

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 209

Brasília | janeiro – março/2016

Ano 53



SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2015 – 2016

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Vicentinho Alves

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

QUARTA-SECRETÁRIA

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Elmano Férrer

Senador Douglas Cintra



Brasília | ano 53 | nº 209
janeiro/março – 2016



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

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

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Denise Zaiden Santos

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINAIS: Kilpatrick Campelo, Vilma de Sousa, Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi e Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Letícia de Castro e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Letícia Costa. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: REGINA RODRIGUES.

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

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas
Via N-2, SEGRAF, Bloco 2, 1^o Pavimento
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

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

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

Sumário

- 7 **Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil**
O tratamento jurídico dos refugiados e apátridas
Jahyr-Philippe Bichara
- 31 **Juízes-administradores**
A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais
Fábio Lima Quintas
- 53 **Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade**
Cláudio do Prado Amaral
- 73 **Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais**
Uma abordagem analítico-normativa
Beclaute Oliveira Silva
- 87 **Censura e liberdade de expressão na Assembleia Constituinte (1987-1988)**
Lucas Borges de Carvalho
- 115 **História do *judicial review***
O mito de *Marbury*
Marcelo Casseb Continentino
- 133 **As dívidas odiosas e o direito internacional**
Aziz Tuffi Saliba
Maria Clara de Melo Masci Valadão Cardoso
- 151 **As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador**
Raquel Von Hohendorff
Rodrigo Coimbra
Wilson Engelmann
- 173 **O trabalho prisional no Presídio Central de Porto Alegre**
Dani Rudnicki
Jane Diane de Ramos Nunes Gonçalves
- 195 **A percepção do aluno sobre o estágio**
Emprego ou qualificação profissional?
Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto
Maria Hemília Fonseca

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 219** Quando um “princípio” não se comporta como um princípio
Questões sobre a leitura da cláusula da anualidade eleitoral e a mutação constitucional
Fabiano Tacachi Matte
William Vitt
Ana Paula Ávila
- 237** Dilemas e desafios da retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento na OMC
Fernando Lopes Ferraz Elias
- 255** Integridade transnacional dos direitos humanos
Alonso Freire
- 277** A tutela coletiva efetivada pelos sindicatos e associações civis
Considerações gerais
Evair de Jesus Zago
- 303** O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União
Estudo de casos
Francisco Sérgio Maia Alves
- 329** A classificação das ciências segundo Hans Kelsen
Os princípios de causalidade e imputação
Evanuel Ferreira Silva
Epifânio Vieira Damasceno

Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil

O tratamento jurídico dos refugiados e apátridas

JAHYR-PHILIPPE BICHARA

Resumo: O presente estudo aborda a aplicação do direito interno brasileiro aos migrantes que solicitam o *status* de refugiado ou apátrida à luz das exigências do direito internacional. Observa-se que o direito nacional vigente apresenta algumas lacunas relacionadas ao órgão público habilitado a apreciar os pedidos de *status* de apátrida, o que levaria alguns migrantes a uma situação de limbo jurídico quanto à sua permanência no território brasileiro. Com a proposta do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, conjectura-se que essa lacuna jurídica seria preenchida, notadamente com os ajustes em relação às competências do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). Se, efetivamente, foi atribuída ao CONARE a competência para apreciar as demandas do apátrida, o Anteprojeto abordado apresenta a desvantagem de criar uma autarquia especial – a Autoridade Nacional Migratória (ANM) –, o que poderá gerar morosidade administrativa e elevados gastos para o Erário.

Palavras-chave: Direito internacional. Apátridas. Refugiados. Legislação interna.

1. Introdução

O direito internacional evoluiu, nas últimas décadas, com a latente preocupação de assegurar aos indivíduos de maneira geral – e, em particular, àqueles mais vulneráveis – o exercício de seus direitos fundamentais. Para tanto, foi preciso superar o direito internacional clássico, que cuidava apenas das relações interestatais, para contemplar a proteção

Recebido em 16/6/15
Aprovado em 23/7/15

dos direitos humanos contra os eventuais abusos ou omissões dos Estados. Não é outra ideia que se depreende da leitura do Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1945, que, logo no primeiro parágrafo, prescreve aos seus membros “[...] a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos” (BRASIL, 1945).

O grande mérito dessa Carta foi o de transformar o direito internacional, inserindo regras prescritivas de comportamento atinentes à proteção dos direitos humanos, dando à matéria uma dimensão nova. Seus dispositivos convergem no sentido da sujeição dos Estados membros ao princípio geral do respeito aos direitos humanos, sem determinar precisamente o conteúdo dos direitos a serem protegidos, nem fixar um sistema coercitivo destinado aos infratores. Essa lacuna foi preenchida com a celebração de uma série de tratados internacionais subsequentes e a criação de órgãos “onusianos” de fiscalização, na figura de comitês (Comitê de Direitos Humanos, Comitê para Direitos das Mulheres, Comitê para Direitos da Criança) e, mais recentemente, do Conselho de Direitos Humanos criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Concomitantemente, a reformulação da ordem econômica internacional, decidida pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial, visando à mobilidade dos fatores de produção, exigiu que os Estados adaptassem suas regras a fim de garantir os direitos dos estrangeiros. Mais precisamente, os Estados tiveram de definir as condições de admissão dos estrangeiros no contexto da liberalização dos mercados nacionais aos bens, serviços e pessoas que operam na condição de trabalhadores ou executivos atuando no exterior. Essas exigências decorrem, fundamentalmente, de tratados internacionais nos quais os Estados assumem a obrigação de acolher estrangeiros para desenvolverem suas atividades. Entre os numerosos exemplos de tratados que versam sobre a mobilidade das pessoas, cita-se o *General Agreement on Trade in Services (GATS)*, acordo-quadro sob tutela da Organização Mundial do Comércio (OMC), celebrado em 12 de abril de 1994, que fixa as regras gerais de acesso aos mercados nacionais para as pessoas físicas ou jurídicas de um Estado-membro prestarem serviços em outro Estado, conforme definido no seu artigo I, 2, (d).¹ No plano regional, registram-se diversos

¹ O GATS é acordo comercial sobre serviços que integra o Tratado de Marrakesh, o qual comporta, no rol dos seus diversos acordos, o ato constitutivo da OMC. Esse conjunto de acordos foi assinado em 12 de abril de 1994, ratificado pelo Brasil em 21 de dezem-

acordos de cooperação econômica de integração, como o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, estabelecendo as modalidades de criação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), pautado na livre circulação dos bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados signatários (art. 1º); ou o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, que, ao assinalar nova etapa do processo de integração da União Europeia, reconheceu o princípio de igualdade entre os nacionais dos Estados membros em todas suas atividades (art. 9º), tendo em vista a promoção da dignidade humana e a proteção dos direitos fundamentais, tidas como bases e metas da própria União Europeia (arts. 2º e 3º).²

Ainda no âmbito da regência da mobilidade das pessoas, cabe menção à Convenção nº 97, sobre os Trabalhadores Migrantes, que, adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) (BRASIL, 1966) em 1º de julho de 1949, obriga os Estados membros a garantir direitos mínimos às pessoas que ingressam em seu território na condição de trabalhador migrante.

Constata-se, à luz da ilustração da evolução do direito internacional moderno, que a produção de normas internacionais relativas à mobilidade das pessoas é considerável, substanciando respostas às problemáticas relativas à proteção dos direitos de estrangeiros. Em todas essas situações, os Estados devem cumprir os compromissos internacionais assumidos convencionalmente, procedendo às reformulações legislativas internas necessá-

rias e adequadas em relação aos migrantes de modo geral.

É o que se propõe a fazer o Estado brasileiro com a apresentação, em 31 de julho de 2014, do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil. Fruto do trabalho de uma Comissão de especialistas instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 2.162/2013, o diploma legal pretende disciplinar a situação dos migrantes no Brasil, revogando a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que definiu a situação do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

Um dos aspectos abordados por esse Anteprojeto é o tratamento jurídico dado aos refugiados e apátridas presentes em solo brasileiro. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no final de 2013 havia 52,1 milhões de pessoas deslocadas à força em todo mundo como resultado de perseguições, e 11 milhões dentre elas estavam sob sua tutela (ACNUR, 2015a). Esse número preocupante de refugiados fez com que se requeresse maior cooperação dos Estados para acolher e proteger essa categoria de migrantes. No Brasil, particularmente, ainda de acordo com os estudos do ACNUR, com base em dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), estima-se em sete mil o número de refugiados presentes até o final do ano de 2014, tendo o órgão nacional recebido quase seis mil solicitações de permanência no território brasileiro nessa condição (ACNUR, 2015a).

O ACNUR foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, no intuito de atender às vítimas da Segunda Guerra Mundial, atuando até hoje para garantir aos refugiados e apátridas condições dignas de vida no território de Estados que se comprometeram a acolher pessoas que soli-

bro de 1994 e promulgado por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994; publicado no DOU em 31 de dezembro de 1994, edição Extra.

²Tratado de Assunção (Paraguai), assinado em 26 de março de 1991, ratificado pelo Brasil em 30 de outubro de 1991 e promulgado por meio do Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991; publicado no DOU em 22 de novembro de 1991.

citarem assistência internacional por motivos humanitários (JUBILUT, 2007, p. 151-159). Para tanto, essa agência da ONU tem coordenado as ações dos Estados partes da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, celebrada em Genebra, em 28 de julho de 1951, complementada por um Protocolo concluído em 31 de janeiro de 1967, assim como dos signatários da Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas, firmada em 28 de setembro de 1954, em Nova York (NAÇÕES UNIDAS, [200-?]).³

No plano nacional, os tratados sobre os apátridas e refugiados tendem a aplicar-se não só em razão da manifestação de consentimento do Brasil em sujeitar-se às suas regras, no momento da ratificação desses instrumentos internacionais, mas também em virtude de processos de incorporação ocorridos de conformidade com os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal (CF). Posteriormente à entrada em vigor desses tratados no plano interno, foi ainda promulgada a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que regulamentou os pedidos de concessão do *status* de refugiado mediante um órgão especialmente criado para isso: o CONARE.

Uma leitura detida do direito aplicável à matéria e, mais especificamente, da Lei nº 9.474/1997 revela uma situação lacunosa em relação à proteção do apátrida que solicita refúgio ao Brasil, conforme constatado em estudos anteriores (BICHARA, 2013, p. 89-93). Com efeito, não há, no ordenamento brasileiro, legislação que clarifique qual é o órgão administrativo competente para analisar os pedidos de concessão de *status* de apátrida – limbo no qual não se encontram os refugiados,

uma vez que gozam de legislação específica que disciplina seu ingresso e sua permanência no território nacional, no âmbito da Lei nº 9.474/1997. Em face disso, surge a questão de saber como aquele Anteprojeto pretende dotar de eficácia as normas internacionais pertinentes aos direitos dos refugiados e apátridas.

Observa-se que o modelo que se projeta, com a criação de uma nova entidade pública competente para atuar nas demandas dos refugiados e apátridas, não constitui necessariamente um progresso. Não obstante a nova arquitetura administrativa constituir um alinhamento necessário do Estado brasileiro às suas obrigações internacionais na matéria em foco, sustenta-se que a melhor forma de resolver a situação lacunosa do tratamento do apátrida seria ampliar o alcance da Lei nº 9.474/1997, de modo que abarcasse também a proteção deste, precisando e aprimorando as competências do CONARE.

2. As obrigações do Estado brasileiro em relação aos refugiados e apátridas à luz do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil

A celebração pelo Estado brasileiro da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em 1951, do Protocolo de 1967 e da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, consubstanciam obrigações internacionais que visam, primeiramente, ao reconhecimento dos *status* de refugiado ou apátrida a quem requer uma dessas condições e, em seguida, à garantia de seus direitos fundamentais consignados nesses Estatutos.⁴

³ Estatuto dos Apátridas promulgado por meio do Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, publicado no DOU de 23 de maio de 2002.

⁴ Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados promulgada por meio do Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro

Internamente, a eficácia dessas normas internacionais realiza-se pelos seguintes decretos de promulgação: Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961, que incorporou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972, que incorporou o Protocolo de 1967; e, em relação aos apátridas, há o Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, que incorporou o Estatuto dos Apátridas, de 1954. Outra importante convenção conexa à temática é a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961.⁵

Determinam as convenções sobre os estatutos dos refugiados e apátridas, de 1951 e 1954, respectivamente, que aos Estados partes cabe zelar para que tais pessoas detenham facilidades e vantagens que possam lhes alçar a um nível de vida digno nos Estados acolhedores, de modo que tenham condições similares aos nacionais. Estes são apontamentos previstos nos dois estatutos, em seus respectivos artigos 6º, que, apesar das poucas diferenças de redação, traduzem o mesmo significado.

Ao obrigar-se por meio das convenções internacionais relativas aos refugiados e apátridas, o Estado brasileiro compromete-se a adotar todas as medidas cabíveis para garantir os direitos fundamentais às pessoas que reivindicam assistência em razão de uma ou outra situação de vulnerabilidade, ou ainda, das duas, concomitantemente, a saber: a) refugiados; b) apátridas; e c) refugiados/apátridas. Para cada regime jurídico aplicável, existem critérios de eleição definidos nas referidas convenções. Para os refugiados, a garantia de proteção depende, essencialmente, da verificação de perseguição em seu país de origem e, para os apátridas, da impossibilidade de comprovação de sua nacionalidade. Cumpre, então, saber como o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes contempla a situação do estrangeiro que solicita uma dessas condições.

2.1. A abordagem do refugiado no Anteprojeto de Lei de Migrações

Inicialmente, o Anteprojeto de Lei de Migrações não aborda a figura do refugiado de forma precisa e direta. Com efeito, nele o refugiado é visto sob o termo *migrante*; isto é, de acordo com o art. 1º: “todo aquele que se desloca de um país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante transitório ou permanente e o emigrante”. Percebe-se o caráter genérico da definição

de 1961, publicado no DOU em 30 de janeiro de 1961 e retificado em 11 de fevereiro de 1961. Protocolo de 1967 promulgado por meio do Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972, publicado no DOU em 8 de agosto de 1972.

⁵ Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia promulgada pelo Decreto Legislativo nº 274, de 4 de outubro de 2007, publicado no DOU em 5 de outubro de 2007.

do estrangeiro, que pode remeter a uma variedade de motivações de seu ingresso em um determinado Estado que não seja o de sua nacionalidade: turismo, trabalho, negócio, representação diplomática, refúgio etc. A ampla definição oferecida do migrante compreende, portanto, a condição do estrangeiro que ingressa no Brasil temporariamente ou não (imigrante), do brasileiro que se desloca para o exterior (emigrante), ou ainda, do trabalhador fronteiriço, conforme posto no art. 1º, II, IV e V.

Uma referência indireta ao refugiado é feita no artigo 2º do Anteprojeto de Lei de Migrações, ao estabelecer que a Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas. Nesse ponto, o dispositivo remete ao direito aplicável à matéria, isto é, à Lei nº 9.474/1997 e aos tratados pertinentes.

Com o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo, de 1967, incorporados ao ordenamento pátrio, aos refugiados foi reconhecida a possibilidade de ter seus direitos resguardados pelo Estado brasileiro. O Protocolo de 1967, em que pese tenha servido de complemento elucidativo quanto ao conceito de refugiado, somente expurgou algumas dúvidas, sem entrar no *modus operandi* da concessão do *status* de refugiado. Essa tarefa foi cumprida com promulgação da Lei nº 9.474/1997, que cuida dos aspectos administrativos dos pedidos.⁶ Assim, nos termos do seu artigo 1º, é reconhecida como refugiada toda pessoa que, em razão de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do seu Estado de nacionalidade, não podendo ou não querendo a ele retornar. Essa definição legal corresponde às determinações do direito internacional, ilustrando uma boa adequação do direito nacional aos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional em relação aos refugiados (JUBILUT, 2007, p. 44).

Comprovada qualquer uma dessas situações, as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro na convenção de 1951 consistirão, primeiramente, em apreciar os pedidos de outorga da qualidade de refugiados pelos requerentes e, se preenchidos os requisitos, acolhê-los em seu território. Sendo consentida a permanência do refugiado, cabe ainda ao Estado brasileiro prover os direitos consignados no referido tratado, dos quais destacamos o respeito à liberdade de religião (artigo 4º), o direito à propriedade móvel e imóvel (artigo 13), o direito à propriedade intelectual (artigo 14), o direito de associar-se (artigo 15), o direito de acessar o judiciário (artigo 16), o direito ao exercício de ativida-

⁶ Recentemente o CONARE adotou a Resolução Normativa nº 18, de 30 de abril de 2014, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao pedido e tramitação da solicitação de refúgio e dá outras providências.

de remunerada (artigo 17), o direito à moradia (artigo 21), o direito à educação (artigo 22), entre outros. Nesse aspecto, vale ressaltar o amoldamento do Anteprojeto de Lei de Migrações às prescrições internacionais, conforme posto no seu art. 4º, que, ao assegurar aos migrantes todos os direitos fundamentais supracitados, ainda determina o cumprimento de outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, o que claramente se aplica aos casos do refugiado e apátrida.

O Brasil, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 9.474/1997, isto é, quando a situação dos refugiados era somente disciplinada pelas convenções pertinentes, passou a receber em seu território uma quantidade considerável de indivíduos solicitantes do reconhecimento do *status* de refugiado, com o auxílio do escritório do ACNUR no Brasil. Analisando-se os vários casos que sucederam, pode-se perceber que o posicionamento do Estado brasileiro sofreu grandes mudanças no tratamento dado aos solicitantes. Assim, verifica-se a nítida passagem de uma época, que perdurou até 1987, quando era concedido um mero visto de turista ao requerente e executava-se seu reassentamento em países tais como o Canadá, a Nova Zelândia e a Austrália, para um período em que já se verificava a concessão, ainda que incipiente, do *status* de refugiado (ANDRADE; MARCOLINI, 2002, p. 169). Exemplo disso foi, em 1992, a aceitação de que 1.200 angolanos solicitassem o reconhecimento da condição de refugiados no Estado brasileiro (ANDRADE; MARCOLINI, 2002, p. 170). Com a adoção da legislação federal relativa aos refugiados, os deveres internacionais do Estado brasileiro tornaram-se mais operacionais. Para o cumprimento de tais deveres e o exercício desses direitos a nível interno, foram implantados mecanismos administrativos capazes de efetivar uma atuação estatal condizente com o que determinam

as normas internacionais pertinentes. Nasceu, então, um órgão de deliberação coletivo vinculado ao Ministério da Justiça, o CONARE, criado pelo artigo 11 da Lei nº 9.474/1997. Ela prevê, em seu artigo 12, que:

Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, e com as demais fontes do direito internacional dos refugiados:

I – analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II – decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III – determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V – aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Resulta desse dispositivo que ao CONARE cabe verificar se o solicitante realmente preenche os requisitos necessários para tornar-se elegível à qualidade de refugiado, conforme definição constante no artigo 1º. Somente então poderá pretender a proteção do Estado brasileiro, para exercer seus direitos elementares e receber a cédula especial de identidade comprobatória de seu *status* de refugiado, à qual tem direito em virtude do artigo 6º da Lei de 1997.

É importante ressaltar que, por se tratar de situação de risco à própria vida do refugiado, deve ser-lhe concedida a possibilidade de entrar no País com o pedido de reconhecimento de sua condição, ainda que tenha ultrapassado

as fronteiras de modo ilegal. Isso porque não seria razoável colocar em um plano superior o respeito da exigência da entrada legal no território do Estado em relação a pessoas que, ao fugirem de um tipo de violência sistematizada, tenham recorrido a artifícios para burlar as autoridades do país de origem ou de destino. Num exercício de ponderação de valores, deve ser feita menção ao posicionamento da Constituição Federal, a qual, em seu artigo 4º, II, estabelece que nas suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil faz prevalecer os direitos humanos. Essa lógica consta, inclusive, no art. 4º, § 3º, do Anteprojeto de Lei de Migrações, que prescreve às autoridades públicas não exigirem do migrante prova documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos. Com isso, cabe ao migrante que chega ao Brasil e deseja ter sua condição de refugiado reconhecida simplesmente manifestar sua vontade junto às autoridades competentes – por exemplo, a Polícia Federal –, que levará o caso ao conhecimento do CONARE. Sendo contemplado no seu pleito, a residência seria concedida ao refugiado, asilado ou apátrida – de acordo com o art. 23, II, daquele Anteprojeto.

Contudo, nem todos os problemas foram sanados com o advento do CONARE. Algumas deficiências jurídicas persistem. Uma delas diz respeito à problemática que surge quando uma pessoa pretende apresentar pedido de *status* de refugiado sem ter condições de comprovar sua nacionalidade, isto é, quando pretende ingressar em território nacional na condição de apátrida. Qual seria o órgão competente no Brasil? Não há normativa expressa nesse sentido. Assim, as lacunas e imprecisões da Lei nº 9.474/1997 comprometem, até hoje, a atuação do CONARE, já que não existem dispositivos que visam à situação do apátrida, de modo que se torna necessária a reforma do

direito aplicável à matéria. Contudo, mesmo sem haver regra jurídica categórica, o CONARE teria competência para cuidar dos pedidos de outorga de *status* de apátrida, com base no art. 12 da Lei nº 9.474/1997, que aponta para as fontes do direito internacional, e do artigo 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, que contemplam a situação do refugiado sem nacionalidade que não pode retornar ao seu país de residência (BICHARA, 2013, p. 94-96).

2.2. A abordagem do apátrida no Anteprojeto de Lei de Migrações

Diferentemente do refugiado, o apátrida encontra no Anteprojeto de Lei de Migrações uma abordagem direta e mais precisa em seus dispositivos. É o que se nota no art. 1º, VI, que identifica o apátrida como: “Toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas”.

Essa definição resulta do artigo 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, firmada em 28 de setembro de 1954 em Nova York (NAÇÕES UNIDAS, [200-?]), e ratificada pelo Estado brasileiro, em 13 de agosto de 1996, conforme registrado na ONU, depois de ter sido aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 38, de 1995. Esse momento da celebração do tratado não implicou a incorporação do *status* de apátrida no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas a expressão do engajamento internacional do País na defesa dos direitos dos apátridas mediante ato de sua ratificação.

Ao analisar a sequência dos atos de celebração e de incorporação dessa Convenção, observa-se que, embora o Congresso Nacional se tenha pronunciado favoravelmente à apro-

vação mediante decreto legislativo, passaram-se ainda sete anos para sua entrada em vigor no plano nacional, o que apenas ocorreu em 2002, por força do Decreto nº 4.246.

Em se tratando especificamente do conceito de “apátrida”, observa-se que, em seu art. 1º, o Anteprojeto de Lei de Migrações adota a definição da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Em outras palavras, o Estado brasileiro obriga-se a proteger um apátrida se este atende à definição enunciada na Convenção. Essa definição refere-se à condição de um indivíduo que não é reconhecido legalmente como sendo o nacional de nenhum Estado. Assim, a qualidade de apátrida advém da constatação, pelo Estado acolhedor, da inexistência ou da impossibilidade de comprovar o vínculo jurídico de nacionalidade entre uma pessoa e um Estado, nos termos da legislação aplicável do Estado de origem. Essas pessoas são consideradas apátridas *de jure* (ACNUR, 2015b, p. 3-4).

O caráter lacônico da definição de apátrida dá margem a uma aplicação bastante ampla do conceito, remetendo a uma pluralidade de situações. É, por exemplo, o caso da lei de nacionalidade que, ao estabelecer o *jus sanguinis* como critério de outorga de nacionalidade, não a concede a uma criança de pais estrangeiros, os quais tampouco podem garantir a do seu país de origem, que aplica o *jus soli* como critério para determinação da nacionalidade. É o caso da mulher que ao casar com um estrangeiro perde a sua nacionalidade e não adquire a nacionalidade do seu marido ou a perde na dissolução do casamento; é o caso da revogação da nacionalidade de uma pessoa que deixou o seu país e não mais se manifestou junto às autoridades administrativas do país de origem. É o caso da perda da nacionalidade por mudança de legislação sobre a nacionalidade no momento da transferência de território ou de soberania de Estado (sucessão de Estados). Ou ainda o caso da privação da nacionalidade de um indivíduo em razão de práticas discriminatórias, ou simplesmente como expressão de uma sanção acompanhada da expulsão (ACHIRON, 2005, p. 29).

Outra situação, talvez mais corriqueira, seria aquela do indivíduo que não pode provar o vínculo jurídico com o seu Estado de origem por ter perdido os documentos de identificação na fuga ou, simplesmente, pela recusa do órgão competente do Estado de origem em expedirlos. Administrativamente, são aqueles que não conseguem estabelecer a sua nacionalidade, e a leitura da definição do apátrida consignada no artigo 1º do Anteprojeto de Lei de Migração e do Estatuto dos Apátridas sugere que bastaria uma pessoa declarar a ausência de nacionalidade para reivindicar o *status* de apátrida. Desse modo, caberia ao Estado acolhedor averiguar se tal situação é verdadeira, por meio de investigação administrativa sobre a identidade do requerente. Toda dificuldade

consistirá na comprovação de que um indivíduo tem um Estado de nacionalidade ou não. Acontece que essa averiguação pode ser impossível, quer quando um Estado de origem não detém uma estrutura administrativa capaz de oferecer informações sobre o estado civil de pessoas que requerem tal *status*, quer quando um Estado simplesmente não deseja reconhecer um indivíduo como seu nacional. Para diminuir esse risco no processo investigativo, é preciso que o Estado acolhedor tenha relações diplomáticas profícuas com o eventual Estado de origem, de forma que se viabilize uma cooperação jurídica no controle dos fluxos migratórios bilaterais (ACNUR, 2015b, p. 8).

