.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito*. São Paulo: Thompson, 1999.
- VISCONDE DE URUGUAI. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

# A consensualidade no Direito Administrativo

## Acordos regulatórios e contratos administrativos

Alexandre Santos de Aragão

### Sumário

1. Abertura à consensualidade. 2. Normas que “dialogam” com os subsistemas regulados (intersistematicidade). 3. Cautelas necessárias. 4. Editais de licitação e contratos de delegação.

*“Uno degli aspetti attraverso cui si manifesta la crisi del positivismo giuridico è la crescente consapevolezza dell'emergere di altre fonti di diritto che minano il monopolio della produzione giuridica detenuto dalla legge in una società in rapida trasformazione e intensamente conflituale, com'è la società capitalista nell'attuale fase di sviluppo.”*

### 1. Abertura à consensualidade

A metodologia do Direito a ser exposta no presente trabalho não implica uma disponibilidade do interesse público, mas uma determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei, meio esse que, eventualmente, não será a simples aplicação da regra legal<sup>1</sup>.

Ademais, Santi Romano (1964, p. 341), distinguindo a disposição em tese da titularidade da competência administrativa da negociação do seu mero exercício em determinado caso concreto, já observava que

“deve ser excluído que um poder possa ser objeto de atos de disposição por parte do seu titular, que não pode modificá-lo substancialmente, aliená-

Alexandre Santos de Aragão é Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

lo ou a ele renunciar. Todavia, em alguns casos se pode admitir que possa, mediante ato bilateral ou unilateral, se comprometer a não exercitá-lo ou a exercitá-lo de determinada forma ou dentro de certos limites. Tais atos de disposição referir-se-iam, de qualquer maneira, não ao poder em si e por si, mas sim ao seu exercício em relação a determinadas pessoas com as quais teria se comprometido. Como o poder permanece o mesmo através de todos os casos em que é exercitado, esta possibilidade não afeta a sua existência”.

Alejandro Huergo Lora (1998, p. 94-98)<sup>2</sup> enumera as seguintes razões para a conveniência de celebração de acordos pela Administração Pública: 1) O aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos. Observa Oscar Aguilar Valdez (2002, p. 446) que essa necessidade é maior ainda em se tratando de regulação de serviços públicos, considerando “o caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a conseqüente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais”; 2) Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes; 3) A crise fiscal do Estado faz com que, se, por um lado, o Estado não tem mais condições de participar ativamente da vida econômica do país, por outro, não podendo ficar-lhe alheio, passa a intervir por meio de fomentos negociados com os agentes econômicos privados.

É nesse sentido que a instrumentalização do Direito Administrativo Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensua-

lização<sup>3</sup>; no sentido de que, em regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (“efeitos colaterais”) negativas<sup>4</sup>, “com a conseqüência da transformação de elementos basais da arquitetura estabelecida do Direito Administrativo e a necessidade, portanto, de uma verdadeira mudança na sua construção dogmática” (ALFONSO, 2003, v. 13, p. 15), que deve passar a incluir os acordos com os administrados entre as fontes do Direito Administrativo<sup>5</sup>.

Como expõe Francesco Manganaro (2000, p. 139-141),

“a escolha entre um ato autoritativo ou consensual é feita, no procedimento, de acordo com a possibilidade de se chegar à composição dos interesses em jogo, já que ‘o caráter autoritativo da função se revela útil e necessário apenas quando se trata, na persecução da finalidade pública conexa à função administrativa que está sendo exercida, de dobrar estes interesses que, pela sua natureza ou pela maneira com que são expressos, colocam um obstáculo à realização do resultado do qual a função administrativa é instrumental’. (...) A clássica imagem de uma Administração que opera por formas unilaterais e autoritativas está superada, até mesmo porque, por força da Constituição, a busca do consenso dos cidadãos é um critério de legitimidade substancial, de justificação e guia das decisões administrativas. Por isso, a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. ‘Para que o processo cognitivo e a decisão cheguem o mais próximo possível do *optimum*, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um

processo dialético, no qual conflua-  
m os diversos pontos de vista dos sujei-  
tos interessados na decisão”.

Sustentando a possibilidade de Agência  
reguladora de serviço público, em acordo  
com a concessionária, substituir a aplica-  
ção de sanção pecuniária determinada pela  
lei pelo estabelecimento de novas obrigações  
de investimento no serviço, medida que se-  
ria mais consentânea com as finalidades  
legais de universalização do serviço públi-  
co, Floriano de Azevedo Marques Neto  
(2000, p. 355-357) afirma:

“a unilateralidade e a exorbitância  
tradicionais no exercício da autoridade  
pública (poder extroverso) têm que  
dar lugar à interlocução, à mediação  
e à ponderação entre interesses diver-  
gentes, sem descurar, por óbvio, da  
proteção da coletividade contra abu-  
sos dos agentes econômicos. De outro  
lado, a atividade regulatória estatal,  
neste novo contexto, tem que se pau-  
tar pelos interesses que lhe cumpre  
tutelar. (...) A finalidade da atividade  
regulatória estatal não é a aplicação  
de sanções e sim a obtenção das met-  
as, pautas e finalidades que o Legis-  
lador elegeu como relevantes alcan-  
çar. Para atingimento destas finalida-  
des primaciais pode lançar mão, den-  
tre outros instrumentos, do poder de  
sancionar”<sup>6</sup>.

Luciano Parejo Alfonso (2003, p. 40), em  
brilhante estudo fundamental na matéria,  
observa que

“a peculiaridade do ato adminis-  
trativo consensual está em ser um exer-  
cício da atividade administrativa com  
relevância jurídica imediata da qual  
participam terceiros. O objeto do ato é  
a própria atividade administrativa, tal  
como configurada constitucionalmen-  
te, ou seja, consiste justamente na exe-  
cução da lei e, portanto, na determi-  
nação do que seja o Direito no caso.  
(...) A consequência disto é a essencial  
aplicabilidade aqui do regime da ati-

vidade unilateral, com as modulações  
que impõe a referida natureza contra-  
tual do ato administrativo consensu-  
al”.

Em razão dessa aplicabilidade do regi-  
me jurídico da atividade administrativa  
unilateral, o autor faz relevante distinção  
no sentido de que o âmbito por excelência  
da consensualização do exercício dos po-  
deres administrativos é o das competências  
discricionárias, mantendo-se sempre os lin-  
des do legítimo exercício da discricionarie-  
dade. Quanto às atividades vinculadas,

“a opção em favor da forma convenci-  
onal alternativa de atuação não con-  
fere à Administração possibilidades  
de ação ou decisão suplementares. A  
utilização da forma convencional dá  
lugar a um acordo de e para a execu-  
ção da normativa aplicável, sem pre-  
juízo da possibilidade – em função das  
características da norma e do caso  
concreto – da adoção de soluções  
'adaptativas', com base nas potenci-  
alidades que possuem certos prin-  
cípios como o da proporcionalidade.  
Em qualquer caso, a determinação dos  
limites da margem de manobra da  
Administração para a 'flexibilização'  
da execução não é factível com cará-  
ter geral e em abstrato, mas apenas a  
partir das normas administrativas  
pertinentes ao caso”<sup>7</sup>. (ALFONSO,  
2003, p. 35-36).

Talvez indo um pouco longe demais,  
aparentando crer irrelevante a distinção  
entre ato vinculado e discricionário para  
efeito de admissibilidade dos acordos regu-  
latórios, e retirando os atos administrativos  
consensuais do âmbito dos poderes unila-  
terais da Administração Pública (na verda-  
de refutando genericamente a caracteriza-  
ção da Administração como poder de impé-  
rio), Giorgio Berti (1988, p. 49-65), em sofis-  
ticado estudo, afirma que

“a Administração Pública não se dis-  
tingue mais por uma subordinação  
positiva à lei ('só fazer o que a lei per-

mite'), mas pela sua capacidade de compor a diretiva do legislador político com os interesses espirituais e econômicos que, justamente para a sua efetividade, demandam um constante confronto entre a dimensão social e a individual",

o que se dá por meio de uma dupla falsificação: do poder administrativo unilateral, que já não tem muitas vezes capacidade real de se impor aos particulares, e da liberdade contratual dos particulares, há muito permeabilizada pelos valores constitucionais.

## 2. Normas que “dialogam” com os subsistemas regulados (intersistematicidade)

As relações intersistêmicas são, sob as mais diversas denominações, há muito estudadas pelo Direito, e a Teoria Autopoiética pode, ainda que não acolhida em sua inteireza<sup>8</sup>, fornecer muitas luzes aos desafios regulatórios contemporaneamente enfrentados pelo Direito Administrativo, para o que possui, inclusive, o necessário esteio constitucional, mormente por meio das finalidades traçadas pela Constituição para serem perseguidas pelos Poderes Públicos e no Princípio da Eficiência na realização desses objetivos (art. 37, *caput*, CF).

Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (e, sobretudo, o seu aplicador), para ser eficaz, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, mediante a permeabilização das fronteiras dos sistemas jurídico e econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no “Diário Oficial”, mas também na realidade prática do setor regulado<sup>9</sup>.

O Direito dos serviços públicos, incidindo sobre atividades econômicas *latosensu*, não poderia se pautar por estratégias que nada tenham a ver com a lógica econômica (não necessariamente com os interesses econômicos) dos delegatários de serviços públicos.

O agente econômico age por objetivos do subsistema social econômico (mais ou menos lucrativo ou dispendioso), não por ditames do subsistema do Direito (legal – ilegal). Para ele o cumprimento ou o descumprimento de uma norma jurídica é mais um dos elementos das relações de custo – benefício com as quais lida na condução dos seus negócios. Assim, podem existir atos contrários ao Direito que, não apenas sejam economicamente admitidos, como às vezes até se imponham. Nesses casos, há uma contradição entre o que é vedado no subsistema jurídico e o que é imposto no subsistema econômico.

Se, por exemplo, o dirigente de uma empresa insiste em pagar os tributos desta no prazo legal, quando os juros por inadimplemento são muito inferiores aos que obteria aplicando o dinheiro do tributo no mercado financeiro, muito provavelmente sofrerá conseqüências deletérias por parte do subsistema econômico.

Nas palavras de Gunther Teubner (1989, p. 188),

“uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do direito onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros fatores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida, mas é também tida como a opção correta)”.

Em outra obra, o mesmo autor<sup>10</sup> adverte que

“não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estru-

tural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (...) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, *nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade.* (...)

Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a heterorreferência, ele *pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances'*”.

Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação intersistêmica.

Devemos atentar que, já na década de setenta, Norberto Bobbio (1977, p. 56) notava a emergência de uma

“Teoria Realista do Direito, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema

jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente”.

O acoplamento das leis de serviços públicos com os setores regulados se dá por meio de uma série de mecanismos, da abertura semântica de suas disposições à utilização de termos e objetivos técnicos e econômicos, passando pela remissão de poderes normativos para entidades auto-reguladoras, trazendo para dentro das normas jurídicas a lógica do sistema econômico<sup>11</sup>.

### 3. Cautelas necessárias

Não desconhecemos que as diretrizes propugnadas de instrumentalidade, consensualidade, intersistematicidade e reticularidade do Direito Administrativo Econômico geram alguns riscos para a sociedade, principalmente em países que, como o nosso, têm um triste histórico de cooptação dos poderes estatais pelo poder econômico.

Todavia, não há como desconsiderar que as características das leis de serviços públicos acima analisadas constituem manifestação do

“Princípio da Flexibilidade na organização e atuação da administração. Sem ele não será possível ao Estado atuar eficazmente em um mundo em constante mudança, em que os processos decisivos (mercados financeiros, crime organizado, segurança, meio ambiente) acontecem em fluxos globais fora do alcance das ordens diretas do Estado. É necessário passar de um Estado decretador a um



Estado negociador, de um Estado controlador a um Estado interventor. As unidades de intervenção do Estado em questões estratégicas devem parecer mais com comandos de intervenção, como *task forces* que se formam para um fim determinado e se convertem em outro tipo de organização e atividades, conforme as necessidades que surgem. Num mundo de empresas-rede e de Estado-rede, a administração também deve ir assumindo uma estrutura reticular e uma geometria variável em sua atuação". (CASTELLS, 1999, p. 166).

Não podemos, com efeito, fechar as portas para mecanismos mais eficientes (e às vezes os únicos à disposição<sup>12</sup>) de atendimento dos interesses públicos por terem a chance de ser usados para propósitos menos nobres. Na verdade, nossa experiência histórica bem o demonstra, qualquer metodologia pode ser aproveitada para facilitar desvios de conduta<sup>13</sup>.

O que devemos buscar, portanto, é que a prevalência dos fins sobre os meios legais esteie uma firme metodologia, que, fundada nos Princípios da Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, ao mesmo tempo, evite que a aplicação meramente lógico-substantiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal, muitas vezes utilizada como biombo de malversações, contrarie os objetivos públicos maiores do ordenamento jurídico<sup>14</sup>.

A adoção de meio diverso do formalmente previsto em lei só pode ser levada a cabo quando o juízo de que atende melhor aos objetivos legais se encontrar em uma zona de certeza positiva, ou seja, se estiver fora de dúvidas que o meio não previsto expressamente em lei atende melhor aos seus objetivos. Se houver juízos razoáveis (mesmo que não unânimes) de que o meio previsto na lei poderia ser igualmente eficiente do ponto de vista do atendimento aos interesses públicos alvejados, ela deverá ser prestigiada<sup>15</sup>.

É sob essa perspectiva que, por exemplo, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a realização de investimentos com os quais a concessionária havia se comprometido no contrato de concessão, adote, em consenso com a concessionária, um novo plano de investimentos, mais adequado à realidade atual.

O que, contudo, a afirmada flexibilidade e a instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não podem significar é a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado.

Tanto a possibilidade de não aplicação das sanções como da substituição das obrigações por um novo Plano de Investimento não podem ser descartados *tout court*. Devem, todavia, ser admitidos apenas após passarem por um cuidadoso crivo à luz do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões de Serviços Públicos, já que as obrigações originárias de investimentos não podem ser simplesmente olvidadas pela assunção da obrigação de realizar outros investimentos. Nesse exemplo, portanto, deveria ser aferida a existência de uma razoável relação de equivalência entre os investimentos inadimplidos e as sanções que deveriam ser aplicadas, com o valor e a relevância pública dos novos investimentos que o concessionário se propõe a realizar.

A necessidade de as normas reguladoras dos serviços públicos expedidas pela Administração Pública atenderem na prática aos interesses do serviço, tal como previstos na Constituição e na lei que o instituiu, faz com essa relação de adequação deva estar sempre sendo verificada e aperfeiçoada. Uma das importantes consequências da mudança de abordagem da Teoria Geral do Direito, que favoreceu a instrumentalidade das normas jurídicas, foi a de não vincular a eficácia das normas jurídicas

apenas à sua ausência de contradição formal com as normas superiores, privilegiando também a sua relação com os fatos, de forma que a sua aplicação não acabe, materialmente, por contrariar os objetivos legais e constitucionais daquele determinado serviço público.

Expondo essas novas possibilidades hermenêuticas, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 88-89, grifo nosso) afirma que se

“admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei (e, acresceríamos, da ilegalidade de regulamento) tendo em vista significativa alteração das relações fáticas. (...) Assim, uma mudança dessa realidade pode afetar a legitimidade da proposição normativa. De resto, parece certo que o juiz não afere, simplesmente, a constitucionalidade da lei, mas, como enfatiza EHMKE, ‘a relação da lei com o problema que lhe é apresentado em face do parâmetro constitucional’”.

Suzana de Toledo Barros (2003, p. 80) também afirma

“ser possível que uma lei contemple, no momento de sua edição, uma relação meio – fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocorreram, seja porque se tenham verificado ulteriores conseqüências jurídicas indesejáveis, o que é muito comum em se tratando de leis interventivas na economia”.

É assim que, pelo princípio do *trial and error* das políticas públicas<sup>16</sup>, a Administração Pública deve estar constantemente avaliando as conseqüências práticas das normas jurídicas<sup>17</sup>; não sendo de se espantar que, em determinada conjuntura, tenha a sua aplicação afastada e, depois, em um outro momento, volte a ser aplicada em razão de, nessa realidade, ser um meio eficiente de realização dos interesses públicos. Não precisam ser anuladas se não forem inconsti-

tucionais ou ilegais em tese. A hipótese que estamos aventando é apenas de a sua aplicação, *em determinado caso concreto*, ser contrária aos objetivos legais e constitucionais.

Como adverte Lucio Iannotta (2000, p. 51), “estamos em uma fase da história econômica, social, jurídica e humana na qual a conservação dos valores tradicionais requer uma profunda mudança de perspectiva (melhor dizendo, um acréscimo de novas perspectivas em relação àquelas tradicionais) e a procura de formas novas, adequadas à nova realidade. É exigida uma forte dose de criatividade (Marzuoli) e de audácia. Audácia e criatividade necessárias para empreender um percurso árduo, mas seguramente entusiasmante, com a consciência que o direito – como ciência e como *praxis* – é um dos mais relevantes fatores de transformação e progresso humano e social”.

#### 4. Editais de licitação e contratos de delegação

Por derradeiro, uma questão de grande importância que se coloca é se haveria peculiaridades na conformação do Princípio da Legalidade nas relações jurídicas entre particulares e Administração Pública que não fossem relações *ex lege*, mas sim oriundas do livre acordo do particular. Poderia esse acordo entre a Administração Pública e o particular prever obrigações sem base legal?<sup>18</sup>

Não se trata das obrigações e poderes contratuais expressa ou implicitamente determinados ou facultados por lei. O que nos interessa é aferir a possibilidade de utilização do assentimento do particular, especialmente do contrato administrativo, como fonte originária de obrigações do particular e de poderes da Administração Pública, integrando os editais de licitação e os contratos de concessão *de per se* no marco regulatório dos serviços públicos<sup>19</sup>.

No Direito Comparado, as posições quanto à matéria se dividem pela adoção da Escola Francesa ou da Escola Germânica.

Na primeira,

“Vedel/Delvolvé escrevem que, embora o caráter exorbitante das prerrogativas administrativas seja mais evidente quando estas não provêm do contrato, muitas delas têm origem convencional, o que faz com que sejam exorbitantes pelo seu conteúdo mas não pela sua fonte. Também Rivoero afirma que as prerrogativas que a Administração detém quanto ao seu co-contratante e que não conhecem equivalente nos contratos privados tanto podem decorrer das cláusulas do contrato como das regras gerais aplicáveis a todos os contratos administrativos. (...)”

Já para a maioria dos autores alemães e suíços, a questão da criação de poderes de autoridade da Administração sobre o particular através do contrato administrativo tem de resolver-se à luz dos princípios gerais. E como destes resulta que, nas matérias que constituem objeto de reserva de lei, o contrato administrativo se encontra sujeito à legalidade material e tais matérias incluem toda a administração ablativa, a criação contratual de poderes de autoridade sobre o particular depende de uma permissão normativa expressa. Os poderes dos órgãos da Administração não se geram através de pactos ou negócios: provêm diretamente das normas. De outro modo, os contratos constituiriam eles também uma fonte de competência auto-outorgada pela Administração em conjugação com outro contraente de natureza privada. Mas nem a Administração se pode autodefinir a competência através de atos concretos nem os particulares possuem legitimidade para deferir competências à Administração”<sup>20</sup>. (CORREIA, 1987, p. 720-722).

O nosso entendimento diante da controvérsia é de que não se pode olvidar que as leis não são as únicas fontes de direitos e de obrigações. O ordenamento jurídico deixa espaço livre de autonomia para os sujeitos jurídicos estabelecerem voluntariamente vínculos entre si, com obrigações oriundas, não da lei, mas do acordo de vontades.

Ora, não parece adequado sustentar que essa faculdade negocial jusgenética deixe de existir *tout court* quando uma das partes for o Estado. Em primeiro lugar, como o acordo pressupõe a adesão voluntária do privado, não há invasão da esfera jurídica individual, que pressuporia lei; e em segundo lugar, em sendo assim, não há razão para se retirar do Estado o acordo de vontades como um instrumento que, a par da lei, também se presta à realização dos interesses públicos, caracterizando-se “o *contrato de concessão como uma espécie de fonte de legalidade administrativa inter partes*” (VALDEZ, 2002, p. 457, grifo nosso). “O acordo de vontades como criador de regras jurídico-administrativas faz do sujeito ordinário parte ativa da definição e realização do interesse público, cria em primeiro plano verdadeiras relações jurídicas – inclusive de longa duração – baseadas naquelas regras”<sup>21</sup>. (ALFONSO, 2003, p. 15).

O Princípio da Legalidade, mesmo em sua acepção mais rígida, foi elaborado para assegurar a esfera jurídica dos particulares diante de atos imperativos que gerem gravames, não para aqueles que beneficiem o particular ou que se “expressassem em convenções, nas quais *o assentimento da outra parte também é idôneo para superar a eficácia do princípio*” (GIANNINI, 1993, p. 89, grifo nosso), até porque, lembremos, tanto a lei como o contrato podem ser fontes de direito<sup>22</sup>.

Paulo Otero (2003, p. 522-523), em sua notável, pelo tamanho e pela qualidade, obra sobre o Princípio da Legalidade, alude à “vinculação bilateral” da Administração Pública, de maneira que

“pela via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou

disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública (...). A autovinulação bilateral representa, neste sentido, um processo revelador de uma legalidade complementar ou derogatória das normas dispositivas integrantes do ordenamento vinculativo da Administração Pública, permitindo sempre a criação de efeitos jurídicos não predeterminados ou determinados em termos não imperativos em anteriores normas jurídicas”.

Prosseguindo na argumentação, o autor demonstra que os contratos e editais, especialmente de delegação de serviços públicos, são capazes de gerar direitos e obrigações não apenas para a Administração Pública e o particular co-contratante, como também para terceiros e usuários, já que

“é precisamente no âmbito da autonomia de estipulação que os contratos da Administração Pública, regulando direta e imediatamente as relações entre esta e o respectivo co-contratante, se mostram também passíveis de integrar regras definidoras da organização, da gestão e utilização de um serviço público, incluindo a produção de efeitos face a terceiros, criando-lhes direitos através da imposição de deveres ao concessionário ou gestor do serviço público, falando-se aqui em contratos que formam a ‘lei do serviço’ ou, em termos mais amplos, de ‘acordos convencionais geradores de efeitos regulamentares’ ou ‘contratos de efeitos regulamentares’, traduzindo, em qualquer dos casos, vínculos contratuais dotados de evidente natureza normativa. (...) Em qualquer destas situações, existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco de legalidade”. (OTERO, 2003, p. 524-525).

Também Eberhard Schmidt-Assmann (2003, p. 327) observa com percuciência que, “quando atua no exercício de um poder vinculado, a Administração tem que respeitar, ao concluir o contrato, todos os parâmetros legais. A Lei dá ao contrato marco e direção. Ela não é apenas o limite. Mas também é determinante da configuração do contrato. Por outro lado, o limite legal para os atos unilaterais não é necessariamente o limite dos contratos. Neste último caso, os limites se põem com mais liberdade. Todavia, em alguns casos concretos uma reserva de lei institucional pode exigir que esses limites sejam fixados previamente por lei. Mas em regra geral a Administração não precisa de nenhuma base legal especial para celebrar contratos. Rege o princípio de que a configuração dos contratos é apenas dirigida pela lei”.

É esse justamente o caso das concessões de serviços públicos, em que a Lei não as configura previamente de forma integral, muito pelo contrário, deixando larga margem de escolhas a serem efetuadas pelos órgãos reguladores, cujos poderes têm sede legal ou, no caso das telecomunicações, até mesmo constitucional (art. 21, XI, CF).

Tratando especificamente dos serviços públicos concedidos, contemplando a possibilidade sustentada, Marcello Caetano (1996, p. 243)<sup>23</sup> assim já expunha as formas pelas quais os regulamentos dos serviços públicos podem ser editados:

a) As disposições basilares dos regulamentos são incluídas no ato constitutivo da concessão, podendo a todo o tempo ser alteradas pelo concedente<sup>24</sup>;

b) O concedente impõe regulamentos gerais que todos os concessionários daquele tipo de serviço devem obedecer, ou regulamentos especiais de uma concessão, inclusive, muitas vezes, incluindo nos seus atos constitutivos apenas uma cláusula genérica de imposição ao concessionário do dever de observar todos os regulamentos

futuros. Nesse caso estamos diante de uma hipótese bastante comum e intensa<sup>25</sup>, em que o contrato de concessão não é apenas fonte normativa de obrigações específicas, mas uma fonte legitimadora de outros atos normativos, que, por sua vez, também estabelecerão, futura e unilateralmente, outras obrigações materiais específicas.

c) O concedente delega ao concessionário a iniciativa da elaboração dos regulamentos, reservando-se apenas o direito de os aprovar antes de entrarem em vigor; e

d) As disposições regulamentares são de tal modo correlacionadas com as cláusulas contratuais que pode ser estipulada a necessidade de acordo das duas partes para a aprovação de novos regulamentos sobre a matéria<sup>26</sup>.

O que se deve ter muito cuidado é na definição da real voluntariedade da adesão apta a legitimar a criação contratual de poderes para a Administração Pública e deveres para o particular, considerando que muitas vezes o particular já se encontra anteriormente condicionado pelo poder estatal, não possuindo muitas outras alternativas que não a concordância com o poder público para que possa exercer direitos e/ou faculdades que são próprias da iniciativa privada. É o que se dá, por exemplo, com a autorização para o desempenho de atividades, que não pode ser considerada, apesar do assentimento (e na maioria das vezes até mesmo do pedido) do particular, título jurídico para, independentemente de lei, criar-lhe obrigações: as atividades sujeitas à autorização administrativa são por definição atividades privadas, condicionadas a esse prévio ato administrativo; a voluntariedade do particular nessa ocasião, portanto, é bastante tênue, já que não possui outra alternativa para desempenhar atividade que lhe seja própria<sup>27</sup>.

Em outras palavras, nesses casos o particular já possui um título jurídico (ainda que na maioria das vezes não chegue a ser um direito adquirido, mas sim um interesse legítimo, na nomenclatura adotada pela

doutrina italiana) ao exercício de determinada atividade, título jurídico esse que decorre da natureza privada da atividade, ou seja, do fato de a atividade ser da titularidade da iniciativa privada, estando apenas o seu exercício sujeito a prévia autorização administrativa.

O mesmo não pode ser afirmado dos contratos de delegação de serviços públicos, já que os particulares não têm qualquer direito ao desempenho dessas atividades, que são de titularidade do Estado, que pode até mesmo optar por prestá-las diretamente e jamais delegá-las, observado o Princípio da Proporcionalidade. Trata-se, portanto, de atividade alheia à esfera da iniciativa privada, que pode ser prestada por particulares se o Estado e o particular, livremente, chegarem a um acordo para tanto. Não se pode dizer que o particular encontrava-se em uma relação de condicionamento prévio em relação ao Poder Público, uma vez que sequer poderia haver interesse jurídico (econômico talvez) do particular em relação a prestação de serviço pertencente à esfera público-estatal. Os contratos (de concessão ou permissão) podem legitimamente criar obrigações não apoiadas em lei, salvo, naturalmente, na própria lei que qualificou aquela atividade como serviço público.