Havendo um óbice não superado quanto à determinação da existência de vínculo de nacionalidade, o Estado destinatário deverá acolher a demanda da pessoa, sem alegar qualquer tipo de discricionariedade ou discriminação para não cumprir a Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, negando-lhe, pois, a condição de apátrida *de facto* – expressão que designa quem não consegue estabelecer a sua nacionalidade (ACHIRON, 2005, p. 11). Nessa perspectiva, o art. 4º, § 3º, do Anteprojeto de Migrações, que estabelece a não exigência de prova “documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício dos direitos” dos migrantes de maneira geral, se aplicaria ao apátrida na espécie (BRASIL, 2014b, p. 20).

Juridicamente, a questão da tipificação do apátrida reveste-se de importância fundamental, uma vez que o propósito do tratado é garantir a regularização da situação do imigrante apátrida e o aproveitamento mais amplo possível dos seus direitos fundamentais. Ele não pode ser assimilado a um refugiado comum, tampouco a um estrangeiro qualquer, os quais estão sujeitos a um tratamento jurídico específico de permanência no território do Estado hospedeiro, segundo já se acentuou.

A decisão de acolher a demanda do *status* de apátrida de uma pessoa, que poderá valer-se dos direitos humanos garantidos no Estatuto dos Apátridas, é tomada pelo Estado contratante, em conformidade com os procedimentos administrativos adotados por ele no afã de cumprir os dispositivos da Convenção. No Brasil, embora o Estatuto dos Apátridas tenha vigência, não se sabe exatamente qual seria o órgão competente para atender às demandas de outorga de *status* de apátrida, como visto anteriormente.

O Anteprojeto de Lei de Migrações (BRASIL, 2014b) tende a esclarecer a questão de atribuição de competência administrativa ao prever no artigo 25: “A pessoa apátrida será destinatária de instituto protetivo especial, consolidado em mecanismo de naturalização expressa, tão logo seja determinada a condição de apátrida pelo Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE” (BRASIL, 2014b, p. 25).

O parágrafo 1º do art. 25 garante ao requerente uma proteção relativa ao seu direito de residência provisória no momento em que formula sua demanda junto ao CONARE. No mesmo sentido, o parágrafo 2º do art. 25 determina o estabelecimento legal de todas as garantias, mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e na Lei nº 9.474/1997 também em relação aos apátridas durante a tramitação da apreciação do seu pedido.

Enquanto não entrar em vigor essa proposta, que visa a precisar o tratamento administrativo da demanda do apátrida, o que levará certo tempo no âmbito do processo legislativo, permanecerá o vazio jurídico.

Essa lacuna estimulou o Poder Judiciário brasileiro a pronunciar-se no sentido de dar eficácia à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954. Merece menção a decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, de 18 de março de 2010, em que o foi julgado procedente o pedido para o reconhecimento da qualidade de apátrida do autor e condenou a União a deferir-lhe os direitos mencionados nessa Convenção.⁷ Após interposição de recurso de apelação pela União Federal, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgou procedente o pedido do autor, Andrimana Buyoya Habiziman, nos mesmos termos que a decisão de primeira instância.

Na espécie, o autor pleiteou que lhe fosse outorgado o *status* de apátrida no Brasil, visto que o Burundi, país onde ele nascera, não o reconheceu como um seu nacional, além de persegui-lo por motivos étnicos. À luz do relatório do desembargador federal Bruno Leo-

nardo Câmara Carrá, constata-se que o autor tinha esgotado os recursos administrativos disponíveis, sendo-lhe negado pelo CONARE o *status* de refugiado e o visto permanente pelo CNIg. Diante dos fatos e do direito aplicável internamente, o Tribunal Regional da 5ª Região negou provimento à Apelação da União e admitiu que o apelante atendia aos requisitos do art. 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, reafirmando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da CF.⁸

Nesse caso, a intervenção jurisdicional teve o mérito de aplicar um tratado internacional diante da morosidade administrativa. Assinalou, assim, ao Poder Legislativo, a necessidade de atualizar o direito à questão específica do apátrida, não contemplada de forma precisa na Lei nº 9.474/1997. Não tendo havido essa regulamentação expressa no texto da lei que define as atribuições do CONARE em relação ao apátrida, o órgão, por comodidade, defende não ter competência para conhecer dos pedidos de outorga do *status* de apátrida, apontando que o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) seria o órgão incumbido dessa tarefa. Entendimento advindo de uma análise que leva em conta não disposições legais, mas, sim, apenas resoluções administrativas, a saber, a Resolução nº 27, do CNIg, e as Resoluções nº 13 e nº 18 do CONARE.⁹

As resoluções mencionadas, em interpretação integrada, levam o jurista desatento a crer que realmente compete ao CNIg, e não ao CONARE, conhecer dos pedidos do *status* de apátrida. Porém, um estudo mais bem dire-

⁸Tribunal Regional Federal da 5ª Região. APELREEX, nº 13349-RN. Relator: Bruno Leonardo Câmara Carrá, 29/9/2011.

⁹Resolução Normativa CNIg nº 27, de 25/11/1998, publicada no DOU nº 243-E de 18/12/1998. Resolução Normativa CONARE nº 13, de 23/3/2007, publicada no DOU de 28/03/2007.

⁷Justiça Federal. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Proc. Nº 2009.84.00.006570-0. Juiz Edilson Nobre. DJRN, publicado em 20/3/2010.

cionado revela que tal competência atribuída ao CNIG foge de sua função, uma vez que foi criado para atuar em relação aos pedidos de trabalhadores estrangeiros, ao passo que essa competência de cunho humanitário se aproxima muito mais da missão determinada por lei ao CONARE.

Esse quadro legal e infralegal prejudica o bom funcionamento da administração pública na verificação da condição do estrangeiro presente no Brasil. Desse modo, não há dúvida de que se torna necessária a reformulação do complexo normativo que visa à racionalização dos procedimentos administrativos no sentido de garantir os direitos fundamentais dos imigrantes. Um aspecto central do Anteprojeto de Lei de Migrações reside na reestruturação organizacional administrativa para melhor fazer frente às diversas situações de pedido de permanência no território brasileiro.

3. A criação de nova autoridade administrativa: a Autoridade Nacional Migratória

Se o Anteprojeto for convertido em Lei, a situação dos migrantes passará a ser coordenada por um novo órgão administrativo, denominado Autoridade Nacional Migratória (art. 72 do Anteprojeto). De acordo com o Anteprojeto, esse órgão administrativo terá natureza de autarquia especial, vinculada à Presidência da República, caracterizada pela independência e autonomia financeira.

Far-se-á uma leitura da estrutura e das competências da Autoridade Nacional Migratória, à luz da lição de Hely Lopes Meirelles, que, referindo-se ao administrador público, aponta para o dever de eficiência no desempenho de suas atribuições, o qual não se limita ao respeito da legalidade, mas visa a resultados

positivos e satisfatórios nos serviços públicos oferecidos à coletividade (MEIRELLES, 1992, p. 90). Assim, aduz Meirelles que “a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativos e qualitativos do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica” (MEIRELLES, 1992, p. 91).

Ocorre que, sob o ponto de vista dos direitos dos refugiados e apátridas, a estrutura institucional da Autoridade Nacional Migratória parece complexa e suas competências, genéricas, pouco compatíveis com a busca da eficiência administrativa no atendimento esperado pelos eventuais usuários.

3.1. Estrutura institucional da Autoridade Nacional Migratória

Adotada a sistemática, a Autoridade Nacional Migratória contará com diversos órgãos em sua estrutura: uma Diretoria-Geral; seis Diretorias Adjuntas; cinco Superintendências Regionais; um Conselho Nacional sobre Migrações (CMig); uma Câmara de articulação sindical, e uma Ouvidoria (art. 76 do Anteprojeto). Para cada um desses órgãos são fixadas competências próprias que permitem conduzir a política migratória brasileira. Ao Diretor-Geral competirá zelar pelo cumprimento da lei e presidir a Autoridade Nacional Migratória, o Colegiado de Diretores – que não é órgão propriamente dito – e o Conselho Nacional sobre Migrações (art. 79 do Anteprojeto).

Às Diretorias Adjuntas caberão, em geral, ações de coordenação com os órgãos setoriais competentes, mas também a formulação, execução e monitoramento de ações, programas e políticas públicas dirigidas ao atendimento

das populações migrantes, caso da Diretoria Adjunta para integração política e serviços sociais (art. 82 do Anteprojeto). A Diretoria Adjunta para Diálogo Social, Institucional, Parlamentar e Federativa supervisionará as superintendências regionais e pontos de atendimento e checagem migratória, além de promover o diálogo federativo e a estruturação de unidades locais de atenção aos migrantes (art. 83 do Anteprojeto). A Diretoria Adjunta para Articulação Internacional, por seu turno, tencionará estabelecer canais de diálogos com repartições consulares ou propor pautas de negociação de acordos internacionais nas áreas pertinentes à migração (art. 84 do Anteprojeto). A Diretoria Adjunta para Promoção e Proteção de Direitos fiscalizará o respeito dos direitos fundamentais dos migrantes presentes no Brasil, podendo atuar como Secretária Executiva do CONARE, para “processar, opinar e encaminhar os assuntos relacionados com a nacionalidade, a naturalização, o asilo territorial, a apatridia e o regime jurídico dos estrangeiros” (art. 85, V, do Anteprojeto). Haverá ainda a contribuição da Diretoria Adjunta para Sistemas, Estudos e Análise da Informação Migratória, cujo nome é autoexplicativo quanto às suas competências (art. 86 do Anteprojeto). Por fim, a Diretoria Adjunta para Logística e Operações, que cuidará da implementação de rotinas de gestão e dimensionamento da força de trabalho, gestão de pessoal, patrimonial, financeira, dentre outros aspectos do funcionamento da Autoridade Nacional Migratória (art. 86 do Anteprojeto).

O Anteprojeto de Lei de Migração prevê também a criação do Conselho Nacional Sobre *Migrações* (CMig), que não pode ser confundido com o Conselho Nacional de *Imigração* (CNIg), que já existe com a finalidade de administrar o fluxo dos imigrantes de modo geral. O CMig deverá exercer as funções de acompanhamento e supervisão da Política Nacional Migratória implementada pela Autoridade Nacional Migratória, podendo apresentar recomendações, entre outras atribuições (art. 92 do Anteprojeto). Deverá substituir o CNIg ou, com risco de duplicidade, exercer as mesmas atribuições.

A estrutura da Autoridade Nacional Migratória deverá contar também com um Observatório Nacional para Migrações, cujas atribuições, previstas nos art. 95 e seguintes do Anteprojeto, visam à produção de estudos, ao acompanhamento das políticas migratórias etc. A Câmara de Articulação Sindical, por sua vez, é um colegiado de articulação política e social com a finalidade de solucionar questões laborais, tendo a faculdade de recomendar ações ou programas à Autoridade Nacional Migratória (arts. 100 e 101 do Anteprojeto).

Por fim, tem-se a Ouvidoria da Autoridade Nacional Migratória, que constituirá um mecanismo de controle interno da autarquia, no que

diz respeito à transparência e efetividade de suas ações, podendo receber denúncias, manifestações ou sugestões (art. 102 do Anteprojeto).

Com essa sucinta análise da estrutura institucional, constata-se uma vontade louvável de solucionar as diversas variáveis da gestão migratória. Nota-se a preocupação em atender aos aspectos sociais de integração dos migrantes, de se dotar de infraestruturas de atendimento, de coletar e drenar informações às instâncias do Poder Executivo para adotar medidas adequadas tanto no plano nacional como no plano internacional.

Em que pese todo o valor positivo do Anteprojeto, é de bom alvitre analisar se essa estrutura organizacional administrativa atenderia satisfatoriamente aos princípios e objetivos protetivos de direitos fundamentais consignados nos dispositivos iniciais (arts. 3 e 4 do Anteprojeto) e, mais especificamente, no que diz respeito ao tratamento jurídico dos apátridas. Como já se afirmou, com o Anteprojeto de Lei de Migrações, espera-se uma racionalização do aparelho administrativo para melhor cumprir as determinações internacionais em relação aos refugiados e apátridas. Resta saber se a criação de uma nova entidade administrativa é realmente o melhor caminho a seguir ou se não seria mais oportuno aprimorar o que já existe.

A questão gira em torno da percepção de que, com o aumento da administração pública, não se obtenha um atendimento célere aos direitos dos migrantes, além de se gerarem novos gastos para viabilizar toda a atividade administrativa que sugere uma autarquia em regime especial. Nesse sentido, vale ressaltar os dispositivos relativos às despesas e investimentos necessários à instalação da Autoridade Nacional Migratória – mais especificamente, a fixação de dotação orçamentária na Lei Orçamentária Anual (arts. 73 e 74 do Anteprojeto). Essa configuração administrativa e fiscal vai, no contexto atual, na contramão das preocupações orçamentárias do País, que tem sofrido ultimamente uma política de contenção de gastos públicos. Assim, o Orçamento Geral da União de 2015 sancionado pela presidente Dilma Rousseff aponta para um corte inicial de 33% das verbas de cada ministério em relação ao orçamento do ano 2014 (CRUZ; BOGHOSSIAN; MAGALHÃES, 2015). Uma nova entidade nos moldes do Anteprojeto de Lei de Migrações, com todas suas especificações, culminará, se criada, em uma majoração considerável dos gastos públicos.

É do nosso entendimento que o aumento ou a substituição de órgãos já existentes não constituiria o caminho mais eficaz e econômico para se alcançarem os objetivos evocados aqui. Assim, não haverá a necessidade de majoração das despesas públicas ou criação de nova autoridade administrativa se soubermos aproveitar e ajustar os órgãos administrativos

que atuam nesse domínio sob a tutela dos seus Ministérios, os quais, sem dúvida, deveriam ser mais atuantes na resolução das questões relativas à aplicação do direito internacional. Dessa forma, o CNIg e o CONARE, tutelados pelos seus respectivos Ministérios (Trabalho e Justiça), poderiam cumprir todas as funções enunciadas no âmbito da Autoridade Nacional Migratória. Se perquirirmos quais são as atribuições desses órgãos, constataremos que, por mais relevante que seja a temática, a criação de uma nova entidade, nos parâmetros da Autoridade Nacional Migratória, não é algo que se justifique, em vista do mecanismo complexo de gestão administrativa e seu caráter dispendioso. Analisando-se a situação dos refugiados e dos apátridas, não é difícil chegar a tal conclusão. Para convencer-se disso, basta observar quais seriam as competências da Autoridade Nacional Migratória em relação às competências do CONARE e do CNIg.

3.2. As competências da Autoridade Nacional Migratória

Concretamente, o que se espera da nova entidade administrativa é a resolução de algumas deficiências na atuação dos órgãos competentes para atender aos migrantes que se apresentam no território brasileiro. De acordo com a legislação atual, é o Estatuto do Estrangeiro, instituído pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que rege a admissão do migrante, por meio de vistos emitidos pelo Sistema Consular Integrado do Ministério das Relações Exteriores, na forma disciplinada pelo Poder Executivo (art. 9º, § 2º, da Lei nº 6.815/1980). Uma vez estabelecido no Brasil, o migrante goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis (art. 95 da mesma lei). Portanto, não obstante seu caráter rudimentar e incompleto em relação à

aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, o Estatuto do Estrangeiro indica de modo geral os procedimentos administrativos úteis ao ingresso dos estrangeiros.

Do ponto de vista econômico, competem ao CNIg, órgão de deliberação coletivo vinculado ao Ministério do Trabalho, criado pelo Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que regulamenta a Lei nº 6.815/1980, as seguintes atribuições: orientar e coordenar as atividades de imigração; formular objetivos para a elaboração de política migratória e estabelecer normas de seleção de imigrantes, além de efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão de obra estrangeira, dirimir dúvidas e solucionar os casos omissos na admissão de imigrantes (art. 144 do Decreto nº 86.715/1981). Constata-se que as atribuições do CNIg visam ao gerenciamento da entrada de estrangeiro no território nacional por motivos econômicos. Em outros termos, esse órgão foi criado para regular os fluxos migratórios, não havendo necessidade de criar novos ou de substituí-lo por outro que exerça as mesmas funções.

Em se tratando especificamente de refugiados e apátridas, como anteriormente apontado, cabe ao CONARE pronunciar-se quanto às demandas dos migrantes que se enquadrem em uma dessas duas condições.

Partindo dessas considerações gerais sobre o direito aplicável a uma categoria de migrantes, podem-se analisar as competências atribuídas à Autoridade Nacional Migratória no intuito de identificar os eventuais avanços quanto ao atendimento dos pedidos de ingresso. Essas competências estão enunciadas no art. 77 do Anteprojeto de Lei de Migrações, o qual prevê que a Autoridade Nacional Migratória estaria habilitada a processar e opinar sobre questões relativas à nacionalidade, naturalização e regime jurídico de imigrantes. Mais

especificamente, “conduzir e atualizar rotinas e processos sobre a determinação da condição de refugiado, de asilo político, de proteção especial ao apátrida, e as políticas nacionais” (art. 77, II, do Anteprojeto). Basicamente, a Autoridade Nacional Migratória limita-se a coordenar ações executadas por outros órgãos, nas figuras das Diretorias Adjuntas, que, por sua vez, supervisionariam os “órgãos setoriais competentes” ou “pontos de atendimento e checagem migratória”, podendo atuar até como Secretaria Executiva do CONARE no caso da Diretoria Adjunta para Promoção e Proteção de Direitos, como dito anteriormente. Esta última funcionalidade é, inclusive, reiterada no artigo 77, VIII, do Anteprojeto, ao se fixar que a Autoridade Nacional Migratória poderá atuar como Secretaria Executiva do CONARE, mas não se sabe quais seriam suas atribuições. Seriam aquelas descritas no artigo 12, da Lei nº 9.474/1997, que dispõe sobre as competências do CONARE? De modo mais amplo, não caberia ao Departamento de Polícia Federal a função de encaminhar o migrante ao órgão competente para ser atendido no seu pleito?

Numa visão otimista, pode-se imaginar que a proposta dessa nova configuração teria um potencial suficiente para dar aos refugiados e apátridas uma atenção maior aos seus direitos, mais condizente com os compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional. O CONARE seria, então, responsável pelo trâmite da concessão do *status* solicitado, enquanto a entidade autárquica especial teria apenas a função de supervisão e coordenação dos regimes aplicáveis aos migrantes.

Se a atualização do Estatuto do Estrangeiro se revela necessária à luz da penetração cada vez maior do direito internacional na ordem interna, merece ser discutida a metodologia empregada para se alcançar esse resultado. Reconhece-se, antes de tudo, que há no Ante-

projeto de Migração um avanço significativo quanto à sua vocação protetiva dos direitos humanos. Apenas se questiona o modelo que se adotaria para garantir os direitos dos migrantes ou estrangeiros – e aqui não se entra no debate conceitual sobre um ou outro termo para identificar uma mesma situação jurídica (estrangeiro ou migrante). A ideia é que a racionalização e o aprimoramento das competências do Departamento de Polícia Federal, do CNIg e do CONARE poderiam enfrentar, dentro de uma sinergia ministerial, os desafios das importantes pressões migratórias experimentadas pelo Brasil recentemente, sem que, para tanto, se renunciasse aos valores de humanidade cristalizados constitucional e internacionalmente.

Assim, caberia aos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde e da Educação – para mencionar os mais significativos à matéria – um esforço de adequação e atualização de suas repartições para realizar os trabalhos atinentes à proteção dos direitos dos migrantes, todos conectados ao Departamento de Polícia Federal. No que se relaciona especificamente ao tratamento jurídico dos apátridas e refugiados, o Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores, junto com o CONARE, oferecem possibilidades lógicas e mais econômicas para o Erário.

4. Outros caminhos possíveis para o tratamento dos refugiados e apátridas

O art. 25 do Anteprojeto de Lei de Migrações aponta um caminho que, sem dúvida, é comandado pelo bom senso. Reconhece-se ao CONARE a competência para outorgar o *status* de apátrida, embora seja numa dinâmica de redução da apatridia. Nesse sentido, o presente dispositivo enquadra-se plenamente nas

prescrições da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, de modo que incumbiria ao CONARE pronunciar-se sobre uma naturalização.

Nas circunstâncias postas pelo art. 25 do Anteprojeto, o *status* de apátrida constituiria requisito *sine qua non* à pretensão de um processo mais amplo de naturalização, no qual o CONARE apreciaria e, eventualmente, outorgaria a condição de apátrida de acordo com as normas brasileiras. A dificuldade é que essa competência não é expressa na Lei nº 9.474/1997, que instituiu o CONARE e definiu suas competências. Seria, portanto, oportuno iniciar uma reforma da Lei nº 9.474/1997, que define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados, no sentido de ampliar seu alcance aos direitos dos apátridas, o que induziria à ampliação da competência do CONARE.

4.1. A ampliação do alcance da Lei nº 9.474/1997 aos apátridas

A Lei nº 9.474/1997 define essencialmente os mecanismos de implementação da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, do Protocolo de 1967 e das outras fontes do direito internacional dos refugiados. Isso significa que caberia ao CONARE analisar os pedidos fundados na Convenção relativa ao Estatuto do Apátrida de 1954, que integra o rol das fontes do direito internacional dos refugiados, além da própria Lei nº 9.474/1997, que compõem o direito aplicável. Assim, o apátrida, que representa uma espécie de refugiado, poderia valer-se de direitos humanos garantidos na Convenção de 1954 quando a sua condição decorresse de *fundados temores de perseguição* por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Nesse caso, o Estado hospedeiro deve ana-

lisar o pedido de refúgio à luz do critério de perseguição e, se deferido, oferecer o mais alto nível de proteção aos direitos fundamentais, em obediência ao compromisso internacional assumido.

Embora a condição de refugiado não exclua a de apátrida, é interessante observar que o legislador brasileiro não faz menção direta a essa categoria de estrangeiro, de sorte que se poderia conjecturar que a legislação não lhe seria aplicável. Assim, a Lei nº 9.474/1997 aplicar-se-ia apenas ao refugiado e não ao apátrida. Contudo, o seu art. 1º, II, prevê a situação do refugiado que, sendo perseguido por qualquer um dos motivos mencionados no inciso I do mesmo artigo, “não possui mais nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele [...]”. Esse dispositivo traz uma preocupação já expressa pela comunidade internacional quando, na Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, foi adotada e assinada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em 1951.

Nesse instrumento internacional foi estabelecido que, por mais que a condição de apátrida não tenha sido o objeto principal da problemática a ser resolvida pela comunidade internacional naquele momento, os desdobramentos da condição de refugiado podem ocasionar situações de apatridia, como assinala o art. 1º do Estatuto dos Refugiados. Dessa maneira, o apátrida é visto como um tipo de refugiado que não mais tem nacionalidade, seja pela perseguição comprovada, seja pela impossibilidade de estabelecer a sua nacionalidade. A nosso ver, essa nuance deveria constar na Lei nº 9.474/1997, de forma a conservar e reproduzir fielmente o que determina o direito internacional dos refugiados e apátridas, *a fortiori*, se os tratados internacionais perti-

nentes foram recepcionados pelas autoridades brasileiras competentes, como visto anteriormente. Ainda que indireta, a referência ao *status* de apátrida posta no art. 1º, II, da Lei nº 9.474/1997 não exonera o legislador da crítica que deverá realizar a sua inserção de forma expressa.

Percebe-se, com efeito, que a legislação padece de dispositivos específicos que atendam à situação daqueles que pedem asilo ao Brasil, não necessariamente por serem perseguidos, mas por simplesmente não terem a proteção de um Estado que os reconheça como um seu nacional. Assim, identifica-se uma lacuna que pode ser resolvida por meio da inserção de um dispositivo que defina em termos claros o que se entende por apátrida *stricto sensu*. Por exemplo, poder-se-ia acrescentar um inciso IV ao art. 1º da Lei nº 9.474/1997, no qual se reconhecesse como apátrida: “Toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação e nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002”.

A partir daí, declinar-se-ia a reforma da Lei nº 9.474/1997 em prol do apátrida, que veria contemplada sua condição jurídica em igualdade de tratamento com o refugiado comum, detentor de nacionalidade. Em outros termos, o CONARE seria competente para apreciar seu requerimento junto com os requerimentos dos refugiados.

4.2. A ampliação da competência do CONARE

A segunda lacuna notável da Lei nº 9.474/1997 é a ausência de regras que definam a competência do CONARE para analisar os pedidos de outorga do *status* de apátrida.

Em se tratando especificamente dos refugiados e apátridas, como já foi afirmado aqui,

o CONARE, criado como órgão deliberativo, no âmbito do Ministério da Justiça, é órgão competente para implementar a Convenção sobre os Refugiados de 1951 e seu Protocolo, de 1967. Concretamente, esse órgão deliberativo analisa os pedidos de refúgio à luz dos tratados pertinentes e pronuncia-se sobre o reconhecimento da condição de refugiado, dentre outros aspectos colocados no art. 12, da Lei nº 9.474/1997. É verdade que nada consta sobre a competência específica do CONARE no caso de solicitação do *status* de apátrida. Ora, o fato de a Lei nº 9.474/1997 não reger especificamente os pedidos de *status* de apátrida não significa que o CONARE não teria competência para atuar, já que, dentro de uma atividade conexa, ele poderia perfeitamente cuidar da aplicação do Decreto nº 4.246/2002, que incorporou o Estatuto do Apátrida ao ordenamento jurídico nacional.