A mesma assertiva não pode ser feita em relação aos usuários de serviços públicos, que possuem uma relação prévia com o Poder Público quanto aos serviços públicos, uma vez que estes constituem instrumentos fundamentais para a realização dos seus direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana previstos constitucionalmente. Destarte, o acordo do usuário para a fruição de determinado serviço público não pode ser considerado como uma voluntária adesão criadora de obrigações independentemente de lei. Também nessa hipótese (a exemplo dos autorizatários), o acordo do particular é a única maneira de aceder àqueles serviços que dão efetividade a direitos fundamentais preexistentes, de forma que todas as obrigações nele previstas só são legiti-

mas se esteadas (não necessariamente especificamente previstas) em lei.

O que interessa para aferirmos se existem ou não condicionamentos jurídicos que comprometam o caráter voluntário do acordo é a preexistência de algum direito ou interesse legítimo que só possa ser exercido mediante aquele acordo. No caso dos serviços públicos, da mesma forma que ninguém tem direito ou interesse legítimo a obrigar quem quer que seja a lhe vender algo, também não tem o particular qualquer posição jurídica preexistente em relação aos serviços públicos – atividades de titularidade estatal e de exercício também do Estado, salvo se este voluntariamente entender por bem delegá-lo. Não há, portanto, como o pretendente a uma delegação de serviço público invocar um suposto condicionamento que comprometa a voluntariedade da sua adesão, simplesmente porque naquele momento (antes do assentimento) não possui qualquer posição jurídica a ser condicionada pelas exigências da Administração Pública.

Caso polêmico é o dos contratados pela Administração Pública que desejam ver o seu contrato prorrogado: por um lado, não têm direito à continuidade da relação contratual; por outro, já estão engajados em uma relação jurídico-contratual com a Administração Pública e podem pelo menos exigir, por força do Princípio da Motivação, que a recusa da prorrogação se dê por razões explícitas e razoáveis, mesmo crivo que deve incidir sobre as exigências que a Administração pretenda fazer (ex., diminuindo os direitos do contratado e criando poderes de autoridade não constantes do contrato originário) para prorrogar o contrato.

Posição contrária é a expressada por Helena de Araújo Lopes Xavier (2003, p. 125-131), sustentando a impossibilidade de a prorrogação das concessões de telefonia fixa comutada – STFC impor aos co-contratantes nova equação econômico-financeira e/ou novos condicionamentos, fundamentando sua posição no fato de a prorrogação se voltar para o contrato originário, não para

a celebração de um novo contrato, e de que eventuais novas imposições deveriam ser feitas, quando admissíveis, de forma geral e abstrata, para todos os concessionários, não singularmente apenas para aquele cujo contrato é prorrogado. Malgrado a inquestionável plausibilidade da tese, parece-nos que, como quando da prorrogação, nem a Administração Pública nem o concessionário possuem direito à continuidade da relação contratual, a adoção da postura ora comentada poderia levar ao impasse de uma situação de “tudo ou nada” (ou o contrato é prorrogado em seus exatos termos iniciais ou deve ser extinto), o que, a nosso ver, não dá o suficiente relevo ao dinamismo inerente ao conteúdo das concessões de serviços públicos ao longo do tempo e às potencialidades da atividade consensual da Administração Pública, que pode, junto com o particular, alcançar por acordo soluções intermediárias.

O que não deve se admitir é que a Administração Pública dê tratamento diverso aos co-contratantes que estejam passando pela mesma situação<sup>28</sup> ou se porte com má-fé nas negociações, tentando impor condições mediante verdadeiras chantagens. Não seria, por exemplo, consentâneo com os Princípios da Moralidade e da Boa-fé que a Administração Pública condicionasse a prorrogação ao pagamento de valores atrasados a um contratado<sup>29</sup>.

Apesar de os delegatários de serviços públicos possuírem liberdade contratual para assumirem obrigações originárias perante a Administração Pública, esta possui, nos termos das advertências de Celso Antônio Bandeira de Mello (1983, p. 125-126), alguns limites de negociação, já que

“os princípios da lealdade, da boa-fé, do equilíbrio nas relações contratuais e da proscrição do enriquecimento sem causa – basilares das instituições jurídicas e de saliente aplicação aos contratos administrativos – embargam a que o contratante governamental se

prevaleça de circunstâncias favoráveis ou da debilidade da posição da contraparte. (...) O que se quer frisar é que o Poder Público não atua de acordo com o direito, mas viola-o, quando procura submergir direitos alheios ou quando compõe expedientes que lhe propicia amesquinhá-los fundado na errônea suposição de que estão desarte defendendo o ‘interesse público’. Não há interesse público contra a lei”.

### Notas

<sup>1</sup> Quanto às resistências que a consensualidade administrativa sofre de uma visão mística e universalista do interesse público, calcado na idéia de soberania, e, portanto, determinado unilateralmente, superiormente a todos os demais interesses sociais de forma neutral, ver Gaudin (1999, p. 55-65). Para uma visão renovada do interesse público, como imposição da realização dos direitos fundamentais das pessoas, realização em face da qual a legitimidade dos acordos celebrados pela Administração deve ser aferida, ver Federico (1999, p. 32-48). No mesmo sentido, mas com base na Teoria Geral do Contrato Administrativo, em que a Administração, consensualmente com particulares, busca a realização do interesse público, Fracchia (1998, p. 43 et seq.) e Maviglia (2002, p. 32 et seq.).

<sup>2</sup> Paulo Otero (2003, p. 836-837) fundamenta constitucionalmente essas possibilidades de consensualização da atividade administrativa por constituírem um aprofundamento da democracia participativa, por revelarem a coexistência entre os setores público e privado e por elevarem o particular de objeto a parceiro da ação administrativa, de maneira que a opção pela celebração de contratos administrativos substitutivos da emanção de atos administrativos flexibiliza a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilitando a abdicação do exercício unilateral da competência decisória da Administração Pública.

<sup>3</sup> “O momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço público não estatal, acarretando com isso uma expansão dos chamados entes intermediários. Há um refluxo na imperatividade, e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da

imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos” (GROTTI, 2003, p. 648). Para uma abordagem da consensualização mais ampla, abrangendo a formação das próprias fontes do Direito (leis negociadas, etc.), com fortes reflexos na hermenêutica jurídica, ver Lipari (1988, p. 395-410).

<sup>4</sup> Vê-se, assim, que muitas vezes a solução consensual será a que satisfará o Princípio da Proporcionalidade, já que poderá constituir o meio mais adequado e menos oneroso para o particular. Vincenzo Cerulli Irelli (2000, p. 40) assevera, nessa senda, que “se pode sem dúvida afirmar que quando esta alternativa existir concretamente, no plano técnico, e não existam outras razões que tornem necessária a utilização do poder de autoridade, o instrumento negocial ou, de toda maneira, a via do consenso, deve ser sempre preferida”.

<sup>5</sup> Expressamente nesse sentido, já que, entre outros fatores, “há sempre um momento de generalidade nestas composições, que se projetam para o futuro pelo menos como pressupostos de outras posteriores composições” (BERTI, 1988, p. 63-65). Para uma abordagem da questão na Teoria Geral dos Contratos, ver Gomes (1967, p. 70-71).

<sup>6</sup> Advertiríamos apenas que, caso os investimentos nos quais a multa fosse sub-rogada gerassem receitas à concessionária (multas não geram receita), os seus resultados deveriam de alguma forma integrar o cálculo do equilíbrio ou desequilíbrio da equação econômico-financeira.

<sup>7</sup> Também admitindo a consensualização em relação ao exercício de competências administrativas vinculadas, até porque muitas vezes o exercício da discricionariedade pressupõe apenas uma decisão e que a necessidade de flexibilização para evitar conflitos existe em ambos os casos, Lora (1998, p. 344-348). Contra, entendendo que, se não há margem de avaliação, não há margem de negociação, Piqueras (1995, p. 172).

<sup>8</sup> Para uma crítica da aplicação dessa Teoria em países do Terceiro Mundo, crítica que talvez peque por supervalorizar a função da Teoria do Direito como Sistema Autopoietico, que a nosso ver é apenas um dos instrumentos que podem ser colocados a serviço das mais variadas estratégias constitucionais, ver Streck (2003, p. 127-133).

<sup>9</sup> Nas palavras de Niklas Luhmann ([199-?], p. 41), “o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Comentando a Teoria de Luhmann, Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 67) afirma que “fechamento

operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura”.

<sup>10</sup> Cf. TEUBNER, 1996, p. 157-159.

<sup>11</sup> Francesco Mangano (2000, p. 25), trazendo as lições de J. Chevallier, alerta para o fato de que “a transformação dos preceitos técnico-gerenciais em princípios jurídicos é ambivalente, uma vez que, se de um lado adquirem força obrigatória, típica da norma jurídica, por outro, até porque cristalizaram-se em normas jurídicas, perdem a sua flexibilidade e adaptabilidade às novas exigências. Confrontam-se duas diferentes axiologias, aquela jurídica, voltada à regularidade e previsibilidade da ação, e aquela técnico-gerencial, caracterizada pela rapidez decisória e modificabilidade da conduta”.

<sup>12</sup> “Está evidenciada em toda a sua plasticidade a existência de poderes econômicos fortes, capazes de limitar o funcionamento do circuito da democracia política, colocando junto a esta uma dimensão econômica do poder, dificilmente reconduzível ao princípio democrático”. (COCOZZA, 1999, p. 170).

<sup>13</sup> Contra a má-fé e a desonestidade humana temos mais remédios políticos e morais do que jurídicos.

<sup>14</sup> Imaginemos, por exemplo, que a lei determine a concessão de subsídios às empresas que se encontrarem em determinada situação. A empresa X se enquadra nos requisitos legais, mas, nos outros recentes subsídios que recebera, fora sancionada por distribuir o dinheiro como lucro dos sócios. Supondo que a lei não preveja esse impeditivo para a concessão do subsídio, uma mera legalidade formal e a subsunção do caso à hipótese legal imporiam ao Estado mais uma vez conceder o subsídio, que muito provavelmente não seria utilizado para os fins a que se destina. O que pretendemos mostrar com o exemplo é que nem sempre a legalidade formal, que abstrai as finalidades últimas da lei, assegura a moralidade pública; que, ao revés, muitas vezes ela pode ser invocada, contra a aplicação principiológica da lei, justamente para gerar as vantagens indevidas.

<sup>15</sup> “Seja a obrigação de alcance dos resultados (acompanhada do bom uso dos recursos, da rapidez e da transparência), seja o respeito e valorização dos direitos fundamentais, parecem concorrer em exigir dos sujeitos públicos (e também dos privados, ainda que por razões diversas) uma atitude de autocontrole, autoverificação, autocorreção e de reexam voltada a evitar conseqüências anti-econômicas e prejudiciais para si e para outros, às vezes de forma irreversível. (...) Implica a adoção de mecanismos de verificação que coloquem em discussão, com perspectiva *ex post*, todos os pressupostos da atuação da Administração Pública, aí

incluídos a lei, as normas de organização, os atos administrativos, com a finalidade de eventualmente, se necessário, se proceder à sua modificação, integração, substituição, etc.” (IANNOTTA, 2000, p. 39).

<sup>16</sup> “O princípio da retroação na gestão permite assegurar os efeitos de aprendizagem e correção de erros, que é necessária em toda organização no novo sistema de adaptação constante ao redor da organização. Isso implica uma grande flexibilidade das regras administrativas e a autonomia dos administradores para modificar suas próprias regras, em razão de seus resultados e de sua própria avaliação” (CASTELLS, 1999, p. 168, grifos nossos). Marco Falcão Critsinelis (2003, p. 56) afirma que “nem sempre a implementação se distingue do próprio processo de formulação, e, em muitos casos, aquela acaba sendo algo como a *formulação em processo*. Isso tem conseqüências. Entre outras, os próprios objetivos das políticas e os problemas envolvidos não são conhecidos antecipadamente em sua totalidade. Ao contrário, vão aparecendo à medida que o processo avança”.

<sup>17</sup> “Falamos de avaliações e de efeitos jurídicos, mas importantes estudos aprofundaram a questão das conseqüências sócio-econômicas das decisões dos poderes públicos, inclusive aquelas dos tribunais. Penso, por um lado, na abordagem funcionalista de Niklas Luhmann, (...) e, por outro, na Escola de *Law and Economics*, que, em substância, se centra sobre a proposta de submeter toda decisão pública a critérios de avaliação das suas conseqüências jurídicas” (PINELLI, 2000, p. 308).

<sup>18</sup> “Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não-queira*. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem *jurídicos*, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam *jurídicas*, e c) *relações jurídicas*, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem. Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, *privada*, ou em movimentos grupais, de *multidão* ou de *massa*. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, ‘autonomia privada’, ou ‘autonomia da vontade’: é o espaço deixado às



vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam” (MIRANDA, 1954, p. 54-55).

<sup>19</sup> A questão também pode ser tratada sob o ponto de vista da Teoria das Relações de Sujeição Especial, já versada por nós em outras oportunidades (ARAGÃO, 2003, p. 139-143). “As chamadas relações de sujeição especial não são um âmbito em que os sujeitos ficam despojados dos seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não se dão à margem do direito, mas dentro dele e portanto também nelas têm vigência os direitos fundamentais, de forma que a Administração não goza nestas relações de sujeição especial de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esta possa ser outorgada em termos que não seriam aceitáveis em relações de sujeição geral” (EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y SU APLICACIÓN A LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL DE LA POLICIA GUBERNATIVA, 1991). Também Germán Valencia Mattín (2000, p. 152) denota que “a existência de uma relação de sujeição especial se traduz na possibilidade de se sofrer algumas limitações na liberdade ou na existência de uns deveres particulares que não têm os cidadãos em sua vida ordinária, o que terá conseqüências nos conteúdos dos tipos sancionadores, mas sem que exista razão alguma para que a normatização sancionadora não possa (e cresceríamos, não deva) alcançar um nível aceitável de previsibilidade”. Essencial para uma análise das atuais feições que a Teoria das Relações de Sujeição Especial pode, reformuladamente, possuir nos Estados Democráticos de Direito é o lapidar estudo de Moncada (2001, p. 223-249), em que o autor afirma que as relações de sujeição especial são admissíveis, desde que enfocadas como “estatutos especiais” e que não prescindam da lei, podendo esta, contudo, possuir densidade normativa bastante baixa (“relativa indeterminabilidade”). O Tribunal Federal da 3ª Região (Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9 AG 129949, Rel. Mairan Maia) admitiu esta referida menor densidade normativa das leis que regem as relações de sujeição especial de particulares ao Estado, tratando-se, no caso concreto, das empresas de plano de saúde autorizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Cf. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, p. 283-305, em que o acórdão foi proficuamente comentado por Rafael Munnhoz de Mello).

<sup>20</sup> Na doutrina brasileira, sustentando a vervente alemã e suíça a respeito da matéria, Fernando Vernalha Guimarães (2003, p. 251), como conseqüência da adoção pelo autor da visão mais tradicional de legalidade – como necessidade de a lei fornecer à Administração Pública todos os elementos necessários para que proceda a uma mera operação subsuntiva lógico-formal –, afirma que “a única fonte regulamentar de competência para o exercício de modificações unilaterais contratuais no Direito Brasileiro é a lei. O plano contratual – ao contrário do que se passa em outros países – não tem o condão de atribuir competência dessa ordem. O contrato não funciona como fonte, originária ou suplementar, de competência regulamentar, mas tão-somente como forma de aplicação dos imperativos estatuidos no ordenamento legal exigíveis à situação regulada, desde um prisma de conformação (subsunção). Não há qualquer discricionariedade ou autonomia contratual na tarefa criativa de concepção de poderes do poder político sobre o co-contratante; não é válido que a Administração se valha de prerrogativas sobre o co-contratante fundadas no plano meramente contratual. É mister – por força da configuração própria da legalidade administrativa em nosso sistema constitucional – que os poderes lançados sobre o co-contratante na execução do contrato estejam positivamente orientados pelo ordenamento jurídico”.

<sup>21</sup> María Mercedes Maldonado Copello (2001, p. 329) vê, sobretudo nas concessões latino-americanas de serviços públicos a partir da década de oitenta, “o contrato como o mecanismo por excelência de regulação”.

<sup>22</sup> Nesse sentido é relevante inclusive notar que doutrina autorizada conceitua as concessões de serviços públicos como “atos-condição, ou melhor, como acordos-condição, cujo efeito não é o de criar uma regulamentação, mas de desencadear a aplicação de um documento estabelecido unilateralmente e que o Conselho de Estado considera como um regulamento” (Cf. LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ, 1983, p. 106). Ou seja, o contrato de concessão tem a capacidade de colocar o privado que a ele adere sob um estatuto, não apenas legal, como regulamentar.

<sup>23</sup> Marçal Justen Filho (1997, p. 48-49) atesta “a possibilidade de adesão do particular à manifestação estatal. O particular é livre para concordar com atos que, em princípio, caracterizariam desvio de finalidade, desde que não se trate de direitos públicos subjetivos tutelados pelo ordenamento (por exemplo, não poderia o contrato administrativo criar a obrigação de o contratado não recorrer). Como os interesses que o particular titulariza são, em princípio, disponíveis, cabe-lhe privativamente deliberar sobre as suas escolhas”.

<sup>24</sup> Ao autor excepciona as “normas regulamentares que apareçam como motivo determinante da aceitação de determinadas obrigações pelo concessionário” (CAETANO, 1996, p. 242), caso em que a sua alteração necessitará do seu assentimento. *Data venia* não anuímos com essa posição, a não ser nos casos em que a recomposição da equação econômico-financeira não seja possível. Fora essa hipótese, a alteração da norma regulamentar pode ser feita, desde que recomponha o equilíbrio econômico-financeiro e que, naturalmente, não desnature o contrato original.

<sup>25</sup> Por exemplo, os contratos de concessão de serviços de telecomunicações, à disposição no sítio [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), que a todo o momento dispõem que o concessionário deverá observar as normas que vierem a ser editadas pela Agência Reguladora em relação a este ou aquele ponto.

<sup>26</sup> Nesses casos devemos estar atentos para que a previsão não chegue a representar uma demissão do Poder Público de seus poderes constitucionais de *jus variandi*, inerentes à natureza dos serviços públicos e do próprio contrato de concessão, respeitado o equilíbrio da equação econômico-financeira.

<sup>27</sup> Há, contudo, opiniões em sentido diverso, sustentando a possibilidade de as autorizações administrativas criarem relações de sujeição especial: “A consideração da vontade dos particulares como habilitadora de potestades administrativas foi formulada pelos tratadistas da evolução conceitual sofrida por uma das instituições-chaves do Direito Administrativo: a autorização. Assim, Franchini dizia que ‘parece claro que o particular, através do ato de autorização, vem a renunciar, a fim de ver removida a proibição... a uma parte de sua liberdade. Este ato de submissão voluntária, em geral, resulta implicitamente contido na própria solicitação de autorização’. Em termos muito semelhantes, Manzanedo escrevia que ‘a solicitação de autorização tem a ela implícito o consentimento do interessado a esta submissão especial, que é, definitivamente, o preço que paga para conseguí-la. (...) Não se trata de uma espécie de negociação entre entidades de crédito (empresas em geral) e a Administração, pela qual as primeiras cederiam parte da sua liberdade de empresa. Do que há de se falar propriamente é da configuração do conteúdo de tais direitos individuais pela atuação de poderes administrativos suficientemente habilitados em normas legais, cuja razão última é a garantia do interesse social situado em uma atividade tão relevante para todo o conjunto de cidadãos”. (MICHAVILA NUÑEZ, 1987).

<sup>28</sup> A Administração Pública pode, inclusive, vincular-se aos precedentes contenciosos de prorrogações anteriores análogas, sob pena de violar o Princípio da Igualdade. Ver, a esse respeito, Borda (2000).

<sup>29</sup> “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram”, Recurso Especial nº 141.879-SP, j. 17/03/1998, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Encontra-se assim ementado o referido julgado: “Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento”.

## Referências

- ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* A & C, Belo Horizonte, v. 13, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 139-143.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BERTI, Giorgio. Il principio contrattuale. In: \_\_\_\_\_. *Scritti in honore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 63-65. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Abeledo-Perrot, 1996.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Tradução de Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.); WILHEIN, Jorge;

- SOLA, Lourdes. *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: UNESP, 1999.
- COCOZZA, Francesco. *Profili di diritto costituzionale applicato all'Edconomia*. Torino: G. Giappichelli, 1999. v. 1. (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema delle Fonti del Diritto).
- COPELLO, María Mercedes Maldonado. Privatización de los servicios públicos domiciliarios y transformación del derecho estatal en Colombia. In: ALMEIDA, José Gabriel Assis de et al (Coord.). *Anuário 2001 GEDIM: dez anos de Mercosul*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- FEDERICO, Andrea. *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazione*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1999. p. 32-48.
- FRACCHIA, Fabrizio. *L'accordo sostitutivo*. Padova: Cedan, 1998.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999. p. 55-65.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 70-71.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- IANNOTTA, Lucio. *Principio di legalità e amministrazione di risultato in atti del convegno amministrativo e legalità: fonti normative e ordinamento*. Milano: Giuffrè, 2000.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli. Verso la contrattazione dell'area del pubblico: la amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe. *Dallo stato monoclassista alla globalizzazione*. Milano: Giuffrè, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 48-49.
- LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. Tomo 1.
- LIPARI, Nicoló. La formazione negoziale del diritto. In: GIANNINI, Massimo Severo. *Scritti in honore*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 395-410, v. 2.
- LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998. p. 94-98.
- LUHMANN, Niklas. L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti. *Politica del Diritto*, Bologna, v. 12, [19—?].
- MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 139-141.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 355-357, 2000.
- MATTÍN, Germán Valencia. *Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad: actas de las V jornadas de la asociación de letrados del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MAVIGLIA, Carlo. *Accordi com l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer, contrato administrativo, equilíbrio financeiro, indenização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 125-126, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 88-89.
- MONCADA, Luís S. Cabral. As relações especiais de poder no direito português. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249.
- NUÑEZ MICHAVILA, José. Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, v. 54, 1987. CD-ROM.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 836-837.
- PINELLI, Cesare. Intervento. In: \_\_\_\_\_. *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti* (Atti del convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999). Milano: Giuffrè, 2000.
- PIQUERAS, Francisco Delgado. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Aranzandi, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 54-55, t. 3.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Tradução de Mariano Bacigalupo et al. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 127-133.

TEUBNER, Gunther. *Droit et reflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Tradução de Nathalie Boucquoy. Paris: LGDJ-Bruylant, 1996. p. 157-159.

\_\_\_\_\_. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VALDEZ, Oscar Aguilar. El acto administrativo regulatorio. In: \_\_\_\_\_. *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 125-131.



# O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo

Andrea Nárriman Cezne

## Sumário

1. Introdução. 2. Noção de serviço público no direito brasileiro. 3. Conceito de serviço público no direito francês. 4. As transformações no papel do Estado contemporâneo e o Estado brasileiro. 4.1. As privatizações no Brasil e seus reflexos no direito administrativo. 4.2. Observações sobre os serviços de interesse público. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O presente trabalho busca realizar uma discussão sobre o conceito de serviço público, a partir da perspectiva de análise das transformações do papel do Estado e de suas características, mudanças essas acentuadas a partir do fim do século XX, com a crise do Estado de Bem-Estar Social. Conforme Bucci (2002, p. 1):

“Com a grande crise econômica mundial dos anos 70, após os dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial formulado pelo Acordo de Bretton-Woods, que definira a configuração do cenário político-econômico internacional durante a Guerra Fria, em 1979, encerrava-se um ciclo da vida político-econômica no mundo e junto com ele a era de ouro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. O Estado de bem-estar social fora implementado com os excedentes de produção desse período, provedor de direitos sociais numa fase de

Andrea Nárriman Cezne é Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA (Santa Maria, RS).

crescimento da economia capitalista no mundo (...). Fosse pela súbita alteração da dinâmica financeira, ou pela incapacidade das instituições de adaptar-se ao acelerado ritmo de transformação social e econômica, não era mais possível manter a equação que relacionava economia, política e direitos nos mesmos termos que no período dos trinta anos do pós-guerra”.

Como resposta a essa crise, foi elaborado um conjunto de reformas, tanto no próprio aparato estatal, como na retirada de direitos sociais e modificação da atuação estatal ligada a esses direitos. As reformas enfatizaram especialmente a necessidade de redução do papel do Estado como interventor sobre as relações econômicas e sociais, propagando que a atuação do mercado seria sempre mais eficiente que a ação estatal, e mais, que a sociedade necessitaria de uma maior participação na vida pública, dominada inteiramente pela figura de um Estado paternalista e ultradimensionado.

Conforme já exposto, portanto, a crise do modelo do *Welfare State* refletiu-se na instauração de uma série de reformas na Europa e Estados Unidos, posteriormente importadas pelos países semiperiféricos e periféricos desejosos de modernizar seu aparato estatal, a fim de atrair maiores investimentos estrangeiros e buscar crédito no Fundo Monetário Internacional (FMI) e, para tanto, as reformas foram realizadas segundo os critérios estabelecidos pelo mesmo para adequação econômica. O maior objetivo desta era a renegociação da dívida pública, visando realizar o pagamento de suas dívidas externas a longo prazo. Foi atingido por essas reformas o cerne do aparato estatal, especialmente as áreas sociais, como a área previdenciária e trabalhista, e também a área tributária foi reformulada. Nesse sentido, a readequação do direito administrativo, em especial do regime jurídico dos serviços públicos representava um importante passo estratégico. Somente com a reformulação desse regime puderam ser realizadas

as privatizações, corporificando a abertura de vários setores, como o de serviços essenciais e de redes de suporte a esses serviços (exemplificados pelo setor de telefonia e pelas redes de transmissão de energia elétrica), antes totalmente fechados à iniciativa privada em geral, ou a empresas estrangeiras. Obviamente, esse processo exigiu a criação de todo um aparato normativo diferenciado, a fim de regulamentar esses serviços, garantindo a manutenção de sua prestação de acordo com os pressupostos basilares do sistema, como a continuidade e universalidade do serviço público.

Destarte, essa reformulação do aparato estatal e sua concretização por meio de um novo complexo normativo refletiram-se em todo o campo do direito administrativo, e passou a exigir um novo modelo conceitual doutrinário que pudesse apreender essas realidades, contextualizá-las e modificar conceitos já arraigados no campo doutrinário. Malgrado a discussão perene existente sobre a definição de serviço público, e a divergência doutrinária sobre os critérios utilizados para defini-lo, pode-se dizer que a reformulação do aparato estatal é o acontecimento mais relevante do direito administrativo dos últimos anos e que, nesse contexto, torna-se especialmente relevante a reflexão sobre o conceito de serviço público.

A fim de realizar essa discussão, investigaram-se as linhas básicas da doutrina brasileira, para formular um conceito inicial, e partiu-se em busca da origem dos conceitos criados pelo modelo francês, já que este foi o grande inspirador do modelo administrativo brasileiro. Relembrados alguns conceitos básicos sobre serviço público, algumas questões referentes à modificação do papel do Estado foram referidas, como a questão das privatizações, da nova relação do Estado com entes públicos não-estatais, e a proposta de um novo modelo relacional entre Estado e sociedade civil, a partir da utilização de princípios como o da subsidiariedade da atuação estatal. Por fim, procurou-se brevemente tratar de confluir todos

os temas trabalhados, tratando das transformações do papel do Estado no limiar do século XXI e sua influência na conceituação de serviço público.

Ressalta-se aqui que o presente trabalho não pretendeu aprofundar nenhum dos temas referidos, mas criar uma teia conceitual, cujo número de questões é muito maior que o de respostas. Afinal, os problemas apresentados encontram-se em discussão e evolução, e não se pretende vê-los estabilizados em curto prazo. Mais do que isso, talvez seja necessário que se abandone a busca de certeza e estabilidade, tão caros ao jurista, em um mundo complexo e mutável. Procuraram-se aqui dividir algumas das perplexidades causadas por esse admirável mundo novo, perplexidades essas relacionadas às mudanças ocorridas em um ente tão caro aos publicistas: o Estado.

## 2. *Noção de serviço público no direito brasileiro*

Inicialmente, deve-se buscar conceituar a partir da máxima norma positivada do ordenamento jurídico, a Constituição. Referindo-se aos serviços públicos, o arrolamento dos mesmos se encontra presente nos artigos 21. *In verbis*:

Art. 21. Compete à União: (...)

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articu-

lação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, e os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XV – organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares prescinde de culpa;

Art. 25, § 2º: Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

O artigo 173 disciplina o exercício de atividade econômica pelo ente estatal, ou seja, os limites para a intervenção direta do Esta-



do na economia, conforme exposto no *caput* do referido artigo: “Ressalvados os casos previstos nessa Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ainda na ordem econômica, o artigo 177 traz as atividades específicas que eram de monopólio da União, mas que, a partir da Emenda Constitucional nº 9, passaram a poder ser realizadas por empresas estatais e privadas, mediante condições estabelecidas em lei específica. Somente se manteve como monopólio o previsto no inciso V (a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados). Também os artigos 196, 199, 203, 204, 205 e 209 tratam de serviços, estes de interesse público (saúde e educação) que são prestados pelo Estado juntamente com a iniciativa privada, devendo ser fiscalizados pelo poder público.

Buscando uma compreensão ampla do fenômeno, serviço público abrangeria toda e qualquer prestação estatal, incluindo desde as atividades essenciais do Estado, como a jurisdição e segurança pública, até atividades econômicas em que haja atividade estatal (Cf. MARQUES NETO, 2002, p. 18). Poder-se-ia questionar aqui a utilidade de um conceito tão amplo, e se a busca for por uma conceituação mais exata e estrita, será necessário definir sob quais critérios esta será feita.

Uma conceituação adequada de serviço público envolve delimitar entre atividades diversas características comuns que possam ser diferenciadas de outras atividades (econômicas ou não). A eleição de critérios pela doutrina varia em um amplo espectro: de conceitos estritamente formais (considerando o regime jurídico dessas atividades) a conceitos materiais (buscando características próprias da atividade em si que a diferenciem, independentemente do tratamento jurídico), passando pela utilização de

conceitos mistos. Geralmente, três grandes critérios são utilizados, herança da doutrina francesa (Cf. MESCHERIAKOFF apud JUSTEN, 2003, p. 60): 1) o critério orgânico, que distingue a atividade pela presença do ente público na prestação do serviço; 2) o critério material, ou seja, de ser a prestação destinada ao povo, de interesse coletivo; e 3) o critério formal, ligado à submissão ao regime jurídico de direito público.

No sentido do problema da escolha entre os critérios apontados, Lúcia Valle Figueredo (2003, p. 75) refere a existência de grandes divergências na doutrina, a respeito da conveniência da aplicação de um dos critérios, e sobre qual deles seria o correto, ou se mais adequada seria a utilização de vários critérios. Critica a aplicação de um critério unicamente orgânico, uma vez que o serviço não deixará de ser público se exercido por pessoa jurídica de direito privado. No seu entender, o regime jurídico aplicável é o critério mais adequado, uma vez que se exige que a atividade prestada esteja submetida ao regime de direito público, a exemplo das permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, nos termos da Lei 8.997/95. O conceito aqui utilizado conjuga vários critérios (FIGUEREDO, 2003, p. 78-79):

“Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da *função administrativa* se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de *Direito Público*”.

Como critérios de verificação do conceito, poder-se-ia utilizar a competência constitucionalmente prevista (acima elencada), e, dessa forma, traçar um quadro geral, no qual se distinguem: 1 – serviços públicos (aqueles elencados pelos artigos 21 e 25, supra citados); 2 – atividades de interesse público (como saúde e educação) que podem ser exercidas tanto sob regime público

como sob regime privado; 3 – atividades de intervenção do Estado na economia, ou seja, de exercício de atividades econômicas *stricto sensu* pelo Estado; e 4 – exercício de atividade econômica pela iniciativa privada. Aqui não se estabelece uma distinção apriorística entre serviço público e atividade econômica *lato sensu*, mas, a partir do gênero atividade econômica, estabelecem-se quatro espécies: uma atividade privada, que é a regular, e três outras atividades públicas, que são excepcionais, entre as quais estão elencados os serviços públicos (Cf. MOREIRA NETO apud FIGUEREDO, 2003, p. 80). Conclui-se que mesmo a atividade econômica cometida ao Estado como um serviço público é ainda vocacionada à colaboração do setor privado, pois não perderia sua caracterização como atividade lucrativa.

Também Eros Roberto Grau distingue o gênero – atividade econômica – apresentando como espécies a atividade econômica *stricto sensu* e o serviço público. Nem toda a atividade exercida pelo Estado representará necessariamente serviço público, visto que é possível a intervenção do Estado no campo econômico *stricto sensu*. A definição do autor de serviço público é a seguinte:

“(…) é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não ‘exclusivamente’ – note-se –, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poder-se-á também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado”.

(GRAU, 2001, p. 250).

A distinção baseia-se na idéia segundo a qual serviços públicos privativos seriam aqueles cujo exercício somente poderia se dar por meio de regime de concessão. Grau elenca como serviços públicos não-privativos a saúde e a educação, agrupando-os como atividades que têm por substrato atividade econômica, podendo tanto ser desenvolvidas pelo Estado como pela iniciativa privada.

Ainda sobre a questão dos critérios, observe-se que o critério puramente orgânico não pode ser incorporado como absoluto, porque o Estado pode explorar atividades pertencentes ao campo da atividade econômica em sentido estrito (a exemplo das atividades do art. 177 da CF/88). Outrossim, a adoção de um critério puramente formalista resultaria em problemas. A mera atribuição de determinada competência ao Estado não transforma a atividade em serviço público, reconhecendo-se, portanto, que o legislador não pode fixar arbitrariamente o que seja serviço público. Se houvesse a consagração somente do critério do regime jurídico aplicável à atividade, estar-se-ia violando a Constituição, que traz também um critério material de identificação, referente à atividade específica (Cf. GRAU, 2001).

De acordo com Couto e Silva (2002, p. 47), dos três requisitos anteriormente exigidos na conformação de serviço público, ou seja, 1) ser o serviço de interesse geral (ou utilidade pública), 2) ser prestado pelo Estado e 3) sob regime especial de direito público, somente sobreviveu o interesse geral do serviço, e os outros dois critérios já sofreram enormes modificações. Observa que, na recente doutrina francesa, “a concepção mais moderna é de que o regime jurídico é totalmente irrelevante para a caracterização dos serviços públicos. Estes se definem apenas pelo fim de interesse geral que perseguem e o vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Estado”.

É pertinente aqui indagar sobre a aplicação do critério formal como decisivo, que tem como um de seus defensores mais significativos na doutrina brasileira Celso Antonio Bandeira de Mello (1998, p. 433). De acordo com o mesmo, o elemento formal (o regime de Direito Público) seria essencial, pois de outra forma o conceito do que seja serviço público não seria mais um conceito útil:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente

pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, *sob um regime de Direito Público* – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais – instituído pelo Estado *em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*”.

Somente o critério formal seria de alguma utilidade juridicamente, pois, se utilizado o conceito material, baseado na prestação de uma utilidade ou comodidade fruível pelo administrado, não haveria forma de controlar, delimitar claramente o que seria serviço público ou não (Cf. MELLO, 1998). Seria insuficiente para uma definição jurídica porque poderia supostamente existir o substrato material sem a noção jurídica de serviço público propriamente, nesse caso classificando-se a atividade, conforme o autor, como *serviço governamental*. Bandeira de Mello também diferencia serviços públicos e exploração estatal de atividade econômica, tratando esta última como atividade desempenhada basicamente sob regime de Direito Privado, e mais, relacionando-a diretamente à atividade própria dos particulares. A distinção estaria já clara no próprio artigo 173 da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o exercício de atividade econômica pelo Estado somente em casos excepcionais (imperativos da segurança nacional ou interesse público relevante), visto que as atividades seriam naturalmente vocacionadas à iniciativa privada. Nesse caso, não se trataria de serviço público, mas de serviço governamental.

Mais do que isso, na verdade, o Estado poderia qualificar qualquer atividade como serviço público, colocando-a ao abrigo do regime de direito público, desde que respeitasse os limites traçados pela Constituição. Entretanto, o próprio autor reconhece que a CF/88 não definiu o que seja atividade econômica, portanto os limites para a qualificação estariam sujeitos somente ao “sentido comum da expressão” (MELLO, 1998, p. 444).

Verdadeiramente, coloca-se a qualificação como serviço público sob a vontade do legislador, já que não há limites substanciais na Carta Magna, e a identificação somente se dará pelo regime jurídico aplicável. A própria utilidade de um conceito de serviço público, que termina por se colocar à mercê do critério subjetivo da “vontade do legislador”, passa a ser questionável. Torna-se, portanto, problemática essa noção de serviço público, mormente os avanços ocorridos no campo do Direito Administrativo, que há muito já abandonou a vinculação de serviço público unicamente ao regime jurídico de direito público. Trazem-se à colação, nesse sentido, as críticas traçadas por Almiro do Couto e Silva (2002, p. 47):

“O que, com todo o respeito, não me parece aceitável, por destoante da realidade do nosso tempo e até mesmo do ordenamento jurídico brasileiro, é a bem conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que só considera serviço público o que seja prestado sob regime de direito público. Isso implica dizer que só os serviços administrativos são serviços públicos, expelindo-se do conceito os de natureza industrial e comercial, que, por subordinados a regime predominante de direito privado, seriam classificados, se bem compreendo o pensamento do ilustre mestre paulista, como ‘serviços governamentais’ (MELLO, 2001, p. 602). Tais serviços, embora presente o vínculo orgânico com o Estado e conquanto prestados no interesse geral, não seriam serviços públicos. Mas que natureza teriam? Seriam atividades puramente econômicas do Estado, em tudo igual a que indivíduos desempenham? Como explicar as regras constitucionais que as tratam como serviços públicos (p. ex., os incisos XI e XII, do art. 21)?”.

Destaca Couto e Silva (2002) que o regime jurídico é um importante elemento, em algumas hipóteses decisivo, para saber se

determinada atividade, que guarde vínculo orgânico com o Estado, é serviço público. Ou seja: se o regime for de direito público, certamente se tratará de serviço público, mas o contrário não é verdadeiro: nos serviços públicos de natureza industrial e comercial, o regime jurídico não é puramente de direito público, não obstante poderem ser qualificados como serviços públicos. Conclui-se que o regime jurídico é importante indicador, mas não pode ser o único determinante da qualificação.

Observando-se a doutrina, percebe-se que a maioria dos conceitos construídos são de caráter misto. A exemplo, vejam-se os seguintes: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES apud MORAES et al, 1996, p. 71); “(...) representam atividades associadas à satisfação de necessidades sociais, revelando um caráter de essencialidade vinculado, principalmente quando se configuram como redes de infraestrutura, à garantia de suporte à atividade econômica e ao atendimento de requisitos específicos da produção” (CARVALHO, 2002, p. 17); “atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometeu à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente” (MARQUES NETO, 2002, p. 18); “(...) para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina a satisfazer, é indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares” (SILVA, 2002, p. 45). Elementos comuns nas definições são o vínculo orgânico (mesmo que mediato) e o elemento material, presentes nessas definições apresentadas, e consagrados por grande parte da doutrina. De qualquer forma, percebe-se

que é extremamente difícil, perante a multiplicidade de elementos, uniformizar o conceito de serviço público. Some-se a isso uma importante questão de ordem conjuntural: as modificações vividas pelo direito administrativo brasileiro nesse campo, especialmente a partir do final da década de 80.

É necessário que se utilize uma concepção de serviço público que possa identificar a atividade, mas se mantenha adequada a todas as mudanças atuais e futuras do direito administrativo. Essas mudanças, desde a intervenção do Estado na economia, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, até a recente onda de privatizações e o retorno de institutos como a concessão e outros semelhantes (que permitam aos particulares exercerem serviços públicos privados), trouxeram consigo questionamentos sobre qual seria o conceito de serviço público, e mais ainda: qual o papel do conceito de serviço público no campo do direito administrativo, hoje. A crise anunciada pela doutrina já há algum tempo (desde a década de 50) não diminuiu a importância do conceito dentro do direito administrativo.

A fim de discutir o conceito de serviço público em suas raízes históricas, e revisando o modelo estrangeiro que mais influenciou o arcabouço administrativo brasileiro, deve-se fazer uma breve revisão dos conceitos de serviço público utilizados na doutrina francesa.

### *3. Conceito de serviço público no direito francês*

O direito administrativo francês foi a grande inspiração do direito administrativo brasileiro na sua formação, e sua influência não teve paralelos até recentemente, quando, a partir dos processos de privatizações e reforma do aparato estatal, houve uma aproximação com o modelo norte-americano<sup>1</sup>. Nesse processo, a conceituação de serviço público pela doutrina brasileira baseou-se essencialmente nos conceitos discutidos no contexto francês.

Na França, o conceito de serviço público, mais do que um mero conceito jurídico, “tem *status* de verdadeiro mito na história social da França, que está vinculado aos fundamentos do Estado, além de representar um elemento de coesão social” (CHEVALLIER apud JUSTEN, 2003, p. 18). O serviço público está relacionado com a justificativa de existência do próprio Estado, e relaciona-se à transformação de seu modelo ocorrida no fim do século XIX: a transição entre o Estado Liberal e o Estado-Providência. A afirmação do instituto veio para instrumentalizar a modificação do papel do Estado, que passa de espectador das relações econômicas e garantidor somente de suas funções essenciais a um papel de intervenção e fomento na economia (cujo modelo é de inspiração keynesiana), buscando acelerar o processo de industrialização no país. O Estado francês veio substituir a figura do monarca, como ente centralizador e paternal.

Havia a necessidade de criar um fundamento jurídico para a sujeição do Estado ao Direito – visto que este passa de titular absoluto de poder para titular de obrigações, à medida que se transforma de manifestação de autoridade em prestador de serviços (JUSTEN, 2003, p. 21). Na delimitação desse conceito, tanto a doutrina como a jurisprudência administrativa foi extremamente importante. Ressalte-se que o sistema francês possui um contencioso administrativo, separado da jurisdição comum e não submetido a ela. Dessa forma, com a formação desse contencioso próprio, é necessária a determinação da competência própria do contencioso administrativo que subtrairá a causa específica da jurisdição comum. O conceito de serviço público serviu como forma de determinação da competência.

Anteriormente, à jurisdição administrativa se atribuía competência para julgar questões envolvendo a existência de interesse público e o exercício de prerrogativas inerentes à Administração Pública. A falta de um critério objetivo criava uma zona de

incerteza entre as jurisdições comum e administrativa, levando ambas a contínuos impasses. A doutrina utilizada trabalhava com a questão da jurisdição por meio da dualidade da ação do Estado, que consistia numa divisão em que “o Estado se comportava hora como pessoa civil, ora como pessoa pública, no exercício de sua *puissance publique*”<sup>2</sup> (JUSTEN, 2003, p. 22). Os conflitos de competência entre a Corte de Cassação (jurisdição comum) e o Conselho de Estado (jurisdição administrativa) passaram a ser arbitrados pelo Tribunal de Conflitos. Este adotou como critério o conceito de serviço público – os direitos e obrigações nascidos da execução de serviços públicos não poderiam estar submetidos ao Código Civil (Cf. MESCHERIAKOFF apud JUSTEN, 2003, p. 22), afastando-se, portanto, o caso da jurisdição comum.

Inicialmente, o marco nesse sentido foi o acórdão Blanco, decidido pelo Tribunal de Conflitos em 8/2/1873. A discussão foi sobre a jurisdição competente para a ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina, resultantes de um acidente entre os vagões que circulavam nas instalações da manufatura de tabaco da cidade de Bordeaux. Consideraram-se nesse caso derogadas as normas de direito civil e proclamou-se o serviço público como critério de atribuição de competência à jurisdição administrativa, sendo essa a grande modificação realizada nesse caso. De acordo com Devolvé, a manifestação do comissário David, que proferiu as conclusões do acórdão, reforçou expressamente a importância da idéia de serviço público como determinante para a competência administrativa: “os tribunais judiciários são absolutamente incompetentes para conhecer todas as demandas formadas contra a Administração em razão de serviços públicos, qual seja seu objeto...” (DEVOLVÉ apud JUSTEN, 2003, p. 23). Dessa forma, todos os serviços públicos estariam sob a influência do Conselho de Estado. Não importava, portanto, a natureza do serviço público – poderiam

ser serviços de natureza industrial ou comercial – que estaria submetido à jurisdição administrativa. A noção de serviço público como central no sistema veio a substituir a anterior idéia de *puissance publique* como critério de determinação da competência administrativa. O acórdão Blanco não surtiu impacto à época que foi proferido, somente sendo redescoberto e reconhecido posteriormente – a interpretação de que ele teria definido de forma inovadora serviço público somente seria extraída do acórdão muitos anos depois de ele ter sido proferido.

Posteriormente, outro marco em termos de jurisprudência administrativa foi o acórdão Terrier. Nesse caso, um particular (M. Terrier) propôs a demanda visando à condenação de uma prefeitura a pagar um prêmio pelo serviço de caça às víboras por ele executado. Dessa forma, “o litígio questionou dois pontos: a possibilidade de aplicação do critério de serviço público para as atividades locais e a configuração de um serviço público na determinação municipal visando à exterminação das víboras. A resposta do Conselho de Estado foi afirmativa aos dois pontos” (JUSTEN, 2003, p. 27).

Figurou como marco o referido acórdão, pois trouxe consigo o abandono definitivo do critério de atos de autoridade/atos de gestão. A nova argumentação, criada pelo Comissário do Conselho Romieu, referia que tudo que dissesse respeito à organização e funcionamento de serviços públicos gerais ou locais estaria ao abrigo do princípio da gestão pública e, portanto, submetido à jurisdição administrativa. Dessa forma, a criação de um serviço público não precisaria necessariamente de um corpo de agentes públicos, mas poderia dar-se pela necessidade pública, um interesse geral naquele momento específico. A partir desses critérios, abre-se a possibilidade de denominar como serviço público atividades desenvolvidas pelos particulares. Esse acórdão causou um efeito duplo sobre a noção de serviço público: dissociou-se serviço público da idéia de *puissance publique*; e desencadeou o

início do declínio da noção de serviço público, porque reconhecia a jurisdição administrativa para os casos de gestão pública (Cf. JUSTEN, 2003, p. 27).

Quanto à doutrina, a construção do conceito de serviço público como base da noção de serviço público teve como seu principal responsável Léon Duguit, partindo da crítica à teoria da autolimitação subjetiva do Estado em busca de um fundamento para a crescente intervenção do Estado em setores antes exclusivos da iniciativa privada. A teoria da autolimitação subjetiva consistia na idéia de que o Estado seria ora titular da autoridade (*puissance publique*), ora uma pessoa civil, desprovida de prerrogativas. Se o Estado atuasse no setor de atividades privado, devia sujeitar-se ao direito civil. O conceito de serviço público surge da busca de um novo critério de justificação da atuação do Estado, não mais alicerçada na idéia de soberania, ou na expressão de uma autoridade (*puissance publique*). Duguit busca uma nova teoria de legitimação do Estado, baseada na noção de serviço público. O Estado deveria sujeitar-se a um direito objetivo e agir dentro dos limites por ele estabelecidos, sempre vinculado ao fim da solidariedade social (JUSTEN, 2003, p. 30).

Duguit filia-se à corrente do positivismo sociológico – o direito aplicável seria somente aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social, fonte de um direito capaz de guiar a atividade legislativa na realização da solidariedade social. Solidariedade social deveria ser entendida como uma obrigação de solidariedade que têm os membros de uma dada sociedade, no sentido de realizar e alcançar suas necessidades de ordem material, intelectual e moral. As noções de serviço público e solidariedade social estão intrinsecamente ligadas – pois cada membro da sociedade teria, nesse sistema, obrigações proporcionais à sua posição na sociedade no sentido de alcançar essa finalidade<sup>3</sup>.

O conceito de serviço público de Duguit tem um caráter de maleabilidade, possibili-

tando a variação das atividades pertencentes à categoria de serviços públicos, conforme a concepção corrente à época. O Estado possui sempre um papel ativo, à medida que a sociedade passa a exigir dele outras prestações além das tradicionais, como educação e assistência social, demandas que o Estado deveria suprir com os serviços públicos (Cf. JUSTEN, 2003). O objeto do serviço público, em nível interno, deveria ser extraído da sua situação econômica e das necessidades de seus cidadãos. Dessa forma, serviço público seria:

“(...) toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante” (JUSTEN, 2003, p. 35).

Esse conceito não escapou de críticas, e entre estas encontra-se a confusão entre os critérios material e orgânico, já que a definição de Estado e serviço público estaria intrinsecamente ligada, não esquecendo do caráter de utilidade pública do serviço público. Dessa forma, “o Estado é o conjunto de serviços públicos funcionando sobre a impulsão e o controle dos governantes no interesse coletivo” (DUGUIT apud JUSTEN, 2003, p. 36).

Apesar das críticas a esse conceito, considerado como sociológico ou filosófico para alguns doutrinadores, que propugnavam a busca de uma noção mais jurídica e exata de serviço público, não se pode esquecer que sua eventual amplitude e imprecisão entende-se por ser estrutura fundante do sistema, e não meramente um conceito do direito administrativo. O Estado somente existiria para fazer funcionar o serviço público. Como elementos essenciais, pode-se citar o caráter objetivo dos serviços públicos, seu reconhecimento legislativo e o fato de serem obrigações cuja execução se impõe aos governantes. O conceito de serviço público em

Duguit passou a ser o ponto referencial da chamada *École du Service Publique*, embora a doutrina desse pensador não tenha sido seguida fielmente, pois seus fundamentos sociológicos e filosóficos foram rejeitados pelos integrantes da Escola de Bordeaux, dando-lhe uma nova interpretação, que visava “juridicizar” a idéia de serviço público.

Outro importante pensador francês que influenciou a concepção de serviço público, com crítica a Duguit, foi Hauriou. Este considerava que a fundamentação do sistema administrativo não poderia dar-se unicamente pela noção de serviço público, mas que envolvia necessariamente a idéia de *puissance publique* – dessa forma, somente se poderia identificar a ação estatal pela utilização desses dois critérios, um deles referente ao meio de exercício (*puissance publique*) e outro referente ao fim (prestação de serviço público) (Cf. JUSTEN, 2003, p. 42).

Conforme já se expôs acima, Duguit subsequentemente teve seus seguidores nos professores da Escola de Bordeaux, entre eles Gaston Jèze. Basta, entretanto, observar seu conceito de serviço público para perceber a forma como foi totalmente alterado. Para Jèze (apud JUSTEN, 2003, p. 45), serviço público seria toda atividade desenvolvida sob regime de direito público, excluindo-se do conceito as atividades exercidas por ente estatal sob regime de direito privado, e também as prestações colocadas à disposição dos usuários por particulares (sobre as quais a Administração interviria somente para vigiar e proteger o público contra os abusos do empresário). Nessa concepção subjetiva, o legislador é quem decidiria sobre quais atividades seriam colocadas sob regime de direito público e elevadas à condição de serviço público – a decisão sobre o que é ou não serviço público acaba ficando ao sabor da vontade legislativa. Essa definição tem o mérito de abranger todos os serviços públicos existentes, mas corre o risco de fazer com que a noção de serviço público propriamente dita perca sua unidade e especificidade.

Justen, confrontando os conceitos criados por Duguit e Jèze, observa que, no caso do primeiro, a noção do que é serviço público nasce da própria sociedade – serviço público “como toda a atividade cuja realização *deve ser* assegurada, regrada e controlada pelos governantes” (DUGUIT apud JUSTEN, 2003, p. 45). Trata-se aqui de “dever ser”, pois constitui-se obrigação de o Estado atender às demandas da sociedade por meio dos serviços públicos. E, para Jèze, serviço público define-se como “toda atividade cuja realização *é* assegurada, regrada e controlada pelos governantes” (JÈZE apud JUSTEN, 2003, p. 46). A alteração gramatical reflete a radical mudança de paradigma – de conceito objetivo, prévio e autônomo à vontade estatal (Duguit) para um conceito subjetivo, acessório e dependente da escolha do governante (Jèze).

Posteriormente, percebeu-se a insuficiência do conceito de serviço público como fundamento único da delimitação do campo de aplicação do direito administrativo. A partir da década de 50, o conceito entra em crise, traduzida por algumas constatações. A primeira constatação é de que o Estado não se limita a gerir serviços públicos, mas possui outras atividades, como a fiscalização. A segunda é a possibilidade de o próprio Estado recorrer a elementos normativos do direito privado, como, por exemplo, na regulação de contratos.

O intervencionismo crescente a partir da 1ª Guerra Mundial já havia descaracterizado o conceito, pois ampliou o alcance da noção de serviço público a ponto de torná-la insuficiente como critério de definição de competência legislativa. O reconhecimento de serviços de caráter industrial e comercial (SPIC), sujeitos às regras de direito comum por se tratar de exploração de atividade em condições idênticas a de um particular, de natureza primordialmente econômica, traz o abandono do critério orgânico no reconhecimento dos serviços públicos, por reconhecer que poderiam estar submetidos às regras do direito comum. Acentuou-se também a

partir dos anos trinta a gestão de serviços públicos por particulares, via concessão. Esse processo acabou por flexibilizar a noção de serviço público a tal nível que tornou difícil sua delimitação – toda atividade de interesse geral, mesmo confiada a um particular, poderia ser virtualmente serviço público (JUSTEN, 2003, p. 48-51).

Entretanto, da evolução do conceito de serviço público na doutrina francesa, assentaram-se ao menos os princípios aplicáveis a esse campo, as “Leis de Rolland”, sistematizadas por Louis Rolland, que elegeram três princípios fundamentais: a continuidade, a igualdade e a mutabilidade. A *continuidade*, já preconizada por Duguit, apontava a necessidade de os governantes organizarem o serviço público e controlá-lo de forma que se assegurasse o seu funcionamento ininterrupto. A *igualdade*, substanciada de várias formas, como, por exemplo, a igualdade no recrutamento de pessoal, na prestação de serviços aos usuários (embora nesse caso possa ser diferenciada em virtude do caráter econômico da atividade), etc. A *mutabilidade*, ou adaptabilidade, consistindo na necessidade de o conceito de serviço público acompanhar as mudanças da sociedade no tempo e as novas exigências nascidas nesse processo (Cf. JUSTEN, 2003).