Infelizmente, essa faculdade parece ser descartada pelo próprio CONARE que, dentro da sua função normativa, editou a Resolução Normativa nº 13, de 23 de março de 2007, determinando que o pedido de refúgio que não atenda aos critérios de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/1997 poderá, “a critério do CONARE”, ser interrompido para que a permanência do estrangeiro no País seja apreciada pelo CNIg, de acordo com a Resolução Normativa do CNIg nº 27, de 25 de novembro de 1998, que dispõe sobre situações especiais e casos omissos (art. 1º da Resolução Normativa nº 13/2007). A Resolução Normativa nº 13/2007 do CONARE veio, desse modo, consolidar uma opção política expressa anteriormente pelo CNIg na Resolução Recomendada nº 8/2006, que indicava que os requerentes de refúgio que não fossem passíveis de concessão do *status* de refugiados – mas que, a critério do CONARE, pudessem permanecer no País por razões humanitárias – poderiam ser encami-

nhados ao CNIg, que examinaria cada caso de acordo com a Resolução Normativa nº 27/1998.¹⁰

Tanto a Resolução Recomendada nº 8/2006, do CNIg, quanto a Resolução Normativa nº 13/2007, do CONARE, surpreendem pelas incoerências que carregam. O teor da Resolução Normativa nº 13/2007 indica que o CONARE se nega a exercer a função principal para a qual foi criado, ignorando o espírito dos tratados internacionais e das leis que versam sobre a promoção e proteção dos direitos humanos de estrangeiros presentes no território brasileiro por motivos humanitários. Essa equivocada postura fica ainda mais clara no art. 2º da Resolução Normativa nº 13, que dispõe:

O CONARE, na reunião plenária, admitindo a possibilidade da permanência do estrangeiro no País ser analisada por questões humanitárias pelo Conselho Nacional de Imigração, suspenderá a apreciação do caso, promovendo a sua remessa àquele órgão, nos termos da Resolução Recomendada CNIg nº 08, de 19 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2007a).

Vale ressaltar que, naquele momento, o CONARE estava descumprindo uma obrigação legal posta no art. 48 da Lei nº 9.474/1997, que diz:

Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido (BRASIL, 2007a).

Decorre desse dispositivo que o CONARE não pode limitar-se a uma leitura superficial da Lei nº 9.474/1997, mas deve atuar no intuito de cumprir todos os dispositivos que versam sobre os direitos humanos atinentes à admissão no território brasileiro de indivíduos que pedem abrigo por falta de proteção dos seus Estados de origem, sejam eles refugiados ou apátridas. Isso significa dizer que o Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, que promulgou o Estatuto dos Apátridas, de 1954, deve ser levado em consideração pelo CONARE na análise dos pedidos que lhe são feitos, não tendo esses pedidos que ser sobrestados para apreciação do CNIg, órgão que não foi instituído para atuar nesse sentido. Assim, a Resolução Normativa nº 13/2007 constitui obviamente uma ofensa à missão essencial do CONARE, que foi criado para implementar a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e as *demais fontes do di-*

¹⁰ Resolução Recomendada nº 8, de 19 de dezembro de 2006.

reito internacional dos refugiados, como bem ressalta o art. 12 da Lei nº 9.474/1997.

Além da manifesta omissão legislativa, como explicar que o órgão competente legalmente para prover um tipo de ação humanitária queira transferir tal responsabilidade a outro órgão administrativo cuja missão é absolutamente diferente, como foi descrito anteriormente?

A melhor forma para sanar essas contradições administrativas consistiria em precisar a competência do CONARE. Primeiramente, não poderia o CNIg atribuir-se uma competência humanitária que não é originariamente prevista pelo Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que o criou. Segundo, entende-se que uma ampliação da competência do CONARE para apreciar os pedidos de *status* de apátridas e outros casos humanitários, por meio de uma alteração da Lei nº 9.474/1997, elucidaria qualquer dúvida que os servidores poderiam ter no momento em que tais demandas se apresentassem. Assim, o art. 12 da Lei nº 9.474/1997 deveria conter, por exemplo, um inciso complementar estabelecendo que competiria ao CONARE analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de apátrida (BRASIL, 1997), de acordo com o que seria definido como tal em dispositivo anterior.

Desse modo, obtém-se um alinhamento do Estado brasileiro em relação ao seu ordenamento jurídico. Percebe-se, assim, que não há necessidade de ampliar as competências do CONARE pela via do Anteprojeto de Migrações, como se pretende fazer com os arts. 1º, VI, e 25, sendo preferível ajustar diretamente a Lei nº 9.474/1997 às incumbências dos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores em relação aos apátridas.

Ao se precisarem os contornos das competências do CONARE e do CNIg, evitar-se-ia o

acúmulo exacerbado de funções administrativas e o risco de confusões de competências, como se viu. Por outro lado, as dotações orçamentárias destinadas à Autoridade Nacional Migratória, tal como prevista no art. 74 do Anteprojeto de Lei de Migrações, poderiam ser realocadas para aparelhar os entes que já existem, de modo a cumprirem suas missões com eficiência, notadamente no acolhimento dos migrantes pela Polícia Federal. Assim, além de solucionar toda a problemática relativa ao respeito dos direitos humanos como meta fundamental do Anteprojeto, resguardar-se-iam recursos financeiros públicos para investir na qualificação dos servidores do CONARE, CNIg, Polícia Federal e outras entidades da Administração federal e estadual, que devem ter um conhecimento acurado do direito internacional aplicável em matéria de proteção dos direitos dos refugiados e apátridas.

5. Conclusão

Não se discute, neste estudo, a necessidade de reformular o estatuto do estrangeiro no Brasil, ou, para ser mais preciso, do direito material que lhe é aplicável. A inserção do Estado brasileiro na sociedade internacional tem como consequência obrigá-lo a cumprir as obrigações pactuadas em tratados internacionais em relação aos demais sujeitos do direito internacional, o que pode exigir modificações ou ajustes na ordem interna. Nesse sentido, o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil apresenta um esforço incontestável de modernização do direito interno em relação ao tratamento da situação dos estrangeiros.

Na óptica do refugiado e, mais especificamente, do apátrida, o Anteprojeto de Lei de Migrações visa a garantir a proteção dos seus

direitos fundamentais em consonância com os tratados internacionais em vigor no Brasil, atribuindo ao CONARE competências que não constam da Lei nº 9.474/1997 que o criou.

Logo, o primeiro passo consistiria em alterar a Lei nº 9.474/1997 para estender o seu alcance, de modo que contemplasse a proteção dos apátridas de forma mais precisa, e até mesmo outros casos conexos, como os refugiados oriundos de catástrofes naturais. Assim, em vez de criar um novo órgão administrativo, aumentar-se-iam as competências do CONARE, que passaria a atuar diretamente na gestão dessa categoria de migrante, dando-lhe os meios para enfrentar suas missões. O segundo passo seria adotar uma lei geral de migração, com o objetivo de disciplinar e distribuir de forma coesa as atribuições do Departamento de Polícia Federal, CONARE e CNIg, a partir dos parâmetros protetivos dos direitos humanos. Esse complexo normativo e institucional seria, a nosso ver, suficiente para garantir os direitos fundamentais dos migrantes desde que os ministérios de tutela de cada órgão ajustassem seus regulamentos às prescrições nacionais e internacionais.

Sobre o autor

Jahyr-Philippe Bichara é doutor em Direito Internacional pela École Doctorale de Droit International et Européen de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professor associado de Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, RN, Brasil.
E-mail: bichara.ufrn@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹¹

THE DRAFT LAW ON MIGRATION AND PROMOTION OF MIGRANTS' RIGHTS IN BRAZIL

ABSTRACT: This study addresses the application of domestic Brazilian law to migrants that apply for the status of stateless persons in Brazil in light of international law requirements. It was noted that the current national law contains gaps in regard to the public organ entitled to decide over the applications submitted to the grant of this status, which leaves these migrants in a legal limbo concerning the possibility of their stay on Brazilian territory. With the Draft Law on Migration and Promotion of Migrants' Rights in Brazil, this legislation gap was presumed filled, namely by the adjustments made to the competencies of the National Committee on Refugees (CONARE). If the competence relating to the analysis of statelessness' demands was effectively conferred

¹¹ Sem revisão do editor.

on the CONARE, this Draft has the disadvantage of creating a Special Entity (National Immigration Authority – AMN), that can lead to administrative delays and high costs to the public coffers.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW. STATELESS PERSONS. REFUGEES. DOMESTIC LAW.

Referências

ACHIRON, Marlyn. *Nacionalidade e apatridia: manual para parlamentares*. UNHCR, 2005. (Manual para parlamentares, n. 11). Disponível em: <http://www.ipu.org/PDF/publications/nationality_p.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.

_____. *Reunião de especialistas: o conceito de pessoa apátrida segundo o direito internacional: resumo das conclusões*. Itália: ACNUR, 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1>. Acesso em: 26 ago. 2015.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Dados sobre refúgio no Brasil: uma análise estatística*. 2015a. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

_____. *Estatísticas: tendências globais sobre refugiados e pessoas de interesse do ACNUR*. 18 jun. 2015b. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

ANDRADE, José H. Fischel de; MARCOLINI, Adriana. A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados: breves comentários sobre suas principais características. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 1, p.168-76, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292002000100008&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BICHARA, Jahyr-Philippe. A Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954 e sua aplicação pelo Estado brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 84, p. 75-101, jul./set. 2013.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carga das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*, 5 nov. 1945.

_____. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jan. 1961.

_____. Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 1966.

_____. Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972. Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 ago. 1972.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 ago. 1980.

_____. Decreto nº 86.715, de 10 de Dezembro de 1981. Regulamenta a Lei n. 6815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 dez. 1981.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

_____. Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado MERCOSUL). *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 nov. 1991.

_____. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga e incorpora a Ata Final dos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1994.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jul. 1997.

_____. Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998. Disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 1998. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-normativa-n-27-de-25-11-1998.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 maio 2002.

_____. Resolução recomendada nº 8, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre pedidos de refúgio apresentados ao CONARE, que a critério deste, possam ser analisados pelo Conselho Nacional de Imigração-CNIg como situações especiais. 2006. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-recomendada-n-08-de-19-12-2006.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Resolução normativa nº 13, de 23 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 28 mar. 2007a. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/resolucao-normativa-conare-no-13-2007>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Decreto legislativo nº 274, de 4 de outubro de 2007. Aprova o texto da convenção para a Redução dos casos de Apatridia, celebrada em 30 de agosto de 1961. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 2007b.

_____. Justiça Federal. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Processo n. 0006570-31.2009.4.05.8400. *Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte*, 20 mar. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/reexame necessário (APELREEX13349-RN). Processo originário nº 200984000065700. Relator: Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. DJ, 19 abr. 2012. *Diário Eletrônico*, 25 abr. 2012.

_____. Resolução normativa nº 18, de 30 de abril de 2014a. Estabelece os procedimentos aplicáveis ao pedido e tramitação da solicitação refúgio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 maio 2014.

_____. Ministério da Justiça. *Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Brasília: Fundação Friedrich Ebert, 2014b. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

CRUZ, Valdo; BOGHOSIAN, Bruno; MAGALHÃES, Vera. Dilma sanciona aumento do fundo partidário para R\$ 868 milhões. *Folha de S. Paulo*, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1619126-dilma-sanciona-aumento-do-fundo-partidario-para-r-868-milhoes.shtml>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

NAÇÕES UNIDAS. *Collection des traités*. Bases de données. [200-?]. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/MTDSG/page1_fr.xml>. Acesso em: 27 ago. 2015.

PORTUGAL. Ministério dos Negócios Estrangeiros. *Versões consolidadas do tratado da União Europeia e do tratado sobre o funcionamento da União Europeia como alterados pelo tratado de Lisboa*. 2008. Disponível em: <<http://especial.imgs.sapo.pt/multimedia/pdf/TratadoLisboa.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

Juízes-administradores

A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais

FÁBIO LIMA QUINTAS

Resumo: O artigo propõe-se a realizar uma reflexão sobre a função do juiz na efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Com base no exame de estudos empíricos na área de saúde, analisa-se a compatibilidade da intervenção judicial nas políticas públicas para a tutela dos direitos fundamentais com modelos de constitucionalismo. Conclui-se que o modelo de intervenção judicial hoje praticado no Brasil não convive com a prática constitucional que se almeja no Estado Democrático de Direito, no qual o juiz deve funcionar como garantidor da complexidade estrutural do direito. Por fim, pretende-se apontar outras formas de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, que privilegiem um diálogo institucional apto a dar maior concretude aos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Políticas públicas. Intervenção judicial. Ativismo judicial. Incrementalismo.

1. Introdução

Consideramos, na atualidade, que constitui dever do Estado (e da sociedade) promover um padrão mínimo de igualdade material entre os cidadãos, pelo menos no que se refere à igualdade de oportunidades¹.

¹ Como esclarecem Victor Abramovich e Christian Courtis, a distinção entre direitos (liberdades) civis e direitos sociais não se faz propriamente no objeto de tutela/regulação, mas no modo de fazê-lo. Enquanto no paradigma privatista, o direito à saúde se limitaria a impor ao Estado o dever de não privar o cidadão de sua saúde, no paradigma do direito social, esse mesmo direito impõe ao Estado a obrigação de prestar assistência (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 58-61). Igualmente, pondera Jorge Reis Novais no sentido de que os direitos sociais são assim definidos menos em função da natureza do

Nesse campo, conformam-se os direitos sociais, compreendidos como aqueles que visam a promover o bem-estar social e a igualdade real entre os indivíduos, destacando-se o direito à educação, à saúde, à moradia e à previdência social. Os direitos sociais são direitos constitucionalmente protegidos (*ex vi* dos arts. 6º, 23, 30, 196, 198, 200, 201, 205 da Constituição de 1988) e merecem ser considerados direitos fundamentais, que impõem deveres de respeito, proteção e promoção pelo Estado (NOVAIS, 2010).

Podemos assumir ainda que, para a promoção desses direitos, exigem-se do Estado iniciativas legislativas e executivas, coordenadas entre si, para promover o acesso dos cidadãos a bens públicos, o que compreende as denominadas políticas públicas².

Deve-se reconhecer, por fim, que a expansão do aparato e das funções estatais naquilo que se convencionou chamar de Estado Social, e a constitucionalização dos direitos sociais ampliaram o papel dos juízes na tutela desses direitos. Nesse aspecto, Albert Chayes identificava, já em 1976, a emergência de um novo padrão de processo civil (novo fenômeno judicial), por ele denominado “litigiosidade de interesse público” (*Public Law Litigation*), para

bem tutelado pela norma e mais pelo tipo de deveres que essa norma fundamenta, que são deveres prestacionais fáticos (e normativos) impostos ao Estado (e à sociedade) (NOVAIS, 2010).

² A efetivação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados exige prestações positivas, por meio de políticas públicas que ofereçam serviços públicos em sentido amplo. Destaca-se, por exemplo, o campo da seguridade social, como se reconhece amplamente em Portugal, à luz dos arts. 63 e 64 da Constituição portuguesa, e no Brasil, à luz dos arts. 194 e 196 da nossa Constituição: compete ao Estado a organização e a manutenção de um sistema de seguridade social (segurança social), que seja universal (princípio da universalidade), integral (para abranger todas as situações que afetem a subsistência do cidadão), unificado (ou integrado, de forma a abranger todo o tipo de prestações adequadas a garantir a subsistência do cidadão), descentralizado e participativo (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 815-817).

abranger a judicialização de conflitos cuja pretensão fosse a implementação de uma ação estatal que se postula dentro de uma política pública, tendo-se como objeto do litígio a reivindicação de políticas públicas ou políticas estabelecidas na Constituição (CHAYES, 1976, p. 1274). Comparando o padrão de conflito jurisdicional tradicional com aquele advindo da judicialização das políticas públicas, Chayes esclarecia que

a concepção tradicional está relacionada a um sistema em que as relações sócio-econômicas são remetidas à esfera privada, enquanto o novo modelo está relacionado a um sistema de regulação das relações sociais e econômicas estabelecida por leis. Nesse novo sistema, a efetividade da lei é necessariamente implementação de uma política pública. A lide judicial se torna, de forma explícita, um fórum político e os Tribunais são mais um instrumento do processo político.” (CHAYES, 1976, p. 1304, tradução nossa)³

Superando o prognóstico de Chayes, a litigiosidade de interesse público, pelo menos no Brasil, tem-se mostrado hoje duplamente mais intrusiva do que a tradicional tutela jurisdicional: além de impor ao Administrador uma forma para atender a determinada política pública, interfere na definição do modo de implementação da política, atuando potencialmente no âmbito de conformação do legislador, quando não há regime legal dispendo sobre a política pública ou quando o juiz a desconsidera.

³ Tradução livre do seguinte excerto: “(...) *the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new model reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process*” (CHAYES, 1976, p. 1304).

Há mais de 30 anos, nos idos de 1980, essa nova litigiosidade de interesse público também foi captada por Mauro Cappelletti, que advertia a comunidade jurídica sobre a impossibilidade de rejeitar-se, de forma peremptória, a possibilidade de intervenção do juiz na elaboração e promoção de políticas públicas, para tutelar direitos fundamentais de índole social. Diante desse cenário e desses desafios, ressaltava Cappelletti, ainda com grande atualidade, que deixava de ser relevante indagar se direitos sociais poderiam ser judicializados. Nos novos tempos, caberia questionar as condições e os limites para tanto (CAPPELLETTI, 1999, p. 40-69).

A legitimidade do Poder Judiciário, no exercício desse mister, estaria pautada: (i) na imparcialidade judicial; (ii) na vinculação da decisão à existência de um caso (lide ou controvérsia, não atuando o juiz de ofício); (iii) na ampla participação das partes no processo; e (iv) na vinculação do juiz ao direito posto (Estado do Direito), que não se encerra por óbvio na legislação. Relevante, ainda, a consideração de Cappelletti no sentido de que um Estado Democrático de Direito não subsiste sem um efetivo e forte sistema de proteção (judicial) de direitos e liberdades fundamentais (CAPPELLETTI, 1999, p. 106).

Não obstante isso, a assunção dessas novas funções e o reconhecimento da amplitude das faculdades conferidas ao juiz não afastam as fragilidades institucionais e substanciais do Poder Judiciário para tomar decisões nesse campo: i) a falta de previsibilidade e o inerente casuísmo das decisões judiciais; ii) a eficácia retroativa das decisões judiciais, que se aplicam a fatos e situações ocorridas anteriormente; iii) a falta de capacidade técnica e o déficit de informações dos magistrados, e o caráter fragmentário do conhecimento e da decisão judicial; e iv) a falta de legitimidade democrá-

tica do Judiciário para atuar politicamente na ostensiva criação do direito (CAPPELLETTI, 1999, p. 82-92).

É preciso reconhecer que, diante desse fenômeno e desses desafios relativos à judicialização das políticas públicas, vários arranjos institucionais podem ser constituídos. As experiências do Brasil e de Portugal, por exemplo, se distanciam de forma substancial, não obstante os vínculos que aproximam a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988.

Na tutela dos direitos sociais em Portugal, o Tribunal Constitucional ordinariamente tem operado “no interior de um sistema configurado pelo legislador”, considerando os direitos sociais como “pretensões legalmente reguladas”. Com isso, atribui-se à legislação a tarefa precípua de “precisar o âmbito e conteúdo dos direitos implicados, a delimitação dos respectivos destinatários e os limites dos direitos constitucionalmente protegidos”. Permite-se do Tribunal Constitucional, de forma extraordinária, “apelar exclusivamente para o princípio da igualdade na busca da razoabilidade da discricionariedade dos diferentes tratamentos” (QUEIROZ, 2006, p. 195) ou, quando há uma “violação dos direitos sociais praticada através de uma acção inconstitucional do legislador ordinário” (NOVAIS, 2006, p. 191), balizar sua atuação com base nos princípios constitucionais estruturantes da igualdade, da proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana. Aqui Jorge Reis Novais identifica uma sinalização de maior ativismo judicial do Tribunal Constitucional para exercer o controle da atuação legislativa no domínio dos direitos sociais, conforme acórdão TC 509/2002 (NOVAIS, 2006, p. 205-209). A dificuldade dessa prática surge quando o Tribunal Constitucional não encontra um anteparo legal que lhe permita fazer

uma ponderação do direito fundamental social (QUEIROZ, 2006, p. 195), situação que tem remetido o Tribunal, ordinariamente, a tratar da questão constitucional no domínio da inconstitucionalidade por omissão, para determinar ao Legislador que adote as medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à garantia constitucional (NOVAIS, 2006, p. 191-192).

No Brasil, a situação é completamente distinta. E aqui cabe fazer menção à prática judicial do controle concreto das omissões estatais, mediante ações ordinárias, que julgam omissões legislativas e administrativas em face dos direitos sociais. Carlos Blanco de Moraes analisa esse cenário para concluir que, no Brasil,

o sistema de controlo concreto da inconstitucionalidade por omissão logrou superar [...] a rigidez e os limites do controlo abstracto, mediante uma jurisprudência activista crismada pelo STF e catalisada pelos tribunais comuns, implantando-se um modelo inédito que configura o judiciário como um centro autónomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo (MORAIS, 2011, pp. 215-216).

Neste artigo, pretende-se apurar, com base na análise de alguns estudos empíricos e teóricos, o impacto da intervenção judicial nas políticas públicas e na proteção dos direitos fundamentais, no modelo de intervenção judicial hoje praticado no Brasil, bem como questionar a sua compatibilidade com a prática constitucional que se almeja no Estado Democrático de Direito. Em seguida, pretende-se sinalizar para outras formas de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, as quais privilegiam um diálogo institucional apto a dar maior concretude aos direitos sociais.

2. O modelo brasileiro de tutela judicial dos direitos sociais

Sob o pálio do Estado Social, o constitucionalismo passou a fortalecer a aplicabilidade das normas constitucionais, mesmo aquelas de índole programática, que representam compromissos políticos cogentes. Segundo José Afonso da Silva, em obra que marcou época, não havia mais espaço para conceber norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada (SILVA, 2000, p. 81). O que se pode admitir é que

a eficácia de certas normas constitucionais não alcança a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2000, p. 82).

Numa exacerbação desse modelo constitucional, assumiu-se que, da necessidade de concretizar a Constituição e da efetividade das normas constitucionais, sobretudo considerando a eficácia direta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição), decorreria a conclusão de que competiria ao Poder Judiciário explicitar o conteúdo do direito fundamental e prover a respectiva prestação jurisdicional.

Como pontua Carlos Blanco de Moraes, essa prática constitucional assistencialista se desenvolveu sob uma doutrina que busca dar uma sobrevida à concepção de um dirigismo constitucional, que no Brasil aglutina inúmeras tendências sob o nome de neoconstitucionalismo (MORAIS, 2011, pp. 216-218).

Nessa visão, tem-se que,

no plano do controle concreto difuso da inconstitucionalidade, os juízes comuns declararíamos a omissão no caso singular e integrariam *in casu* a lacuna/omissão, concedendo eficácia directa e imediata ao direito social, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, havendo quem identifique a existência de um direito subjectivo da cidadania em vir a obter o direito previsto na norma constitucional não concretizada (MORAIS, 2011, p. 219).

Essa é a visão constitucional subjacente na nossa prática judicial (na litigiosidade de interesse público).

Com efeito, com base nessa visão constitucional, que se manifesta de forma explícita ou implícita, entende-se que a prestação jurisdicional deve ser ampla, de modo a oferecer uma tutela judicial irrestrita a tudo aquilo que for jurisdicionalizado.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, defende que

o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º); [...] conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas (GRINOVER, 2009, p. 57).

De escola diferente, Luiz Guilherme Marinoni chega a resultados semelhantes quando defende que a função jurisdicional, compreendi-

da como aquela destinada à tutela dos direitos, impõe

o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. (MARINONI, 2013, p. 149).

Disso resulta, como já mencionado, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, que se compreende “o judiciário como um centro autônomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo” (MORAIS, 2011, p. 215-216).

2.1. A tutela judicial dos direitos sociais na área de saúde

No campo da saúde, observam-se com facilidade as condições e os desafios que se anunciaram para a intervenção judicial em políticas públicas para dar efetividade a direito social por meio de tutela judicial que visa a obter determinado tratamento terapêutico ou acesso a algum medicamento.

Representa um paradigma dessa prática judicial o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da STA 175/STF⁴, no qual a Corte buscou estabelecer

parâmetros gerais para a intervenção judicial em políticas públicas para a efetivação do direito à saúde.

Nesse julgamento paradigmático, fixou-se desde logo a separação entre duas situações bem distintas: casos em que se postula judicialmente o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes e outros casos em que se postula prestação não prevista na política pública. Na primeira situação, de dar cumprimento à política pública existente – como quando se determina a entrega de medicamento previsto na lista de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde (SUS) –, a controvérsia resolve-se mais facilmente, dentro dos limites da regulamentação legal existente.

O problema constitucional ganha maior complexidade quando a prestação requerida não está contemplada na política pública existente. Nessa situação, o STF partiu da premissa de que se deve levar em consideração a justificativa governamental apresentada para não contemplar a prestação vindicada na política pública estabelecida, verificando-se se há, nos protocolos, tratamento alternativo previsto ou não, para

concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente (BRASIL, 2010).

Não havendo tratamento previsto no sistema público, a orientação do STF é no sentido de rejeitar pretensões de obter “tratamentos puramente experimentais”, embora caiba ao

⁴ Eis a ementa do julgado: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem,

à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL, 2010).

Judiciário verificar se não se está diante de uma omissão administrativa do Sistema de Saúde, o qual não prevê um protocolo clínico que permita impugnação judicial para obter tratamento eficiente contra determinada patologia.