Ressalte-se, dessa forma, que as três concepções de serviço público que a doutrina utiliza no tratamento do serviço público são baseadas nos seguintes critérios: a) ser uma emanção da *puissance publique* (critério orgânico); b) ser uma prestação destinada ao povo (critério substancial); e c) ser sujeito ao regime de direito público (critério formal). Cada um deles possui vantagens e desvantagens que devem ser analisadas. O critério orgânico permite que se identifique o serviço público facilmente pelo prestador, entretanto é insuficiente para compreender a gestão privada de serviços públicos.

O critério funcional ou material, colocando o serviço público como qualquer atividade revestida de interesse público, pode-se dizer que é predominante na doutrina, em



bora seja geralmente associado a elementos prevalentes nas outras concepções. O critério funcional responde bem a três questões recorrentes no direito administrativo francês: “justificar a ação estatal, limitar a intervenção do Estado na economia e, ainda, direcionar a competência para a jurisdição administrativa” (JUSTEN, 2003, p. 61). Apresenta alguns problemas relacionados à própria plasticidade do conceito de serviço público: a dissociação entre as atividades de serviço público e os organismos administrativos (nesse sentido, permitiria ao juiz e ao legislador considerar como serviço público quaisquer atividades, independentes de sua organização e desempenho) e a possibilidade de ocorrerem assimilações pela Administração Pública de atividades não desempenhadas por ela – ampliando, por fim, a estrutura administrativa. O critério formal, qual seja, do regime jurídico aplicável, permite a identificação de serviço público somente pelo regime jurídico aplicável. Assim como na doutrina brasileira, observa-se aqui a aplicação de vários critérios, associados ou não, pela doutrina francesa, e pela própria jurisprudência da Corte Constitucional.

A crise do Estado-Providência refletiu-se em modificações no âmbito dos serviços públicos franceses, especialmente acentuada no fim dos anos 80. Reformas iniciadas nas décadas de 70 e 80, envolvendo algum grau de adaptação às regras comunitárias (Cf. JUSTEN, 2003, p. 68-69), culminaram com a grande reforma do Estado e dos serviços públicos ocorrida no fim dos anos 90 (no governo de A. Juppé). Buscando a reestruturação das relações entre a Administração Pública e os cidadãos, culminou no campo dos serviços públicos com a adoção de uma Carta dos Serviços Públicos (Cf. JUSTEN, 2003, p. 71), acrescentando aos critérios clássicos outros como a transparência, a responsabilidade, a simplicidade, a acessibilidade, a participação dos usuários e a confiança. No quadro atual dos serviços públicos na França, podem ser identificadas as seguintes peculiaridades:

Primeiramente, distinguem-se os denominados serviços públicos administrativos (SPA) geridos em sistema de ‘régie’ ou por pessoas jurídicas de direito público as quais se sujeitam, obviamente, ao direito público. Depois, encontram-se bastante difundidos os serviços públicos industriais e comerciais (SPIC), acima referidos, administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público (ÉPIC – Établissements Publics Industriels et Commerciaux) e de direito privado (S.A. – Sociedades Anônimas). Estão organizadas sob esses modelos as empresas cujo serviço se insere nas ditas atividades de rede – energia, telecomunicações, transportes ferroviários e aéreos e televisão – todos sob regime de direito privado. São esses os serviços que estão sob regulamentação do direito comunitário e que sofrem maiores adaptações para a adequação aos ditames concorrenciais comunitários. São esses serviços em rede que evocam nos demais Estados-membros a expressão ‘serviço público à francesa’ e, segundo Laubedère, Venezia e Gaudemet (apud JUSTEN, 2003, p. 72), dizem respeito à modalidade de organização, que confiam ‘a execução de serviços públicos em rede a monopólios públicos, freqüentemente nacionais, e cujo corpo funcional se beneficia de um estatuto próprio.

Conclui-se dessa breve análise da evolução dos serviços públicos na doutrina francesa a sua larga influência, praticamente exclusiva sobre o modelo normativo de serviço público brasileiro até a década de 90, que ainda se mostra forte na doutrina, visto que toda reflexão conceitual sobre serviços públicos baseia-se nos mesmos critérios utilizados pelos doutrinadores franceses. A crise do conceito na França e as pressões pela modificação desse modelo de serviço público predominantemente estatal, acentuadas na França pela questão comunitária (que

trata os chamados serviços de interesse geral sob critérios predominantemente econômicos, em um modelo que privilegia a livre concorrência) tiveram como consequência a reestruturação e adaptação de parte dos serviços públicos, com forte oposição da sociedade, que se opõe a modificações radicais de cunho liberalizante sobre o modelo de Estado francês. Embora já tenha havido uma considerável reestruturação, ainda permanecem as raízes do sistema, em um país que tem o serviço público como um dos mitos fundadores do Estado. Ao contrário do caso brasileiro, lá a defesa dos serviços públicos como de competência primordial do Estado reveste-se de um caráter cultural e identitário. Não se pode negar que o modelo de serviço público francês muito já cedeu e flexibilizou-se, especialmente perante as diretrizes comunitárias, mas não sem resistência da sociedade.

#### *4. As transformações no papel do Estado contemporâneo e o Estado brasileiro*

Conforme já referido, o contexto de crise do Estado-Providência afetou poderosamente o conceito de serviço público, de forma que o próprio Estado é obrigado a mudar suas estruturas internas e sua relação com a sociedade civil. As reformulações atingiram tanto o campo da regulação estatal como o da prestação de serviços públicos. Nos aspectos regulatórios, percebeu-se a ampliação do papel do Estado atuando sobre as relações econômicas (como demonstra a afirmação cada vez maior dos direitos do consumidor e da atuação estatal sobre as relações econômicas), enquanto a noção de serviço público vive uma profunda transformação, na medida em que simultaneamente vivencia-se um processo de privatização de empresas e ativos estatais e a “quebra do paradigma monopolista de exploração dessas atividades” (Cf. MARQUES NETO, 2002, p. 13).

No caso brasileiro, observou-se que a reserva de titularidade de atividades para a

esfera estatal foi modificada, retirando-se diretamente o Estado e permanecendo em seu nome entes privados (no caso de atuação em regimes de concessão e permissão) ou, em algumas atividades, observa-se a atuação de entidades de caráter público não estatal. A reflexão sobre essa nova realidade, e a reformulação dos paradigmas dogmáticos a partir desta, é presente e necessária a fim de que se verifique, primeiramente, se as modificações realizadas coadunavam-se com a ordem constitucional brasileira e, em segundo lugar, de que forma essas reformas normativas refletem no campo do direito administrativo, exigindo da doutrina e da jurisprudência soluções para as novas demandas e conflitos decorrentes desse quadro.

##### *4.1. As privatizações no Brasil e seus reflexos no direito administrativo*

Tratando da evolução histórica do Estado brasileiro no decorrer do século XX, pode-se dizer que ela tem acompanhado, ainda que com um certo atraso, os modelos traçados pelos países capitalistas centrais. Até a década de 30, o Estado brasileiro optara por uma diminuta intervenção na economia (Cf. SILVA, 2002), e nesse período o instituto da concessão de serviços públicos foi largamente utilizado. Geralmente os contratos de concessão tratavam de concessão de obra pública, por conta e risco do concessionário, em uma situação vantajosa para o Estado, que não investia recursos próprios na área de infra-estrutura de serviços. Poder-se-ia dizer que, sob esse aspecto, o Brasil seguiu as linhas do modelo de Estado Liberal, dominante à época.

A partir da década de 30, a situação modifica-se totalmente, acentuando-se a presença do Estado na economia durante toda a Era Vargas, por meio da reformulação do Estado e da descentralização, com a criação de uma série de autarquias, com funções administrativas, mas também de natureza industrial e comercial. Após a Segunda Guerra Mundial, essas tarefas ligadas à intervenção estatal na economia passam a ser exer-

cidas por pessoas jurídicas de direito privado, ligadas à Administração Indireta do Estado (sociedades de economia mista e empresas públicas). Essa mudança, entretanto, não altera o processo anterior, pois a prestação continua a ser realizada pelo Estado. O período militar acentuou essa tendência intervencionista, com a realização de grandes obras de infra-estrutura, aumento do número de entidades da administração pública indireta e também aumento da regulação das atividades econômicas.

Com a crise do Estado de Bem-Estar Social da década de 70, passa-se a questionar o tamanho do Estado e seu papel. As críticas decorrentes, com seu ideário neoliberal de reformas estruturais do Estado, com mecanismos como os da desregulamentação e da privatização, somente atingiram o Estado brasileiro a partir da década de 80<sup>4</sup>. O governo Figueiredo (1981-1984) foi o primeiro a realizar privatizações, por meio do Decreto nº 86.215, de 15/7/81 (atingindo várias empresas estatais, entre essas a Riocel), processo que obteve continuidade nos governos Sarney (com o Programa Federal de Desestatização – Decreto nº 95.886/88) e Collor, criador do Programa Nacional de Desestatização, expresso na Lei 8.031, de 12/4/90, várias vezes modificada e substituída no governo Fernando Henrique Cardoso pela Lei 9.491, de 9/9/97 (Cf. SILVA, 2002). De acordo com Mattos (2002), a concretização do projeto de Reforma do Estado ocorre, a partir de 1995, com uma série de emendas constitucionais (EC nº 5, 6, 7 e 8, todas em 15/8/95; EC nº 9, em 9/11/95, e EC nº 19, em 4/6/98) e leis promulgadas para efetivá-la (como a Lei de Concessões dos Serviços Públicos – Lei 8.987/95; a lei regulando a prestação de serviços no setor elétrico e a criação da ANEEL – Lei 9.427/96; a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97; entre outras). A onda de privatizações provocou um renascimento dos institutos de delegação de serviço público a particulares, tais como a concessão, a permissão e a autorização.

Observou-se uma aproximação entre o direito administrativo brasileiro e o modelo norte-americano, com a introdução de princípios como os da eficiência no serviço público e da criação de autarquias especiais para fiscalizar a prestação de serviços públicos pelos particulares, chamadas de agências reguladoras. Segundo Mattos (2002, p. 56):

“Diante desse quadro normativo, a mudança na forma de atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica conforme previsto no art. 174 da Constituição Federal de 1988 constitui o principal elemento de transformação jurídico-institucional introduzido pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de agências de regulação como órgãos responsáveis por certos setores da economia, principalmente por aqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas e reguladoras orientadas especialmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor”.

O processo de privatização acima descrito afetou o direito administrativo brasileiro em vários campos. Especialmente dois aspectos têm sofrido fortes modificações: a questão da regulação das atividades econômicas pelo Estado e a própria prestação de serviços públicos. Analisando-se a intervenção estatal na economia, um duplo movimento ocorria: à medida que o Estado recuava em sua atuação como agente econômico, aumentava a sua intervenção como regulador de várias atividades. Percebia-se a necessidade de normatizar cada vez mais várias atividades, com vistas a preservar a sua existência, assegurar seu equilíbrio interno, ou preservar outros objetivos, como proteger os hipossuficientes na relação ou a consagração de políticas públicas naquele setor específico. A partir do recuo da atua-

ção direta do Estado, esse passa a preocupar-se em regular mais fortemente aqueles campos específicos que estavam anteriormente sob sua atuação direta (MARQUES NETO, 2002), mas ao mesmo tempo intervéem regulando fortemente sobre áreas antes fracamente reguladas, como saúde suplementar, uso e exploração de recursos hídricos etc.

O fortalecimento da atuação pública ocorreu pelo aumento da regulação em vários campos específicos da atividade econômica, embora aparentemente com a retirada do ente estatal na prestação direta de serviços, houvesse a tendência de flexibilizá-los, uma vez que explorados por entes privados. Ganha espaço nessa nova regulação a relação entre o Estado e a sociedade, pois a imposição unilateral e autoritária de pautas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e pautas regulatórias negociadas com os diversos setores envolvidos na atividade. O Estado passa a ter um papel de regulador reflexivo, como mediador de interesses e tutor das hipossuficiências sociais. Observam-se, portanto, sucessivas mudanças na relação entre o Estado e os administrados:

“O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se esse papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de ‘mediador ativo’ de interesses” (MARQUES NETO, 2002, p. 16).

Analisando a questão da intervenção direta estatal na economia, uma multiplicidade de fatores causou a retirada da ação do Estado como agente de prestação desses serviços: fatores econômicos, como o solapamento da capacidade de investimento do Estado (causado pela própria crise fiscal estatal) e o aumento de forças econômicas que independem das estruturas dos Estados nacionais; fatores políticos, como o déficit democrático na gestão dos serviços públicos, causando pressões da sociedade por maior participação; fatores tecnológicos, já que a evolução tecnológica traz consigo padrões crescentes de exigência social, aos quais o Estado não poderia corresponder na prestação direta de serviço (na maior parte dos casos). Essa mudança de eixo expressa na drástica diminuição do intervencionismo direto estatal, que separou as figuras do explorador da atividade econômica e do agente regulador possibilitou toda a modificação do perfil regulatório do Estado, transformando também os usuários em consumidores das prestações e serviços agora sob âmbito privado.

A mudança na regulação do domínio econômico relaciona-se ao processo de uma forte transformação conceitual e operacional no serviço público. Portanto, devem ser compreendidos os processos concomitantes de privatizações de empresas públicas, criação de novos órgãos reguladores (as agências reguladoras) e a retomada de instrumentos normativos que permitem o exercício de serviços públicos por entes privados (como as concessões) como faces da transformação do papel do Estado.

Em relação a serviço público, inicialmente importa referi-lo nos moldes expostos na parte inicial do presente trabalho, ou seja: pertencente ao gênero de atividade econômica *lato sensu* (conforme leciona Eros Roberto Grau<sup>5</sup>), diferenciando-se especificamente por se tratar de serviço de interesse geral (ou utilidade pública) e por possuir, conforme Couto e Silva (2002, p. 47), “vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Es-

tado”. Especificamente, o art. 175 da CF/88 trata de serviço público na acepção de “produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica” (MARQUES NETO, 2002, p. 18-19). O autor ressalta que, mesmo quando o próprio Estado fornece as prestações, essas não deixam de possuir valor econômico, uma vez que delegava a empresas públicas<sup>6</sup> a exploração desses serviços. A natureza econômica das prestações tem duas consequências principais: 1) a exploração dessas atividades pode ser objeto de delegação à iniciativa privada (mesmo que sob regime jurídico parcialmente público – por meio de concessões e permissões); 2) não há impedimento à competição na sua exploração. Essas idéias são basilares para compreender a transformação sofrida pelo serviço público brasileiro, acentuadas a partir da década de 90.

O modelo de serviço público até o fim da década de 80 baseava-se na premissa que a melhor maneira de regular uma atividade era reservar sua exploração ao Estado. A exploração direta era considerada regulação suficiente da atividade (Cf. MARQUES NETO, 2002). Também a posse pelo Estado de redes de suporte a serviços essenciais, como as redes de transmissão de energia elétrica e de telefonia, era considerada uma questão estratégica na defesa da soberania e da própria unidade do sistema. Não havia separação entre regulador e operador da utilidade, visto que ambas se encontravam na figura do Estado. Essa confusão tornava pouco claros os parâmetros regulatórios, geralmente decididos internamente pelo próprio operador, ou pelo ente estatal controlador.

Com a transferência da exploração dos serviços públicos à iniciativa privada, operou-se novamente a separação entre operador e regulador, passando-se a necessitar de uma forte regulação estatal, tanto para controlar os pressupostos da outorga (porque exercidos os serviços sob regime parci-

almente público – por meio de concessões e permissões), como para garantir que os serviços prestados obedecessem aos princípios da universalidade da prestação e continuidade, e para assegurar a preservação dos bens vinculados à atividade. Pela relevância social que possuem, os serviços públicos devem ser garantidos à maior parte da população e ser garantida a sua continuidade.

A introdução da competição na exploração dessas atividades teve um impacto maior ainda na reformulação do setor dos serviços públicos. Anteriormente, entendia-se que permitir a competição seria inadequado a esse setor por vários fatores. Inicialmente, havia a idéia de que a natureza desses serviços não permitia sua exploração sob regime de livre mercado; a competição fragilizaria o regime de direito público a que se submetia o setor, uma vez que nem todos os competidores a ele se submeteriam; e também por razões econômicas, conforme expõe o autor (MARQUES NETO, 2002, p. 21):

“Em função do monopólio de redes, da inviabilidade econômica de convívio de várias operadoras de um mesmo serviço já em tese sujeito a amarras regulatórias (limitações de preços, obrigação de oferta em áreas deficitárias, etc) e mesmo da necessidade de escala para oferta da utilidade seria economicamente inviável a existência da competição nas atividades consideradas serviço público”.

Essas premissas confundiam o efeito da subordinação da atividade ao regime de direito público com a retirada dessa atividade da área econômica (naturalmente competitiva). A abertura dos mercados, com as privatizações e o fim dos monopólios estatais, derrubou essas idéias sobre os efeitos da concorrência na prestação de serviços públicos. A maior transformação do serviço público operou-se justamente em áreas nas quais se introduziu a competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, existindo prestadoras sujeitas ao regime de direito público e outras sujei-

tas ao regime de direito privado, ainda que ambas submetidas às regras atinentes ao serviço específico. Exemplo disso é o que ocorre no setor de telecomunicações entre concessionárias e autorizatárias do serviço de telefonia fixa; e no setor de energia elétrica, em que há previsão de competição entre concessionárias e autorizatárias na geração e comercialização de energia elétrica e outros setores. Basicamente, buscou-se fornecer a quem estivesse entrando no sistema um regime jurídico mais brando que o dispensado ao operador dominante, a fim de acirrar a competição (MARQUES NETO, 2002, p. 23).

Obviamente, a visão tradicional de serviço público, como uma atividade subtraída do domínio econômico, de natureza estatal, deu lugar a uma visão de que se trata de uma atividade econômica. Entretanto, por força de sua relevância social, é reservada à titularidade do poder público, com vistas a manter algumas garantias mínimas relativas à sua prestação: restrição do acesso à exploração do serviço somente àqueles que receberam uma outorga ou licença específica e exigência de que a exploração dessa atividade esteja sujeita a um regime jurídico de maior incidência regulatória (parcialmente submetido ao direito público) (Cf. MARQUES NETO, 2002). A idéia do serviço público como *res extra commerciorum* inteiramente, mas isso não deve significar necessariamente a desregulamentação do setor, à sujeição somente às leis do mercado. Muito pelo contrário, a competição deverá dar-se no campo de uma estrita regulação jurídica atinente ao serviço público específico, e afigura-se como benéfica ao consumidor, tanto em termos de preço dos serviços como também da pressão para que as operadoras acompanhem os avanços tecnológicos.

A noção de serviço público está ligada necessariamente a dois princípios, compromissos daqueles que assumem sua execução: a) a ampliação e generalização do acesso àquela utilidade (princípio da universa-

lidade); e b) a manutenção da perenidade da oferta dessa utilidade (princípio da continuidade). Não se afastam esses princípios por estar o serviço sob o cumprimento de agentes privados. Conforme Marques Neto (2002, p. 22):

“É importante que se tenha em vista que o poder público, ao eleger uma dada atividade à condição de *serviço público*, acaba por ensejar três ordens de conseqüências principais: i) permite a introdução de mecanismos de restrição de acesso a quem quiser explorar tal atividade (sem que isso implique necessariamente em restrição absoluta); ii) faz incidir sobre os prestadores (todos ou pelo menos parte deles) uma forte incidência regulatória; e iii) acarreta para o poder público titular deste serviço (aquele a cuja esfera corresponde a competência material para explorar, direta ou indiretamente, tal atividade) compromissos perante a sociedade, compromissos estes consistentes em assegurar a existência e a acessibilidade destes serviços a toda a coletividade”.

Portanto, conclui-se que, apesar da presença cada vez maior do setor privado no setor dos serviços públicos, não implica deixar o setor sujeito somente às leis do mercado. Conexa a essa questão, poder-se-ia perguntar se, na modificação no setor dos serviços públicos (com a presença maciça da iniciativa privada na prestação desses serviços), a titularidade do serviço foi alterada, ou seja, se há possibilidade de prestações de serviço pela iniciativa privada sem qualquer vínculo com o Estado. Segundo Couto e Silva (2002, p. 73):

“O Estado mantém, em todas as situações, a titularidade do serviço e se apresenta sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades regulatórias de competência das agências que, como autarquias, integram a Administração Pública (...). De qualquer

maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extra-contratual de que trata o § 6º do art. 37 da Constituição Federal”.

Portanto, no processo de mutação da noção de serviço público à luz das reformas do Estado e das privatizações, não há modificação essencial do núcleo do instituto: a titularidade estatal, outorgada pelo interesse público preponderante e a decorrente necessidade de controle sobre a atividade. A rigidez constitucional brasileira, exigindo a vinculação entre Estado e serviço público, tem sido mantida. No campo dos serviços públicos, essa ligação é regulada por um complexo normativo que permite ao Estado o controle da atividade, mesmo sob execução das entidades privadas.

A grande modificação conceitual do serviço público foi uma aproximação maior à noção de utilidade econômica, trazendo consigo o risco da mercantilização excessiva da atividade, se a regulação específica for frágil, o que poderá acarretar mesmo a exclusão econômica de sua fruição (totalmente avessa à idéia de generalidade e acessibilidade próprias a um serviço de interesse coletivo). Vê-se, portanto, a necessidade de garantir um controle efetivo sobre a regulação dos serviços.

#### *4.2. Observações sobre os serviços de interesse público*

A Constituição Federal de 1988 tratou dos serviços de interesse público em seu Título VIII – Da Ordem Social, prevendo o exercício dessas atividades por uma forma de atuação compartilhada entre Estado e par-

ticulares, estes últimos atuando sob supervisão daqueles. A atuação compartilhada, sob a supervisão do poder público, demonstra-se em todos esses campos, conforme prevêem expressamente os artigos 197, 204, 205 e 209<sup>7</sup> da CF/88.

No campo dessas prestações de cunho social, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, a implementação de medidas diminuindo a ação estatal e visando desregular o setor fez-se mediante a retirada da atuação estatal direta e criação de entidades públicas não estatais, visando suprir o papel do Estado. Com o surgimento de novas entidades, houve a necessidade da criação de modelos gestores adequados à nova realidade. Não se pode olvidar, entretanto, os vários problemas criados por esses modelos, especialmente no caso das Organizações Sociais (criação da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998). Também se devem reconhecer os avanços na área, especialmente pela criação de um novo modelo de entidade para o terceiro setor, o das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), reguladas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999.

Analisando-se o quadro geral relacionado a esses serviços, observa-se que a redução do tamanho do Estado e a necessidade de reformulação de políticas públicas sociais, visando ao ajuste fiscal, provocou uma precarização dos serviços sociais. Segundo Morales (1999, p. 51):

“O problema do financiamento das políticas públicas sociais obrigou o Estado a repensar a distribuição dos recursos escassos e a maneira pela qual os Estados iriam prover os bens públicos. Isso provocou um intenso debate acerca do papel do Estado. Há concordância razoável de que, entre os diversos problemas envolvidos, um dos mais importantes é a incapacidade dos governos de levar a bom termo as propostas de políticas públicas por eles encampadas programaticamente”.

Entre os fatores da crise de governança elencados pelo autor, destaca-se a maneira inadequada de intervir tanto nas atividades econômicas como nas atividades sociais. Esse é o argumento básico não só para a retirada do Estado do papel de agente econômico, como também para o recuo das políticas públicas sociais. Examinando-se as alternativas que se apresentam, três são as possíveis formas de organizar a provisão de serviços e atividades que envolvam externalidades importantes e prestações de cunho social (como saúde, educação, assistência, previdência, proteção ao meio ambiente e à cultura): a) a continuidade da provisão desses serviços pelo Estado (problemática por manter o modelo em crise, quando já houve o esgotamento de sua capacidade de expansão dos direitos sociais); b) a privatização ou terceirização dessas prestações, deixando ao Mercado a tarefa de regulá-las, concretizando a minimização total do Estado, que se demonstrou inviável no atendimento a essas prestações de cunho social ou coletivo; c) a desestatização sem a perda do caráter público do serviço, transferindo suas prestações a entidades públicas não pertencentes nem à esfera estatal nem à esfera privada (Cf. MORALES, 1999).

A opção pela prestação por intermédio de entes públicos não-estatais teria como finalidade a provisão das prestações sociais e coletivas de forma adequada, o que o Mercado não foi capaz de fazer, ao mesmo tempo em que não se retornaria ao modelo de atuação estatal anterior. Nesse sentido, as organizações sem fins lucrativos seriam vocacionadas por sua própria formação e estrutura a promover essas atividades, ocupando os espaços vazios deixados pelo Mercado e pelo Estado. A prestação dos serviços de interesse público deveria ocorrer sob o controle estatal, responsável pela formulação das diretrizes das respectivas áreas, pelo fomento de projetos e pela fiscalização do exercício dessas atividades prestadas por entidades públicas não estatais. Do

contrário, sem a responsabilização do Estado ou dos entes privados, o preenchimento dessas demandas sociais tenderia a ter uma existência de avanços e retrocessos ao sabor de tensões políticas e econômicas. A questão é, inicialmente, se as organizações não-governamentais seriam realmente adequadas a essa prestação de serviço e, caso o fossem, de que forma deveria ser regulada sua atuação.

Inicialmente, a opção de muitos países foi pela privatização desses setores, que se revelou um grande fracasso. Ao contrário do sucesso de muitas das privatizações realizadas no campo da atividade econômica, a área das prestações sociais mostrou-se inadequada à atuação da livre iniciativa, com fins puramente lucrativos. Morales (1999, p. 57) aponta algumas questões surgidas nesse quadro, como a progressiva diminuição das taxas de lucro na medida em que a renda da população atendida é menor, gerando o desinteresse do mercado, e o conseqüente problema gerado pelo atendimento incompleto a essas demandas sociais.

O fracasso da via do mercado levou à busca de alternativas, com precedência à via reformadora, visando à reestruturação dos serviços dentro do próprio Estado. A partir das mudanças na organização e no funcionamento do aparelho burocrático estatal, a chamada corrente gerencialista propõe-se a encontrar respostas à crise desses serviços. Como uma de suas estratégias, a reforma gerencialista propõe a descentralização na prestação desses serviços de interesse público, mantendo-se a sua execução sob supervisão estatal, e sendo realizadas por entidades que recebem várias designações diversas (dependendo de seu país de origem): organizações sociais, agências autônomas, fundações de serviço público, etc. O relevante é que se tratam de organização de caráter público, não estatal, sem fins lucrativos, “cuja finalidade é prestar serviços de interesse público de natureza concorrencial, com financiamento público e métodos de funcionamento do setor privado, submeti-



da a duplo controle: estatal e social” (MORALES, 1999, p. 62).