Nesse segundo cenário, situa-se o maior problema da tutela judicial na litigiosidade de interesse público a que se referiu, pois o objeto do litígio é enfrentado pelo Poder Judiciário no quadro de indeterminabilidade do direito social. De fato, a singularidade nessa espécie de litigiosidade de interesse público não está propriamente na determinação judicial de que se conceda determinada prestação de saúde, mas na declaração judicial do conteúdo do direito social não estabelecido na política pública.

E o STF tem avalizado decisões judiciais da espécie, como se vê de inúmeras de suas decisões, entre as quais, por exemplo: RE 717290 AgR, 2014; AI 550530 AgR, 2012; RE 559646 AgR, 2011; RE 534908 AgR, 2008; AI 616551 AgR, 2007; RE 271286 AgR, 2000.

Não obstante haja um padrão decisório já sedimentado, o tema ainda suscita grandes debates no Brasil.

A favor da ampla intervenção judicial na realização do direito à saúde, argumenta-se que os processos judiciais servem para corrigir falhas no sistema público de saúde. Defende-se, ainda, que as demandas judiciais refletem a maturação de um amplo movimento cívico para realizar o direito à saúde no Brasil. Questionando a legitimidade dessa intervenção, afirma-se que a intervenção judicial mina os esforços governamentais de distribuição farmacêutica, aumentando a desigualdade no acesso e incentivando o uso irracional de medicamentos, no âmbito do sistema público de saúde. Sustenta-se, igualmente, uma associação delicada entre as demandas judiciais e

a indústria farmacêutica, que se vale do Judiciário como veículo para vender medicamentos de alto custo, cuja eficácia pode ser questionável e a prescrição generalizada injustificada (BIEHL, et al., 2009).

São esses argumentos que se pretende confrontar com alguns dados empíricos disponíveis na literatura sobre saúde pública.

2.2. Efeitos da tutela judicial dos direitos sociais na área de saúde (acesso a medicamentos e tratamentos terapêuticos)

Na perspectiva da política pública, há evidências de que esse padrão de tutela judicial ampla a que se referiu causa a desestruturação na ação coordenada do Estado, pelo menos no que se refere à intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, realidade essa que muitas vezes não é apreendida pelos juízes, que se veem limitados à análise do caso concreto em processos individuais, sem ter uma visão abrangente do impacto da atuação judicial na política pública.

Em um primeiro estudo (CAMPOS NETO et al., 2012), que levou em consideração demandas judiciais que tiveram origem no Estado de Minas Gerais, entre os anos de 1999 e 2009, sugere-se que a judicialização de demandas de acesso a medicamentos pode servir ao propósito de fomentar os interesses da indústria farmacêutica.

Foram analisadas 2.412 ações judiciais referentes a 2.880 medicamentos solicitados, com 18 fármacos diferentes. Entre esses, 12 estavam contemplados na política de assistência farmacêutica do SUS. Houve predomínio de representação por advogados particulares (62,1%) e atendimento por médicos do setor privado (84,9%). Em relação a um determinado medicamento chamado adalimumabe (que é um anticorpo monoclonal, prescrito para

artrite reumatoide, mas que não está na primeira linha de tratamento estabelecido pelos protocolos do SUS), a pesquisa traz dados reveladores: (i) um único escritório particular de advocacia foi responsável por 44,8% das ações; (ii) apenas um médico foi responsável por 16,5% das prescrições; (iii) 29 médicos foram responsáveis por 40,2% das prescrições; (iv) entre as ações representadas pelo escritório A, 43,6% tiveram um único médico prescritor para esse medicamento.

Um segundo estudo (CHIEFFI; BARATA, 2010), que considerou demandas judiciais do Estado de São Paulo no ano de 2006, chegou a resultados semelhantes. Foram analisadas 2.967 ações, patrocinadas por 565 advogados, sendo 549 advogados particulares (97,2%), envolvendo prescrições de 878 médicos, para obter medicamentos que implicaram gastos de R\$ 65 milhões, para atender a 3.600 pessoas. Dos 565 advogados, seis (1%) foram responsáveis por 35% das ações, enquanto 435 advogados (77%) entraram com uma única ação, correspondendo a 15% das ações. Mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado.

Em relação ao adalimumabe, foram ajuizadas 249 ações por 8 advogados (máximo de 148 processos por advogado, ou seja, concentração de 59,4%), com prescrição de 73 médicos (máximo de 15 processos por médico, ou seja, concentração de 6,0%).

Esses estudos indicam a maior representatividade de médicos do setor privado e advogados particulares, o que depõe contra a crença de que a intervenção judicial tenha a função de corrigir a política pública, em defesa de minorias marginalizadas. Além disso, a pesquisa sugere associação entre médicos, escritórios de advocacia nas solicitações dos medicamentos e, talvez, interesses bem direcionados da indústria farmacêutica.

Essas conclusões convergem com estudo feito por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas, que também se propuseram a examinar se a intervenção judicial em políticas públicas poderia ser considerada um mecanismo institucional ou alternativa relevante para garantir direitos sociais aos menos favorecidos, pobres e marginalizados do processo político. Examinando o perfil socioeconômico dos demandantes na cidade de São Paulo, que tiveram acesso à medicação específica ou tratamento médico por decisões judiciais, chegaram à conclusão de que a justiciabilidade dos direitos sociais não provou ser um meio de prestação de determinados serviços públicos mais democrática e acessível (SILVA, TERRAZAS, 2008).

Pode-se objetar, no entanto, que a tutela judicial na área de saúde deve ser avaliada considerando sobretudo a garantia do direito individual do cidadão que postula judicialmente. A questão que essa abor-

dagem sugere (ao desconsiderar a natureza universal do direito social) está, portanto, em saber se a tutela individual confere efetividade à saúde do cidadão beneficiado que foi a juízo.

Estudo empírico elaborado com dados de Minas Gerais, considerando os anos de 2005 e 2006, traz interessantes indicativos a respeito da eficácia dos medicamentos concedidos judicialmente (MACHADO, 2011, p. 590-598). Foram examinados 827 processos (com 1.777 pedidos de medicamentos), sendo 60,3% das ações patrocinadas por advogado particular; 70% de autores atendidos pelo sistema privado de saúde. Fixando a análise nos medicamentos requeridos, tem-se que 5% deles não tinham registro na ANVISA, 19,6% eram medicamentos considerados essenciais, 24,3% estavam na lista de medicamentos de alto custo. Destacam-se, ainda, os seguintes dados: 53,9% dos remédios tinham evidência consistente de eficácia, a evidência era limitada para 7,3% deles e não havia evidência comprovada para 3,7%. Nenhuma informação foi encontrada nas fontes utilizadas na análise de eficácia para 33,4% dos medicamentos pesquisados. Cabe destacar que 79% dos medicamentos tinham alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica.

Em outro estudo, focalizando decisões judiciais no período de 2006-2007 no Estado de São Paulo (com dados da Secretaria de Saúde estadual) que determinavam a entrega de medicamentos destinados ao tratamento de câncer (bevacizumabe, capecitabina, cetuximabe, erlotinibe, rituximabe, imatinibe e temozolomida), constatou-se que os gastos foram superiores a R\$ 40 milhões para atender a 1.220 solicitações, com custo médio de R\$ 33,5 mil por paciente. Parte das indicações dos medicamentos prescritos e demandados judicialmente não tinha amparo na literatura médica: aproximadamente 17% dos pedidos

não tinham evidência para a indicação mencionada no pleito, o que equivale a um gasto inadequado de, no mínimo, R\$ 6,8 milhões (LOPES et al., 2010).

Embora não se tenha evidência de que foram adotados os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175, a recomendar ampla instrução probatória, parece possível assumir que essa instrução probatória não é feita em função do fator tempo e da falta de engajamento do Judiciário para, ao decidir um caso individual, promover ampla cognição a respeito das especificidades da doença e dos detalhes terapêuticos, na perspectiva da saúde individual e da saúde pública. Revela-se, de todo modo, que é duvidoso assumir como verdadeira a conclusão de que o juiz garante o direito à saúde de forma qualitativamente melhor do que os demais órgãos do Estado.

Enfim, a forma que se consolidou no Brasil de adjudicação de direitos sociais constitucionalmente garantidos (aplicação direta dos direitos constitucionais), mesmo quando bem parametrizada (STA 175), conduz a uma disfunção na política pública, gera iniquidades e apresenta resultados individuais duvidosos⁵.

Além disso, o protagonismo do Judiciário na definição do conteúdo do direito social e na implementação de políticas públicas conduz à desestruturação da ação administrativa e, pior, à atrofia da Administração Pública, com a perda de previsibilidade da função administrativa. Isso porque o ativismo judicial no reconhecimento de direitos sociais para determinar prestações estatais não é capaz de

⁵ Utilizado esse padrão decisório em processos coletivos, exacerbam-se os problemas da interferência judicial em políticas públicas. Ilustrativa disso é a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, julgando recurso especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, atribuiu eficácia *erga omnes* a ação civil pública destinada a garantir o fornecimento de fraldas descartáveis a portadores de doenças que necessitem desse item e não tenham condições de arcar com seu custo (BRASIL, 2014a).

produzir uma reordenação na atividade administrativa, que encontra na lei, e não nos precedentes judiciais, os limites, a forma e a finalidade da atuação da Administração Pública. De fato, a decisão judicial não serve como condição suficiente para justificar o processo decisório do administrador. Os precedentes judiciais ordinários, por mais numerosos e representativos que sejam, não têm aptidão para suplantar a função regulativa da lei para o Administrador Público.

No Estado de Direito, deve-se considerar que, em situações ordinárias, assim deve ser. Como bem reflete Carlos Blanco de Moraes, “o princípio da presunção de constitucionalidade das leis constitui pressuposto objetivo da confiança tanto dos demais poderes dos órgãos do poder, como do cidadão” (MORAIS, 2006, p. 377). Em outras palavras,

a outorga de poderes de controle de constitucionalidade das leis ao aplicador administrativo redundaria, na prática, na activação de um princípio de não constitucionalidade das normas legais” (MORAIS, 2006, p. 375-376). Sendo correto, por isso, concluir que “aos órgãos destinados a executar as leis, cumpre-lhes presumir a sua constitucionalidade, como condição de sua previsível, certa, unitária e eficaz execução (MORAIS, 2006, p. 377)⁶.

Como já exposto em outra oportunidade, entende-se que o ativismo judicial afeta a capacidade de ordenação do direito e enfraquece a atividade administrativa, que deixa de ser reconhecida como dotada de autoridade, tornando-se o juiz a grande agência administrativa do Brasil – a última instância administrativa (QUINTAS, 2011).

3. Direitos sociais sem assistencialismo judicial: a efetivação de direitos sociais no Estado Democrático de Direito

Poder-se-ia pensar que as deficiências identificadas no padrão de intervenção judicial hoje praticada no Brasil para a implementação de direitos sociais derivariam apenas de um erro de execução de uma concepção de tutela judicial bem madura e refletida, a demandar apenas uma correção de rumos e ajustes pontuais.

⁶ Carlos Blanco de Moraes (2006, p. 377-384) considera legítimo o afastamento dessa presunção pelo administrador diante: i) da conclusão de que a lei é inexistente, rejeitando a aplicação dessa lei aparente; ii) da possibilidade de realizar uma interpretação conforme a Constituição; iii) de uma lei manifestamente incongruente (ininteligível); e iv) de uma lei que viole frontalmente direitos fundamentais consagrados na Constituição como absolutos, de eficácia plena e autoexequíveis (pp. 377-384).

Não é essa a nossa percepção. Entende-se, como já se afirmou, que o padrão de tutela judicial hoje praticado no Brasil, ainda que bem parametrizado (STA 175, STF), sofre de uma deficiência congênita, derivada de uma má compreensão a respeito do significado do paradigma do Estado Democrático de Direito e da normatividade dos direitos fundamentais (especialmente os de índole socioeconômica).

Exacerbando-se equivocadamente as práticas que caracterizaram o Estado Social, propaga-se a crença de que é não só ociosa a diferenciação entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, mas também natural o protagonismo político do Poder Judiciário perante os outros Poderes e perante a sociedade. Isso passa, inicialmente, por conceber, do ponto de vista epistêmico, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como

delegações normativas em branco ao intérprete (mormente ao judiciário) para criar direito a partir das suas próprias pré-compreensões políticas e filosóficas, de forma a desvalorizar ou a contrariar o próprio direito ordinário do legislador democrático equivaleria a um verdadeiro golpe de Estado constitucional com cadência larvar, uma afronta à ideia de direito do poder constituinte e uma fraude continuada à Lei Fundamental (MORAIS, 2011, p. 222-223).

O erro fundamental dessa leitura assenta-se numa visão totalizante e organicista da Constituição, da qual deriva (de forma também inadequada) um dirigismo do Judiciário sobre a sociedade, o que é incompatível e contraditório com sociedades pluralistas. Por isso mesmo, “uma Constituição onnipresente e omnicompreensiva parece encerrar em si mesma uma perigosa visão totalitária da sociedade e do Estado, incompatível com o pluralismo inerente ao modelo de Estado democrático de direito” (MORAIS, 2011, p. 229-230).

Enfim, a visão subjacente à prática judicial brasileira diverge daquilo que o constitucionalismo atual, em seus diferentes matizes, tem-se esforçado para compreender a Constituição numa sociedade heterogênea e pluralista com a função de preservar e promover a riqueza e a complexidade das formas de vida.

Reformulando sua compreensão original da constituição dirigente, Canotilho fala de um constitucionalismo moralmente reflexivo, para expressar a visão de que “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais” (CANOTILHO, 2001, p. XXIX e XXX).

Zagrebelsky esclarece que, no momento atual do constitucionalismo (por ele denominado de Estado Constitucional),

os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito, o que era desconhecido no Estado de direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado. Os juízes são, na verdade, os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional, é dizer, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça (...) [Se, de um lado,] o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como “partes” do direito (...) [de outro, os juízes precisam se manter] abertos à possibilidade de exercer sua prerrogativa constitucional de contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico (...).[Isso porque] o direito não é um objeto de propriedade de um, mas deve ser objeto do cuidado de todos (ZAGREBELSKY, 2008, p. 153).

Se essas leituras estão corretas, soa como pretensioso, arrogante e ingênuo cogitar de juízes e tribunais que se convertam em senhores do direito, com a capacidade de definir com detalhamento e minúcia o conteúdo de direitos sociais que não puderam ser expressos em outras esferas políticas.

A prática judicial brasileira na implementação dos direitos sociais mostra-se, por isso, equivocada, seja nos fins que elege, seja nos meios que adota. Por outro lado, cabe assumir que, no Brasil, é insuficiente pensar que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser feita simplesmente dentro da moldura estabelecida pelo legislador (diferentemente da prática judicial mais restrita adotada por países como Portugal).

Em verdade, é necessário pensar numa prática judicial que preserve a complexidade estrutural do direito, resguarde o pluralismo da sociedade e promova a democracia como forma de tomada de decisões políticas, o que exige dos juízes e tribunais postura que fomente o diálogo institucional com as outras esferas políticas e com a sociedade.

No mundo, várias experiências e alguns modelos teóricos têm sido gestados para fazer frente a esses novos desafios constitucionais⁷. O incrementalismo (*incrementalism*) é um desses modelos teóricos, que pode servir de inspiração para repensar a forma adequada de tutela judicial dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito (KING, 2012).

O incrementalismo é um método de gestão e de tomada de decisões por atores racionais atuando sob circunstâncias de severa complexidade e ampla incerteza, o qual teve grande impacto na teoria das organizações e na administração pública (especialmente na prática orçamentária). A ideia básica é que, em situações complexas e cercadas de incertezas, há dificuldade de tomar decisões com base no modelo racional

⁷Para uma visão abrangente a respeito do assunto, confirmam-se as seguintes obras: Gauri e Brinks (2008), King (2012), Davis (2012), Young (2012).

compreensivo, que busca esclarecer objetivos, para depois coletar dados empíricos, e em seguida formular políticas, primeiro elegendo finalidades e depois os meios, com um teste de razoabilidade, levando em consideração todas as variáveis relevantes, com o que se alcançam decisões confiáveis. Pelo incrementalismo, há uma identificação de objetivos e dados empíricos de forma interconectada, buscando a concordância de vários agentes sobre a decisão; assume-se que a análise é limitada, porque se negligenciam importantes resultados, alternativas e valores afetados pela decisão que não puderam ser identificados, com o que se submete a decisão a sucessivas comparações ao longo do tempo para aprimorá-la (KING, 2012, p. 289-293).

O incrementalismo, na atividade judicial, significa permitir que o Judiciário possa atuar na aplicação de direitos sociais vagos em situações de incerteza ou complexidade, ainda que falte um prévio e preciso *standard* legal aplicável. Nisso, ele viabiliza uma intervenção judicial em políticas públicas para além da moldura estabelecida pelo legislador. Ocorre que, nessas situações, o referido método sugere que o juiz não busque refazer uma reconstrução ampla do processo decisório para a implantação da política pública, mas que apenas identifique aspectos que mereçam ser aprimorados na política pública e que tome medidas tendentes à sua correção (do processo decisório a ela associado), na premissa de que todos os agentes políticos envolvidos estão de boa-fé na realização dos direitos sociais. Nessa tarefa, o juiz deve privilegiar decisões particulares e pontuais, com expansão cautelosa, com observância das regras procedimentais do contraditório, da ampla produção de provas para aumentar o controle sobre as decisões judiciais, com remédios não intrusivos e com decisões que podem ser revistas (KING, 2012, p. 293-303).

Conquanto o Judiciário tenha a função de realizar o controle das políticas públicas e dar efetividade a direitos sociais, a aplicação desses direitos deve ser feita de forma branda, com vistas ao aperfeiçoamento do procedimento decisório que pautou a decisão legislativa e administrativa na regulação do bem da vida controvertido judicialmente. Nas palavras de Jeff King:

A principal função da atuação judicial na tutela dos direitos sociais é aquela que centra mais esforços na análise do processo decisório pertinente à tutela do direito social vindicado e menos no exame da proteção conferida pelo Estado a determinada situação. O juiz procura formar juízo acerca da adequação do fundamento subjacente à ação ou omissão do Estado, da plausibilidade de suas promessas e da validade de suas conclusões, bem como sobre a participação concedida durante o processo decisório, a existência de políticas públicas alternativas e (quando for o caso) a compatibilidade do resultado da decisão com o núcleo conceitual do direito em evidência. Para provar que houve violação ao direito, não é suficiente mostrar que alguém foi preso sem prévia oitiva, ou que foi retirado de casa sem necessidade substancial ou que foi proibido de falar num debate político. É necessário tomar prévio conhecimento da justificativa apresentada pelos agentes do Estado, salvo (em raras exceções) nos casos em que o ordenamento jurídico estabelece uma obrigação absoluta que confira de forma inequívoca um direito a ser exercido em situações específicas. De forma semelhante, não faz sentido acreditar que a demonstração de um mínimo social não alcançado (ainda que haja recursos para supri-lo) é suficiente para emitir uma conclusão sobre a existência ou não de violação aos direitos sociais (KING, 2012, p. 107-108).

Esse modelo, como se vê, não tem a pretensão de oferecer uma tutela judicial padrão para a realização dos direitos sociais, mas serve sim

ao propósito de fornecer uma regra de ouro de fomento a respostas flexíveis e substantivas do Executivo e do Legislativo, num ambiente colaborativo.

Em síntese, sugere-se que os juízes, na efetivação dos direitos sociais, adotem uma postura de autocontenção estruturada em quatro princípios para a tomada de decisão: legitimidade democrática, policentrismo⁸, *expertise* e flexibilidade. Com o incrementalismo, argumenta-se que juízes podem superar a dificuldade democrática em favor da implementação judicial das políticas públicas desde que respeitem a igualdade entre os cidadãos no contexto em que haja problemas de legitimação decorrente da falta de legislação e ação administrativa específicas ou falha na proteção de determinado grupo. Para tanto, o grau de intervenção deve ser restringido pelo reconhecimento da complexidade do problema, da *expertise* dos administradores (sendo que o Poder Judiciário pode ajudar na ponderação entre conhecimento técnico e participação democrática [*accountability*]) e da necessidade de observância da flexibilidade (sendo que os juízes podem ajudar na quebra da inércia burocrática e política) (KING, 2012, p. 8-10).

A colaboração interinstitucional entre a Administração Pública, o Legislador e o Judiciário pode fortalecer um programa de ampla proteção dos direitos sociais – pode-se até mesmo cogitar de ações coordenadas entre controles internos (tribunais administrativos, métodos alternativos de solução de controvér-

sia, *ombudsmen*) e o controle externo do Judiciário (KING, 2012, pp. 86-96).

Não se ignora que há pré-condições político-institucionais para o funcionamento desse modelo de tutela judicial: um Poder Judiciário independente; implementação das bases de um Estado Social, com direitos sociais incorporados; órgãos administrativos bem desenvolvidos, com corpo técnico estruturado e com instâncias não judiciais que permitam um controle interno; boa-fé institucional; e espírito de colaboração (KING, 2012, p. 10-13).

No Brasil, essas pré-condições parecem presentes em certas áreas da saúde, como aquelas afeitas à política de medicamentos estabelecida no âmbito do Sistema Único de Saúde, razão por que esse parece ser campo aberto ao incrementalismo. Com efeito, ao menos no que se refere ao nível federal, pode-se observar que essa política pública é inclusiva e aberta à evolução. Examinando-se dados do Ministério da Saúde, nos anos de 2002 a 2007, pode-se constatar o substancial incremento dos gastos do poder público com a aquisição de medicamentos (VIEIRA, 2009).

Entre 2002 e 2007, o gasto com os medicamentos da atenção básica teve aumento de 75% e com medicamentos dos programas estratégicos, de 124%. No caso dos antirretrovirais, o aumento foi de aproximadamente 6%. O aumento mais expressivo do gasto foi observado com os medicamentos de dispensação em caráter excepcional: 252%, de 2003 a 2007 (VIEIRA, 2009).

Examinando, especificamente, o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério de Saúde do Brasil, especialmente em relação aos gastos com os medicamentos distribuídos no período de 1993 a 2009, pode-se concluir que houve, ao longo dos anos, sensível aumento em relação ao número de fármacos e apresentações far-

⁸ Um problema policêntrico, na definição de Lon Fuller, incorporado por Jeff King, é aquele que compromete uma vasta rede de relações interligadas. A fixação dos salários, por exemplo, é um problema policêntrico, porque há um problema de custos, do impacto da medida no emprego, na inflação etc. Há várias partes e interesses em jogo, devendo-se levar em consideração inúmeras variáveis. Exige-se, por isso, criatividade, negociação e ampla participação (KING, 2012, p. 189-191).

macêuticas distribuídas e de doenças contempladas. Eram distribuídos 15 fármacos em 31 diferentes apresentações farmacêuticas em 1993, passando para 109 fármacos em 243 apresentações em 2009. Os gastos totais do Ministério da Saúde com medicamentos somaram, em 2007, R\$ 1.410.181.600,74, quase o dobro do valor gasto em 2000: R\$ 684.975.404,43. Observa-se, assim, que o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional está em constante transformação, visando a aprimorar instrumentos e estratégias que assegurem e ampliem o acesso da população aos medicamentos, não obstante os elevados custos associados a essa prática (CARIAS et. al., 2011).

Mostrando que talvez seja possível apostar nesse diálogo institucional entre o Poder Judiciário, o Legislativo e o Administrador Público, Biehl et al. (2012) trazem dados a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Rio Grande do Sul, para fornecimento de medicamentos, com especial atenção na atuação judicial da Defensoria Pública, que contava, à época da pesquisa, com 400 advogados públicos espalhados por todo o Estado, para atendimento a cidadãos com renda inferior a três salários mínimos.

Nesse estudo, foram examinadas 1.080 ações ajuizadas contra o Estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2009, nas quais 59% dos casos foram promovidos pela Defensoria Pública, 6,2% por outros advogados públicos e 34% por advogados privados. Os advogados indicavam os seguintes fatos médicos e administrativos para basear sua postulação: i) necessidade médica verificada por um médico (92%); ii) risco de morte (53%); iii) recusa do Estado em fornecer uma droga que é parte das listas farmacêuticas oficiais (29%); iv) falta de estoque (11%); v) inefetividade do tratamento ou falta de alternativa terapêutica (6,9%); e vi) descontinuidade do tratamento concedido pelo Estado (6,8%). Em 65% dos casos, postulavam-se medicamentos incluídos na lista oficial de distribuição de fármacos. Entre os demandantes mais pobres (com renda declarada inferior a 1 salário mínimo), 64% dos pedidos diziam respeito a medicamentos fora das listas oficiais, 47% eram medicamentos de dispensação excepcional, 27% de dispensação especial e 40% medicamentos essenciais. Dos 983 casos em que a demanda judicial vinha acompanhada de prescrição médica, 45,1% foram subscritas por médicos do SUS; 15% por médicos de hospitais universitários e 37% por médicos privados. Em 98% dos casos (1.062 casos), postulava-se a concessão de tutela antecipada ou medida cautelar para que se assegurasse, desde o início da demanda, a entrega do medicamento ou a oferta do tratamento médico, sendo deferida em 93% deles (1.004 casos).