Deve-se tratar dessas questões com certa reserva, entretanto, visto que nessas áreas de prestações de interesse público, em que há compartilhamento da atuação estatal com entes privados, a regulação é mais flexível que no setor de serviços públicos *stricto sensu*. Embora a Constituição atrele o desenvolvimento da área específica a percentuais fixos de recursos estatais<sup>8</sup>, ou estabeleça que o Estado deverá garantir ao cidadão o acesso à sua prestação, ressalte-se que, na maioria dos casos, não há previsão específica quanto à forma que deva ser exercida. A exemplo disso, pode-se analisar a área de Saúde em sua previsão constitucional. O art. 196 garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco das doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Entretanto, a forma específica como o Estado deverá atuar nesse campo foi regulada pela legislação ordinária, não se encontrando prevista expressamente em nível constitucional. Prevê-se expressamente no art. 199 que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, estabelecendo a possibilidade de participação complementar das entidades de saúde privadas no Sistema Único de Saúde. Pode-se dizer que há a garantia constitucional do direito à saúde, mas não à forma como deve ser prestado pelo ente estatal.

Tratando-se da educação, a situação não é diversa, ampliada ainda mais a participação de entes privados porque a Constituição prevê que a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” (art. 205). A obrigatoriedade do Estado é de fornecer ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), direito público subjetivo que poderá ser exercido pelo cidadão contra o Estado (art. 208, § 1º). A participação das instituições privadas é permitida nos moldes fixados pelo art. 209 (exigindo-se o cumprimento das normas gerais da

educação nacional e submissão à autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público). Portanto, excluindo-se o campo do ensino fundamental, não há maiores garantias constitucionais para se exigir a atuação estatal direta, mormente quando se trata da educação superior<sup>9</sup>.

Procurou-se demonstrar que essas atividades não são de titularidade estatal exclusiva, mas de interesse público, compartilhadas entre Estado e sociedade, em geral sem garantias de prestação estatal desses serviços, excetuando-se casos específicos, como o referente à educação fundamental. De resto, não há uma regulação constitucional mais rígida para proteger contra a diminuição da rede de prestações estatais nesses serviços, de forma que teoricamente é possível ocorrer um processo de “privatização” dessas atividades, já que a vinculação jurídica do Estado nesses casos é mais tênue do que em relação aos serviços públicos. A normatização específica poderá até mesmo ser bastante restritiva nos serviços “não-exclusivos”, entretanto a obrigação de prestação estatal direta como regra absoluta não existe. Não se pode afastar, entretanto, a necessidade da manutenção do papel do Estado no direcionamento, controle e supervisão das atividades de interesse público, com a instituição de um regime jurídico mais restrito (comparativamente ao das atividades econômicas *stricto sensu*) e sua responsabilidade pela qualidade e adequação na prestação desses serviços à população, visto que se tratam de setores essenciais, como saúde e educação.

O Estado deve ter a obrigação primordial de regular e fiscalizar essas atividades, exercidas também por ele, embora não com exclusividade. Aliás, é importantíssimo que a atuação estatal permaneça fortemente presente nesses setores. O que se busca é estabelecer uma regulamentação jurídica adequada, a fim de que a colaboração com os entes não-estatais não signifique falta de controle e irresponsabilidade do Estado na prestação desses serviços, que não são pro-

priamente atividades econômicas, mas visam à implementação desses relevantes direitos sociais, como saúde, educação e assistência social, corporificando-se conforme a própria designação, como serviços de especial *interesse público*.

### 5. Conclusão

A abrangência do conceito de serviço público é influenciada pela época e pela noção de Estado e pela relação entre este e a sociedade. A noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social. Tratando das diversas formulações de serviço público, e da sua relação com o contexto histórico do Estado naquele momento, percebeu-se que algumas características podem ser traçadas até o modelo relacional atual. Nesse sentido, permanecem os serviços públicos com a titularidade estatal, no sistema brasileiro, ao contrário de outros sistemas em que a titularidade foi transferida juntamente com a execução dos serviços. Permanece a titularidade estatal como uma forma de garantir proteção a essas atividades que se revestem de especial interesse público, exigindo do Estado um controle maior sobre a sua execução. Aí se põe o limite da Constituição Federal de 1988: a titularidade estatal exige que a delegação dos serviços ocorra somente pelas formas previstas na própria carta constitucional, ou seja, a concessão, a permissão e a autorização.

Do contrário, estar-se-á diante de um conflito com a regra constitucional. Enquanto não for modificada essa norma, pode-se dizer que o próprio ordenamento não admite a privatização total dos serviços públicos estrito sensu. Por conta da titularidade estatal, sempre estará presente o regime de direito público, mesmo que parcialmente.

Em relação às prestações sociais (saúde, educação, assistência social), com caráter de atividade pública de interesse coletivo, não há a mesma segurança normativa, já que se permite ao Estado moldar de forma diferen-

ciada. Conforme já foi referido acima, o setor dos serviços de interesse público (ou serviços públicos não privativos, na acepção de Eros Roberto Grau) foi o que mais sofreu com a reforma estatal, já que ali é permitido o exercício de atividades sob titularidade privada e sob titularidade pública. Não há um regime jurídico mais rígido de proteção a esses direitos, visto que, como regra geral, o Estado tem uma vinculação jurídica mais tênue em relação à prestação direta dessas atividades. Indiretamente, o Estado afasta sua responsabilidade na atuação direta em políticas sociais, a partir de uma flexibilização que pode terminar por precarizar essas prestações.

Em relação aos serviços públicos propriamente ditos, obviamente o exercício dessa atividade é mais protegido em razão da natureza das atividades específicas, e nesse sentido resgata-se o valor do quesito material de serviço público. Não se deve olvidar, portanto, a importância do conceito de serviço público propugnado por Duguit e sua repercussão na doutrina brasileira. Dessa forma, serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, de acordo com o conceito de Duguit.

Em outros termos, serviço público é atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico, conceito adotado por Eros Roberto Grau (2002), seguindo a linha de Ruy Cirne Lima. Nesse sentido, o interesse deve ser obter a melhor prestação de serviços, seja pela iniciativa privada, seja por ente público, não esquecendo da necessidade de se respeitar os princípios basilares do sistema (continuidade, igualdade e adaptação do serviço), e buscando um direito cada vez mais rigoroso quando da avaliação da prestação de serviços e de sua supervisão. Somente dessa forma, poder-se-á

respeitar o significado maior da conceituação de serviço público, não abandonando a estrutura de definição constitucional.

### Notas

<sup>1</sup> A tendência de aproximação ocorre pela própria hegemonia norte-americana no processo de globalização e pela busca de opções para modificar o aparato estatal pela crise do modelo de Estado-Providência. As reformas, de inspiração neoliberal, buscaram reduzir o tamanho do Estado, mediante políticas de privatização e desregulamentação. Nesse sentido, a criação de novos órgãos, como as agências reguladoras, inspiradas no modelo norte-americano, supostamente buscou implementar os conceitos de eficiência e administração técnica, assim como uma regulação mais flexível àqueles setores.

<sup>2</sup> A expressão, sem tradução exata para o português, designa o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e os sujeitos passivos são os indivíduos submetidos a esse poder (JUSTEN, 2003, p. 22, nota 25).

<sup>3</sup> O raciocínio de Duguit resultou na concepção de que o Estado é de fato, titular de uma determinada parcela de poderes dentro de uma sociedade organizada e deve ter maiores responsabilidades na realização da “solidariedade social”. Daí decorria a idéia de que o papel de prestador de serviço público devia ser atribuído ao Estado, segundo a concepção de Duguit, por causa, exatamente, dessa concepção de distribuição de responsabilidades (obrigações) (JUSTEN, 2003, p. 32).

<sup>4</sup> Seguindo novamente a tendência dos países centrais, Mattos (2002, p. 44) ressalta que, até a década de 80, a intervenção do Estado na economia estava fundada nas políticas econômicas de nacionalização, na Europa, e *regulation*, nos EUA. Somente foi quebrado esse paradigma a partir da implementação de políticas neoliberais de desestatização e desregulamentação, pioneiramente pelos governos Thatcher (1979) e Reagan (1980). São os primeiros governos de países capitalistas avançados que se engajam publicamente na tarefa de pôr em prática o programa neoliberal (ANDERSON, 1996).

<sup>5</sup> Conforme já exposto, serviço público para o referido autor é o “tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público” (GRAU, 2002, p. 250).

<sup>6</sup> A opção do Estado de não prestar diretamente essas utilidades, mas por meio de outras pessoas jurídicas por ele criadas, observou-se também no modelo francês, com os chamados serviços pú-

blicos industriais e comerciais (SPIC), administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público (ÉPIC – Établissements Publics Industriels et Commerciaux) e de direito privado (como as S.As. – Sociédades Anônimas).

<sup>7</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209 – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

<sup>8</sup> Nesse sentido, a previsão constitucional do art. 198, relativa à área de saúde, que prevê um percentual mínimo de recursos a serem aplicados na área, definidos por lei complementar, e do art. 212, relativa à educação, esta última expressamente prevendo a aplicação mínima anual de 18% dos recursos da União e 20% dos recursos dos Estados, Distrito Federal e Municípios (calculados sobre a receita resultante de impostos) na respectiva área.

<sup>9</sup> Observe-se na Constituição Federal que a regulação da educação é diferenciada, estabelecendo-se a obrigatoriedade somente em relação ao ensino fundamental. *In verbis*: “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; (...) V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (...)”.

Em relação ao papel da União, especialmente relacionado ao ensino superior, prevê-se o seguinte: “Art. 211 §1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrões mínimos de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

### Referências

- ANDERSON, Perry. História e lições do neoliberalismo: a construção de uma via única. *Rede semanal*, Brasília, 5 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.redesemanal.hpg.ig.com.br/monitor/perry1.html>>. Acesso em: [200-?].
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: \_\_\_\_\_. (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M.; WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões: análise das leis 8987/95 e 9074/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais: aspectos gerais. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.



# **Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais**

Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito

Morton Luiz Faria de Medeiros

## Sumário

1. Introdução. 2. Gênese do regime democrático. 3. Crise da democracia representativa. 4. Significado atual do princípio democrático. 5. Poder Judiciário e democracia. 6. Designação dos membros das cortes constitucionais. 7. Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito. 8. Conclusões.

## *1. Introdução*

Desde as suas primeiras manifestações, a democracia tem apresentado especial vinculação ao processo eletivo, a ponto de considerá-lo o mais importante parâmetro para se aquilatar a legitimidade de suas instituições. Por esse motivo, entre estas, as que são constituídas a partir de mecanismo diverso – como, via de regra, todos os órgãos jurisdicionais – são constantemente colocadas à prova quanto a sua adequação democrática, sem se atentar, muitas vezes, para a peculiaridade de seus papéis.

O presente estudo pretende examinar, precisamente, a correção desse pensamento, com foco nas cortes constitucionais, em razão da posição destacada de que gozam nos Estados hodiernos. Para isso, parte-se da análise de como foi engendrado o regime democrático, a fim de capturar suas notas essenciais e apontar para as feições que vem assumindo com seu aperfeiçoamento ao longo dos tempos.

Em seguida, pretende-se diagnosticar a relação que o Poder Judiciário mantém com

Morton Luiz Faria de Medeiros é Promotor de Justiça no RN, Especialista em Direito e Cidadania e Mestrando em Direito Constitucional (UFRN).

a democracia, e assim identificar a fonte de sua legitimidade, imprescindível para um firme exercício do Poder. Desse diagnóstico, segue-se para um exame mais detido dos tribunais constitucionais, ponderando acerca da designação de seus membros em diversos países em que se têm sobressaído, para, enfim, estabelecer seu papel na consolidação do Estado democrático de Direito.

## 2. Gênese do regime democrático

Em torno do termo “democracia”, sobrevoa uma densa névoa muitas vezes enfrentada por filósofos, cientistas políticos e juristas, porém jamais dissipada por completo, o que legitima Darcy Azambuja (1982, p. 215) a referir-se a ele como o mais controverso termo do vocabulário político, uma vez que, como frisa Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 73), não tem *referente* e é preenchível por vários conteúdos.

A formação do vocábulo, empregado pela primeira vez por Heródoto (apud AZAMBUJA, p. 215) há quase dois mil e quinhentos anos, aponta para os primeiros substratos do termo, entendido como o governo, ou poder, do povo. Por outro lado, não foi por acaso que tal expressão foi cunhada por um pensador grego, uma vez que o regime político experimentado na Atenas da Antiguidade foi o primeiro paradigma de democracia consolidado e legado às gerações posteriores.

Com efeito, na *Ágora* grega se identificou o “espaço público em que se debatiam livremente os problemas da comunidade” (GUERRA FILHO, 2000, p. 81), cujas soluções eram deliberadas pelo povo ali reunido. Não obstante, a definição, naqueles tempos, do que se considerava “povo”, um dos elementos constitutivos da democracia e ainda hoje discutido em sua conceituação, acabou por atrair severas críticas contra a suposta democracia direta proclamada pelos gregos, uma vez que os escravos, as mulheres e as crianças eram despojados de direitos políticos e os próprios “habitantes dos

arredores da cidade não compareciam geralmente às assembleias políticas” (AZAMBUJA, 1982, p. 216). Eis por que Hegel (1974, p. 153) ponderava que na “Grécia assistimos ao florescer da liberdade real, mas unicamente numa forma determinada e com restrição, porque ainda havia ali escravos, e os Estados tinham por condição a escravidão”.

Juntamente com a necessidade de inserção dos mais variados setores da sociedade na definição do “povo” que se governa a partir do ideal democrático, foi incrementada sobremaneira a complexidade dos Estados, cada vez mais extensos, populosos e organizacionalmente intrincados, fazendo com que a *democracia direta* cedesse espaço para a *democracia representativa*, alicerçada na idéia da “divisão das potências” proposta por Montesquieu e na de limitação das prerrogativas dos governantes, sem descuidar do ideal de o poder político pertencer ao povo.

Na democracia representativa, portanto, as decisões políticas – aqui entendidas como os atos que dão rumo ao Estado na solução dos problemas engendrados na sociedade, tendo em vista o convívio entre os seus membros – são tomadas não pelo povo diretamente, mas por seus representantes, por ele eleitos.

Avultam-se, destarte, as eleições como uma das vigas com que se erige a democracia hodierna, na medida em que franqueia a qualidade de “povo” a um maior número de pessoas – todos aqueles que exercitam o direito de voto, com o mesmo peso individual –, e reacendem, periodicamente, as discussões acerca dos rumos que o Estado deve seguir para o cumprimento de seus objetivos, por isso desenhando Darcy Azambuja (1982, p. 238) a definição jurídica da democracia como “o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados”.

No entanto, o processo eletivo, em si, não se mostra bastante para a plena realização da proposta democrática, sendo imprescindível

dível, também, que os governados tenham “o poder de indicar livremente a pessoa ou pessoas que vão governar” (AZAMBUJA, 1982, p. 238) (liberdade de eleger) e que tal poder seja, ao contrário da democracia direta ateniense já comentada, extensível a todos os indivíduos, e não apenas a uma pequena classe privilegiada (igualdade entre os eleitores).

Atendidas essas exigências, ainda assim as eleições poderiam gerar distorções no regime democrático: se o governo é formado pela opinião e vontade da *maioria*, não se correria o risco da implantação do “despotismo da multidão”, em detrimento insuportável dos interesses dos setores numericamente menos significativos da sociedade?

E, por derradeiro, permanece a questão: como são eleitos pela maioria, e, ao menos teórica ou idealmente, representam os interesses desta, os governantes poderiam ter seus atos políticos arrostados por outros órgãos do Estado, não constituídos a partir do ressonante desejo popular depositado nas urnas? A resposta negativa que tradicionalmente se dá a tal pergunta redonda na repulsa de reconhecer em instituições – inclusive estatais – cujos componentes não hajam se submetido à escolha popular qualquer legitimidade democrática, e muito menos a de contrariar decisões empunhadas por autoridades eleitas pelo povo. Seria esse o estágio último do modelo de democracia continuamente aperfeiçoado ao longo dos séculos?

### 3. Crise da democracia representativa

O simples levantamento das pertinentes questões lançadas no capítulo anterior é suficiente para diagnosticar o momento de crise enfrentado pelo paradigma da democracia representativa, não no sentido da definitiva superação, e sim no de instante *decisivo* da fisionomia que irá assumir a democracia nos tempos vindouros.

Primeiramente, verifica-se que a identificação da democracia com o processo eleitoral de seus governantes acabou engendran-

do um excesso de votações, como se todos os atos decisórios, para gozarem de legitimidade suficiente para sua tranqüila aceitação, carecessem da expressa chancela popular. Ou, sob idêntico argumento, como se todos os órgãos estatais cuja composição não houvesse sido fruto das urnas não possuísse verdadeira legitimidade democrática para atuar no sistema político.

A partir desse equívoco, foi gerada uma verdadeira “ditadura do voto”, na medida em que restringia a participação política do cidadão a esse ato, cada vez mais corriqueiro e, por conseguinte, cada vez menos valioso, em flagrante prejuízo ao desenvolvimento do indivíduo no espaço público que lhe é reservado pela democracia. Ademais, a consagração da vontade da maioria em termos ilimitados e absolutos põe em risco a própria liberdade da minoria, atingindo um dos já apontados pressupostos democráticos – a igualdade entre os eleitores, em seu sentido pragmático.

Outrossim, verifica-se, em diversos modelos democráticos ainda não completamente amadurecidos, que os governantes eleitos não se sentem vinculados aos programas de seu partido anunciados quando da fase eleitoral de persuasão e conquista de seu eleitorado, fazendo com que não empunhem com tanto vigor as bandeiras que lhes concederam diversos grupos sociais, muitas vezes abandonados imediatamente após a eleição de seus representantes.

Por tudo isso é que a celebração das eleições como único momento de realização da democracia vem reclamando a companhia de um contínuo vigiar e uma incessante mobilização dos governados, instaurando o que Azambuja (1982, p. 224) chama de *democracia semidireta*, “que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais”, por meio, por exemplo, do *referendum*, do veto e da iniciativa populares.



Tais instrumentos, além de darem estabilidade à vida política, constituem poderoso fator de educação popular (AZAMBUJA, 1982, p. 229), porém não podem ser manejados de forma abusiva, tanto quanto não o podem as próprias eleições. Na Suíça, por exemplo, onde toda matéria constitucional deve ser submetida a *referendum*, “algumas espécies de leis, das mais importantes, como as de orçamento” (AZAMBUJA, 1982, p. 225), não o são.

Isso porque a matéria do *referendum* deve ser uma questão concreta, e não sutilezas de técnica legal, pois quando “tem um caráter acentuadamente técnico, a abstenção [de eleitores] é sempre considerável” (AZAMBUJA, 1982, p. 231), e o pouco interesse popular acaba reforçando a crítica da supressão da ampla discussão dos assuntos de ordem pública por toda a sociedade, corolário da democracia.

Nesse diapasão, eclodiu a exigência de uma verdadeira *democracia participativa*, tal como preceituado no art. 109º da vigente Constituição da República portuguesa, com a redação dada pela Lei Complementar nº 1/97, *in verbis*:

“A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”<sup>1</sup>.

#### 4. Significado atual do princípio democrático

Esse ambiente de perene mobilização dos cidadãos na vida política pode, à primeira vista, aparentar risco a um dos preceitos basilares da democracia, que é o *consenso*, porquanto a tomada de decisão pública “deverá exibir uma forma que possamos aprovar e com a qual possamos nos identificar” (PETTIT, 2003, p. 370). Assim,

resta-nos analisar como a democracia pretende garantir estabilidade a suas instituições, se seus próprios mecanismos incentivam a contestação permanente do regime democrático.

Ocorre que esse espírito de contestação permanente, mais do que a aceitação emudecida de inacessíveis decisões políticas<sup>2</sup>, reforça a *legitimidade* dos atos políticos, frequentemente colocados à prova ou questionados pelos governados.

Contudo, como já se vem defendendo ao longo deste estudo, tal legitimidade não é aferida apenas a partir da escolha eletiva dos governantes de um povo, malgrado Paulo Bonavides (apud GUERRA FILHO, 2000, p. 74) veja no sufrágio universal “verdadeira espinha dorsal do regime democrático”. Não há que se questionar a insofismável importância que representa o sufrágio para o desenvolvimento democrático de qualquer nação, mas seria simplificar em demasia pensar que a democracia se restringe a esse princípio, ou dele não logra se separar, quando há outros instrumentos que, até com maior eficiência, asseguram a feição democrática do ato político.

Por esse motivo é que Jellinek (apud SOUZA NETO, 2003, p. 55) defendia que o *status activus* “não mais se restringiria ao direito ao voto; deveria incluir também a prerrogativa de participar ativamente nos processos de tomada das decisões públicas”, reforçando a defesa da democracia *participativa*, inclusive para abrir caminho à responsabilização – política, social e jurídica – dos agentes públicos, nota indissociável da atribuição de poder no regime democrático (PASSOS, 2003, p. 91) e instrumento idôneo para arrefecer a pura arbitrariedade.

Precisamente por haver se limitado ao reconhecimento legal de determinadas regras do jogo democrático – o simples apego ao sufrágio universal, por exemplo – é que a democracia liberal ocasionou um interesse generalizado pela Política (SOUZA NETO, 2003, p. 4), razão por que a teoria da constituição dirigente estabeleceu um “critério não

meramente procedimental para se aferir a legitimidade da atividade estatal”, impondo-se, igualmente, a concretização de determinado conteúdo – o que se convencionou chamar de concepção material de legitimidade (SOUZA NETO, 2003, p. 19).

Outrossim, não mais se admite que o poder democrático resulte tão-só da vontade da maioria, como pretende Paulo Dourado de Gusmão (2001, p. 366). A democracia irrompeu como a mais perfeita forma de associação política justamente por reconhecer – e mesmo fomentar – a pluralidade, a negação da unanimidade que se verifica em toda sociedade complexa. Destarte, se dependesse a legitimação de todos os agentes políticos da expressão da vontade da maioria contingencial, conjuntural, à parcela minoritária da população não se defeririam direitos e respeito suficientes para a sobrevivência do pluralismo, cujo enfraquecimento fatalmente abrandaria o esplendor democrático. Daí por que Philip Pettit (2003, p. 371) refuta a identidade entre o apoio majoritário e a não-arbitrariedade, uma vez que “determinadas políticas podem atrair apoio majoritário, ao mesmo tempo em que representam a mais arbitrária interferência nas vidas de várias minorias”.

Desse modo, assiste razão a Paulo Bonavides (2004, p. 274) quando afirma que a moderna democracia ocidental tem por uma de suas bases principais “a soberania popular, como fonte de todo poder legítimo, que se traduz através da vontade geral”, mas não deve ser esta entendida como uma consciência coletiva, simplesmente extraída do sufrágio, nem encontrada nas decisões majoritárias – já que, “menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que os une”, tal como exposto por Rousseau (apud GUERRA FILHO, 2000, p. 95).

### 5. Poder Judiciário e democracia

Vimos afirmando que a legitimidade de determinada instituição não pode ser aferida, tão-somente, com arrimo no sufrágio

universal ou na vontade da maioria. Mas essa conclusão não basta para que se afirme, categoricamente, que o Poder Judiciário seja unguído pelo necessário verniz democrático, impondo-se perquirir de onde extrai sua legitimidade – imprescindível para o exercício do poder – em “usurpar” funções que, historicamente, vinham sendo atribuídas com exclusividade aos demais poderes.

As origens do Poder Judiciário moderno, desenhadas por Montesquieu em sua teoria da “separação das potências” do Estado, davam conta – e recomendavam – de uma postura de alheamento político e subjugação aos demais Poderes, sob o pretexto de que apenas caberia ao magistrado interpretar leis – como se tal atividade admitisse neutralidade absoluta.

Desse alheamento, evoluiu o Judiciário de alguns países, principalmente por influência da Suprema Corte norte-americana, para a posição extremamente oposta: a da sua supremacia, uma vez que aquela corte arrogava-se o dever-poder de valorar a conveniência das políticas públicas e dos atos normativos, no afã de resguardar a incolumidade do federalismo e da democracia recém-inaugurada naquele país, além, evidentemente, de impor balizas ao ardor dos “políticos” pelo Poder.

Transparece, daí, a importante missão do Judiciário em garantir certo controle da relação entre os Poderes, com vistas ao aperfeiçoamento do funcionamento do Estado. Não obstante, a relevância da busca pelo fundamento de sua legitimidade para assim agir decorre do fato de que, não raro, somos surpreendidos com o argumento de que falece legitimidade democrática ao Judiciário para desempenhar tais funções pelo só motivo de que seus membros, via de regra, não são eleitos diretamente pelo povo – em que repousa a fonte de todo o Poder do Estado – ao contrário do que ocorre com os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Todavia, consoante o que foi aduzido no capítulo anterior, a *democracia participativa* hoje exaltada exige a conjunção do princí-

pio do sufrágio universal com diversos outros, com vistas à instauração de diálogo entre governantes e governados sem macular, nesse processo, o respeito pela posição do outro. E, sendo a natureza do processo judicial altamente *participativa*, “uma vez que o papel dos juizes baseia-se em casos da vida real e somente pode ser exercido sobre e dentro de limites dos interesses e da controvérsia das partes” (CAPELLETTI, 2003, p. 146), vem se destacando o Judiciário como uma das instituições que possibilitam o desenvolvimento desse diálogo com o fito de melhor definir os rumos do Estado e mesmo de suas políticas públicas – terreno que permaneceu intocável por muito tempo.

O destaque que o Judiciário tem merecido por sua relevante contribuição para a consolidação do regime democrático decorre, primeiramente, de sua vinculação – hoje quase umbilical – com o Estado de Direito, vale dizer, de sua intrínseca necessidade de observar como parâmetros e limites normas jurídicas válidas e exigíveis de todos os atores sociais e políticos, ponto em que se distancia a argumentação prática geral da argumentação jurídica, que apresenta como limites a lei, o precedente, a dogmática e as leis procedimentais do processo (2003, p. 49). Tanto é assim que Calmon de Passos (2003, p. 69) vê no *devido processo constitucional jurisdicional*, por ele definido como “um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”, um relevante fator de fortalecimento da democracia.

Entretanto, como tal característica não vem se mostrando suficiente para o desenvolvimento democrático – e o fato de a barbárie nazista haver sido cuidadosamente fundamentada na *legalidade* dos atos de desumanidade perpetrados pelo *führer* e por seus comandados bem o demonstra –, é no alargamento do espaço público que o Judiciário vem colher as raízes de sua legitimidade democrática.

Deveras, de acordo com a teoria democrático-deliberativa, “as sociedades contem-

porâneas são plurais, complexas e multiculturais” (PASSOS, 2003, p. 29), tornando “inviável um consenso generalizado sobre os fins que devem ser perseguidos pelo Estado” (PASSOS, 2003, p. 30), e por isso se alicerça em concepções procedimentais de legitimidade, que permitem a construção de um “consenso sobre as premissas de processo de tomada das decisões públicas” (PASSOS, 2003, p. 30), a partir da justificação pública das decisões (contexto dialógico) que as sujeita à obediência de “determinados requisitos comunicativos tais quais, por exemplo, os da razoabilidade e da reciprocidade” (PASSOS, 2003, p. 34). Com efeito, a *equidade procedimental*, em torno da qual é conseguido tal consenso, é apontada como “mais importante que a favorabilidade de resultado” (PETTIT, 2003, p. 382) e como a fonte da legitimidade da Suprema Corte para os americanos.

Nesse particular, portanto, distanciam-se as formas de pressão ou contestação exercidas em face dos Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e do Poder Judiciário, de outro: nos primeiros, as decisões do governo geralmente são cunhadas por meio de barganha e da intervenção dos *lobbies*, e os participantes já apresentam “interesses e idéias predefinidos, seus corações e suas mentes estão fechados” (PETTIT, 2003, p. 373), enquanto as decisões judiciais, por seu turno, possibilitam um debate em que as preferências são formadas, e não dadas, a partir de uma abertura dialógica consideravelmente maior.

A importância da mencionada abertura decorre da própria matriz em que é cunhada a democracia contemporânea – *ap pluralidade*, já ressaltada no capítulo anterior, e em razão da qual também os interesses das minorias são dignos de salvaguarda e atenção por parte do Estado. E nesses prados vem se revelando o Judiciário grande garantidor da democracia, à medida em que afiança a tutela dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, fazendo incluir na repisada expressão “povo” parcelas historicamente

discriminadas, segregadas e oprimidas da sociedade, em virtude de não comporem o privilegiado grupo da maioria que determina, pelo sufrágio, seus governantes.

Nesse diapasão, quando “a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais (...) se justifica o controle de tais decisões pelo judiciário” (SOUZA NETO, 2003, p. 38), reconhecido como verdadeiro guardião da democracia deliberativa, e não mais como mero fiscal da efetiva implementação do programa constitucional, como apresentado pela teoria da constituição dirigente.

É de ser ressaltado, nesse ponto da exposição, que a frequência com que foi mencionada a Constituição – ou as matérias a ela relativas – até as linhas presentes não constitui, obviamente, simples coincidência. Isso se observou em face de o regime democrático se manifestar primacialmente no sistema político e a Constituição avultar como o mecanismo de abertura cognitiva do Direito para a Política. Em outras palavras, os tribunais “estão acoplados estruturalmente, através da Constituição, ao sistema político” (CAMPILONGO, 2002, p. 126), para utilizarmos a nomenclatura manuseada por Niklas Luhmann em sua teoria dos sistemas.

Desse modo, se resta comprovada a relevância do Judiciário para a consolidação da democracia participativa, como acima descrito, referida relevância aparece com ainda maior pujança no seu trato com a Constituição, ou seja, no exercício da chamada jurisdição constitucional, considerando-se a importância da “Carta Política fundamental” historicamente desempenhada como freio à arbitrariedade dos governantes na condução do Estado. Não por acaso, portanto, identificou Capelletti (2003, p. 129), no que chamou de *Justiça Constitucional*, “uma das mais importantes e promissoras respostas que um crescente número de nações tem procurado dar ao problema da opressão governamental”, engendrado, precisamente, da ausência de controle do poder político.

Embora se reconheça que a jurisdição constitucional possa ser exercida por Juízes singulares e de maneira difusa – como na experiência brasileira, que confere ao juiz monocrático parcela de poder possivelmente sem equivalente em outros Estados democráticos –, centralizaremos o foco da análise seguinte nas *cortes constitucionais*, pelas abrangentes consequências de seus julgamentos e pela grave responsabilidade que se lhes incute nos destinos do próprio Estado.

Destarte, assiste razão a Alexandre de Moraes (2000, p. 23), quando afirma:

“O controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre a Democracia e o Estado de Direito, que, para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre suas composição, competências e poderes”.

Atentos à advertência acima enunciada, procederemos à análise de como são compostas as cortes constitucionais, mesmo porque é na composição dos demais Poderes, geralmente realizada por meio do sufrágio, que, com mais frequência, aponta-se a fonte de sua legitimidade democrática para conduzir o Estado.

## 6. Designação dos membros das cortes constitucionais

Não poucos juristas e políticos têm se insurgido contra o processo de escolha dos membros das cortes constitucionais, apontando nele uma grave tendenciosidade favorável ao Governo, uma vez que, para mencionarmos a experiência brasileira, o parágrafo único do art. 101 de nossa atual Constituição da República (CR) preceitua que os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) “serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Na XII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, entre as conclusões aprovadas por unanimidade após o painel aduzido por Roberto A. O. Santos (1988, p. 733), figurava a missão de, a longo prazo, “continuar lutando pela mudança da Constituição quanto à composição do Supremo Tribunal Federal e processo de preenchimento de suas vagas”, em evidente descrédito quanto à isenção dos Ministros do STF que são submetidos a referido processo político.

Esse fenômeno ocorre porque, por mais consistentes e vigorosos pareçam os argumentos até aqui mencionados favoráveis ao reconhecimento de legitimidade democrática ao Judiciário, as missões de que são incumbidas as cortes constitucionais ainda se mostram demasiadamente sérias para se conformarem facilmente àquelas justificativas.

Em razão disso, é exigida a presença de “três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo, representatividade e complementaridade*”. (MORAES, 2000, p. 77).

As principais cortes constitucionais modernas encontram seus membros em pessoas não *eleitas* diretamente pelo povo – pelo menos não para o exercício desse múnus – por intermédio do “voto direto, secreto, universal e periódico”, consoante indicado como cláusula pétrea, *verbi gratia*, pelo art. 60, § 4º, II, da CR; em vez disso, recorrem às mais elevadas instituições políticas para indicarem seus componentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde se buscou a inspiração para a geração de nosso STF, os membros da Suprema Corte são escolhidos pelo Presidente da República. Na Áustria, a escolha dos Juizes do Tribunal Constitucional é feita pelos Poderes Executivo e Legislativo federais, com o que se parece o modelo do Conselho Constitucional francês, cujos componentes são apontados pelo Executivo e pelo Parlamento, com a previsão de cadeiras cativas para os ex-Presidentes da República. Os Juizes do Tri-

bunal Constitucional Federal alemão, por sua vez, são eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, enquanto os do Tribunal Constitucional português são indicados, mediante eleição, pela Assembléia da República e, por cooptação, pelo próprio Tribunal.

Todavia, uma vez que às cortes constitucionais cabe a salvaguarda dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, indistintamente, com atenção especial aos direitos dos alijados de voz política considerável, pelas razões já aduzidas no capítulo 5, torna-se necessária, no afã de instaurar verdadeira democracia *inclusiva*, mais que simplesmente *deliberativa*, a constatação de sua “representatividade estatística” de grandes segmentos sociais, conforme expressão de Philip Pettit (2003, p. 376). Daí advém a importância simbólica que têm assumido as nomeações de mulheres e negros como *Justices* na Suprema Corte norte-americana e Ministros no STF brasileiro, ressaltando a exigência do *pluralismo* acima apontada.

Por outro lado, conquanto se reconheça que o processo de designação dos membros das cortes constitucionais possui incontestante natureza política, deve-se aquilatar em que extensão tal natureza incide na formação subjetiva de suas decisões, antes de atribuir àquelas cortes a pecha de políticas. Assim, o referido processo político não suscitará molesta desconfiança na imparcialidade inicial esperada de qualquer Juiz, desde que os membros das cortes constitucionais se imbuam de garantias bastantes para o exercício hígido da jurisdição constitucional<sup>3</sup>.

Vale, pois, trazer à colação a lição de André Ramos Tavares (1998, p. 36), para quem:

“se revestem de maior relevância a formação jurídica, a origem da magistratura, a exigência de boa formação e experiência profissional, a duração fixa e longa do mandato ou a vitaliciedade e a independência dos magistrados, do que propriamente a inter-

venção de órgãos políticos na designação destes”.

De fato, é precisamente nas garantias institucionais como a da vitaliciedade – ou longa duração do mandato, pelo menos (CAPELLETTI, 2003, p. 146) – que lhe concede independência e certa perenidade a seus entendimentos, na definitividade de seus julgamentos, e no adequado supedâneo intelectual de seus membros, que a legitimidade democrática das cortes constitucionais encontra reforço para proferir suas decisões.

No que tange à formação jurídica do membro da corte constitucional, pensamos indispensável uma profunda e apurada experiência – aliada à compreensão teórica, é evidente – da Constituição, tão preciosa se afigura a missão institucional de protegê-la<sup>4</sup>. Ademais, a fim de ver observado o requisito da *complementaridade* na composição das cortes constitucionais, impõe-se a “multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores”, com o fito de incrementar sua legitimidade e afastá-las “tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada” (MORAES, 2000, p. 78).

Como, porém, seria verificada essa formação? Não receamos afirmar que a “sabatina” dos indicados pelo Presidente da República perante o Legislativo Federal ou as demais formas de controle desse Poder sobre a eleição dos membros das cortes constitucionais cumpriria não só esse papel (de verificação de seu notável saber jurídico e – por que não dizer? – mesmo da reputação ilibada), mas, principalmente, reforçaria ainda mais sua legitimidade como verdadeiro Poder de Estado, autônomo na medida em que não se enxergaria dependência ao chefe do Executivo nacional que os nomeou ou aos representantes dos partidos que ratificaram a escolha ou os elegeram, atendendo, assim, à exigência da *representatividade*.

Àqueles que não vêm a sabatina ou os procedimentos similares de controle com respeito, invocando o afastamento de seus objetivos observado em tempos atuais, retorquimos: moralize-se o processo de apro-

vação legislativa dos membros das cortes constitucionais! Nunca é despidendo lembrar que o jurista negro Thurgood Marshall, indicado para a Suprema Corte estadunidense, foi exaustivamente sabatinado pelos Senadores, “um dos quais lhe dirigiu sessenta perguntas sobre a Constituição” (BALEEIRO, 1968, p. 57). Outrossim, em solo pátrio há, igualmente, registro de rejeição aos nomes de dois indicados para compor o STF, os Ministros Barão de Lucena e Tristão Araripe, nos quais, “por circunstâncias e fatos notórios”, deixou de se reconhecer “a precisa idoneidade” (BALEEIRO, 1968, p. 22). Ademais, desempenhando elevada missão de consolidar, no país, a exigência de possuir o Ministro do STF notável saber *jurídico*, o Senado desaprovou a nomeação do médico Barata Ribeiro, bem como rejeitou a dos generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Ewerton Quadros (BALEEIRO, 1968, p. 25). Por essa razão, não se pode menoscar o fim por deficiências contingenciais dos meios.

### *7. Papel das cortes constitucionais na consolidação do Estado democrático de Direito*

De tudo o que foi defendido até aqui, considerando as peculiaridades das cortes constitucionais em sua composição e na competência fundamental que se lhes atribui, pode-se identificar nelas órgãos superpoderosos, imbuídos da faculdade de derribarem atos de Governos até mesmo sufragados pela maioria da população. Talvez daí advenha o pensamento de Konrad Hesse (1991, p. 28), de que a competência das cortes constitucionais seria quase ilimitada, autorizadas que são a proferir a última palavra sobre questões fundamentais da vida do Estado. Possuiriam elas, então, poderes absolutos e inexoráveis?

Já havemos de constatar que a carência de um processo de eleição direta dos membros das cortes constitucionais não se mostra bastante para limitar seu poder, até por-

que lhes cumpre a guarda dos direitos fundamentais *de todo o povo* – e não apenas de sua facção majoritária ou mais influente –, o que assegura, como visto no capítulo 4, a *pluralidade* necessária para a consolidação de uma democracia verdadeiramente participativa, visto que, segundo o magistério de Raffaele De Giorgi (apud CAMPILONGO, 2002, p. 72), “democracia é manutenção da complexidade”. Eis por que Capelletti (2003, p. 130) atribui à *Justiça Constitucional* desenvolvida nos Estados Unidos a qualidade de “mais importante instrumento para a garantia de certos direitos civis básicos dos cidadãos e de grupos minoritários contra maiorias resistentes nos Estados e da inação de órgãos políticos no plano federal”.

Além disso, as cortes constitucionais, muito mais do que os órgãos jurisdicionais ordinários, pelas amplas conseqüências de suas decisões, permitem um alargamento do espaço de discussão pública e, conseqüentemente, de sua incidência no processo decisório, como tem demonstrado a experiência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao admitir a consulta a autoridades do Governo e a especialistas quando o julgamento sobre a constitucionalidade de determinados atos normativos o exigir.

No Brasil, com a promulgação da Lei nº 9.868/99<sup>6</sup>, abriu-se a admissibilidade de intervenção do chamado *amicus curiae* nos principais processos de controle concentrado de constitucionalidade, “possibilitando a manifestação no processo de outros órgãos e entidades, que não os próprios autores da ação” (SOUZA NETO, 2003, p. 56) (art. 7º, § 2º), e de “pronunciamento, no curso do processo, de perito ou comissão de peritos, bem como a realização de audiência pública e a solicitação de informações a outros tribunais” (SOUZA NETO, 2003). Desse modo, o processo permite um melhor controle dos efeitos políticos de tão significativas decisões, já que sua instrução toma o lugar do mero cotejo dos textos normativos, realizado no silêncio cômodo – porém estupidificante – dos gabinetes<sup>7</sup>.

Aliás, convém repisar o já afirmado em linhas anteriores, para destacar a necessária imputação de *responsabilidade política-social*<sup>8</sup> aos membros das cortes constitucionais, como aos magistrados em geral, sem a qual correm estes o risco de serem deslegitimados democraticamente (PASSOS, 2003, p. 106); afinal, a interpretação constitucional, *a fortiori* a realizada em última instância, não pode colocar em risco a sobrevivência do Estado, no âmbito do qual é proferida a decisão.

Começa a ser notado, assim, que a resposta à indagação proposta no vestibulo deste capítulo pode ser encontrada na própria relação que as cortes constitucionais mantêm com a Constituição. Com propriedade, pois, Konrad Hesse (1991, p. 28) assevera: “Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo pertinência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular”. Com isso, ao que nos parece, indica o jurista alemão um deslocamento na origem da legitimidade democrática dos tribunais constitucionais, da limitação do princípio majoritário para a sujeição à Constituição emanada do povo, que não deixa de constituir uma maioria – porém pretérita e constituinte, atuante em um momento histórico de marcante mobilização e participação populares que caracterizam a assembléia constituinte<sup>9</sup>.

Nesse sentido, ressaltando a idéia de que nem as grandes maiorias devem ter o poder de dar cabo da própria democracia (SOUZA NETO, 2003, p. 53), vale registrar, por seu brilhantismo, a lição de André Ramos Tavares (1998, p. 84) de que

“o princípio majoritário não é absoluto e nem poderia sê-lo, caso contrário, a atuação do legislativo e do executivo – órgãos reconhecidamente eleitos segundo o princípio da maioria – estaria a salvo das eventuais violações à Constituição, com o que se produziria uma insuportável imunidade da atividade desses ‘poderes’ e a con-

seqüente ruína do sistema jurídico e, com ele, de qualquer segurança ou justiça possível”.

Ademais, as limitações ao processo de reforma da Constituição, típicas dessa fonte normativa e ainda mais veementes – ao menos em tese – nos sistemas constitucionais rígidos, protegem-na, na expressão de Capelletti (2003, p. 130), “dos caprichos de maiorias passageiras”, verdadeiro atentado ao *pluralismo*, conforme já denunciado no item 4.

A força da representatividade cede, como se vê, à pujança da Constituição, diploma que permite o enriquecimento do sistema político “garantindo a ‘grupos marginais’, destituídos de meios para acessar ‘os poderes políticos’, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas de direito no *judicial process*”. (CAPELLETTI apud VIANA, 1999, p. 34).

Assim, requer-se das cortes constitucionais, mais do que dos demais órgãos jurisdicionais, a missão de *regular* a interação democrática entre os cidadãos e, se “a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular”, e “o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal” (MORAES, 2000, p. 67), é fácil deduzir a missão dos tribunais constitucionais no acoplamento entre essas duas instituições políticas, auxiliando na consolidação de um duradouro *Estado democrático de Direito*.

## 8. Conclusões

As linhas aduzidas ao longo deste trabalho permitem construir um melhor entendimento do regime democrático – como foi em seu princípio, como é nos tempos atuais e como deverá ser no futuro. Nessa evolução, assistimos à ampliação do espaço de discussão pública a partir do enriquecimento do que se compreenda na expressão “povo”, para a livre escolha de seus repre-

sentantes para o exercício do Poder, constituindo a *vontade da maioria*, assim, o principal trunfo apresentado pela *democracia representativa*.

Contudo, como não foi ela capaz de propiciar ao povo efetivo envolvimento na definição dos rumos do Estado, principalmente porque se furtava aos cidadãos um sistema rigoroso de controle de tais rumos e da atuação dos representantes populares, apareceu a *democracia participativa* ou *deliberativa* como incremento dessa espécie de associação política, aliando o princípio do sufrágio universal a outros mecanismos de intervenção e contestação das decisões políticas.

Com a instauração desse permanente estado de vigilância, muito mais que na cega confiança a eleições pontuais, a legitimidade dos atos políticos é reforçada, ainda que tais atos não tenham sido praticados por agentes eleitos diretamente pelo povo. Nesse ponto é que sobressai o papel do Poder Judiciário no fortalecimento da democracia, garantidor que é do *pluralismo* constatado nas complexas sociedades contemporâneas – e, assim, não adstrito apenas ao clamor das maiorias – e instrumento de ampliação do espaço de discussão em torno das questões públicas, especialmente potencializado quando do exercício da jurisdição constitucional, haja vista o papel da Constituição como elemento de ligação entre os sistemas político e jurídico e como baliza intransponível aos desvios arbitrários dos governantes na condução do Estado.

Por essa razão, avulta a *corte constitucional* como *Ágora* do mundo contemporâneo, em nada sendo maculada tão nobre missão pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo, já que vai buscar sua legitimidade no pluralismo, na representatividade e na complementaridade observados em sua composição, procedendo ao controle da relação entre os Poderes do Estado e, longe de firmar o pensamento da *supremacia do Judiciário*, encarecendo o postulado de *supremacia da Constituição*, a que deve se sujeitar devota e incondicionalmente!



## Notas

<sup>1</sup> Merece destaque, igualmente, o que dispõe o art. 48º, 1, da mesma Constituição, a reforçar a idéia da democracia participativa: “Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”.

<sup>2</sup> Aqui entendida a expressão no mesmo sentido empregado no capítulo 2.

<sup>3</sup> Nesse particular, merece atenção o depoimento de Peter Häberle (apud MORAES, 2000, p. 156) de que, apesar do forte ingrediente político na escolha dos juízes constitucionais na Alemanha, “uma vez eleitos, na história do Tribunal Constitucional federal, até agora, todos os juízes se têm mostrado incrivelmente independentes frente a seus partidos patrocinadores”.

<sup>4</sup> À guisa de ilustração, cabe registrar que o Ministro José Celso de Mello Filho (apud ROCHA, 1997, p. 35), ex-Presidente do STF, conhece profundamente todas as Constituições pátrias, além de já haver estudado as Constituições de mais de oitenta países.

<sup>5</sup> Mesmo no caso do Conselho Constitucional francês, no tocante à condição de membros natos conferida aos ex-Presidentes da República, não se tem por inteiramente maculada tal exigência, desde que tenham sido eles igualmente eleitos para exercerem o mister de chefe maior de um dos Poderes do Estado.

<sup>6</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

<sup>7</sup> Há de ser ressaltado que, não obstante a abertura do diálogo das cortes constitucionais requerida pela democracia deliberativa, casos existem em que as decisões devem se basear em informações profissionais e estar “imunes ao brilho ofuscante e à pressão do debate público” (PETTIT, 2003, p. 381).

<sup>8</sup> Ainda que Capelletti (2003, p. 146) admita certa irresponsabilidade *política e legal* dos juízes, mesmo assim apenas a curto e médio prazo e com importantes limitações no caso de abusos sérios, frisa esse jurista italiano que não se trata de uma irresponsabilidade *social*, cada vez mais sujeitos que estão os magistrados à crítica pública.

<sup>9</sup> No Brasil, a atual CR, nesse particular, apresenta a mácula da participação, na assembléia nacional constituinte, dos cognominados “Senadores biônicos”, que não haviam sido eleitos pelo sufrágio popular.

## Referências

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 21. ed. Porto Alegre: Globo, 1982.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonade, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu?: a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Tradução de Fernando Sá. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Inícios da filosofia na Grécia. In: \_\_\_\_\_. *Introdução à história da filosofia*. 3. ed. Tradução de Antonio Pinto Carvalho. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 152-154.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF. *Veja*, São Paulo, ed. 1518, n. 42, out. 1997.

SANTOS, Roberto A. O. Burocracia judiciária e democracia. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 12., 1988, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Conselho Federal da OAB, 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: \_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# Setor agrícola

## Informativo sobre as matérias em tramitação no Senado Federal

Heloísa Tartarotti

### Sumário

1. Introdução. 2. Levantamento dos dados. 3. Análise dos dados. 3.1. Análise dos projetos de lei do Senado (PLS). 3.2. Análise dos projetos de lei com origem na Câmara dos Deputados (PLC). 3.3. Análise de projetos de emenda à Constituição (PEC). 4. Análise geral dos projetos no período 1999-2004. 5. Conclusão.

### 1. Introdução

Esse trabalho procurou realizar levantamento e análise das proposições legislativas referentes ao setor agrícola que se encontram em tramitação no Senado Federal. Para as proposições que foram enviadas à Câmara dos Deputados, foram relacionadas informações sobre sua tramitação naquela Casa.

Seu objetivo principal é fornecer subsídios aos parlamentares, em especial aos membros da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, criada pela Resolução do Senado Federal nº 1 de 2005, que tem a atribuição de opinar sobre os seguintes temas:

I – direito agrário;

II – planejamento, acompanhamento e execução da política agrícola e fundiária;

III – agricultura, pecuária e abastecimento;

IV – agricultura familiar e segurança alimentar;

V – silvicultura, aquíicultura e pesca;

VI – comercialização e fiscalização de produtos e insumos, inspeção e fiscaliza-

Heloísa Tartarotti é Consultora Legislativa do Senado Federal.

ção de alimentos, vigilância e defesa sanitária animal e vegetal;

VII – irrigação e drenagem;

VIII – uso e conservação do solo na agricultura;

IX – utilização e conservação, na agricultura, dos recursos hídricos e genéticos;

X – política de investimentos e financiamentos agropecuários, seguro rural e endividamento rural;

XI – tributação da atividade rural;

XII – alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares, aquisição ou arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, definição da pequena e da média propriedade rural;

XIII – uso ou posse temporária da terra e regularização dominial de terras rurais e de sua ocupação;

XIV – colonização e reforma agrária;

XV – cooperativismo e associativismo rurais;

XVI – emprego, previdência e renda rurais;

XVII – políticas de apoio às pequenas e médias propriedades rurais;

XVIII – política de desenvolvimento tecnológico da agropecuária, mediante estímulos fiscais, financeiros e creditícios à pesquisa e experimentação agrícolas, pesquisa, plantio e comercialização de organismos geneticamente modificados;

XIX – extensão rural;

XX – organização do ensino rural;

XXI – outros assuntos correlatos.

## 2. Levantamento dos dados

Os temas foram pesquisados nos sítios do Senado Federal, [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), e da Câmara dos Deputados, [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Os argumentos de pesquisa utilizados foram: agricultura, agrícola, agrário, agrária, rural, agropecuário, agropecuária.

Mesmo reconhecendo a qualidade do sistema, devido ao grande número de informações existentes, algumas limitações são

esperadas. Como esse é um trabalho preliminar, presume-se que a contínua atualização do assunto permita seu aperfeiçoamento como instrumento de informação e análise pelos interessados nos assuntos de agricultura.

O levantamento contemplou os projetos de lei do Senado (PLS), projetos de lei complementar do Senado (PLS – Complementar), aqueles originários da Câmara dos Deputados mas tramitando no Senado Federal (PLC) e as propostas de emenda à Constituição (PEC) de autoria de senadores. Foram localizadas proposições apresentadas entre 1985 e 2004. Até fevereiro, quando foi feito o levantamento dos dados, ainda não havia sido apresentada nenhuma proposição legislativa referente à área agrícola para 2005.

### *Quantidade de proposições em tramitação – setor agrícola/fevereiro de 2005*

Tipo de proposição	Quantidade
PLS	61
PLS-complementar	03
PLC	15
PEC	04
Total	83

## 3. Análise dos dados

A primeira observação diz respeito ao tempo de tramitação das proposições legislativas, cujo padrão indica vários anos de tramitação para a maioria delas. Cabe observar que esse procedimento é normal em qualquer parlamento e que as leis, pelo seu caráter de permanência, devem passar por um processo natural de discussão e análise em vários níveis para melhor atender aos requisitos de constitucionalidade, juridicidade e de operacionalização pelos órgãos responsáveis pela sua execução.

Também é importante garantir tempo para os grupos da sociedade interessados nas matérias tomarem conhecimento e exercerem junto aos parlamentares seu direito de opinião. Entretanto, mesmo reconhecen-

do a necessidade de a tramitação ocorrer dentro de parâmetros temporais de alguns anos, certas situações evidenciam períodos de tramitação muito longos.

A análise a seguir contempla as proposições legislativas separadamente, por tipo.

### 3.1. Análise dos projetos de lei do Senado (PLS)

Foram localizados, no período de 1985 a 2004, 64 projetos de lei em tramitação, sendo 61 PLS e 3 projetos de lei complementar.

#### PLS em tramitação referentes à área agrícola – 1985 – 2004

Ano	Quantidade
1985	1
1988	1
1989	1
1991	1
1995	1
1996	1
1997	2
1998	1
1999	11
2000	4
2001	7
2002	6
2003	20
2004	7
Total	64

#### 3.1.1. Autoria dos projetos de lei do Senado (PLS)

Os 64 projetos de lei em tramitação até fevereiro de 2005 foram apresentados por 46 senadores diferentes e uma comissão temporária.

Autor	Quantidade
Alvaro Dias	4
Paulo Paim	4
Tasso Jereissati	3
Heloísa Helena	3
Ademir Andrade	2
Pedro Simon	2
Romero Jucá	2

Autor	Quantidade
Antero Paes de Barros	2
Luiz Pontes	2
Ney Suassuna	2
Serys Shlessarenko	2
Antônio Carlos Magalhães	1
Arlindo Porto	1
Carlos Patrocínio	1
Delcídio Amaral	1
Edison Lobão	1
José Serra	1
Luiz Estevão	1
Moreira Mendes	1
Aelton Freitas	1
Antônio Carlos Valadares	1
César Borges	1
Comissão Temporária do Vale do São Francisco	1
Cristovam Buarque	1
Efraim Morais	1
Flaviano Melo	1
Francisco Rollemberg	1
Geraldo Melo	1
Gerson Camata	1
Ideli Salvati	1
Íris Rezende	1
Jonas Ribeiro	1
Jorge Kalume	1
Juvêncio da Fonseca	1
Luzia Toledo	1
Marcelo Crivella	1
Marco Maciel	1
Maria do Carmo Alves	1
Mozarildo Cavalcanti	1
Olivir Gabardo	1
Papaléo Paes	1
Ramez Tebet	1
Ronan Tito	1
Sérgio Zambiasi	1
Teotônio Vilela Filho	1
Valdir Raupp	1
Wellington Roberto	1
Total	64

#### 3.1.2. Análise dos projetos de lei do Senado em tramitação apresentados entre 1985 e 1999

No período de 1985 e 1999, foram apresentadas dezoito proposições legislativas,

considerando inclusive os dez projetos autorizativos para a criação de distritos agropecuários em vários municípios, similares ao PLS nº 130, de 1997, que ainda tramitam no Congresso.

Todos, com exceção do PLS nº 229, de 1995, que dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação e Drenagem, que se encontra na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), e do PLS nº 126, de 1998, sobre crédito rural, atualmente na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF), foram remetidos à Câmara dos Deputados.