Os resultados dessa pesquisa são, em parte, compatíveis com os visos anteriormente, manifestando aquilo que se entende como distorções

advindas da prática judicial brasileira de intervenção em políticas públicas. É o que se conclui, por exemplo, pelo indicativo de que, muitas vezes, o direito social é examinado apenas na perspectiva individual, ignorando-se as razões que justificam a política pública estabelecida, a qualidade do processo decisório nas outras esferas de governo e a complexidade inerente às políticas públicas (não havendo adequada instrução probatória para apurar essas questões). Por outro lado, há resultados que divergem do padrão judicial antes identificado. E aqui surgem dados promissores. Há uma parte relevante de casos cuja postulação se fez num quadro em que o direito vindicado já encontrava expressão e conteúdo bem definidos na política pública estabelecida (requisição de medicamentos contidos em listas oficiais ou amparada por requerimentos que tinham amparo em processos administrativos), além de ter como beneficiários a população mais carente (BIEHL et al., 2012).

O diferencial na prática judicial retratada nessa pesquisa parece estar associado ao papel exercido pela Defensoria Pública, na filtragem e na análise dos casos, que se supõe ter sido feita à luz da política pública estabelecida e em benefício da população mais carente. De todo modo, esse estudo não traz dados que permitam avaliar se a intervenção judicial fomenta melhores práticas da Administração Pública ou se apenas alimenta o problema de gestão deficiente dos recursos públicos na área de saúde – dada a falta de adequado planejamento orçamentário e a deficiente execução administrativa de seus programas, o que traz problemas, como o da dispensa de licitação para compras emergenciais. Esses últimos aspectos, decerto, constituem um desafio a ser enfrentado pelo incrementalismo e outras formas de intervenção judicial para realização de direitos sociais que se voltem ao aperfeiçoamento das políticas públicas, no contexto do Estado Democrático de Direito, com a efetiva participação de todos os órgãos do Estado e com engajamento da sociedade⁹.

Apesar disso, parece correto concluir que, no Brasil, há condições institucionais de investir em outras formas de tutela judicial no âmbito dos direitos sociais.

4. Conclusão

Sob a justificativa de controlar políticas públicas, o Poder Judiciário hoje tem atuado com a desenvoltura de um agente definidor e executor de políticas públicas, extraindo diretamente da Constituição o direito

⁹Para ter uma breve, porém abrangente, visão dos problemas advindos da intervenção judicial sobre o orçamento público, vide Pinto (2014).

do autor da ação judicial de obter determinado medicamento, tratamento médico ou outra prestação específica. Ao agir assim, o Poder Judiciário fica sujeito a fundadas críticas a respeito de: (i) seu déficit de conhecimento, pois os juízes não têm capacidade de traduzir as pretensões gerais dos direitos sociais em tutelas judiciais específicas, equivalentes àquelas que derivam das liberdades constitucionais, em vista do seu conteúdo indeterminado); (ii) sua incapacidade de atuar no planejamento orçamentário; e (iii) uma interferência indevida nas funções dos órgãos democraticamente eleitos ou tecnicamente mais preparados para tratar do assunto (DAVIS, 2012, p. 1.023). De fato, essa prática judicial ignora que os direitos sociais se realizam por meio de políticas públicas, cujas dimensões de universalidade, participação, integração, unificação e descentralização precisam ser respeitadas.

Não obstante isso, a pergunta que hoje se impõe não é se o juiz pode ou não intervir na implementação de políticas públicas, mas sim como o juiz deve atuar nessa intervenção, estabelecendo condições, limites e possibilidades para tanto. Essa perspectiva insere-se numa discussão mais ampla a respeito da função que o Poder Judiciário deve desempenhar na ordem política democrática, haja vista que o problema da conformação dos direitos sociais se inscreve também na problemática da separação de Poderes.

Não basta, dessa forma, condenar a judicialização dos direitos sociais, que, se bem direcionada, tem aptidão de incrementar a ação política e administrativa, identificando pontos de desenvolvimento e correção de políticas públicas, estabelecendo uma fiscalização. Serve também para proteger políticas sociais contra litigantes com pretensões calcadas em interesses comerciais ou direitos individuais – criando parâmetros para a ponderação entre direitos sociais e individuais, por exemplo, na questão da liberdade religiosa *vs* transplante; no direito de escolha da forma de parto *vs* protocolos médicos estabelecidos para saúde pública (KING, 2012, p. 51-55).

Identificando-se as deficiências do modelo de prestação judicial praticado no Brasil e afastando-se desse dilema entre judicializar ou não os direitos sociais, buscou-se identificar outros caminhos a serem explorados, na premissa de que se torna hoje improdutiva e estéril a discussão sobre a possibilidade de intervenção judicial sobre políticas públicas para dar efetividade aos direitos sociais (QUINTAS, 2014).

Nessa linha, apresentou-se o modelo teórico do “incrementalismo”, que sugere, como visto, que os juízes, na efetivação dos direitos sociais, adotem uma postura de autocontenção estruturada em quatro princípios para a tomada de decisão: legitimidade democrática, policentrismo, *expertise* e flexibilidade.

Parte-se da premissa de que, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve atuar com deferência aos outros órgãos constitucionais. Trata-se não de uma deferência absoluta e abstrata, mas de uma deferência encontrada no julgamento do caso – que conduza a uma autocontenção se identificada a necessidade de socorrer-se da *expertise* do Poder Público –, da importância de considerar uma rede de relações e interesses interligados na implementação da política pública, da possibilidade de haver alternativas para enfrentar o problema constitucional (flexibilidade, negociação e criatividade).

Com efeito, admitindo-se a judicialização das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, pode-se fugir do ideal do juiz como um provedor primário de direitos sociais, para pensá-lo exercendo uma função de provedor secundário, assegurando que procedimentos justos sejam adotados tanto na alocação quanto na prestação de quaisquer benefícios decorrentes de direitos sociais (exercendo, por assim dizer, um trabalho de auditoria).

Modelos teóricos dessa espécie têm a virtude de evitar uma alocação seletiva de benefícios, fortalecer a responsabilidade política e garantir a implementação dos direitos sociais de forma ampla, de uma maneira compatível com as escolhas políticas razoáveis e democráticas, lembrando os Poderes Executivo e Legislativo de seus deveres constitucionais (DAVIS, 2012, p. 1.026).

Sobre o autor

Fábio Lima Quintas, doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Processo Constitucional na Escola de Direito de Brasília (EDB) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, DF, Brasil.
E-mail: fabioquintas@idp.edu.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

JUDGES AS PUBLIC ADMINISTRATORS: THE JUDICIAL REVIEW TO ENSURE SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: Based on the analysis of some empirical studies and constitutional doctrine, the paper reports the impact of judicialization of the public policies in the defense of the

¹⁰ Sem revisão do editor.

economic and social rights in Brazil. It also examines the convergence of this practice with the aims of the Constitutional and Democratic State. After that, the text suggests other forms of judicialization of public policies, more adequate to assure the economic and social rights in the Constitutional and Democratic State.

KEYWORDS: ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. PUBLIC POLICIES. JUDICIAL REVIEW. JUDICIAL ACTIVISM. INCREMENTALISM.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BIEHL, João. et al. Judicialisation of the right to health in Brazil. *The Lancet*, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, jun. 2009. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(09\)61172-7/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(09)61172-7/fulltext)>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 36-52, jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 271286. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12 set. 2000. *Diário da Justiça*, 24 nov. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 616551. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 23 out. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 534908. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 11 dez. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 559646. Relator: Ministro Ellen Gracie. DJ, 7 jun. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 550530. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 26 jun. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1377400/SC. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ, 18 fev. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 mar. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 717290. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 18 mar. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 abr. 2014b.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimpr. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CARIAS, Claudia Mezleveckas et al. Medicamentos de dispensação excepcional: histórico e gastos do Ministério da Saúde do Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 233-240, abr. 2011.

CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010.

DAVIS, Dennis. M. Social Rights. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (Ed.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge, NY: Cambridge University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

KING, Jeff. *Judging social rights*. New York: Cambridge University Press, 2012.

LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, ago. 2010.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2006. tomo 1.

_____. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Portugal: Coimbra editora, 2006.

_____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

PINTO, Êlida Graziane. Judicializar o orçamento aprimorará as políticas públicas. CONJUR, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-20/elida-grazianejudicializar-orcamento-aprimorara-politicas-publicas>>. Acesso em: 18 set. 2015.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

QUINTAS, Fábio Lima. O juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 245-261, out./dez. 2011.

_____. Efetividade dos direitos sociais sem assistencialismo judicial. CONJUR, 8 fev. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/observatorio-constitucional-direitos-sociais-assistencialismo-judicial>>. Acesso em: 23 set 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 81-82.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded. *Social Science Research Network*, 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 27 abr. 2014).

STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Máisa. Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 791-799, out. 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ministry of Health's spending on drugs: program trends from 2002 to 2007. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 4, p. 674-681, ago. 2009.

YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

Resumo: O trabalho afirma que a precária situação do sistema prisional se deve em grande parte à insuficiência do método de viés linear ou cartesiano empregado pelos operadores do direito ao tratar da questão. A partir desse marco, o artigo propõe a aplicação de certo método sistêmico ao direito da execução penal: a teoria de sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann. Desse modo, afirma-se que o direito é formado por processos comunicativos, a serem trabalhados com base nos elementos conceituais dos sistemas autorreferentes. Isso possibilitou eleger um código binário específico para o direito da execução penal, sem abandonar o ideal de ressocialização, mas ressignificando-o, a fim de lhe conferir o sentido de não dessocialização. E, da mesma forma, encontrar um programa correspondente a esse código binário. O emprego do referido método possibilita que os déficits de ressocialização sofram a ação de mecanismos de compensação, podendo resultar na diminuição quantitativa da pena (redução nominal do tempo) e na alteração do modo de cumprimento ou de extinção da pena.

Palavras-chave: Execução penal. Método. Teoria de sistemas. Niklas Luhmann.

Introdução

Inicialmente, a prisão não era um local ou uma instituição para o cumprimento de pena. Até o advento da Idade Moderna, de modo geral a prisão era destinada às pessoas que aguardavam sua sentença. Não existia a concepção de prisão-pena, salvo em raras situações. No século XVI, surgem as primeiras prisões destinadas ao cumprimento de penas: *House of Correction*, de Bridewel, Londres (1552); *Rasphuys* para presos, e *Spinshydes* para presas, na Holanda (1595 e 1597, respectivamente);

Recebido em 15/5/15
Aprovado em 12/6/15

Hospício de São Miguel, Roma (1703); *Maison de Force*, Bélgica (1775), entre outras.

O pensamento cientificista dominante até meados do século XIX direcionava o estudo das prisões preponderantemente para a estrutura física das penitenciárias. O questionamento daquele pensamento reinante – que pretendia explicar tudo no mundo mediante bases estritamente científicas – ensejou uma mudança de rumo, permitindo que a ciência penitenciária se voltasse mais para o estudo da pessoa destinatária das instalações prisionais: o preso. O primeiro congresso da Comissão Penitenciária Internacional ocorreu em Londres (1872). Outros vieram: São Petersburgo (1890) e Budapeste (1905). Em 1929, a Comissão Penitenciária Internacional tornou-se Comissão Internacional e Penitenciária. Seguiram-se importantes congressos, merecendo destaque o de Palermo (1933), em que ficou definido que “o direito penitenciário consiste num conjunto de normas jurídicas que regulam a relação entre o Estado e o condenado, desde quando a sentença condenatória legitima a condenação até que dita condenação se finde no mais amplo sentido da palavra” (MIOTTO, 2001, p. 443).

A par disso, desenvolveram-se profícuas discussões sobre os fins da pena, que até a presente data não terminaram. Deu-se notável enriquecimento de uma provocante questão: desvendar para quê, afinal, se aplica uma pena criminal. De todo modo, restam poucas dúvidas de que a pena deve ter uma finalidade. Não pode ser uma instituição desvinculada de objetivos.

A evolução experimentada pelo estudo da pena e pelo penitenciarismo propiciou as condições necessárias para que fosse erigido um notável marco normativo disciplinador sobre o modo e os limites da execução da pena privativa de liberdade: Regras Mínimas das Na-

ções Unidas para o Tratamento dos Reclusos (Regras Mínimas), em 1955.

Por outro lado, paralelamente, a evolução dos direitos humanos e a bem sedimentada afirmação desses direitos criaram campos dialogais estreitos com a execução da pena privativa de liberdade. Nenhuma dúvida resta de que a pena privativa de liberdade deve ser executada sem o uso de práticas abusivas ou degradantes, como tortura e maus tratos.

Por isso, surpreende que, apesar do tempo e dos estudos já realizados, ainda existam diversas dúvidas sobre a execução da pena privativa de liberdade.

1. Evolução e situação do tema

A persistência da prática de desumanidades, maus tratos e torturas no sistema prisional revela a necessidade de estudo jurídico e de efetivação de direitos. Sabe-se que o tratamento digno na prisão deve ser efetivado. Isso é uma necessidade de efetivação. Afirma-se que a ressocialização do preso deve ser concretizada. Isso também é uma necessidade de efetivação. Todavia, pouco se sabe sobre o conteúdo daquilo que se convencionou chamar de *ressocialização*. Eis, então, uma necessidade de delimitação conceitual e teleológica.

A busca dos conceitos e limites da pena em execução parece ter sido pouco profícuo até aqui. Mais de um fator contribuiu para essa frustração, a começar pelos esforços feitos pela dogmática, que se orientaram fortemente para o estudo dos fins da pena até o momento de sua imposição e, em menor intensidade, para a investigação do que se objetiva na fase executiva. O interesse da doutrina ocorreu preponderantemente relativamente aos contornos de uma pena considerada estaticamente, em detrimento de estudos sobre a pena em movi-

mento, isto é, da pena em seu momento dinâmico, quando é executada.

Também contribuiu para o pouco conhecimento sobre o tema o desencanto sobre os ideais *re*. O fim da Segunda Guerra e o advento de suas consequências negativas exigiram que os Estados se posicionassem abertamente em favor da recomposição e do amparo aos necessitados, que não se limitavam aos filhos da guerra, mas também de um novo mundo, debilitado produtiva e economicamente. O amparo aos que sofreram as consequências da guerra foi capitaneado pela política do *welfare state*, marcada pela geração de empregos, aumento da seguridade social, controle de mercados, distribuição de riquezas e regulação econômica. Nesse contexto, surgem condições para atribuir à execução da pena os fins de reinserção social do preso, reeducação do condenado, readaptação do detento, recuperação do interno ou, afinal, a ressocialização do sentenciado – dado que a reinserção do condenado na sociedade também passou a ser uma atribuição do Estado.

Todavia, o *welfare state* entra em crise nos anos 70, abalado pela nova ordem que forjou um mundo caracterizado por eficientismo, competitividade e materialismo. Daí foi pequeno o passo para ressuscitar os tons retributivos no sistema penal, com a retomada de políticas criminais totalitárias. Esfacelaram-se as bases das políticas sociais que propiciaram o modelo ressocializador e respectivos ideais *re* (ressocialização, reinserção e readaptação do condenado). Abriu-se, assim, espaço para a resignificação do encarceramento conforme os potentados vigentes na ordem econômica e política dominante (TEIXEIRA, 2006).

Ainda, a escassez de interesse pelos fins da execução da pena privativa de liberdade deve-se às pressões sociais por segurança pública. O desenvolvimento das novas tecnologias surgidas com a Segunda Guerra e seu uso (ou

ameaça de uso) durante a Guerra Fria, as catástrofes ambientais, a volatilidade de mercados, o enfraquecimento das soberanias estatais que se curvaram à *lex mercatoria*, o aumento do terrorismo, entre muitos fatores, ditaram exigências por maior segurança pública, a qual foi prioritariamente reclamada por grupos que se sentiam inseguros diante dos diversos riscos que percebiam ao seu redor. Uma das características das pressões sociais de emergência é a irreflexão ou pouca racionalidade na definição de meios para alcançar a finalidade geral perseguida. O clamor por mais segurança pública não fugiu dessa regra. Diante das pressões sociais, os governos tendem a reagir de modo também objetivo e menos refletido, em busca de soluções que rapidamente acalmem as massas. Desse modo, fixaram-se pautas desatreladas de estratégias inteligentes e democráticas de prevenção e com enfoques fortemente beligerantes. Foram aumentados os tipos penais. Criaram-se novos crimes, muitos desnecessariamente. Diminuíram-se as exigências para o encarceramento. Prendeu-se mais, mesmo que o poder público não tivesse condições de dar fins preventivos ao encarceramento, não contasse com vagas em unidades prisionais, nem profissionais no sistema penitenciário em quantidade suficiente. O aprisionamento tornou-se socialmente satisfatório, desde que o autor do crime ou suposto autor do crime permanecesse afastado do meio aberto. Com essa prática, que ainda persiste, tenta-se atender às demandas sociais de maior segurança, embora se obtenha apenas a diminuição pública da *sensação* de insegurança pública.

2. Insuficiência metodológica

Um dos mais graves produtos desses contextos foi a compreensão da execução da pena

privativa de liberdade conforme racionalidades lineares, nas quais o contexto ou o relativo são desconsiderados ou mal apreciados, fazendo com que a prisão seja vista como o remédio para as aflições sociais. Revelou-se clara a preferência pelo método cartesiano de tratar a execução penal e o encarceramento.

Esse método, evidentemente, tem-se revelado insuficiente. Não foi capaz de inspirar reflexões maiores sobre os objetivos da execução da pena privativa de liberdade. Pior, quando o fez, levou o intérprete a conclusões equivocadas, a relações e ilações indevidas. Tome-se como exemplo, entre tantos, o que ocorre com o tratamento dado pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) à insuficiência de vagas no regime semiaberto. Como se sabe, a progressão de regimes prisionais não admite saltos. Um preso que cumpre pena no regime fechado não pode passar diretamente ao regime aberto, devendo obrigatoriamente progredir, antes, para o semiaberto. Entretanto, não existem vagas suficientes nesse regime intermediário. Só são possíveis duas soluções: ou o sentenciado permanece no regime fechado enquanto não surge a vaga, ou é remetido pelo juiz ao regime aberto. A orientação pacificada no STF e no STJ é que haverá constrangimento ilegal caso o condenado aguarde no regime fechado. Conforme pesquisa que analisou mais de 550 acórdãos do TJSP, em 2011:

Das dezesseis Câmaras do TJ, a 1ª, 2ª, 7ª, 12ª e 16ª mostraram-se predominantemente favoráveis à determinação de alguma medida para fazer cessar o constrangimento ilegal de se submeter o sentenciado a regime mais grave do que o imposto na sentença. Isto é, a despeito do entendimento que vem se consolidando no STJ e no STF de que o apenado não pode aguardar vaga em regime mais rigoroso, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) apenas cinco das dezesseis Câmaras de Direito Criminal adotaram esse posicionamento como predominante (ISERI, 2012, p. 72).

Não raro, vincula-se a solução mais rigorosa e desfavorável ao sentenciado a questões de segurança pública. Assim, consigna o acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 0583209-58.2010.8.26.0000, da 3ª Câmara Criminal do TJSP, em 12/04/2011 que

não se mostra recomendável o seu imediato encaminhamento para P.A.D. ou regime aberto, mormente porque, além de desfavorecer o processo de reeducação, pode implicar risco social a colocação praticamente em liberdade de reeducanda cuja terapêutica penal não se sabe se foi por ela assimilada de modo a ser devolvida, de pronto, para o seio da sociedade, medida que exige maior cautela, a fim de que se evite comprometimento da segurança pública, seriamente abalada pela crescente onda de violência que toma conta das cidades brasileiras (SÃO PAULO, 2011).

Sobre os direitos discutidos na execução da pena de prisão, polarizando-os como direitos fundamentais (da pessoa presa) *versus* direito à segurança pública, serve de exemplo o acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 2014861-35.2015.8.26.0000, da 10ª Câmara Criminal do TJSP, em 05/02/2015:

A tensão entre o direito do paciente de ser transferido e a ausência de vagas adequadas no sistema prisional, por insuficiências ou deficiências estruturais da Administração Pública, não pode ser resolvida em prejuízo da sociedade em geral, em flagrante violação do mandamento constitucional de que todos têm direito à segurança e à ordem pública (SÃO PAULO, 2015).

Também, entre muitas decisões, no *Habeas Corpus* nº 0072242-69.2014.8.26.0000, da 16ª Câmara Criminal do TJSP, julgado em 16/12/2014, decidiu-se:

Com efeito, a questão é tormentosa, principalmente por cuidar de conflito de interesses primários: de um lado, o direito do sentenciado de cumprir a pena nos estritos limites da condenação, observados os incidentes da execução, e, de outro, o direito da sociedade à segurança e proteção do Estado (SÃO PAULO, 2014).

Na decisão acima citada, fica clara a polarização entre os direitos discutidos, a saber, de um lado a segurança da sociedade e de outro o direito à progressão.

O método usualmente empregado para tentar equacionar as intrincadas situações de execução penal gera a ilusão de que os direitos previstos na Lei de Execução Penal (LEP) são *benefícios* dos presos condenados, e não direitos. Em inúmeros pronunciamentos da jurisprudência consta que a progressão de regime prisional constitui um *benefício* do sentenciamen-

do, como se o mecanismo de passagem de um regime a outro fosse uma deferência ou um favor que o sistema penitenciário concede àquele que cumpre uma pena privativa de liberdade.

É perceptível não apenas o esgotamento do método cartesiano. Também é possível constatar que os operadores do direito sequer recorrem a conhecidos esquemas de hermenêutica, que pudessem dar alguma riqueza à apreciação dos casos. Não se observa, nem mesmo o uso das interpretações objetiva, subjetiva, teleológica, sistemática, histórica ou gramatical.

3. Processos comunicativos e direito

Diversos nomes foram cunhados para a sociedade contemporânea ou para o momento mundial: sociedade do risco (BECK, 1998), sociedade pós-moderna, modernidade amadurecida (GIDDENS, 1999), modernidade reflexiva (BECK; GIDDENS; LASH, 1997), sociedade da informação (CASTELLS, 2000) etc. Qualquer que seja o nome que se pretenda dar à sociedade contemporânea, fato é que a interpretação jurídica tradicional já não consegue dar respostas satisfatórias. Isso ocorre em razão das inusitadas e cambiantes situações que surgem todos os dias no palco da vida. Na feliz comparação de Giddens (1999, p. 59), “viver no mundo moderno é mais semelhante a estar a bordo de um carro de Jagrená em disparada do que estar num automóvel a motor cuidadosamente controlado e bem dirigido”.

Não é por outra razão que os métodos comunicativos têm ganhado espaço e simpatia entre os que se inquietam com o atual estado das coisas. Assim, por vezes, recorre-se à penetração da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas no campo jurídico; por outras tantas vezes, utilizam-se as bases da teoria de sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann.

Ainda que ambas as teorias sofram com as críticas que lhes são dirigidas, a dialética comunicativa metodológica proporcionada por suas propostas parece satisfazer às exigências para operar o direito hoje, uma vez que rejeitam apriorismos, realidades pré-determinadas e axiomas, abrem-se ao diálogo com as demais realidades e permitem a reordenação dos conhecimentos jurídicos e metajurídicos.

Também não é por outro motivo que o direito penal se vem “funcionalizando” e, com isso, tem-se tornado um direito penal 1) preponderantemente voltado para as consequências que provoca; 2) em busca de sua missão, e não mais dos fins da pena; 3) ponderador dos interesses em jogo; 4) previdente de perigos; e 5) promotor de programas flexíveis de decisão (HASSEMER, 1999, p. 32). Quanto ao sistema penal, tornou-se prioritário demonstrar que ele próprio desempenha satisfatoriamente suas funções, ao mesmo tempo produzindo resultados favoráveis e impedindo os desfavoráveis (HASSEMER, 1999, p. 35).

Seja Habermas ou Luhmann, nenhum deles está isento de críticas, e a polêmica entre ambos, por suas concepções, é conhecida. A maioria da doutrina aceita melhor o direito em Habermas. Aqui, ainda, preferimos Luhmann, devido a sua visão da sociedade como um sistema, sem resvalar na utopia em que Habermas acaba caindo quando fala sobre um consenso universal, ao qual chama de “U” universal (AMARAL, 2007, p. 140). Ademais, em Luhmann, “[...] ao menos no caso da teoria de sistemas, se refere sempre ao mundo real. O conceito de sistema significa, pois, algo que realmente é um sistema e, portanto, assume a responsabilidade da verificação de suas proposições em relação com a realidade” (LUHMANN, 1990, p. 41). Aqueles que rejeitam Luhmann o fazem geralmente por não conhecer a inteireza de sua obra, ou por conhecê-la mal (ALCOVER, 1993, p. 26-27).

4. Teoria de sistemas e direito

Expor detalhadamente a teoria de Niklas Luhmann nos limites deste trabalho seria impróprio devido à sua extensão e complexidade. Trata-se de uma teoria com pretensões de universalidade (LUHMANN, 1990, p. 47). Sugere-se a leitura do excelente resumo da teoria de sistemas de Luhmann feito por Ignacio Izuzquiza, em língua espanhola, na introdução à obra de Luhmann (1990), *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*.

Todavia, seria um erro metodológico deixar de discorrer aqui sobre a teoria de sistemas autopoieticos de Luhmann, mesmo que o façamos em termos muito resumidos, apenas para que possamos chegar a) aos conceitos de *complexidade*; b) aos mecanismos de *programa e código binário*; e c) até mesmo para provocar o leitor a aceitar a sugestão acima feita. Vejamos.