Considerando apenas os 16 projetos do Senado apresentados entre 1985 e 1998 encaminhados à Câmara dos Deputados, 10 propõem a criação de distritos agropecuários, 1 dispõe sobre o Imposto Territorial Rural na Amazônia Legal, 2 tratam do crédito agrícola, 1 dispõe sobre a habitação rural, 1 sobre o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e 1 propõe alterar a legislação sobre reforma agrária.

Em 1999 foram apresentados 9 projetos de lei do Senado e 2 projetos de lei complementares. Dos 11 projetos de lei apresentados em 1999, 4 foram remetidos para a Câmara dos Deputados, 5 estão na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e 2 estão aguardando inclusão na Ordem do Dia na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF). Sobre as matérias abordadas, 4 dispõem sobre reforma agrária, 3 sobre crédito e os restantes sobre assuntos diversos, entre os quais destacamos o PLS nº 379, de 1999, que dispõe sobre o Fundo de Estabilidade do seguro rural.

### *3.1.3 Análise dos projetos de lei do Senado apresentados entre 2000 – 2004*

Quatro projetos apresentados em 2000 pelo Senado ainda tramitam, e, desses, 1 foi remetido para a Câmara e três encontram-se nas Comissões do Senado Federal: 2 na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e 1 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ). Desses projetos, 1 disci-

plina o fornecimento de energia elétrica às glebas que fazem parte de programas de reforma agrária ou que tenham área total de até dez hectares, 1 dispõe sobre a expropriação de terras onde for utilizado trabalho escravo e 2 tratam de impostos para o setor agrícola.

Em 2001 foram apresentados 7 projetos de lei, entre os quais o PLS nº 44, de 2001 – Complementar, remetido para a Câmara dos Deputados em setembro de 2001, que dispõe sobre a composição do Conselho de Administração da Zona Franca de Manaus. Também foi identificado outro projeto, que altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, enviado em maio de 2002 para a Câmara dos Deputados. Os demais projetos encontram-se nas Comissões do Senado Federal e dispõem sobre crédito rural (2), criação de distrito agropecuário (1), recursos hídricos no Nordeste (1) e construção e funcionamento de creches em assentamentos rurais (1).

Dos 6 projetos em tramitação, apresentados no Senado em 2002, 3 encontram-se, no início dessa Sessão legislativa, na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e 3 na Comissão de Assuntos Sociais (CAS). Os assuntos abordados dizem respeito a crédito (1), pesca (2), aposentadoria dos trabalhadores rurais (1), áreas de preservação permanente nas propriedades (1) e ao que promove alteração no art. 47 da Lei nº 8.171, de 1991, que determina ao Poder Público implantar obras que tenham como objetivo o bem-estar social de comunidades rurais.

Vinte projetos de lei referentes ao setor agrícola, apresentados em 2003, estavam em tramitação no início de 2005. Desses, 10 encontram-se na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), 5 na Comissão de Assuntos Sociais (CAS), 3 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), 1 na Comissão de Educação (CE) e também 1 na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF).

Sobre os temas abordados, temos 1 sobre desenvolvimento agrícola, 1 sobre comerci-

alização da soja geneticamente modificada, 3 sobre legislação trabalhista, 8 sobre crédito, 2 sobre reforma agrária, 1 sobre alterações no Código Florestal, 3 sobre educação e o PLS nº 405, de 2003, que acrescenta o art. 55-A à Lei nº 8.171, de 1991.

Os projetos apresentados em 2004 em tramitação são em número de 7, dos quais 3 encontram-se na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), 2 na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e 2 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ). Desses projetos, 1 dispõe sobre reforma agrária, 1 sobre a transformação do solo rural em assentamento urbano, 1 sobre agricultura orgânica, 1 sobre a utilização de inseticidas em atividades de saúde pública, 1 sobre relações trabalhistas na área rural, 1 sobre soja geneticamente modificada e 1 sobre crédito agrícola.

### *3.2. Análise dos projetos de lei com origem na Câmara dos Deputados (PLC)*

Tramitam no Senado Federal 15 projetos de lei com origem na Câmara dos Deputados. Desses, 4 foram apresentados em 1992, 1995, 1998 e 2000, tendo sido aprovados com substitutivo na Câmara dos Deputados. Desses projetos, 1 dispõe sobre a segurança na produção de tratores e máquinas agrícolas, 1 trata da merenda escolar e 2 tratam da reforma agrária.

Dos outros 11 projetos de lei da Câmara, 4 encontram-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), 2 na Comissão de Assuntos Sociais (CAS), 1 na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), 3 na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado (SSCLSF) e 1 na Subsecretaria da Ata-Plenário, pois, tendo sido aprovado o Requerimento nº 341, de 2004, de autoria da Comissão de Serviços de Infra-Estrutura pela Mesa, ficou sobrestada a tramitação da matéria.

As matérias abordadas pelos projetos em análise foram bastante variadas: financiamento para reparo de tratores e máquinas agrícolas, registros sobre alienação de ter-

ras na faixa de fronteira, política pesqueira, criação de Programa de Microdestilarias de Alcool, seguro-desemprego para o produtor rural em períodos de frustração de safras, notificação compulsória no caso de envenenamento por agrotóxicos, parcelamento de imóveis rurais destinados à agricultura familiar realizado pelo Poder Público, alteração no Código Civil sobre prisão de depositário judicial e instituição de penalidade ao produtor que não cumprir as normas de combate à febre aftosa.

### *3.3. Análise de projetos de emenda à Constituição (PEC)*

Encontram-se em tramitação 4 projetos de emenda a Constituição (PEC), apresentados em 1999, 2001, 2003 e 2004. Os projetos propõem: suprimir a expedição de título de domínio aos beneficiários da reforma agrária; instituir a Justiça Agrária; dispor sobre a aposentadoria do extrativista vegetal; e sobre a expropriação de glebas onde for constatado trabalho escravo e cultivo de psicotrópicos.

As PECs de 2003 e 2004 encontram-se na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), enquanto a PEC nº 57, de 1999, foi recebida em maio de 2004 na Subsecretaria de Expediente (SSSEXP). A PEC nº 56, de 2001, encontra-se na Secretaria Geral da Mesa (SGM), aguardando inclusão na Ordem do Dia.

## *4. Análise geral dos projetos no período 1999 – 2004*

Os projetos anteriores ao período 1999-2004 não serão considerados para fins de análise, pois são atípicos em seu tempo de tramitação. Nesta análise, vamos abordar o número total dos projetos, considerando os projetos de lei do Senado, as propostas de emendas à Constituição (PEC) e os projetos de lei originários da Câmara dos Deputados (PLC).

Dos projetos de lei do Senado em tramitação no início de 2005, temos 11 de 1999, 4

de 2000, 7 de 2001, 6 de 2002, 20 de 2003 e 7 de 2004, totalizando 55 PLS. A maioria diz respeito ao crédito rural (15) e à reforma agrária (10), perfazendo 45,4% do total dos projetos em tramitação no período considerado. Outros assuntos importantes como a política pesqueira (2), recursos hídricos (2), relações trabalhistas no campo (6) e impostos (4) também foram contemplados.

A análise das PEC também confirma a importância da reforma agrária no âmbito do Legislativo: 2 das 4 propostas dizem respeito à reforma agrária: concessão de uso da terra aos assentados para evitar vendas futuras e criação da justiça agrária. A desapropriação de terras onde foi constatado trabalho escravo e cultivo de psicotrópicos e a aposentadoria para as pessoas dedicadas ao extrativismo vegetal completam o conjunto dessas propostas.

Para os 15 projetos de lei oriundos da Câmara dos Deputados, 4 dizem respeito a questões fundiárias, inclusive reforma agrária e ratificação de concessões e alienações de terras feitas pelos Estados na faixa de fronteira. Outros 2 dizem respeito ao meio ambiente: isenção de custas e emolumentos a matrícula, o registro ou a averbação de áreas privadas destinadas a Reserva Particular do Patrimônio Natural e a notificação compulsória dos casos de intoxicação por agrotóxicos. A política de crédito rural foi objeto de 1 projeto, a política pesqueira e o seguro-desemprego para os trabalhadores rurais também foram contemplados com 1 projeto cada.

Merecem destaque, pela atualidade dos temas, 2 projetos: o de criação do Programa de Microdestilarias e o que penaliza os agricultores pelo não cumprimento das normas de combate à febre aftosa. Os projetos restantes dizem respeito às normas de segurança dos tratores e equipamentos agrícola-

las, prisão de depositário judicial, regras para a fixação do valor de uma causa e merenda escolar.

Outros assuntos de importância para o setor também foram incluídos nas propostas dos legisladores: soja transgênica, bioenergia, previdência, utilização de recursos hídricos, política pesqueira, entre outros. Cabe observar que os PLCs de 1992, 1995, 1998 e 2000 foram enviados à Casa de origem com substitutivo, enquanto os demais encontram-se nas Comissões do Senado.

## 5. Conclusão

De modo geral, a elaboração de projetos de lei pode ser considerada como uma reação imediata aos problemas levantados pela sociedade por meio da imprensa e das pressões dos grupos interessados.

Assim, muitas proposições dizem respeito aos grandes temas em discussão na área agrícola: reforma agrária e crédito rural. A preocupação com o crédito rural, um tema com ampla legislação vigente, é decorrente do endividamento crônico dos produtores rurais, motivado pelos juros altos praticados no país, enquanto a reforma agrária é importante pelo problema social e forte impacto político que apresenta.

Também merece reparo, entre os PLS, a existência de vários projetos de lei autorizativos, que, na prática, dependem da anuência do Executivo para sua realização e podem ser considerados como inócuos do ponto de vista legislativo.

Assuntos atuais, como utilização dos recursos hídricos, plantio de soja transgênica, política para o setor pesqueiro, legislação trabalhista no campo, sanidade animal, também foram objeto da atenção dos legisladores.

*Projetos de Lei para o setor agrícola – 2005*

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 221, de 1985	Dispõe sobre isenção do Imposto Territorial Rural para propriedades até 300 hectares, na Amazônia legal, e dá outras providências.	Cita o DEL nº 289, de 1967, que cria o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, e dá outras providências e <i>propõe isenção do ITR</i> .	10/12/1986 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SM 807 a Câmara dos Deputados encaminhando autógrafo.
PLS nº 79, de 1988	Dispõe sobre o financiamento das atividades agrícolas, e dá outras providências.	Altera o DEL nº 79, de 1966, que institui normas para a <i>fixação de preços mínimos a execução das operações de financiamento e aquisição de produtos agropecuários e adota outras providências.</i>	06/03/1989 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Remetido à Câmara dos Deputados; OF. SM 119 à Câmara dos Deputados encaminhando autógrafo.
PLS nº 123, de 1989	Estabelece diretrizes para uma política nacional de habitação rural e dá outras providências.	dispõe sobre <i>política de habitação rural</i> .	18/12/1990 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SM 605 ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.
PLS nº 12, de 1991	Altera a legislação que dispõe sobre o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, e dá outras providências.	Altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o <i>Fundo de Garantia de Tempo de Serviço</i> .	9/05/1991 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Remetido à Câmara dos Deputados; OF. SM 504 ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.



IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 229, de 1995	Dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação e Drenagem e dá outras providências.	Projeto de autoria da Comissão Temporária do Vale do São Francisco, criada através do RQS 00480 1995 sobre a <i>Política Nacional de Irrigação e Drenagem</i> .	13/11/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; Ao relator, Senador Pedro Simon, para dar continuidade a tramitação da matéria.
PLS nº 41, de 1996	Introduz alterações na Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.	Propõe alterar a Lei 8.629 de 25/02/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos a <i>reforma agrária</i> , previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.	26/09/1997 SSEX – Subsecretaria de Expediente Remetido à Câmara dos Deputados; OF. SF 1006 ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.
PLS nº 252, de 1997	Extingue a utilização da Taxa Referencial (TR) nos depósitos em que especifica e dá outras providências.	Trata da atualização dos saldos dos contratos realizados com recursos dos depósitos da poupança rural.	08/10/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; Ao Relator, Senador Hélio Costa, para reexame da matéria.
PLS nº 130, de 1997 <sup>1</sup>	Autoriza a criação de Distrito Agropecuário no município que menciona, e dá outras providências.	Projeto de lei <i>autorizativo</i> , ao qual estão anexados vários projetos de lei similares, com o objetivo, <i>i.e a criação de distritos agropecuários na região norte</i> .	20/06/2001 SSEX – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 754 de 20/06/2001, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls. 22 a 23).

<sup>1</sup> Os Projetos de Lei nºs 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, todos de 1997, tratam do mesmo assunto, apresentando o texto similar, em que variam apenas os municípios beneficiados.

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 126, de 1998	Dá nova redação ao artigo 52 da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política agrícola.	O art. 52. da Lei nº 8.171, de 1991, determina que “o Poder Público assegurará <i>crédito rural especial e diferenciado aos produtores rurais assentados em áreas de reforma agrária</i> ”.	11/06/2001 SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado À Subsecretaria de Expediente.
PLS nº 115, de 1999	Autoriza o uso de gás natural ou de gás liqüefeito de petróleo (GLP) como combustível para os veículos que especifica.	O projeto permite a <i>utilização de gás natural ou de gás liqüefeito de petróleo (GLP), em veículos utilitários</i> destinados ao transporte de hortifrutigranjeiros e de leite, por produtores rurais, cooperativas e transportadores autônomos.	25/06/2003 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Remetido à Câmara dos Deputados; OF. SF nº 929 de 25/06/2003, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls. 32 a 33).
PLS nº 14, de 1999	Acrescenta um inciso XI ao artigo 649 da lei 5.869/73 – CPC, dispondo sobre a impenhorabilidade das máquinas, equipamentos e implementos agrícolas.	O art. 649 da Lein <sup>a</sup> 5.869, de 1973, que <i>instipui o Código de Processo Civil</i> , dispõe sobre recursos absolutamente impenhoráveis. O projeto de lei <i>acrescenta máquinas e equipamentos agrícolas à lista dos bens impenhoráveis</i> contida no mencionado artigo.	01/04/2004 SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado Incluído na relação de proposições que deverão constar da Ordem do Dia após a desobstrução da pauta.
PLS nº 338, de 1999 Complementar	Instipui o Sistema de Apoio ao Seguro Rural, de acordo com o disposto nos incisos II e VI, do artigo 192, da Constituição Federal, e dá outras providências.	O art. 52 da Constituição Federal determina que “o Poder Público assegurará <i>crédito rural especial e diferenciado aos produtores rurais assentados em áreas de reforma agrária</i> ”.	25/10/2000 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 1504, de 24/10/2000, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal, o Projeto de Lei do Senado nº

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 336, de 1999	Altera dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.	<i>Rito sumário para desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária.</i>	338/99-Complementar, constante dos autógrafos em anexo. Fls. 194 a 199. 22/12/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão Devolvido pelo Relator, Senador Rodolpho Tourinho, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 566, de 1999 e pela rejeição do PLS nº 336, de 1999. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 325, de 1999	Dispõe sobre isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de tratores e máquinas agrícolas por produtores rurais.	<i>Isenção do IPI na aquisição de tratores e máquinas agrícolas por pequenos produtores rurais.</i>	11/06/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Roberto Saturnino, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 84, de 1999, nos termos do Substitutivo que apresenta e pelo arquivamento dos PLS nºs 153, 184, 325, 378, 426, 475, 489, 568 e 607, de 1999, nºs 94, 190 e 232, de 2000, e nºs 50 e 56, de 2001. Cópia anexada ao processado, a matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 352, de 1999	Acrescenta parágrafo ao artigo 2º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que “dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição	Art. 2º da Lei nº 8.629, de 1993, determina que “a propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta Lei, respeitados os dispositivos constitucionais. O projeto em questão	04/10/2001 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; OF. SF nº 1.260 de 03/10/2001, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 379, de 1999	Federal”.  Altera os artigos 15 e 17 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que “dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências”.	acrescenta que também <i>serão passíveis de desapropriação imóveis rurais onde se constate o cultivo de plantas psicotrópicas e a presença de trabalho escravo</i> ”.  As alterações propostas nos artigos 16 e 17 do Decreto-Lei nº 73, de 1966, dispõem sobre <i>fontes de recursos para o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural</i> , criado com “a finalidade de garantir a estabilidade dessas operações e atender à cobertura suplementar dos riscos de catástrofe”.	projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls. 19 e 20).  09/03/2001 SSEX – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 159, de 09/03/2001, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 379/99, constante dos autógrafos em anexo. Fls. 27 a 28.
PLS nº 568, de 1999	Cria o Programa Trator Popular, concedendo isenção do Imposto sobre os Produtos Industrializados – IPI, na aquisição do trator popular, por pequenos e médios produtores rurais e suas respectivas cooperativas.	O projeto, em seu art. 2º, considera trator popular o veículo, nacional ou importado, para utilização exclusiva na agricultura, de tração 4:2, modelo básico, movido a diesel provido de tomada de força e sistema hidráulico, barra de tração oscilante, com potência entre 30 e 50 CV. Declara que <i>a isenção somente será realizada quando da aquisição do trator por pequenos e médios produtores rurais ou por suas cooperativas</i> .	11/06/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Roberto Saturnino, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 84, de 1999, nos termos do Substitutivo que apresenta e pelo arquivamento dos PLS nºs 153, 184, 325, 378, 426, 475, 489, 568 e 607, de 1999, nºs 94, 190 e 232, de 2000, e nºs 50 e 56, de 2001. Cópia anexada ao processado, a matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 566, de 1999 Complementar	Altera os arts. 3º, 5º, 6º, 10, 12, 14, 15 e 19 da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993,	Trata do <i>Rito sumário para desapropriação</i> de imóvel rural, para fins de reforma agrária.	22/12/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 654, de 1999	<p>modificada pela Lei Complementar nº 88, de 23 de dezembro de 1996 (dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária).</p> <p>Dispõe sobre encargos financeiros incidentes no crédito rural nas áreas da SUDAM e da SUDENE.</p>	<p>Determina que os <i>encargos financeiros nessas áreas não devem exceder percentuais determinados</i>. Assim, estabelece para os pequenos e mini produtores, 40%; para os médios, 60% e para os grandes 80%, das taxas e índices vigentes nas demais regiões do País.</p>	<p>pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Rodolpho Tourinho, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 566, de 1999 e pela rejeição do PLS nº 336, de 1999. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.</p>
PLS nº 669, de 1999	<p>Altera dispositivo da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos.</p>	<p><i>Não será cobrado o uso dos recursos hídricos</i> nos seguintes casos: na dessedentação de animais; na piscicultura em geral, nos casos de uso por derivação ou captação em que os recursos hídricos são lançados de volta ao corpo de água originário logo após sua utilização; na pequena irrigação, de área não superior a dois módulos de parcelamento por propriedade.</p>	<p>26/05/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pela Relatora, Senadora Patrícia Saboya Gomes, com minuta de relatório pela rejeição do projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.</p>
PLS nº 19, de 2000	<p>Disciplina o fornecimento de energia elétrica à agricultura irrigada, às glebas que façam parte de programas de reforma agrária ou que tenham área total de</p>	<p>Assegura o fornecimento de energia elétrica nas condições previstas nesta lei às pessoas físicas ou jurídicas registradas como irrigantes no Ministério</p>	<p>07/12/2004 SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado Situação: aguardando inclusão Ordem do Dia; Aguardando inclusão em Ordem do Dia.</p> <p>06/03/2003 SSEXP – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 138 de 05/03/2003, ao</p>

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	até dez hectares e dá outras providências.	da Agricultura. A energia elétrica será fornecida ao irrigante mediante o pagamento de tarifa correspondente ao preço pago pela empresa distribuidora à geradora ou à transportadora de energia, acrescido de 15%. Independente de praticarem ou não a irrigação, terão direito à tarifa acima mencionada glebas que façam parte de programas de reforma agrária ou que tenham área total de até 10 hectares.	Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls. 40 a 47).
PLS nº 46, de 2000	Dispõe sobre a expropriação de glebas em que for utilizado trabalho escravo ou análogo, e dá outras providências.	Nas glebas em que for constatado trabalho escravo, será efetuada a desapropriação e destinadas ao programa nacional de reforma agrária.	17/06/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Jefferson Péres, com voto pela rejeição do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.
PLS nº 94, de 2000	Dispõe sobre isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados para trator agrícola e respectivos acessórios, quando adquiridos por pequenos e médios produtores rurais.	<i>Isenta do Imposto sobre Produtos Industrializados</i> tratores agrícolas e respectivos acessórios adquiridos por pequenos produtores rurais, definidos como aqueles que cultivam áreas inferiores a cem hectares. Determina que o benefício pode ser utilizado uma vez a cada três anos.	11/06/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Roberto Saturnino, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 84, de 1999, nos termos do Substitutivo que apresenta e pelo arquivamento dos PLS nºs 153, 184, 325, 378, 426, 475, 489, 568 e 607, de 1999, nºs 94, 190 e 232, de 2000, e nºs 50 e 56, de 2001. Cópia anexada ao processado, a matéria encontra-se pronta para pauta.

IDENTIFICAÇÃO PLS nº 190, de 2000	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	Isenta do Imposto sobre Produtos Industrializados os veículos para transporte da produção agrícola, adquiridos pelas entidades que especifica, e dá outras providências.	<i>Isenta do Imposto sobre Produtos Industrializados os veículos destinados exclusivamente ao transporte de produtos agrícolas, adquiridos por associações e pequenas cooperativas de produtores rurais</i>	11/06/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Roberto Saturnino, com minuta de relatório favorável ao PLS nº 84, de 1999, nos termos do Substitutivo que apresenta e <i>pelo arquivamento dos PLS nºs</i> 153, 184, 325, 378, 426, 475, 489, 568 e 607, de 1999, nºs 94, 190 e 232, de 2000 e nºs 50 e 56, de 2001. Cópia anexada ao processado, a matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 44, de 2001 Complementar	Altera a composição do Conselho a que se refere a Lei Complementar nº 68, de 13 de junho de 1991.	A Lei Complementar nº 68, de 1991, dispõe sobre a <i>composição do conselho de administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus</i> – SUFRAMA.	06/09/2001 SSEX – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 1085 de 05/09/2001, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls.18 a 21).
PLS nº 96, de 2001	Acrescenta § 7º ao art. 3º da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, que dispõe sobre as operações com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste, de que trata a Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências.	Nas assunções, renegociações, prorrogações e composições das dívidas referentes a operações com recursos dos mencionados Fundos, serão obedecidos os seguintes <i>percentuais de expurgo da TJLP: mini ou pequeno produtor: 100% da TJLP; médio produtor: 80% da TJLP; grandes produtores, suas</i>	12/06/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Jonas Pinheiro, com minuta de relatório concluído pelo envio da matéria à CCJ, para análise da constitucionalidade, com o ajustamento da Emenda nº 1 de redação que apresenta.

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 123, de 2001	Autoriza a criação de Distrito Agropecuário no município que menciona, e dá outras providências.	<p><i>cooperativas e associações: 50% da TJLP.</i></p> <p>Autoriza a criação de Distrito Agropecuário no município de Boa Vista, Estado de Roraima.</p>	<p>Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para a pauta.</p> <p>07/12/2004 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Fernando Bezerra, com voto pela aprovação do Projeto com as Emendas que apresenta. Matéria pronta para a Pauta na Comissão.</p>
PLS nº 160, de 2001	Concede anistia das dívidas de custeio de produtores rurais referentes a contratos celebrados desde a safra 1997/98, cujas atividades financiadas foram afetadas por fenômenos climáticos atípicos e institui crédito de manutenção para mini e pequenos produtores do semi-árido e de outras regiões, e dá outras providências.	<p><i>A anistia fixada será equivalente ao valor da produção sinistrada e beneficia agricultores familiares, mini, pequenos e médios produtores rurais.</i></p> <p><i>O crédito de manutenção beneficia mini e pequenos produtores, com o limite de até R\$ 3.000,00 por família.</i></p>	<p>13/08/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pela Relatora, Senadora Ana Júlia Carepa, com minuta de relatório por audiência prévia da CCJ para análise da constitucionalidade e juridicidade e posterior exame da CAE. Cópia anexada ao relatório. A matéria encontra-se pronta para pauta.</p>
PLS nº 191, de 2001	Institui o Plano Decenal de Recursos Hídricos do Nordeste.	<p><i>Autoriza o Poder Executivo a instituir o Plano Decenal de Recursos Hídricos do Nordeste, destinado a assegurar o aumento da oferta e o manejo racional da água na região. Determina que a lei orçamentária anual indicará o montante de recursos destinados a custear o referido Plano.</i></p>	<p>10/04/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Arthur Virgílio, com voto pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.</p>
PLS nº 217, de 2001	Dispõe sobre a construção e o funcionamento de	<p><i>O órgão executor do programa de reforma agrária construirá creches</i></p>	<p>25/05/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos</p>



IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	creches em assentamentos rurais.	<i>quando da implantação da infra-estrutura comunitária dos assentamentos rurais, desde que exista associação comunitária, que haja adesão da maioria das famílias aos programas de incentivo financeiro do governo federal de estímulo à manutenção de crianças no ensino fundamental, e, por último, que a comunidade dê prioridade à construção da creche e estabeleça convênio com a prefeitura para a prestação de apoio.</i>	Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Roberto Saturnino, com minuta de relatório pela aprovação do projeto com as Emendas nºs 1 e 2 que apresenta. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para a pauta.
PLS nº 288, de 2001	Acrescenta dispositivos ao artigo 652 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a competência dos juízes do trabalho e dá outras providências.	<i>Atribui ao juiz de trabalho competência para processar e julgar os litígios decorrentes de relações de trabalho que não configurem vínculo empregatício, entre elas a de parceiro ou arrendatário rural e proprietário.</i>	02/05/2002 SSEX – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 390 de 30/04/2002, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados, encaminhando o projeto para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (fls. 22 a 26).
PLS nº 11, de 2002	Altera o artigo 50 do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências.	Determina que o Poder Público deverá <i>incentivar a criação de estações de biologia e aquicultura federais, estaduais e municipais, além de fornecer assistência técnica às particulares e criar estímulo aos pequenos produtores rurais, especialmente no Norte e Nordeste.</i>	28/08/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: audiência pública; Anexado Ofício de nº 76/CAE comunicando a aprovação do Requerimento nº 21/CAE, que convida o Secretário Especial de Agricultura e Pesca José Fritsch para instrução do Projeto. 11/04/2003 CAE – Comissão de Assuntos
PLS nº 103, de 2002	Altera o artigo 47 da Lei nº 8.171 de 17 de	<i>Considera prioritários os investimentos públicos</i>	