Para Luhmann, a sociedade é um sistema autorreferencial ou autopoietico, isto é, trata-se de um sistema que somente pode produzir operações na rede de suas próprias operações e, desse modo, o sistema produz a si mesmo (e não apenas suas estruturas), assim como um computador que fosse capaz de produzir o seu próprio programa, mas não pudesse criar-se a si mesmo. Logo, é o próprio sistema que determina o que é ou não relevante para si, não necessitando importar operações que se realizam no seu entorno. Um sistema, assim, apenas produzirá as operações que são necessárias para produzir mais operações (LUHMANN, 1996, p. 90). Com isso, opera-se na sociedade uma movimentação interna e fechada, que a faz vivamente referida a si mesmo, cada vez mais complexa e ao mesmo tempo retroalimentando-se dessa complexidade para tornar-se funcionalmente operante. Complexidade é a superabundância de relações, possibilidades e conexões, com tal intensidade que não é mais

possível uma correspondência biunívoca e linear de elemento para elemento (IZUZQUIZA, 1990, p. 16). O aumento da complexidade social produz subsistemas. Daí, existem os subsistemas político, educacional, jurídico, religioso, científico, econômico etc., sendo que um subsistema, ao tornar-se mais complexo, pode possibilitar a criação de outro(s) subsistemas(s). Isso não significa que a sociedade é um grande sistema formado por pequenos sistemas. A sociedade é o sistema, sendo que os subsistemas simplesmente existem como sistemas sociais diferenciados entre si que permitem acoplamentos estruturais entre si, por meio dos mecanismos de abertura/fechamento, sendo cada subsistema entorno em relação ao outro. É a diferença entre sistema/entorno que torna possível o sistema (LUHMANN, 1996, p. 97). Nesse esquema, a comunicação é a própria essência do sistema. É esta – a comunicação – a exata operação que realiza a autopoiese do sistema e que, desse modo, delimita o sistema em relação a todos os demais (LUHMANN, 1996, p. 217).

Cada sistema é diferenciado, portanto, em relação ao outro, operando com diferentes códigos, os quais

asseguram a unidade operacional do sistema, pois é a partir de sua especificidade que o sistema se distingue de seu entorno. Contudo, o código, por si só não permite que o sistema se feche, mas, sim, apenas que ele crie os enlaces de suas operações. É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. [...] Os programas servem à função do sistema (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 202).

Cada sistema possui um código binário, o qual dá sentido à comunicação (no sentido de fazer sentido). No caso do sistema jurídico, esse código é lícito/ilícito.

O direito é um sistema normativamente fechado; todavia, ao mesmo tempo, apresenta abertura cognitiva, isto é, não está isolado de seu entorno. Ao contrário, abre-se, seletivamente, para este, o que possibilita suas operações autorreferenciais.

Desse modo, o direito representa uma expectativa normativa generalizada. As normas “são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983, p. 57). Assim, quando alguém age contrariamente à norma, emite uma mensagem no sentido de que não reconhece aquela norma violada como válida. A interpretação jurídica resultante dos processos decisórios formais que vier a consolidar-se no caso concreto reafirma a validade da norma violada e atualiza

seu sentido. Com isso, mantém as expectativas sociais que recaem sobre o direito.

Diversos estudos propõem a aplicação da teoria de sistemas ao direito penal, e seus resultados afirmam que a função do sistema jurídico-penal é a estabilização de certas expectativas sociais, com a finalidade de que aqueles que participam da vida em sociedade possam estruturar sua conduta sem excessivos riscos de se frustrarem. Tais expectativas podem dirigir-se tanto aos outros participantes da vida em sociedade, como também ao próprio sistema (ROCHEFORT, 2005, p. 292).

A doutrina já responde à indagação sobre o que a teoria de sistemas pode oferecer à ciência do direito penal, asseverando que o benefício é a formação de uma dogmática jurídico-penal na qual é possível “uma heterodescrição científica da realidade social do direito penal, mantendo tal dogmática acessível também para a construção teórica interna ao direito”. Dois benefícios decorrem daí para a dogmática. De um lado, ela se torna “mais adequada à sociedade”. De outro, “ganha essencialmente em complexidade e profundidade teóricas, porque faz comparáveis hipóteses fáticas que até agora se consideravam incomparáveis” (BLECKMANN, 2005, p. 383).

5. O código binário da execução da pena de prisão: não dessocialização/dessocialização

A execução da pena privativa de liberdade tem um código binário bem definido. A pena em seu momento executivo é realizada numa instituição predominantemente fechada para o mundo exterior, cujos sujeitos passivos não têm controle sobre as decisões que são tomadas na governança institucional, com pouca ou nenhuma capacidade de enfrentar os riscos

criados pela ambiência. Logo, trata-se de uma população vulnerável inserida em uma instituição total (GOFFMAN, 1990).

Apesar desse contexto (instituição total + população vulnerável), o cumprimento da pena deve manter uma finalidade, para não se reduzir à mera expiação do delito, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito:

Atualmente, sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, não parece razoável a aceitação de uma perspectiva exclusivamente retributiva da pena, uma vez que sua racionalidade é abstrata, no sentido de realizar um ideal de justiça ou de recompor o direito enquanto sistema normativo abalado (SALVADOR NETTO, 2009, p. 214).

De modo geral, a finalidade que normativamente se admite como devida na fase de execução da pena de prisão é denominada ressocialização. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é direito interno no Brasil de hierarquia supralegal e infraconstitucional, conforme decidiu o STF no recurso extraordinário nº 466.343/SP e no *Habeas Corpus* nº 87.585/TO. Diz a CADH (1969), em seu art. 5º, § 6º, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. As expressões “reforma e readaptação social dos condenados” são claramente ideais reorientados à ressocialização.

A LEP, por sua vez, em seu art. 1º, usa a expressão “integração social”. Isso, contudo, não significa que não está presente o ideal de ressocialização. Ele está, pois a LEP deve ser interpretada à luz da CADH, que lhe é superior.

Seja como for, o ideal de ressocialização não é factível devido ao paradoxo da prisionalização. Como incutir novos ou diferentes valores de convívio social em quem está longe

da sociedade? De que modo se podem realizar ações de solidariedade ou integração social justamente para um ser humano que está afastado da sociedade pelos muros da prisão? E como seria possível impô-las contra a vontade do sentenciado? Disso resulta que todo tipo de encarceramento implicará algum grau de dessocialização.

A ressocialização exige sua própria ressignificação, pois não é um conceito que se sustenta em termos clássicos, nem ideais. Necessita de uma releitura:

O ponto de vista de como encaro o problema da ressocialização, no contexto da criminologia crítica, é aquele que constata – de forma realista – o fato de que a prisão não pode produzir resultados úteis para a ressocialização do sentenciado e que, ao contrário, impõe condições negativas a esse objetivo. Apesar disso, a busca da reintegração do sentenciado à sociedade não deve ser abandonada, aliás precisa ser *reinterpretada* e reconstruída sobre uma base diferente. Isso pressupõe, pelo menos, duas ordens de considerações (BARATTA, 1990, p. 150).

Tal releitura exige um conteúdo mínimo que seja factível mesmo estando o sentenciado atrás das grades e apartado da sociedade. Ademais, a ressocialização não pode ser compreendida como procedimento impositivo de valores devido à nossa opção política constitucional, que é a democrática.

O preso tem direito a um conteúdo mínimo de tratamento: o de não deixar a prisão em condições de socialização piores que aquelas do momento em que deu entrada no cárcere. Para que isso ocorra, é preciso: a) que a sociedade ingresse no cárcere, participando do cumprimento da pena; e b) que o recluso seja tratado com humanidade. Veremos tais ideias com mais desenvoltura no item seguinte.

Além disso, não se pode obrigar alguém a mudar seu modo de ser contra sua vontade. Portanto, a ressocialização somente pode ser um processo dialógico de convencimento, isto é, não uma imposição do Estado ao sentenciado, no sentido de tentar convencê-lo de que, no momento em que vier a obter sua liberdade, terá mais vantagens caso não volte a delinquir.

A afirmação de que se trata de um processo dialógico não significa que se trate de um procedimento exclusivamente verbal. É também, tanto quanto, um procedimento de ações voltadas à sociabilidade do sentenciado; por exemplo, com oferta de trabalho remunerado que possibilite sua continuidade em meio aberto, cursos profissionalizantes para serviços que tenham boa demanda de mercado, educação continuada etc.

Caberá exclusivamente ao sentenciado a decisão de acolher ou não os argumentos que lhe são colocados pela administração penitenciária e tentar não reincidir, com o suporte de políticas públicas voltadas ao egresso.

Assim, pode-se chegar à seguinte conclusão: o processo de ressocialização é uma atividade dialógica, de convencimento, e não de imposição de valores, que tem como conteúdo mínimo a preservação da sociabilidade originária do preso em relação ao momento de seu ingresso no estabelecimento penal.

Disso resulta que toda ação de ressocialização está regrada pelo código binário *não dessocialização/dessocialização*. A partir dessa premissa, também é possível concluir que as decisões judiciais proferidas nos processos de execução de pena privativa de liberdade devem ser regradas pelo mesmo código binário, de tal modo que somente se considerará *devido* o processo de execução cujas decisões sejam tomadas de acordo com esse código.

Conforme já se afirmou, todo código binário pede um programa, sob pena de inoperân-

cia sistêmica, uma vez que a execução penal se funcionalizaria em níveis inadmissíveis.

6. O programa da execução penal

A busca de um programa para o código binário *não dessocialização/dessocialização* parte do pressuposto de que a fase executiva da pena de prisão representa um momento da pena em dinamismo, diferentemente do momento em que foi aplicada, na qual foi apenas projetada com base nos fatos representados no processo criminal de conhecimento. A pena aplicada é, assim, apenas uma expectativa jurídica a ser cumprida. Uma expectativa legitimada pelo procedimento, mas, assim mesmo, uma expectativa.

Na fase de aplicação da pena privativa de liberdade, a racionalidade decisória é orientada conforme o fim de prevenção geral positiva (estabilizadora ou integradora). Tal concepção conta com a maior adesão e é a mais aceita. Afirma que o fim da pena é influenciar positivamente a sociedade para que cumpra as normas jurídico-penais e, assim, reforçar o sentimento social de respeito ao direito:

isto é, em qualquer caso, é uma proposta que desfruta enorme expansão posterior que a levou a converter-se na opção mais seguida pela doutrina moderna. Para tal crescimento, contribuiu, sem dúvidas, a crise da ressocialização e a pretensão de evitar, ou ao menos limitar, as antinomias e conflitos que se deram entre os distintos fins da pena – e, portanto, em cada um dos estágios desta – surgidos com as teorias ecléticas (MULAS, 2000, p. 61).

A pena dinamizada (em fase de execução) não pode receber a mesma apreciação e tratamento que a pena estática (cominada ou projetada). Essa diferença de tratamento dá-se não somente em razão do movimento, mas também em razão do sujeito passivo – antes réu e depois condenado. A pessoa em execução de pena *não é a mesma* que foi alvo das considerações feitas no momento da sentença penal condenatória, pois a passagem do tempo quase sempre opera modificações na maneira de o ser humano ver, compreender e agir no mundo. E, com mais intensidade, é também alguém modificado em relação ao momento da prática do delito.

Devido a esses fatos, a execução da pena privativa de liberdade não está mais preponderantemente orientada pela prevenção geral positiva. Opera-se uma modificação para a prevenção especial positiva, cujo conteúdo é a ressocialização. A prevenção especial positiva também

pode ser designada como prevenção de ressocialização. Essa, conforme acima alinhavado, tem um *conteúdo mínimo de não dessocialização* e um código binário correspondente:

Nessa esteira, atribui-se finalidades distintas a cada um dos três momentos – comunicação, aplicação e execução – do fenômeno penal: a finalidade utilitarista da ressocialização orientaria prevalentemente a fase executiva e mediatamente a fase de aplicação da pena, a retribuição legal e proporcional seria critério de limitação da fase aplicativa, e a prevenção geral justificaria a cominação (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 151).

Por último, na execução da pena passa totalmente ao primeiro plano a prevenção especial (ROXIN, 1999, p. 97).

Como acaba de se indicar, as teorias da prevenção especial da pena se elaboram visando o sujeito que delinuiu para tentar que não volte a fazê-lo. Por isso se entende que a prevenção especial não pode operar, como se fosse a geral, no momento da cominação legal, mas sim no da execução da pena (BEIRAS, 2006, p. 191).

Na fase de execução da pena privativa de liberdade, deve ser realizada delicada tarefa, que consiste em cumprir a sentença penal condenatória e, ao mesmo tempo, sobretudo observar o fim de prevenção especial positiva ou de ressocialização.

Dito de outro modo, a ordem de encarceramento contida na sentença penal condenatória deve ser cumprida de tal modo que seja preponderantemente realizada a atividade de não dessocialização. Delineia-se a equação que deve ser respeitada pela execução da pena de prisão: dar concretude à pena privativa de liberdade e ao mesmo tempo priorizar a ressocialização. Essa equação consiste no próprio programa a ser aplicado ao código binário.

Sem dúvida, é uma tarefa das mais difíceis no direito. De um lado, a efetivação do encarceramento preserva a confiança social no sistema de justiça e, afinal, no próprio ordenamento jurídico, pois a sociedade percebe que o poder público é capaz de cumprir o ordenamento jurídico. De outro lado, concretiza-se o fim de ressocialização, atribuindo-se uma finalidade lógica à execução da pena privativa de liberdade, que consiste em não permitir que o sentenciado deixe a penitenciária em condições de sociabilidade mais negativas que aquelas de sua entrada na prisão.

Sublinhe-se, contudo, que a atividade de ressocialização ou de não dessocialização consiste no limite do encarceramento, pois prepondera sobre este. A manutenção do sentenciado na prisão deverá ter em conta que não poderá ser realizada em tal nível que piore sua sociabilidade. Isso também comprometeria a expectativa social de validade do sistema de justiça penal, que produziria mais resultados negativos que positivos.

O fato de a atividade de ressocialização impor limites ao encarceramento traçado pela sentença penal condenatória não deve causar espanto. A pena estática, isto é, a aplicada na sentença penal condenatória já nasce sabendo que sofrerá alterações, seja por sua diminuição em tempo efetivo ou modificações em termos de ambulatorios. Isso significa que a pena privativa de liberdade aplicada será inexoravelmente alterada em quantidade (por exemplo, por meio da remição) como também em amplitude de locomoção (por exemplo, por meio da progressão de regime ou do livramento condicional).

A pena, portanto, não é uma certeza matemática. É uma certeza funcional. Não cumpre uma inexorável conta aritmética. Cumpre uma inexorável exatidão funcional.

7. A ressocialização ou a não dessocialização

Afirma-se correntemente que a execução penal é uma das áreas mais espinhosas do direito, devido às situações inusitadas e às duras realidades que expõe. Isso não significa que tais realidades sejam insolúveis. Aliás, essa é uma das vantagens do uso da teoria de sistemas autopiéticos, a qual apresenta pretensões de universalidade e permite reduzir complexidades sistêmicas empregando os mesmos mecanismos em qualquer que seja o (*sub*)sistema social em consideração.

Para que as complexidades da execução da pena de prisão sejam reduzidas, é necessário delimitar melhor o conteúdo da ideia de *não dessocialização*. Assim, quando se afirma que o conteúdo mínimo na ressocialização é o direito do apenado a não ser dessocializado, não se está a afirmar que se trata de uma atividade neutra ou vazia de conteúdo que consista na

abstenção de atos. Isso poderia esvaziar o sentido da pena em execução e, inclusive, reduzi-la ao mero retribucionismo.

A atividade de não dessocialização é intensa, positiva e deve levar em conta a natureza gregária do ser humano. Assim, os mecanismos que permitem a não dessocialização do condenado consistem: a) na promoção da participação da sociedade no cumprimento da pena; e b) no tratamento humano do preso.

Vejamos a primeira.

As atividades capazes de levar a comunidade ao cárcere, participando ativamente da execução da pena de prisão, consistem num mandamento que ocupa posição tópica na LEP, cujo art. 4º determina que o Estado “deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena”.

Ao utilizar a expressão “deverá recorrer à cooperação da comunidade”, a LEP impõe ao Estado o dever de criar, desenvolver e fomentar programas de solidariedade social, em busca de ações solidárias voltadas aos presos e às prisões, sob pena de deslegitimar e deslegalizar a execução penal.

Esse mandamento, por sua vez, decorre da orientação geral contida nas Regras Mínimas para o Tratamento do Recluso, cujo art. 61 assevera que:

O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas (NAÇÕES UNIDAS, 1955).

O sentido inverso do contato entre cárcere e sociedade também é válido e, mais que isso, é devido. Isto é, a administração penitenciária-

ria também deve promover atividades para os condenados realizarem extramuros, as quais permitam que os sentenciados saiam da unidade prisional, para determinadas atividades de contato social e familiar.

As ações de aproximação sociedade-cárcere são, também, funções que a doutrina reconhece como indispensáveis para o cumprimento minimamente honesto e coerente de uma pena privativa de liberdade.

Sobretudo, é importante, primeiramente, a abertura do cárcere para a sociedade, inclusive por meio de colaboração das entidades locais e, mais ainda, mediante a cooperação dos detentos com as organizações do movimento obreiro, com o fim de limitar as consequências que a instituição carcerária acarreta na divisão artificial de classe, de recolocar o condenado na classe, e por meio do antagonismo da classe, na sociedade (BARATTA, 2004, p. 216).

Vejamos o segundo mecanismo: o trato humano da pessoa encarcerada, cuja efetivação é essencial para que não se promova a sua dessocialização. A pessoa presa deve ser tratada com dignidade humana, assegurando-se atenção à saúde, alimentação adequada, manutenção dos vínculos familiares, educação, ao trabalho etc. As garantias constitucionais e as assistências previstas na LEP cumprem essa função quando são efetivadas.

Basta um só tratamento indigno, para que o ser humano encarcerado imediatamente seja colocado na zona perigosa da dessocialização.

Em conclusão, o conteúdo da atividade de não dessocialização consiste em ações de solidariedade social voltadas ao cárcere (intra ou extramuros) associadas ao tratamento humanitário digno. Sempre que esses vetores não forem cumpridos haverá atividade de dessocialização e, como tal, o programa não se cumpre, pois apenas será realizado no modo

encarceramento, isto é, apenas será realizado o cumprimento matemático da pena privativa de liberdade projetada pela sentença penal condenatória. E isso não é lícito.

O trato humanitário e as atividades de aproximação cárcere-sociedade, além de não permitirem a dessocialização, também estimulam a sociabilidade. E então, qualquer acréscimo de sociabilidade será um ganho. Conforme já dito, a aderência a novos valores de sociabilidade ou de melhor convívio social é uma decisão que cabe exclusivamente ao condenado. Todavia, estarão presentes as condições para a sua tomada de decisão.

8. Mecanismos de compensação

Sempre que não estiverem sendo aplicados o código binário e o programa devidos na execução penal, o sistema deverá recorrer a medidas compensatórias, isto é, o encarceramento deverá sofrer medidas que compensem a disfuncionalidade sistêmica, as quais poderão ser de três ordens: 1) diminuição da pena quantitativamente (redução nominal do tempo); 2) alteração do modo de cumprimento, inserindo o condenado em maiores espaços deambulatórios (por exemplo, por meio da colocação do sentenciado em regime aberto ou livramento condicional); 3) extinção da pena. As duas primeiras medidas podem ser combinadas, isto é, pode haver redução nominal do tempo de pena e concomitante inserção do sentenciado em âmbitos mais abertos para cumprimento de pena.

Tais compensações permitem que o mandamento contido na sentença continue sendo perseguido seriamente, sem significativa perda de confiança social no sistema de justiça.

A aplicação dessas medidas ao direito da execução penal tem como marco inicial um

mecanismo universal da ciência do direito, qual seja, o de compensações. É de conhecimento comezinho e principiológico que toda ação praticada em desacordo com a norma jurídica gera um fato desajustado que deve ser recomposto. Por exemplo: aquele que colide seu veículo com o de outro deve pagar o prejuízo sofrido por quem não deu causa ao acidente. Dessa lógica não escapa o direito da execução penal. Aquele que cumpre a pena privativa de liberdade em desacordo com as normas constitucionais e legais que asseguram a *ressocialização* ou a *não dessocialização* e o *trato humano* devem ter compensadas suas situações.

Os mecanismos de compensação correspondem àquilo que a teoria clássica classificaria como sanção pelo descumprimento da norma.

Sob o aspecto legal, tais mecanismos estão implicitamente positivados no artigo 185 da LEP, o qual prevê as figuras do “excesso ou desvio de execução”, sem, todavia, dizer do que se trata.

As compensações podem chegar ao extremo da extinção da pena privativa de liberdade, por exemplo, por excesso. Alguém duvidaria de que uma presa gestante que aborte por falta de acompanhamento pré-natal (que deveria ser dispensado pela administração penitenciária) deva ter sua pena declarada cumprida por ter sofrido sanção muito mais severa (em verdade, cruel) que aquela desenhada pela sentença penal condenatória?

A desconfiança no sistema de justiça não ocorre somente quando não se cumpre a ordem de prisão contida na sentença penal condenatória. Ela também ocorre – e talvez com maior intensidade – quando a sociedade percebe que o sistema de justiça não é capaz de realizar a execução da pena de prisão cumprindo o programa de ressocialização (solidariedade social + tratamento humanitário). Não passa ao largo de uma simples reflexão que o tratamento desumano gerará mais violência que paz social e, por isso, será contraproducente e mais oneroso socialmente.

Os fatos geradores que autorizam a compensação têm fundamento no demérito do Estado, por ação ou omissão. São fatos cuja responsabilidade é da administração penitenciária, os quais geram compensação sobre a pena. É o caso, por exemplo, do sentenciado que cumpre pena em um *container* superlotado.

As espécies de mecanismos de compensação não estão expressamente previstos na LEP. Para as inusitadas (e frequentes) situações provocadas pela incapacidade da administração penitenciária cumprir a Constituição Federal e a LEP, caberá ao juiz da execução penal usar seu prudente arbítrio e criatividade, a fim de dar a solução adequada, em regular processo de excesso ou desvio de execução.

Diante das situações em que o preso condenado estiver sofrendo dessocialização, o juiz deverá aplicar, assim, uma das três formas de

compensação citadas. Por exemplo, poderá conceder o regime aberto ou o livramento condicional antecipados, prisão domiciliar humanitária, remição da pena fora dos casos legalmente previstos, extinção da pena por tratamento cruel ou desumano etc.

A aplicação desses mecanismos pelo juiz não deve causar espanto. Como já dito, a pena aplicada é apenas um projeto, uma expectativa a ser cumprida, congenitamente concebida com a consciência de que sofrerá alterações. Ademais, é exatamente para isto que existe a figura do juiz da execução penal: garantir os direitos dos presos.

Se houvesse que ser concentrada a determinação da natureza primordial da função jurisdicional do Juiz de Vigilância Penitenciária em um adjetivo paradigmático que a definisse, este deveria ser sem nenhum gênero de dúvidas o de 'tutelar'. Esta acepção condensa exemplarmente a razão de ser, a natureza, a orientação e o funcionamento de dito órgão jurisdicional, e não poderia ser outra, a fim de dar resposta a todas as facetas de sua fisionomia, que a tutela dos direitos coletivos dos apenados reclusos em estabelecimentos penitenciários (DIZ, 2002, p. 121).

Em conclusão, as medidas compensatórias incidentes sobre a pena privativa de liberdade são legitimadas por um mecanismo universal de adequação do fato ao direito. Esse mecanismo empresta tamanha força ao programa da execução penal, que o torna capaz de alterar severamente o conteúdo prisional da sentença penal condenatória, até a própria aniquilação desse conteúdo, em casos extremos. Caberá ao juiz da execução penal efetivar tais mecanismos.

9. Consequências para a realidade brasileira

Os mecanismos compensatórios não são desconhecidos dos tribunais brasileiros. O STF e o STJ, por exemplo, têm admitido a possibilidade de concessão de prisão domiciliar humanitária quando o condenado está acometido de doença grave que necessite de tratamento médico em unidade hospitalar adequada ou que não possa ser oferecido no estabelecimento prisional.

Mais recentemente, o STF já acena com a possibilidade de aplicação de redução nominal da pena, numa espécie de remição por desumanidade carcerária, conforme voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, proferido em 6 de maio de 2015.

De maneira geral, as medidas de compensação ainda não são empregadas de modo uniforme e coerente, isto é, como ferramentas universais

para a correção das anormalidades do sistema penitenciário, mas aleatoriamente ou em casos emblemáticos que ganham repercussão midiática.

A falta de uniformidade na aplicação dos mecanismos de compensação conduz a graves incoerências. Veja-se, assim, que o sistema de execução penal previsto pela LEP pressupõe uma organicidade ideal, isto é, que tudo o que ela prevê esteja sendo cumprido. Portanto, que todas as garantias e direitos dos presos sejam respeitados e efetivados. Uma vez que, no plano da realidade, os fatos revelam aprisionamentos desumanos e dessocializadores, não é jurídico exigir do preso o bom comportamento prisional como fator para obter progressão de regime. Como exigir o chamado *requisito subjetivo* para a progressão de um indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em condições absolutamente divorciadas não somente do sistema concebido pelo ordenamento jurídico, mas também divorciadas do minimamente razoável?

Salvo raras unidades prisionais, a consequência da amarga realidade prisional brasileira é a ilicitude da exigência de bom comportamento carcerário do condenado como requisito de progressão. Essa conduta meritória somente poderia ser devida se o sistema estivesse operando conforme foi previsto pela LEP. É uma ingenuidade achar que um preso que cumpre pena em uma cela com mais 30 pessoas (embora a capacidade seja para 10), que dorme ao lado de uma latrina fétida e imunda, com variados e diversos insetos no mesmo local, sujeito quase sempre a um líder de ala ou pavilhão, teria bom comportamento durante a vida intramuros.

Tampouco se pode exigir exame criminológico. A discussão que se travou poucos anos atrás sobre a possibilidade de ser exigido esse exame passou longe do método devido.