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 154, de 2002	<p>janeiro de 1991, que dispõe sobre política agrícola.</p> <p>Altera o artigo 143, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadores rurais e segurados especiais, e dá outras providências.</p>	<p><i>em infra-estrutura nos assentamentos da reforma agrária.</i></p> <p>Altera o art. 143 no sentido de proporcionar ao trabalhador <i>rural</i> <i>segurado da Previdência Social o requerimento de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante trinta anos, contados a partir de 24 de julho de 1991,</i> desde que comprove o exercício da atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.</p>	<p>Econômicos</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo relator, Senador Jonas Pinheiro, com minuta de relatório pela aprovação do projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para a pauta.</p> <p>11/06/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Senador Demóstenes Torres, com minuta de parecer concluindo pela aprovação da matéria, nos termos do Substitutivo que apresenta, conforme BAL nº 0012. Matéria pronta para pauta.</p>
PLS nº 158, de 2002	<p>Acrescenta artigo à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal, permitindo que nas propriedades rurais a área de preservação permanente seja incluída no cálculo da reserva legal.</p>	<p>Com exceção das propriedades situadas na Amazônia Legal, <i>propõe que, em propriedades de até 50 hectares, 25% da área de preservação permanente seja considerada no cômputo da área de reserva legal.</i> Para propriedades com mais de 50 hectares, a proporção seria de 50%.</p>	<p>25/11/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais</p> <p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator Senador Jonas Pinheiro, com minuta de Parecer concluindo pela aprovação do Projeto. Matéria pronta para pauta.</p>
PLS nº 200, de 2002	<p>Dispõe sobre a anistia de parte das dívidas de pequenos produtores rurais, pescadores e de suas cooperativas e colônias junto ao Banco do Nordeste do Brasil S.A. (BNB) e junto ao</p>	<p><i>Propõe anistia de 50% das dívidas e que os saldos devedores, após a aplicação do redutor, serão refinanciados por 10 anos, com 3 de carência, a uma taxa de juro de 3% ao ano.</i></p>	<p>25/02/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos</p> <p>Situação: matéria com a Relatoria; À Senadora Ana Júlia Carepa, para relatar, por ordem do</p>

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 212, de 2002	Banco do Brasil S.A., e dá outras providências.  Altera o artigo 36 do Decreto -Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, que “dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências”.	Determina ainda que os mutuários adimplentes que não optarem pela repactuação da dívida farão jus a um bônus de 70% sobre cada uma das parcelas remanescentes.  <i>Obriga o proprietário ou concessionário de represas situadas em cursos d’água a tomar medidas de proteção à fauna e à flora, além de garantir condições para o exercício da agricultura e da pesca de forma sustentável.</i> Garante ainda aos produtores rurais situados a jusante condições de exercer a agricultura, a pesca e a aquicultura ou pagará compensação financeira por perdas devidamente comprovadas.	Presidente da Comissão Senador Ramez Tebet.  11/03/2003 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator Senador Osmar Dias, com minuta de Parecer concluindo pela aprovação do Projeto.
PLS nº 39, de 2003	Dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento da Agricultura e Pecuária do Rio Grande do Sul, e dá outras providências.	<i>Os recursos destinados a compor o Fundo são oriundos de 3% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, da parte que cabe ao Rio Grande do Sul.</i> excluindo as quotas financeiras que constituem recursos do Fundef; retornos e resultados das aplicações, contribuições, doações, financiamentos e recursos de outras origens, concedidos por entidades de direito público ou privado.	20/02/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão Devolvido pelo Relator, Senador Tasso Jereissati, com minuta de relatório concluindo pela rejeição do projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 47, de 2003	Dispõe sobre a produção e comercialização da soja geneticamente	<i>Autoriza o cultivo e a comercialização da soja transgênica em todo o território nacional.</i>	26/08/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA modificada.	ASSUNTO cabendo às secretarias estaduais de agricultura ou seus órgãos equivalentes executar o zoneamento agrícola.	ÚLTIMA POSIÇÃO Situação: matéria com a Relatoria; Distribuído ao Senador César Borges, para emitir relatório. (Tramita em conjunto com os PLS nºs 216, de 1999, e 271, de 2000)
PLS nº 64, de 2003	Dispõe sobre a jornada de trabalho de 40 horas semanais.	Determina uma <i>jornada de 8 horas diárias e 40 horas semanais a todos os empregados dos setores público e privado, inclusive os trabalhadores rurais e as empregadas domésticas.</i>	14/05/2003 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator Senador Edison Lobão, com minuta de Parecer concluindo pela aprovação do Projeto, nos termos do Substitutivo que apresenta. Matéria pronta para pauta.
PLS nº 65, de 2003	Acrescenta inciso ao artigo 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, permitindo a movimentação da conta vinculada do FGTS para aquisição de imóvel rural, nas condições que especifica.	O art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, determina em que situações <i>a conta vinculada do FGTS</i> poderá ser movimentada. O projeto em análise permitiria <i>a utilização daqueles recursos na aquisição de imóvel rural, com área limitada ao tamanho da propriedade familiar</i> , para usufruto próprio ou da família.	21/10/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: matéria com a Relatoria; Ao Senhor Senador Eduardo Azeredo para relatar a presente matéria.
PLS nº 157, de 2003	Altera a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, e a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, com o objetivo de incluir como beneficiários de crédito rural especial e diferenciado os agricultores provenientes de assentamentos criados em virtude da implementação de empreendimentos de utilidade pública e	Em sua justificção, lembra que as empresas responsáveis pela construção de barragens e estradas têm a responsabilidade de assentar os proprietários rurais desalojados pelas obras. O reconhecimento legal desses assentamentos como áreas de reforma agrária <i>proporcionaria aos assentados os mesmos</i>	19/12/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Maguito Vilela, com minuta de relatório concluindo pela aprovação do projeto com a Emenda nº 1 de redação que apresenta. Cópia anexada ao processado. A matéria

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 180, de 2003	<p>interesse social.</p> <p>Acrescenta dispositivo ao artigo 18 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.</p>	<p><i>benefícios recebidos pelos participantes dos programas de reforma agrária do governo.</i></p> <p>O projeto discorre sobre <i>cadastro de áreas desapropriadas e de beneficiários da reforma agrária</i>. Estabelece prazos para divulgação das informações pelo órgão federal executor do programa e pelos governos estaduais e municipais, bem como a análise dessas informações antes de proceder o assentamento dos inscritos.</p>	<p>encontra-se pronta pra pauta.</p> <p>19/12/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Eduardo Azeredo, com minuta de relatório concluindo pela aprovação com as Emendas nºs 1, 2 e 3 que apresenta. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta pra pauta.</p>
PLS nº 201, de 2003	<p>Altera a redação do artigo 18 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), para, nas propriedades rurais privadas, responsabilizar o proprietário pelo florestamento ou reflorestamento das áreas de preservação permanente.</p>	<p>O art. 18 do texto legal determina que nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário e que, se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, seu valor deverá ser indenizado ao proprietário. Também determina que as áreas assim utilizadas pelo Poder Público Federal ficam isentas de tributação. Em sua justificação, o autor da proposta alega que aqueles que deterioram o meio ambiente têm o dever jurídico de repará-lo, em conformidade com o espírito da legislação ambiental vigente.</p>	<p>11/06/2003 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: matéria com a Relatoria; Ao Senhor Senador Sibá Machado para relatar a presente matéria.</p>

IDENTIFICAÇÃO PLS nº 208, de 2003	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	Estabelece penalidades para o trabalho escravo, altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que regula o trabalho rural, e dá outras providências.	Altera a redação dos artigos 149 e 209 do Código Penal. O primeiro estipula <i>pena de reclusão de 5 a 10 anos</i> para quem reduzir alguém à condição análoga de escravo, e o segundo artigo <i>estabelece pena de detenção de 1 a 3 anos e multa para quem aliciar</i> os trabalhadores. <i>Veda a concessão de financiamentos e determina a apreensão de equipamentos e instrumentos das empresas que utilizem trabalho escravo.</i> Também altera o art. 18 da Lei nº 5.889, de 1973, que estipula multas aos empregadores que utilizarem trabalho escravo.	14/12/2004 SSCLS – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado Situação: aguardando leitura parecer (ES); Juntei, às fls. 78/80, legislação citada nos pareceres. Aguardando leitura dos pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, e de Assuntos Sociais.
PLS nº 231, de 2003	Corrige distorções na correção dos cálculos dos financiamentos rurais passados, regula suas execuções e dá outras providências.	Propõe o <i>recálculo dos saldos devedores, quitados ou não, dos financiamentos</i> ao abrigo do Programa Especial de Crédito para a Reforma Agrária (PROCERA), do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), com recursos dos Fundos Constitucionais ou do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e com os recursos equalizados pelo Tesouro Nacional até 31 de dezembro de 2002.	11/03/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; O Presidente da Comissão, Senador Ramez Tebet, designa o Senador Jonas Pinheiro Relator da matéria.
PLS nº 266, de 2003	Altera a Lei nº 10.420, de 10 de abril de 2002, para incluir o parceiro outorgante como beneficiário e os consórcios e	Altera os artigos 6º, 8º e 10º da Lei nº 10.420, de 2002, que cria o Fundo Seguro Safra e institui o benefício Seguro Safra para os agricultores da	21/08/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; Ao Senador Fernando

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLS nº 265, de 2003	<p>condomínios como contratantes do Fundo Garantia-Safra.</p> <p>Altera o artigo 49 da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, com o objetivo de incluir como beneficiários de crédito rural os arrendatários de terras, os parceiros, os consórcios e os condomínios de produtores rurais, bem como os quilombolas.</p>	<p>Região Nordeste, do semi-árido de Minas Gerais e da região norte do Espírito Santo. Considera na justificação que o objetivo do projeto é o de fomentar a celebração de contratos formais de parceria, proporcionando maior garantia às partes.</p> <p>Altera o art. 49 da Lei nº 8.171, de 1991, a Lei Agrícola, com o objetivo de incluir <i>novos beneficiários na política de crédito rural</i>.</p>	<p>Bezerra, para relatar, por ordem do Presidente da Comissão Senador Ramez Tebet.</p> <p>05/09/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo relator, Senador Eduardo Azeredo, com minuta de relatório favorável ao projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.</p>
PLS nº 298, de 2003	<p>Dispõe sobre a assistência gratuita aos filhos e dependentes dos trabalhadores urbanos e rurais desde o nascimento até seis anos de idade, em creches e pré-escolas.</p>	<p>Regulamenta o inciso XXV do art. 7º da Constituição Federal. <i>Atribui ao empregador com mais de 70 empregados a prestação de assistência aos dependentes dos trabalhadores no local do trabalho ou mediante convênio com creches ou pré-escolas.</i></p>	<p>11/11/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: matéria com a Relatoria; Ao Senhor Senador Leonel Pavan para relatar a presente matéria.</p>
PLS nº 318, de 2003	<p>Acrescenta § 2º ao artigo 928 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. (Dispõe sobre a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse).</p>	<p>Determina que, <i>antes da decisão sobre o pedido de manutenção ou reintegração de posse de imóvel rural objeto de invasão, o juiz ouvirá, previamente, o órgão governamental responsável pela política fundiária.</i></p>	<p>09/10/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Efraim Morais, com voto pela rejeição do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.</p>
PLS nº 320, de 2003	<p>Altera o artigo 9º da Lei nº 8.019, de 11 de abril de 1990, e o artigo</p>	<p>Conforme a justificação, as cooperativas de crédito</p>	<p>24/11/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos</p>

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
<p>PLS nº 360, de 2003</p>	<p>2ª da Lei nº 8.352, de 28 de dezembro de 1991, autorizando o acesso dos bancos cooperativos aos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) para fins de concessão do crédito rural.</p> <p>Dispõe sobre a instituição de fundos de agronegócios para captação externa de recursos e dá outras providências.</p>	<p>e os bancos cooperativos já operam linhas de crédito de investimento do BNDES e dos bancos regionais de desenvolvimento, bem como as operações de custeio sujeitas a equalização do Tesouro Nacional e <i>com o projeto os produtores seriam beneficiados pelo acesso direto aos recursos do Fundo.</i></p> <p>Permite as cooperativas de crédito, agrícolas, e agroindustriais, bem como as demais pessoas jurídicas com sede no Brasil a <i>instituir fundos de agronegócios mediante captação de recursos externos.</i> Os recursos seriam utilizados em projetos de irrigação, fornecimento de energia elétrica, mecanização rural, armazenagem, frigoríficos, secadoras e classificadoras, entre outros investimentos necessários na pré-industrialização.</p>	<p>Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Senador Fernando Bezerra com Voto em Separado pela rejeição do Projeto.</p> <p>17/10/2003 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; Em 17/10/03, foram apresentadas as Emendas nºs 1 e 2, de autoria do Senador Álvaro Dias. Ao relator, Senador Jonas Pinheiro, para análise das Emendas nºs 1 e 2.</p>
<p>PLS nº 390, de 2003</p>	<p>Dá nova redação ao § 1º, inciso I, e ao § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, de modo a incluir as ponderações correspondentes à educação especial e às escolas rurais no processo de distribuição dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do</p>	<p>Introduz um fator de ponderação na distribuição de recursos por entender que a educação de alunos com necessidades especiais e de alunos do meio rural requer investimentos maiores. Assim, <i>propõe um acréscimo de 33% nos valores alocados para os estudantes do meio rural.</i></p>	<p>23/06/2004 CE – Comissão de Educação Situação: matéria com a Relatoria; Retorna ao Gabinete da Relatora, Senadora Lúcia Vânia, atendendo a solicitação de Sua Excelência.</p>



IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	Magistério.		
PLS nº 405, de 2003	Altera a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que dispõe sobre política agrícola.	Propõe a inclusão do art. 55-A que <i>dispõe sobre crédito fundiário para a aquisição de áreas rurais, produtivas ou não, com a finalidade de reagrupar minifúndios e favorecer a aquisição de propriedades familiares por agricultores sem terra.</i>	13/02/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; O Presidente da Comissão, Senador Ramez Tebet, designa o Senador Rodolpho Tourinho Relator da matéria.
PLS nº 407, de 2003	Altera os artigos 10 e 11 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, para acrescentar no Conselho Deliberativo do Sebrae representantes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; da Organização das Cooperativas Brasileiras; da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e da Empresa Brasileira de Produção Agropecuária, e para determinar que, no mínimo, vinte por cento dos recursos do Sebrae sejam destinados a projetos e programas vinculados à produção agrícola.	Em sua justificção, informa que o <i>Conselho Deliberativo do Sebrae</i> (Serviço Brasileiro de Apoio às Pequenas e Médias Empresas), encarregado da gestão dos recursos, <i>conta com apenas um representante do setor agrícola e que a referida proposta aumenta essa participação em quatro novos membros representativos do setor rural.</i> Também determina que 20% dos recursos devem ser aplicados em projetos e programas relacionados ao setor agrícola.	28/01/2004 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório da Senadora Serys Slhessarenko, com voto pela aprovação do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.
PLS nº 517, de 2003	Dispõe sobre a repactuação e o alongamento de dívidas oriundas de operações de crédito rural, e dá outras providências.	<i>Altera os artigos 7º, 8º e 9º da Lei nº 10.696, de 2003.</i> Propõe a renegociação das dívidas dos agricultores familiares, pequenos e mini produtores, suas cooperativas e associações, de até R\$100.000,00	05/10/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Em 5/10/04, foi apresentado VOTO EM SEPARADO de autoria da Senadora Ideli Salvati que conclui pela rejeição do projeto.
PLS nº 523, de 2003	Altera o parágrafo único do artigo 106 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que	Em sua justificção, considera que <i>a proposta vai beneficiar especialmente as mulheres</i>	01/06/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: pronto para a

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
	dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, para acrescentar que a prova testemunhal seja considerada para efeito de comprovação do exercício da atividade rural.	<i>e filhos dos produtores rurais, na agricultura familiar, que encontram dificuldade em comprovar sua condição de segurados especiais, definida no inciso VII do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de junho de 1991.</i>	pauta na Comissão; Devolvido pelo Senador Aelton Freitas, com minuta de parecer concluindo pela aprovação da matéria, nos termos do Substitutivo que apresenta. Matéria pronta para pauta.
PLS nº 46, de 2004	Altera o artigo 6º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação de dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III do Título VII da Constituição Federal, e estabelece os critérios pelos quais uma propriedade pode ser considerada produtiva.	<i>Considera que não será considerada propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, a propriedade em que for constatada a presença de trabalho escravo, trabalho infantil, crime ambiental e culturas ilegais de plantas psicotrópicas.</i>	25/11/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Jonas Pinheiro, com minuta de relatório pela rejeição do Projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se pronta para pauta.
PLS nº 48, de 2004	Altera a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), para submeter ao órgão ambiental estadual a transformação do solo rural em urbano.	Considera na justificção que a expansão desordenada da ocupação urbana é um dos principais fatores de degradação do meio ambiente e a proposição <i>determina o licenciamento ambiental do plano diretor do município, documento que define o perímetro urbano dentro do qual é permitido o parcelamento do solo.</i>	19/08/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: matéria com a Relatoria; Ao Senhor Senador Aelton Freitas para relatar a presente matéria.
PLS nº 96, de 2004	Altera o artigo 9º da Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências.	Dispõe sobre a necessidade de regulamentação dos insumos para a agricultura orgânica, <i>especialmente sobre a utilização de produtos de origem animal em biofertilizantes.</i>	17/09/2004 CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo relator, Senador Pedro Simon, com minuta de relatório concluindo pela rejeição do projeto. Cópia anexada ao processado. A matéria

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO encontra-se pronta para a pauta.
PLS nº 123, de 2004	Dispõe sobre a utilização de inseticidas em atividades de saúde pública.	Em sua justificção, expõe a freqüente intoxicação por inseticidas pelos trabalhadores de saúde envolvidos no controle de vetores e propõe, entre outras medidas, <i>que não seja dado registro aos inseticidas para os quais o país não disponha de métodos de desativação, para os quais não haja antídoto, que se revelem perigosos aos homens e cujas características sejam danosas ao meio ambiente.</i>	19/08/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: matéria com a Relatoria Ao Senhor Senador Flávio Arns para relatar a presente matéria.
PLS nº 171, de 2004	Altera art. da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que “dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências”, para permitir a utilização do trabalho temporário na área rural.	Na justificção, <i>considera que a redação atual do art. 4 da mencionada lei contém restrição ao trabalho temporário no campo</i> e que, com a mudança proposta, os trabalhadores temporários rurais, hoje na informalidade, poderiam se beneficiar com a instituição do contrato de trabalho temporário.	14/06/2004 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: aguardando designação do Relator; Não foram oferecidas emendas no prazo regimental (Último dia: 11/6/2004). Matéria aguardando distribuição.
PLS nº 201, de 2004	Estabelece normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2005, e dá outras providências.	O art. 334, inciso I, <i>declara a matéria prejudicada por haver perdido a oportunidade</i> Para a safra 2005, foi aprovada a Lei nº 11.092, de 12 de janeiro de 2005, que estabelece normas para o plantio, comercialização e produção de soja geneticamente modificada da safra 2005.	15/12/2004 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Aloizio Mercadante, com voto pela prejudicialidade do Projeto nos termos do art. 334, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal. Matéria pronta para a Pauta na Comissão.
PLS nº 259, de 2004	Dispõe sobre a anistia, o rebate, a repactuação	Propõe, entre outras medidas, <i>anistiar as</i>	23/11/2004 CAE – Comissão de Assuntos

IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PEC nº 57, de 1999	e o alongamento de dívidas oriundas de operações de crédito rural, e dá outras providências.  Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal.	<i>dívidas de até R\$ 35 mil para pequenos produtores atingidos por condições climáticas adversas e rebate de 60% nas operações de custeio e de 40% nas de investimento, para valores de até R\$ 75mil.</i>  Diz respeito à <i>expropriação das glebas com trabalho escravo e cultivo de plantas psicotrópicas.</i>	Econômicos Situação: matéria com a Relatoria; O Presidente da Comissão, Senador Ramez Tebet, designa o Senador Jonas Pinheiro relator da matéria.  <i>12/05/2004</i> SSEX – Subsecretaria de Expediente Recebido neste órgão às 19:20h.
PEC nº 56, de 2001	Altera o inciso II do § 7º do artigo 201 da Constituição Federal para regulamentar a aposentadoria do extrativista vegetal.	<i>Inclui, além do produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal, o extrativista vegetal.</i>	<i>02/04/2003</i> SGM – Secretaria Geral da Mesa Situação: aguardando inclusão Ordem do Dia; Aguardando inclusão em Ordem do Dia.
PEC nº 59, de 2003	Altera o artigo 189 da Constituição Federal, suprimindo a expedição de título de domínio aos beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária.	<i>Os beneficiados pela reforma agrária receberão título de concessão de uso para evitar a revenda dos lotes.</i>	<i>15/10/2003</i> CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Romero Jucá, com voto pela aprovação da Proposta com as Emendas nºs 1 e 2, que apresenta. Matéria pronta para a pauta na Comissão.
PEC nº 52, de 2004	Altera a Constituição Federal para instituir a Justiça Agrária.	Considera que a especificidade das questões agrárias e a sobrecarga da justiça comum justificam a <i>criação de uma justiça agrária especializada.</i>	<i>26/10/2004</i> CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: matéria com a Relatoria; Distribuído ao Senador César Borges para emitir relatório.
PLC nº 137, de 1992	Dispõe sobre a obrigatoriedade de fabricação de tratores e máquinas agrícolas com estrutura de proteção contra capotagem e outros equipamentos de	<i>Os tratores e máquinas agrícolas deverão ser equipados com Estrutura de Proteção contra Capotagem ou cabine com estrutura capaz de proteger o operador em caso de capotagem,</i>	<i>21/03/1996</i> SSEX – Subsecretaria de Expediente Situação: remetido à Câmara dos Deputados; Remessa OF. SF 324, ao Primeiro-Secretário da



IDENTIFICAÇÃO	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLC nº 57, de 2001	Dispõe sobre o financiamento para reparo e reforma de máquinas e equipamentos agrícolas.	Determina que os agentes financeiros do crédito rural devem contratar financiamentos para a recuperação ou reforma de máquinas e equipamentos agrícolas.	que anexa, para apreciação daquela Casa e a restituição de um dos autógrafos do projeto originário (fls. 41 a 45). 21/01/2005 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: matéria com a Relatoria; Redistribuído ao Senador João Ribeiro, para emitir relatório. (Art. 84, § 2º, III, do RISF).
PLC nº 104, de 2001	Acrescenta dispositivos à Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os Registros Públicos, e dá outras providências.	<i>Isenta do pagamento de custas e emolumentos a matrícula, o registro ou a averbação de áreas privadas destinadas à Reserva Particular do Patrimônio Natural.</i>	20/02/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: matéria com a Relatoria; Redistribuído ao Senador Magno Malta, para emitir relatório.
PLC nº 89, de 2002	Altera a Lei nº 9.871, de 23 de novembro de 1999, que “estabelece prazo para as ratificações de concessões e alienações de terras feitas pelos Estados na faixa de fronteira”, e dá outras providências.	<i>Em sua justificação, considera que os benefícios concedidos pelo art. 5º da referida lei aos pequenos e médios proprietários de terras nas áreas de fronteira deveriam ser estendidos aos demais detentores de título de posse emitidos pelos Estados.</i>	13/11/2003 CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório da Senadora Serys Slhessarenko, com voto pela rejeição do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.
PLC nº 29, de 2003	Dispõe sobre a política pesqueira nacional, regula a atividade pesqueira e dá outras providências.	O Projeto de Lei Original, nº 687, foi apresentado em 1995 e pretende substituir o documento legal vigente, o Decreto-Lei nº 221, de 1967, que dispõe sobre a pesca.	28/12/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: aguardando designação do Relator; Anexada à folha nº 101, emenda ao Substitutivo do Projeto, de autoria do Senador Osmar Dias. Matéria aguardando designação de Relatoria.

IDENTIFICAÇÃO PLC nº 32, de 2003	EMENTA	ASSUNTO	ÚLTIMA POSIÇÃO
PLC nº 11, de 2004 (nº 3.329 de 1997)	Dispõe sobre a criação do Programa de Microdestilarias de Álcool – PROMICRO, e dá outras providências.	O Programa de Microdestilarias atenderia prioritariamente às cooperativas de produção agrícola e a pequenas propriedades oriundas de assentamentos do programa de reforma agrária. Microdestilaria é definida como a unidade com capacidade de produção de até 5.000 l de álcool por dia.	12/07/2004 ATA-PLEN – Subsecretaria de Ata-Plenário A Presidência comunica que, tendo em vista a aprovação do Requerimento nº 341, de 2004, de autoria da Comissão de Serviços de Infra-Estrutura, pela Mesa, em reunião realizada no dia 8 de julho do corrente ano, fica sobrestada a tramitação da presente matéria. À SSCLSF. Publicação em 13/7/2004 no DSF Página(s): 23386 07/07/2004 CAS – Comissão de Assuntos Sociais Situação: aguardando designação do Relator; Recebido na Comissão, nesta data. Matéria sobrestada, tendo em vista a leitura do Requerimento nº 874, de 2004, em Plenário.
PLC nº 12, de 2004 (nº 3.371, de 1987)	Altera o artigo 259 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, (estabelece regras para a fixação do valor da causa).	Determina que, quando o litígio tiver por objeto bem imóvel, seja adotado o valor da estimativa fiscal de lançamento do imposto territorial ou predial.	14/12/2004 SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado Situação: aguardando leitura parecer (ES); Anexada, à fl. 19, cópia da legislação citada no parecer da CCJ. Aguardando leitura do parecer.
PLC nº 14, de 2004 (nº 3.986, de 2000)	Altera a Lei nº 6259, de 30 de outubro de 1975.	Dispõe sobre a notificação compulsória dos casos de intoxicação por agrotóxicos.	29/11/2004 SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado Situação: aguardando leitura parecer (ES) Anexada, às fls. 20 a 21, cópia da legislação citada no parecer da Comissão de Assuntos Sociais. Aguardando leitura do parecer.

IDENTIFICAÇÃO PLC nº 31, de 2004 (nº 5.211, de 2001)	EMENTA Altera a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, dispondo sobre parcelamentos de imóveis rurais, destinados à agricultura familiar, promovidos pelo Poder Público.	ASSUNTO Determina quando pode ocorrer o <i>parcelamento de imóveis rurais de dimensões inferiores à fração mínima fixada pelo órgão fundiário federal.</i>	ÚLTIMA POSIÇÃO <i>23/12/2004</i> CAE – Comissão de Assuntos Econômicos Situação: pronto para a pauta na Comissão; Devolvido pelo Relator, Senador Jonas Pinheiro, com minuta de relatório favorável ao Projeto com a Emenda nº 1 que apresenta. Cópia anexada ao processado. A matéria encontra-se <b>pronta para a pauta.</b>
PLC nº 67, de 2004 (nº 1.214, de 2003)	Acrescenta dispositivo à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil .	<i>Prevê que a prisão de depositário judicial possa ser decretada no processo de execução.</i>	<i>03/11/2004</i> CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: pronto para a pauta na Comissão; Recebido o relatório do Senador Alvaro Dias, com voto pela rejeição do Projeto. Matéria pronta para a pauta na Comissão.
PLC nº 76, de 2004 (nº 3.908, de 2000)	Altera a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, acrescentando ao art. 28-A § 8º, que institui penalidade ao produtor que não cumprir as normas de combate à febre aftosa, e dá outras providências.	<i>Aplica-se a penalidade prevista no art. 2º, § 1º-A, inciso III, da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977 ao produtor que não cumprir as normas de combate à febre aftosa.</i>	<i>11/01/2005</i> SSCLSF – Subsec. Coordenação Legislativa do Senado; Aguardando leitura de parecer da Comissão de Assuntos Sociais.