Tal exame não pode ser exigido em unidades prisionais que não cumprem a Constituição Federal e a LEP porque, em se tratando de uma prova técnica, sempre apresentará um resultado corrompido, devido à inexistência de funcionalidade do sistema de execução da pena de prisão. Estando o meio corrompido, por exemplo, por precária assistência à saúde ou devido às inúmeras consequências decorrentes da hiperlotação, é evidente que o indivíduo que cumpre pena em tal meio refletirá as comunicações trocadas nessa ambiência. Um exame criminológico que fizesse qualquer diagnóstico sobre a pessoa que vive nesse meio só poderia exibir um resultado equivocado.

Conclusão

A apreciação do direito da execução da pena privativa de liberdade à luz da teoria de sistemas autopoiéticos remete a reflexões profundas sobre o que se considera lícito e ilícito nesse campo jurídico.

A prática de atos de administração penitenciária e de atos processuais conforme o código binário dessocialização/não dessocialização e orientada pelo programa de aproximação cárcere-sociedade e de trato humanitário faz cumprir a coerência projetada para o sistema prisional. Essa coerência efetivada aumentaria a confiança social no sistema de justiça, uma vez que a sociedade o perceberia como capaz de produzir mais resultados positivos que negativos. É bem verdade que as ordens de prisionalização contidas em inúmeras sentenças penais condenatórias seriam flexibilizadas, em alguns casos, até o extremo. Todavia, os mandamentos prisionais contidos nessas sentenças já são concebidos cientes de que serão alterados.

O STF já acena nesse sentido. É o que se pode verificar no voto do Ministro Luís Ro-

berto Barroso, consignado no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, datado de 6 de maio de 2015, no qual sugere a redução nominal da pena por motivo de condições desumanas de encarceramento.

Para que essas alterações possam ser feitas sobre a pena, é preciso recorrer aos expedientes de excesso ou desvio de execução, nos quais o juiz das execuções penais aplicará mecanismos de redução nominal do tempo de pena, alteração da ambiência prisional para contextos de maior liberdade ou extinção da pena. Por mais de uma vez, os tribunais superiores já reconheceram que os direitos humanos se colocam acima da ordem de encarceramento contida na sentença. Falta, apenas, sistematizar tais orientações, para que não sejam usadas em casos esparsos ou casuais. Todavia, não se pode perder de vista que esse “apenas” que resta por fazer implica firme vontade de política criminal e penitenciária.

Sobre o autor

Cláudio do Prado Amaral é doutor em Direito Processual Penal e em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do doutorado, mestrado e da graduação da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Criminal e Vara da Infância e da Juventude de São Carlos, SP, Brasil.
E-mail: cpamaral@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

A NEW METHOD FOR THE EXECUTION OF THE CRIMINAL PENALTY OF IMPRISONMENT

ABSTRACT: The study says the precarious situation of the prison system is due in large part to the insufficiency of the linear or cartesian method used by lawyers when dealing with respective issues. From this point, the article proposes the establishment of a certain systemic method to the execution of the sentence of imprisonment law, namely, that the theory of autopoiesis systems of Niklas Luhmann. Thus, it asseverates that the right is formed by communication processes, to be worked out based on the conceptual elements of self-referential systems. This made it possible to elect a specific binary code to the execution of the imprisonment law, without abandoning the ideal of rehabilitation, and nevertheless giving new meaning to it, in order to give you the sense of not desocialization. And similarly, finding a corresponding program for this binary code. The use of this method enables the re-socialization deficits suffer the action of compensatory mechanisms, which may result in the reduction of the sentence quantitatively (nominal reduction of the penalty time), changing the mode of compliance or termination of the sentence.

¹ Sem revisão do editor.

KEYWORDS: IMPRISONMENT EXECUTION. METHOD. SYSTEMIC METHOD. NIKLAS LUHMANN.

Referências

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Bosch: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1993.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM [no 44], 2007.

BARATTA, Alessandro. Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado. In: OLIVEIRA, E. (Coord.). *Criminología crítica*. [Fórum Internacional de Criminología Crítica]: 141-157. Belém: CEJUP, 1990.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

BECK, Ulrich. *Sociedade del Riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo, Editora UNESP, 1997.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciária*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

BLECKMANN, Frank. Derecho penal y teoría de sistemas. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. (Colección Estudios de Derecho Penal).

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 1984.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). San José de Costa Rica, em 22 out. 1969.

DIZ, Fernando Martín. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada: Comares, 2002. (Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, v. 6).

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. São Paulo, Editora UNESP, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 3. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990.

HASEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ISERI, Amanda Yumi. *Pesquisa: posicionamentos do STF, STJ e TJSP sobre a falta de vagas no regime semiaberto*. 2012. Dissertação (Monografia) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-51-40/pesquisas-publicadas/22-pesquisa-posicionamentos-do-stf-stj-e-tjsp-sobre-a-falta-de-vagas-no-regime-semiaberto>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedade y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990. (Colección Pensamiento Contemporáneo, v. 8).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*: I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Universitário, 75. Estudos alemães).

_____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990. (Colección Pensamiento Contemporáneo, v. 8).

_____. *Introducción a la Teoría de Sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. 1. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, Antropos, 1996.

MIOTTO, Armida Bergamini. Direito penitenciário, lei de execução penal e defensoria pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 794, dez. 2001.

MULAS, Nieves Sanz. *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: COLEX, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*. 1955. [Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social 1955].

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: es el problema de la legitimidade abordable desde una perspectiva sistémico-construtivista? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. (Colección Estudios de Derecho Penal).

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1: fundamentos: la estructura de la teoría del delito.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0583209-58.2010.8.26.0000*. Relator: Ronaldo Sérgio Moreira Silva. DJ, 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?jsessionid=4A62A4DC5C25D15AF909A9E86A557CCE.cjsg3?nuProcOrigem=05832095820108260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 16ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 0072242-69.2014.8.26.0000*. Relator: Otávio de Almeida Toledo. DJ, 16 dez. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=00722426920148260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus n. 2014861-35.2015.8.26.0000*. Relator: Nuevo Campos. DJ, 5 maio 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=20148613520158260000&nuRegistro>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais

Uma abordagem analítico-normativa

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA

Resumo: Os tratados sobre direitos humanos podem ser introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de Emenda Constitucional ou como os demais tratados internacionais. O presente estudo analisa o lugar desses tratados na ordem jurídica, verificando sua qualificação dogmática diante da hierarquia das normas, no intuito de averiguar o modo de resolução de eventuais conflitos entre eles e as diversas espécies normativas.

Palavras-chave: Constitucional. Hierarquia das normas. Tratados de Direitos Humanos. Supralegalidade.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a categoria tratado internacional e seu lugar no sistema jurídico brasileiro. Deve-se advertir que não se trata de um trabalho veiculado por um internacionalista ou por um estudioso de direitos humanos, mas de um normativista. Esta será a análise ultimada.

Pretende-se abordar o tema da inserção dos tratados de direitos humanos numa perspectiva normativa com ênfase no aspecto sintático, embora o semântico e o pragmático, por certo, ocasionalmente sejam mencionados. A influência de Hans Kelsen é flagrante, dada a contribuição do autor austríaco à análise escalonada do sistema jurídico, bem como sua visão de norma jurídica – além, claro, da influência do seu pensamento sobre o modo de pensar deste articulista.

O artigo será desenvolvido sob a seguinte sistemática. O primeiro item terá por função fixar algumas premissas que servirão de fio condu-

Recebido em 29/4/15

Aprovado em 29/5/15

tor do que será desenvolvido neste ensaio. No segundo item, a análise voltar-se-á para os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária, enfatizando-se a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP, que diferenciou, do ponto de vista normativo, os aludidos tratados das demais leis, bem como o modo como estes são inseridos no ordenamento jurídico do País. Neste ponto, destacam-se: a questão da inserção de nova categoria introdutória de normas jurídicas, as leis supralegais, bem como sua eficácia impeditiva, já que esta tem o condão de suspender, de certa forma, o efeito de norma constitucional. Além disso, será efetuada uma pequena abordagem do controle daqueles tratados, sem pretensão de exaurir o tema, já que se busca trazer para o debate, sob um prisma formal, alguns problemas da atual conjuntura constitucional. O último item tem por objeto a possibilidade de o Poder Constituinte Reformador inserir no sistema nova cláusula pétrea. Esta discussão é relevante no intuito de situar normativamente os tratados de direitos humanos, que, uma vez inseridos via Emenda Constitucional, veiculam direitos e/ou garantias fundamentais.

Eis a proposta e o caminho a ser trilhado. Cumpre lembrar que as opiniões aqui lançadas não são verdadeiras nem falsas, mas apenas uma forma de ver o mundo.

1. Estabelecendo algumas premissas

Ao se referir ao Poder Constituinte, Carlos Ayres Britto fez questão de salientar a necessidade de se delimitar as linhas que o separam do Poder Reformador. Lança assim as seguintes ponderações: “[...] o Poder Constituinte é o poder de dispor sobre o todo da Constituição, e não menos; o Poder Reformador (que é um poder estatal, e, portanto, constituído) é o poder de dispor sobre partes da Constituição, e não mais” (BRITTO, 2003, p. 47-48).

Acrescenta que o Poder Constituinte impede que o mundo jurídico mude por conta própria “a ponto de dar a si mesmo um novo começo” (BRITTO, 2003, p. 48). Desse modo, não pode o constituído tornar-se constituinte. Essas premissas fixadas no trabalho de Alf Ross (1993) e de Carlos Ayres Britto nortearão algumas das linhas neste trabalho.

Para que o Poder Constituinte Originário seja preservado em nosso sistema, devem-se respeitar as denominadas cláusulas pétreas, entre as quais estão os direitos e as garantias fundamentais. Só com a delimitação dos contornos do que sejam tais cláusulas é possível demarcar a competência do Poder Reformador.

Outro ponto relevante é entender como se insere no sistema jurídico a categoria “supralegalidade”. Trata-se de uma lei abaixo da Constituição e acima das demais leis? A resposta a essa questão repercute no modo como se compreende o ordenamento pátrio. Significativa, no caso, é a concepção kelseniana relativa à função criativa do ato de aplicar o direito, segundo a qual um ato de cognição se entrelaça a um ato de vontade gerativo de novas significações (KELSEN, 1979, p. 462-473), já que coube ao STF abrir novas veredas.

Tais linhas permearão estes apontamentos de perfil analítico-normativo, a começar pela análise dos tratados de direitos humanos, inseridos de forma ordinária na ordem jurídica¹. Serão objeto de averiguação no item 3 deste trabalho os tratados veiculados conforme o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (CF), com a redação estipulada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

2. Tratados de direitos humanos aprovados pela via ordinária

2.1. Natureza jurídica: legal, constitucional ou supralegal?

Inicialmente, com relação aos direitos e garantias fundamentais, um problema de demarcação surgiu por conta da estipulação contida no art. 5º, § 2º, da CF: “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” (BRASIL, 1988).

¹ Qualifica-se como forma ordinária o modo comum de admissão de tratados no ordenamento jurídico, já que a EC nº 45/2004 estabeleceu uma forma especial de inserção desses instrumentos normativos.

Esse dispositivo levou à interpretação de que havia uma abertura formal para inclusão de novos direitos e garantias fundamentais, sem a via da Emenda Constitucional e, por consequência, de novas cláusulas pétreas, além das fixadas pelo Poder Constituinte Originário. Seria uma forma flexível de alterar o sistema constitucional quanto aos direitos e garantias fundamentais. Essa corrente exegética passou a reputar como normas constitucionais os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Neste trabalho, opta-se por outro caminho hermenêutico, em que se enfatiza a supremacia da Constituição (BOMFIM, 2008, p. 31-34). Na realidade, o Poder Constituinte Originário não criou uma forma simplificada de alteração da Constituição, apenas deixou claro que o rol de direitos e garantias fundamentais catalogados no art. 5º da CF não era *numerus clausus*. Esse é o entendimento que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Poder Reformador, que fez incluir uma nova maneira, mas não a única, de introdução dos tratados de direitos humanos no sistema pátrio. Deve-se salientar que, antes do aludido julgamento, havia na doutrina o entendimento de que lei federal teria o condão de revogar disposições inseridas em tratados ratificados, já que estes não gozavam de primazia sobre aquela (REZEK, 1998, p. 102-105). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também seguia o mesmo entendimento².

Com relação ao entendimento perfilhado pelo STF, o caso emblemático é o que teve por objeto de análise o Pacto de San José da Costa Rica³, no RE 466.343/SP, quanto à prisão civil do depositário infiel. Como se sabe, esse tratado versa sobre direitos humanos. A decisão

² Ver Brasil (2003).

³ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

veiculada naquele julgado definiu como “supralegal” esse ato internacional, nos seguintes termos:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.460/2002). (BRASIL, 2009).

A definição posta na decisão é a que melhor se coaduna com a nossa ordem jurídica? Pode ser. Contudo, outra possibilidade pode ser construída. É o que se propõe de forma sintética no próximo subitem.

2.2. Supralegalidade e sua inserção no sistema jurídico pátrio

Deve-se destacar que a estipulação lançada na fundamentação em recurso extraordinário não prescreve, mas indica o modo como o julgador chegou à decisão. Fundamentação, no caso, não prescreve, descreve, ainda que para cumprir estipulação normativa – obrigatoriedade de fundamentar (art. 93, IX, da CF) (SILVA, B., 2007). Por ser descritiva, submete-se ao juízo de verificação verdade-falsidade típico das ciências. Por essa razão, pode-se criticar o sentido do termo supralegal do ponto de vista descritivo, já que, do ponto de vista prescritivo, a discussão ficaria para o âmbito de validade-invalidade, que não é pertinente aos limites deste texto.

Pode-se afirmar que, com relação ao adjetivo “supralegal”, percebe-se que foi utilizado, naquela decisão do STF, com o intuito de indicar uma relação hierárquica; no caso, a relação de hierarquia entre os tratados de direitos humanos ratificados da forma comum e as demais leis do País.

A ideia difundida não parece ser a que melhor se amolde ao sistema pátrio. Por isso se propõe outra interpretação, sem que isso venha de alguma forma alterar as consequências da decisão do STF, mas tão só lançar uma descrição mais condizente com a estrutura vigente.

A nova leitura impõe-se pelo fato de que a existência de uma instância hierárquica diferente implicaria a adição de um novo degrau no

sistema escalonado difundido por Hans Kelsen. Até aqui, nenhum problema. A questão é que a inserção de novo patamar, entre a Constituição e as demais leis infraconstitucionais, implicaria admitir que a norma denominada “supralegal” funciona como fundamento de validade das leis que lhe são subalternas. Isso é o que decorre do ensinamento de Hans Kelsen sobre a matéria. A citação, embora longa, esclarece o que se pretende defender:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (KELSEN, 1979, p. 310).

Assim, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções retirariam seu fundamento de validade dos tratados sobre direitos humanos. Não parece ser esta a melhor interpretação, pelo que se prefere abandoná-la. Mas qual seria a construção hermenêutica apta a solucionar de forma sistêmica o aludido problema? No caso, seria inserir os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária como uma nova categoria ao lado das demais, mas com competência concorrente ante os outros instrumentos de introdução de norma jurídica; em vez de pô-la em outro degrau, colocá-la ao lado. Justifica-se.

A supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos ratificados de forma ordinária resulta numa espécie diferenciada de competência concorrente, pois sua existência não impediria, por exemplo, que outro instrumento introdutor de normas veiculasse, em sua omissão ou ausência, regulação sobre direitos humanos. Assim, o legislador infraconstitucional é livre para regular a matéria, desde que não haja estipulação em tratado, mantendo-se uma competência concorrente cumulativa ou plena (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 815). Regular em lei o que já está regulado em tratado teria a mesma consequência de uma matéria reservada a lei complementar ser veiculada por lei ordinária. Não há um problema de hierarquia, mas de competência. Um conflito de legalidade.

A diferenciação na competência concorrente aplicada aos tratados de direitos humanos decorre do fato de que a superveniência do tratado não torna ineficaz a disposição da outra lei, mas a revoga, como assentou a decisão do Supremo Tribunal Federal. Aqui não se aplicaria

a disposição do art. 24, §4º, da CF⁴. Tampouco o disposto no art. 24, §1º, da CF/88⁵, dado que não se trata de vínculo entre lei federal e estadual, mas de instrumentos normativos emanados da esfera federal.

Outro argumento apto a justificar a inserção horizontal dos tratados supralegais é o fato de não existir, no sistema jurídico nacional, um controle de supralegalidade, ao modo do controle de constitucionalidade e de legalidade. Assim, não sendo categoria de nível constitucional, submete-se ao controle de legalidade típico dos demais instrumentos primários infraconstitucionais de inovação da ordem jurídica (CARVALHO, 2004).

Por essas razões, opta-se por entender que os tratados supralegais são instrumentos primários de inovação da ordem jurídica ao lado dos demais instrumentos de igual função. Todos submetidos ao estatuído pela Constituição Federal vigente.

2.3. Revogação dos tratados supralegais

Pode-se questionar sobre que instrumento é apto a revogar um tratado supralegal. Como há matéria própria, fica evidente que, assim como uma lei ordinária não pode revogar uma lei complementar, um tratado não pode ser revogado por outra lei ordinária ou complementar, por exemplo. Entretanto, os tratados não são imutáveis. Podem-se vislumbrar três formas possíveis de revogação.

A primeira maneira é a denúncia, forma normal de revogação de tratados, sendo um ato de competência exclusiva do Chefe do Exe-

⁴ Art. 24, § 4º, da CF: “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia a lei estadual, no que lhe for contrário” (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 24, § 1º, da CF: “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (BRASIL, 1988).

cutivo (WEIS, 1999, p. 35). Corta-lhe a vigência, apresentando conteúdo negativo.

Outra forma é a inserção de outro tratado supralegal no sistema. Nesse caso, pode haver a revogação expressa ou tácita (critério cronológico ou da especialidade). A respeito da revogação tácita, Gabriel Ivo constata que ela é subjetiva, só verificável no ato de aplicação, ou seja, no caso concreto (IVO, 2006, p. 104-111).

A EC também aparece como uma forma de se retirarem do sistema disposições de tratados supralegais ou até mesmo ele próprio. Talvez este seja o modo mais eficiente e prático de modificá-las.

À exceção da denúncia, os outros modos são capazes de reintroduzir a eficácia da prisão do depositário infiel. Ou seja, a sistemática eleita pelo STF acabou por estipular uma alta restrição à discricionariedade do Legislativo. Ressalta-se que a Corte Suprema não elaborou a partir do nada, mas do produto veiculado pelas instâncias competentes que ratificaram o tratado, bem como editou a EC nº 45/2004, conferindo novo estatuto aos tratados de direitos humanos, como bem salientou Gilmar Ferreira Mendes em seu voto.

2.4. Conflito entre tratado supralegal e demais leis federais

Como já adiantado no subitem 2.2., não há uma relação de hierarquia entre as leis federais e os tratados supralegais. Assim, o conflito possível será no campo da matéria. Isto é, se a matéria trata de direitos humanos, a primazia sempre será dos tratados, embora a legislação comum possa versar sobre ela complementando, sem restringir, aditando ou inovando. Exercício, pois, de uma competência concorrente diferenciada ou *sui generis*.

Uma questão que se põe é: se a legislação interna é mais benéfica que a supralegal, qual

prevalece? Uma saída seria adotar a sistemática de que a lei melhor deveria prevalecer, já que o tratado de direitos humanos não poderia ser empecilho ao exercício pleno de direitos, que pela conjuntura internacional dos países signatários não puderam avançar tanto como na legislação interna, livre das ingerências de cada Estado, no jogo de força internacional. Outra solução seria aplicar a primazia dos tratados supralegais sobre a legislação interna, mesmo que na lei local a disciplina sobre a matéria seja mais benéfica.

Duas soluções possíveis. Opta-se pela segunda. A escolha da primazia dos tratados internacionais, como deixou assentado o STF, foi decorrência do próprio texto constitucional originário (art. 5º, § 2º, da CF)⁶, conjugado pela opção do Poder Reformador, que inseriu o parágrafo terceiro no artigo quinto da Constituição, reforçando o papel dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico.

Ou seja, há uma nítida direção para o instrumento, a forma. Ademais, esta interpretação reforça a ideia de compromisso internacional em defesa dos direitos humanos, firmado pelo País no plano externo, catalogado pelo Poder Constituinte Originário como princípio regente das relações do Brasil com outros Estados (art. 4º, II, da CF)⁷.

Não se descarta a primeira possibilidade, até porque, em um trabalho de orientação kelseniana, o que menos se espera é uma interpretação correta. Os sentidos diversos são sempre possíveis. No entanto, a primeira opção não

⁶ Art. 5º, § 2º, da CF: “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” (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 4º, II, da CF: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II- prevalência dos direitos humanos” (BRASIL, 1988).

parece ser a que melhor se coadune à sistemática estabelecida no ordenamento vigente.

No plano interno, o conflito entre tratados supralegais e demais instrumentos normativos ou até mesmo entre dois ou mais tratados supralegais deve ser resolvido em última instância, via recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, “a”, da CF)⁸, pois o tratado supralegal não é Constituição, tampouco é superior às demais leis do sistema.

2.5. O art. 5º, LXVII, da CF e o Pacto de San Jose da Costa Rica (tratado supralegal)⁹

Neste momento, é necessária a análise do disposto no art. 5º, LXVII, da CF¹⁰, já que ele esteve no centro da discussão sobre a natureza dos tratados internacionais, inseridos de modo ordinário no ordenamento.

O entendimento da Suprema Corte deitou raízes na distinção efetivada por José Afonso da Silva, com a nomenclatura eleita por Maria Helena Diniz acerca da eficácia da norma¹¹ constitucional. José Afonso da Silva (2007, p. 81) assim classificou as normas constitucionais: norma constitucional de eficácia plena, norma constitucional de eficácia contida, norma constitucional de eficácia limitada. Maria

⁸ Art. 105 da CF: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (BRASIL, 1988).

⁹ Os argumentos lançados neste item tomam por parâmetro a sistemática eleita pelo STF, embora entendamos que a norma que estipula a prisão civil do depositário fiel seja de aplicabilidade plena e imediata.

¹⁰ Art. 5º, LXVII, da CF: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

¹¹ O termo norma está sendo utilizado no sentido comum e não como o mínimo irredutível do deontico, por exemplo, já que é dessa forma que o constitucionalista paulista trabalha.

Helena Diniz (1989, p. 100-101) denominou a norma de eficácia contida como norma de eficácia redutível ou restringível, sendo o último termo o mais difundido.

A preocupação aqui é com a norma de eficácia contida ou restringível, pois foi essa categoria a escolhida pelo STF para servir de fundamento à sua decisão no RE nº 466.343/SP.

Como salienta Dirley da Cunha Júnior, a incidência das aludidas normas não necessita de eventual complementação infraconstitucional. No entanto, a própria norma constitucional prevê meios ou conceitos que possam vir a conter a sua eficácia plena (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 160). No mesmo sentido, Thiago Bomfim (2008, p. 39) afirma: “o que caracteriza esta última é a simples *possibilidade* de contenção e não apenas a efetiva redução dos efeitos”. A definição de José Afonso da Silva (2007, p. 116):

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Acrescenta Maria Helena Diniz (1989, p. 101) que seu âmbito eficaz não pode ser ampliado, mas restringido por intervenção legislativa. Noutros termos, restringir não é eliminar. Em sua exposição, a autora paulista indica como exemplo de norma constitucional de eficácia restringível a disposta no art. 5º, LXVII, da CF.

Esclarecido tal ponto, passa-se a abordar o dispositivo sobre a prisão civil.

Como percebeu Carlos Ayres Britto, em seu voto no RE nº 466.343/SP, existem duas

normas no dispositivo constitucional (art. 5º, LXVII, da CF). Uma que veda a prisão civil por dívida, e outra que estabelece duas exceções permissivas:

O fato é que o tema prisão civil – e os eminentes Ministros que me precederam bem demonstram – é de matriz constitucional, vem regrado por um dispositivo, inciso LXVII do art. 5º, que tem dois bens caracterizados relatos ou dos núcleos deontológicos de fácil percepção. O primeiro é uma regra geral vedatória, claramente exposta: não haverá prisão civil por dívida. Esse é o comando central, o compromisso da Constituição com a liberdade física de locomoção do indivíduo. Não haverá prisão civil por dívida. Os atos negociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deontológico, traz duas exceções; não há dívida. Podemos até dizer, por isso mesmo, que essa norma constitucional é de eficácia restringível, num primeiro momento, a estimular o legislador a trabalhar no campo da aplicação das ressalvas, mas o fato é que são apenas duas ressalvas: a primeira, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, ainda que nessa ressalva a Constituição tenha tentado dificultar a prisão civil porque o inadimplemento há de ser voluntário e, mais do que isso, inescusável de obrigação alimentícia e, finalmente, a do depositário infiel (BRASIL, 2009).

A tese transcrita, norteadora da decisão, traz alguns problemas.

Não há no texto constitucional remissão à restrição de eficácia posta no dispositivo, como, por exemplo, a previsão do art. 5º, VIII, da CF¹². Tampouco há nos dispositivos concei-

¹² Art. 5º, VIII, da CF: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988).

tos jurídicos indeterminados que imponham uma restrição à sua aplicabilidade. Ou seja, o conceito de norma constitucional de aplicabilidade contida ou restringível não se aplicaria ao disposto na questão do depositário infiel, apesar da opção feita pelo STF e por Maria Helena Diniz (1989), salvo no caso de se considerar “prisão civil” e “depositário infiel” expressões veiculadoras de conceitos juridicamente indeterminado, tais como: ordem pública, relevância, perigo público eminente etc. Parece não ser o caso.

Outro problema que se impõe à adoção da classificação de José Afonso da Silva e de Maria Helena Diniz ao caso é o fato de que a norma infraconstitucional reduz a eficácia da norma constitucional, mas não a elimina, “isto porque nascem com todas as potencialidades, porém, mediante conceitos nelas contidos ou por intervenção legislativa, seu âmbito eficaz não será ampliado, mas restringido” (DINIZ, 1989, p. 101).

Então, onde se enquadra a restrição eficaz para a possibilidade de prisão civil do depositário infiel? Criou-se uma nova categoria ou uma norma de eficácia contida *sui generis*?

Crê-se que não. A situação da norma que prevê a prisão civil não se enquadra na hipótese de norma constitucional de eficácia contida, mas na categoria de norma constitucional de eficácia limitada. Na lição de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 161), “são normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso”, o que não impede que as aludidas normas irradiem efeitos aptos a inibir ou impedir a edição de disposições.

Opta-se pela norma constitucional de eficácia limitada pelo fato de que, para que haja prisão civil, é necessária previsão infraconstitucional, segundo entendimento lançado pelo STF. Tal previsão existia antes da Constituição de 1988. Por tal razão, o dispositivo tinha aplicabilidade imediata e direta, não por si, mas pelo complemento infraconstitucional (Código Civil de 1916, DL nº 911/69 e Código Civil de 2002).

O tratado de San José da Costa Rica, admitido como supralegal, revogou as previsões que complementavam a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel, dando-lhe eficácia imediata e direta. Dessa forma, cessou a aptidão para produzir efeitos. Naquele ponto, tornou ineficaz norma constitucional. Tem, assim, natureza impeditiva de efeitos.

Desse modo, não houve redução, restrição ou contenção de eficácia, mas a sua eliminação, até que seja restabelecida por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional – únicas formas, como visto, de restabelecer a eficácia plena da norma constitucional que prescreve a

prisão do depositário infiel. Situação análoga pode vir a acontecer com relação ao devedor de alimentos.

Por se tratar de restrição à liberdade, a eficácia limitada não pode dar ensejo a controle por omissão. O modal deontico é o permitido, sob a forma bilateral (permitido fazer ou permitido não fazer ou, simplesmente, faculdade). Ademais, não poderia manejar-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na situação, ainda que o modal fosse obrigatório, já que a omissão que obriga o Legislativo se dá no plano infraconstitucional. O poder de reformar a Constituição sempre é uma faculdade.

3. Cláusulas pétreas e os tratados de direitos humanos via emenda constitucional

A EC nº 45/2004 estabeleceu um novo modo de entronização de tratados de direitos humanos. Tal previsão está estipulada no art. 5º, § 3º, da CF¹³. É uma faculdade. Pode o legislador pátrio aprovar um tratado de direitos humanos como categoria supralegal ou constitucional. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9/7/2008, seguiu o rito previsto no art. 5º, § 3º, da CF, sendo norma constitucional.

Disso decorre que, para ganhar a cunha de preceito constitucional, as garantias contidas nos tratados necessitam submeter-se aos regimes das emendas constitucionais. Porém, serão cláusulas pétreas os tratados de direitos humanos constitucionalizados? Noutros termos, pode o Poder Reformador elaborar novas cláusulas pétreas?

Um ponto a ser levado em consideração no debate decorre do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, c/c o art. 60, § 4º, IV da CF¹⁴, que imunizou pela cláusula pétrea outros direitos e garantias que decorriam dos princípios por ela adotados, como é o caso da anterioridade tributária, anularidade da eleição, mandado de injunção coletivo, fundamentação da decisão judicial¹⁵ etc. No caso, serão cláusulas pétreas as garantias fundamentais expressas e implícitas, impostas pelo constituinte originário.

¹³ Art. 5º, § 3º, da CF: “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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 60, § 4º, CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

¹⁵ Com relação a esse tópico, conferir meu trabalho (SILVA, B., 2007). Neste estudo, demonstrou-se lógica e normativamente por que a fundamentação da decisão judicial é cláusula pétrea.

Para resolver o problema que norteia este item, deve-se levar em consideração que o Poder Constituinte Originário estabeleceu em nossa Constituição o que poderia ser objeto de reforma. O artigo que estabelece as cláusulas pétreas são as normas básicas de nosso sistema jurídico. Como salienta Alf Ross (1993, p. 67), a norma básica de um sistema não pode ser juridicamente modificada. A mudança dela só pode ocorrer por um poder de fato e não de direito.

A partir da premissa lançada por Alf Ross, pode-se afirmar que o poder constituído não tem competência de se reformular, ou seja, de criar novos limites ao poder de reforma, construindo novas cláusulas pétreas. Nas palavras de Alf Ross (1997, p. 68) “una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella”. Interessante conclusão a de Carlos Ayres Britto (2003, p. 85):

Se o poder constituído pudesse a qualquer tempo se travestir de poder constituinte, alternando a seu gosto os planos do ser e do dever-ser, ele teria a possibilidade de se assumir como coveiro da Constituição que o fez nascer e aí privaria de sentido a própria e verdadeira função constituída, que é, como bem o disse o constitucionalista argentino Reinaldo Vanossi, a de impedir o surgimento de um poder revolucionário.

A possibilidade de se alterarem cláusulas pétreas criaria outro problema: a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado se autolimitar, gerando óbices ao exercício da competência derivada conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Legislativo.

Gilmar Ferreira Mendes denomina a regra que veda a aludida alteração como cláusula pétrea implícita, pois intangíveis ao Poder de Revisão: “as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder de-

legado não pode alterar as condições da delegação que recebeu” (MENDES, 2007, p. 219).

Ora, ampliar o rol de cláusulas pétreas implica modificar as condições da delegação – no caso analisado, suprimindo-a parcialmente. Tal prerrogativa extrapola a delegação conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Legislativo Federal. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3685-DF, que definiu o princípio da anualidade da eleição como cláusula pétrea, reforça o argumento ao reputar a EC nº 4/1993 não como inovação, mas como mero aperfeiçoamento do dispositivo criado pelo Poder Constituinte Originário, como se lê neste excerto do acórdão da referida ADI: “6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral”. Reforçando o argumento, transcreve-se o pensamento de Carlos Ayres Britto (2003, p. 76):

Quem pode modificar, suprimir, ou aditar uma cláusula pétrea substantiva, pode assim proceder com todas as outras, pois “cesteiro que faz um cesto, faz um cento”. E com total ingerência do Poder Reformador nas cláusulas pétreas, a ponto de suprimi-las, onde fica a identidade axiológica da Constituição? Onde ficam as principais “ideias de Direito” (Georges Burdeau) que serviram de mote à faina constituinte?

Admitir tal prática implicaria também a própria ruptura da ordem constitucional, maculando sua cláusula mais cara, que é a supremacia da Constituição, como bem destacou Carlos Ayres Britto (2003, p. 78-79).

Por isso, embora veiculem direitos e/ou garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos introduzidos sob a forma do art. 5º, § 3º, da CF podem ser objeto de alteração por via de emenda constitucional, até mesmo revoga-

dos¹⁶, pois se submetem aos limites que o Poder Constituinte Originário estabeleceu para o modelo normativo vigente. Não goza, assim, no sistema constitucional, de qualquer primazia, seja ela formal ou material.

Noutros termos, o Poder Constituinte Reformador pode criar novos direitos e novas garantias fundamentais, mas não nova cláusula pétreia.

4. Conclusão

Pretendeu-se neste texto trazer alguns problemas, com as respectivas reflexões sobre os tratados de direitos humanos. Aqui, nada de conclusivo, tão só de indicativo. Esta foi a proposta. No percurso gerativo, muito se alinhavou acerca do tormentoso tema dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o sistema jurídico pátrio.

A título de notas finais, sintetizam-se algumas reflexões:

a) Os tratados de direitos humanos podem veicular normas de natureza infraconstitucional, qualificadas como supralegais, e normas de natureza constitucional.

b) Os tratados supralegais não são hierarquicamente superiores às demais leis infraconstitucionais, apesar da orientação do STF, já que não são capazes de ser fundamento de validade de outros instrumentos normativos na hierarquia de lei (lei ordinária, lei complementar etc.)

c) A revogação dos tratados supralegais pode ser realizada pela denúncia, por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional.

d) Conflito entre tratados supralegais e os demais instrumentos infraconstitucionais deverá ser dirimido em última instância pelo STJ, salvo se houver vínculo com matéria constitucional, como se dá igualmente com as demais leis.

e) A existência de tratados supralegais não elimina a possibilidade de o legislador infraconstitucional disciplinar questões referentes aos direitos humanos, mas sua superveniência implicará revogação dos diplomas que regulem a mesma matéria de modo diverso, ainda que sejam mais benéficos.

f) A regra que prevê a prisão do depositário infiel, apesar da decisão do STF, não é uma norma constitucional de eficácia contida ou restringível, mas uma norma constitucional de eficácia limitada.

g) A Emenda Constitucional que introduz tratado de direitos humanos no sistema jurídico interno cria direitos e/ou garantias funda-

¹⁶ Aqui não se adota o chamado “princípio da proibição de retrocesso”, categoria ideológica política de matriz comtiana (basta ler a chamada “lei dos três estados”) que hoje se tem apresentado como novidade. Como diria Cazuza, em “O tempo não para”: “Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades”.

mentais, mas não tem o condão de criar cláusula pétrea, já que esta é atribuição do Poder Constituinte Originário.

h) Tratados de direitos humanos veiculados por Emenda Constitucional podem ser revogados por outra Emenda Constitucional.

Sobre o autor

Beclaute Oliveira Silva é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, Alagoas, AL, Brasil; professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário de Maceió (Cesmac), Maceió, AL, Brasil.
E-mail: beclaute@uol.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

CONSTITUTIONAL AND SUPRALEGAL HUMAN RIGHTS TREATIES: AN ANALYTICAL-NORMATIVE APPROACH

ABSTRACT: The human rights treaties can be introduced into the national law in the form of constitutional amendment or as other international treaties. This study analyzes the role of these treaties in the legal system, checking their dogmatic qualification on the hierarchy of norms, in order to verify the method of resolving conflicts between them and the various normative species.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL. HIERARCHY OF STANDARDS. HUMAN RIGHTS TREATIES. SUPRALEGALITY.

Referências

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992.

¹⁷ Sem revisão do editor.

_____. Emenda Constitucional nº 4, de 1993. Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 15 set. 1993.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *habeas corpus* nº 79785 ED / RJ – RIO DE JANEIRO. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 10 abr. 2003. *Diário da Justiça*, 23 maio 2003.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685 / DF – DISTRITO FEDERAL. DJ, 23 jun. 2006. *Diário da Justiça*, 10 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343 / SP – SÃO PAULO. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: A. Armenio, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PESSOA, Fernando. *Alberto Caeiro: poemas completos*. São Paulo: Nobel, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso complementar*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. 3. ed. México: Fontamara, 1993.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador, Juspodivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: RT, 1998.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Censura e liberdade de expressão na Assembleia Constituinte (1987-1988)

LUCAS BORGES DE CARVALHO

Resumo: O artigo analisa os debates a respeito da censura e da liberdade de expressão durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988. Com esse intuito, argumento que os constituintes se dividiram em três grupos principais: os ultraliberais, os conservadores-moralistas e os progressistas, cada um defendendo posições distintas a respeito de temas como a regulação do rádio e da TV e o controle sobre espetáculos e diversões públicas. Ao final, prevaleceu uma posição de compromisso, ou seja, o texto constitucional incorporou demandas dos mais diversos grupos sociais e nenhum deles se sagrou vencedor ou hegemônico.

Palavras-chave: Censura. Liberdade de expressão. Assembleia Constituinte. Regulação dos meios de comunicação. Democracia.

Introdução

Durante a ditadura civil-militar no Brasil (1964-1985), como decorrência direta da censura estatal, a imprensa e as expressões culturais foram submetidas a todo tipo de arbitrariedade. A repressão atingia, especialmente, os veículos de comunicação que não se alinhavam às exigências impostas pela defesa da “segurança nacional” ou, ainda, qualquer obra artística que atentasse contra os padrões de decência e de “moral e bons costumes” então vigentes.

De um ponto de vista estritamente político, a censura se constituiu como um mecanismo essencial para a sustentação do regime autoritário, capaz de minar dissidências, impedir a discussão e a crítica públicas sobre temas sensíveis e, em última análise, assegurar a unicidade do discurso oficial. Por outro lado, sob uma perspectiva moral, a repressão se justificava como um instrumento de proteção aos cidadãos, à família

Recebido em 25/5/15
Aprovado em 8/9/15

e aos pilares fundamentais da sociedade cristã ocidental, em face dos “inimigos”, representados pelos agentes do comunismo internacional, os quais, entre outras estratégias, poderiam se valer dos meios de comunicação para dirigir a opinião pública e subverter valores tradicionais.

Esse tipo de justificativa estava expressa, por exemplo, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, uma das principais normas que regulavam a censura estatal. Nesse sentido, a norma teria por objetivo “proteger a família”, preservando os seus valores éticos e a formação “sadia e digna da mocidade”, o que seria necessário diante de publicações e canais de televisão que “estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade brasileira”, em obediência a “um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional”. Ou, ainda, nas palavras do então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid (1970, p. 17), a censura visaria “banir do mercado as publicações obscenas que aviltam e degradam a juventude”, além de impedir “que os agentes do comunismo internacional se servissem do rádio e da televisão para exercer [...] influência subliminar no seio das famílias”.

Certamente, nos dias de hoje, seria insustentável qualquer medida estatal que se amparasse nesse tipo de justificativa. Os tempos são outros e os mais de vinte anos de vivência democrática e estabilidade institucional nos permitem ver o passado autoritário com distância suficiente para identificar os excessos próprios de uma visão de mundo ultrapassada. Não obstante, é certo também que, ainda hoje, há muitos embates e incertezas que circundam as relações entre regulação estatal, meios de comunicação e liberdade de expressão. E é natural que assim seja, porque a democracia é um processo histórico em permanente construção, sujeito a avanços e retrocessos.

Marco relevante desse processo foi a Assembleia Constituinte (1987-1988), período no qual foram firmados os princípios fundamentais que orientaram a transição democrática e que, atualmente, servem de base ao modelo constitucional em vigor. Daí a importância de revisitar os debates e as concepções defendidas pelos constituintes a respeito da censura e da liberdade de expressão, tendo em vista não só o interesse histórico propriamente dito, mas também, e principalmente, conferir luz às atuais controvérsias em torno do assunto.

Considerando esse pano de fundo, neste trabalho, pretendo demonstrar que, apesar de um relativo consenso em torno da necessidade de mudança, não estava claro na Constituinte o que, efetivamente, deveria ser feito com a censura. Para alguns, ela deveria ser extinta apenas parcialmente, ante a necessidade de manter algum tipo de controle sobre os meios de comunicação, notadamente sobre a TV, dada a facilidade de seu acesso por crianças. Em outro extremo, situavam-se aqueles que

defendiam o fim completo da repressão estatal, sustentando que caberia à própria sociedade (seja por meio de conselhos comunitários, seja pela autorregulação do mercado) definir os padrões e limites a serem observados.

Ao final, conforme veremos, prevaleceu uma posição de compromisso, de modo que, longe de refletir a hegemonia de uma dada posição política, o texto promulgado em outubro de 1988 incorporou demandas dos mais diversos grupos sociais. Não se trata, portanto, de uma Constituição de “vencidos e vencedores”, mas sim de uma Carta de princípios que, ao mesmo tempo que se abre às disputas futuras – muitas das quais ainda em curso –, também as orienta, ao delimitar um núcleo democrático comum, sobre o qual deve se erigir toda e qualquer interpretação constitucional.

O artigo está dividido em duas partes. Na primeira, analiso os debates concernentes à elaboração do novo modelo de regulação sobre o rádio e a TV, tendo por foco o embate entre as diversas concepções em torno da censura e da liberdade de expressão. Seguindo na mesma linha, discuto, na segunda parte, as diversas propostas apresentadas a respeito do controle de espetáculos e diversões públicas, as quais, em conjunto, levaram à formação da atual “classificação indicativa”.

1. O Conselho de Comunicação Social e as concessões de rádio e TV

Os trabalhos da Constituinte foram instaurados no dia 1º de fevereiro de 1987, obedecendo à convocação efetuada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Uma parte dos integrantes da Assembleia havia sido eleita em 1982 e outra, no pleito realizado em novembro de 1986. Os desafios para a elaboração do texto constitu-

cional eram gigantescos, seja pela necessidade de firmar, em curto espaço de tempo, acordos entre posições políticas divergentes, seja por razões de cunho institucional, como o fato de que os constituintes respondiam também pela deliberação ordinária do Congresso Nacional no período, seja, ainda, pela ausência de um texto preliminar que orientasse as discussões.¹

Finda a fase inicial de definição dos procedimentos de deliberação, os constituintes se dividiram em 24 subcomissões temáticas, entre as quais a Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação – Subcomissão VIII-B, à qual competia elaborar um texto preliminar a respeito do novo modelo constitucional de regulação dos meios de comunicação. Em seguida, esse texto seria submetido à Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia – Comissão VIII, na qual um novo relatório seria elaborado e encaminhado para a Comissão de Sistematização, responsável pela formatação final da Constituição, que seria, por fim, encaminhada à votação do plenário da Assembleia.²

Composta por 21 membros titulares – dos quais ao menos nove integravam o chamado

¹ Para uma visão geral sobre o processo de elaboração da Constituição de 1988, ver Nassar (2013), Reis (2014, p. 149-166), bem como os relatos dos constituintes Nelson Jobim (2004) e Bernardo Cabral (2009).

² Conforme sintetiza Adriano Pilatti, “[...] a elaboração constitucional devia começar pelas 24 subcomissões temáticas, que entregariam seus anteprojetos a 8 comissões temáticas e estas, seus anteprojetos à Comissão de Sistematização, que por sua vez entregaria ao Plenário da ANC o Projeto de Constituição. Cada uma das comissões deveria ser integrada por 63 titulares e 63 suplentes e dividir-se em 3 subcomissões. A Comissão de Sistematização deveria ser integrada por 49 titulares, 49 suplentes, mais os 8 presidentes das comissões e os 32 relatores das subcomissões e comissões. Caberia aos líderes partidários indicar os membros de cada comissão e subcomissão, cuja composição deveria respeitar, tanto quanto possível, o critério da proporcionalidade partidária. Cada constituinte seria titular de uma comissão e, nela, de uma subcomissão, e suplente de outra. Em cada comissão e subcomissão, seriam eleitos, em escrutínio secreto, um presidente – que designaria o relator – e dois vice-presidentes” (PILATTI, 2008, p. 57).

“grupo das comunicações”³ –, a Subcomissão VIII-B foi instalada no dia 7 de abril de 1987, ocasião na qual foi eleito, seguindo-se um prévio acordo firmado entre os líderes das bancadas majoritárias, o seu presidente, o constituinte Arolde de Oliveira, do PFL, que, por sua vez, designou a relatora, a constituinte Cristina Tavares, do PMDB (PILATTI, 2008, p. 64-66).

Em seu primeiro discurso, a relatora já previa os desafios postos à Subcomissão VIII-B, ressaltando que seria necessário coragem “para debater assuntos quase tabus neste País”, entre os quais incluía a definição de como deveriam ser “concedidos os novos canais de rádio e televisão”. Em seguida, acentuava o conflito instaurado entre o *lobby* dos “poderosos interesses” das grandes empresas e aqueles que pleiteavam a “democratização dos meios de comunicação de massa” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 2-3).

De modo geral, pode-se dizer que, efetivamente, as forças políticas representadas na Subcomissão se dividiram entre esses dois campos. De um lado, a *posição ultraliberal*, sustentada por aqueles que identificavam liberdade de expressão e livre iniciativa, vendo no segundo princípio um pressuposto essencial para a garantia do primeiro. Por isso, recusando qualquer forma de censura, opunham-se à instituição do Conselho Nacional de Comunicação, órgão colegiado que deteria competência para fiscalizar e conceder as outorgas dos serviços de rádio e TV. De outro, a *posição progressista*, adotada por aqueles que defendiam a criação do Conselho como um mecanismo imprescindível para ampliar a participação social nos procedimentos de outorga, bem como para instituir limitações à livre iniciativa, visando a corrigir os desvios provenientes da submissão dos meios de comunicação a imperativos econômicos.⁴

³ Segundo Venício Lima (2011, p. 62), faziam parte desse grupo os seguintes constituintes membros da Subcomissão VIII-B, todos vinculados, direta ou indiretamente, a emissoras de rádio ou televisão: Rita Furtado (PFL-RO), esposa de Rômulo Furtado, secretário-geral do Ministério das Comunicações por dezesseis anos, durante os governos Geisel, Figueiredo e Sarney, “[...] Arolde de Oliveira (PFL-RJ – TV-Rio) [...], Arnold Fioravante (PDS-SP – Rede Capital de Comunicações); Fausto Rocha (PFL-SP – Sistema Silvio Santos); José Carlos Martinez, agora não mais no PDS-PR, mas no PMD-PR (Organizações OEME, TV Carimã-RS); José Elias (PTB-MS – TV Mato Grosso); Mendes Ribeiro (PMDB-RS – RBS-Rede Brasil Sul de Comunicações); Paulo Marques (PFL-PE – TV Tropical-PE), além do irmão [Ángelo Magalhães, PFL-BA] e do filho [membro suplente da Subcomissão VIII-B, Luís Eduardo Magalhães, PFL-BA] do Ministro das Comunicações [Antônio Carlos Magalhães, PFL-BA] [...]”. Para uma avaliação do perfil desses e de outros constituintes, ver Gilberto e Oliveira (1989). De acordo com o levantamento de Paulino Motter (1994, p. 98), a bancada dos concessionários de rádio e TV reunia, no total, 146 parlamentares, o equivalente a 26,1% dos 559 constituintes.

⁴ É possível identificar, ainda, uma terceira força política, de caráter *conservador-moralista*, que se notabilizava pela defesa da censura, ainda que não nos mesmos termos da ditadura militar. A principal demanda era a instituição de mecanismos de controle sobre os espetáculos e as diversões públicas, conforme veremos, com mais detalhes, na segunda parte deste trabalho.

Nesse sentido, representando os pleitos da “democratização dos meios de comunicação de massa”, o constituinte Olívio Dutra (PT-RS), já na terceira reunião da Subcomissão VIII-B, realizada no dia 21/4/1987, defendeu a proposta de se criar um Conselho Nacional dos Meios de Comunicação, retirando do Ministério das Comunicações a prerrogativa de deliberar sobre as concessões de rádio e TV. Aliado a isso, o constituinte sustentou que as concessionárias deveriam ser entidades sem fins lucrativos, cujo controle deveria ser atribuído a “comissões internas das quais participem não apenas os representantes das empresas [...], mas seus empregados e comunidade” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 20).

Em outra reunião, no dia 29/4/1987, o parlamentar deixou expressa a sua concepção sobre a liberdade de imprensa, afastando a identificação desta com o princípio da livre iniciativa:

A liberdade de imprensa não é exclusivamente a liberdade de quem detém os meios de comunicação. É também a liberdade e o direito de quem recebe a informação de retorno. Essa questão é uma via de duas mãos. Não vamos confundir liberdade de imprensa com mera liberdade do empresário (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 81).

Tais concepções, defendidas também por outros constituintes,⁵ refletiam uma proposta mais ampla, elaborada pelo conjunto de entidades que compunham a Frente Nacional de Lutas por Políticas Democráticas de Comunicação (ROCHA, 1989, p. 367-369). A apresentação dessas propostas na Subcomissão VIII-B foi efetuada, de forma mais detalhada, pela Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ, conforme exposição feita por seu presidente, Armando Rollemberg, em audiência pública realizada no dia 28/4/1987.

Na ocasião, o jornalista dirigiu fortes críticas à “situação de descalabro” das concessões de rádio e TV, entregues “para pagamento de barganhas políticas, sem qualquer tipo de critério, [...] a grupos ou facções políticas que defendem interesses muito bem definidos e que quase nunca são os interesses gerais da sociedade”. Criticou, ainda, a concentração da propriedade dos meios de comunicação, bem como a redução da liberdade de imprensa à liberdade de os empresários defenderem os seus próprios pontos de vista (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 57-59).

A proposta da FENAJ se assentava em duas premissas básicas: (i) a informação é um bem público, que não pode ficar submetido a fins comer-

⁵Notadamente Carlos Alberto Caó, do PDT, e alguns parlamentares do PMDB, como Cristina Tavares, Pompeu de Souza e Joaci Góis.

ciais; e (ii) o acesso e o controle sobre os meios de comunicação devem ser democratizados, de forma a garantir a participação e a adequada representatividade dos diversos segmentos sociais. Com base nessas premissas, a FENAJ sugeria a instituição de um Conselho Nacional de Comunicação, que ficaria responsável pelas outorgas do serviço. Além disso, a proposta previa que somente entidades sem fins lucrativos operassem o serviço de radiodifusão e, ainda, que fossem instituídos conselhos editoriais nos veículos de comunicação⁶ (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 57).

Entre os constituintes que se opunham a essas propostas, vale mencionar um dos integrantes do “grupo das comunicações”, o deputado Mendes Ribeiro, do PMDB. Segundo expôs o parlamentar na sessão realizada no dia 29/4/1987, as concessões de radiodifusão não poderiam “ficar ao arbítrio de uma só figura”, o que justificaria a inclusão do Poder Legislativo nos procedimentos de outorga e do Poder Judiciário nos processos de cassação, que deveriam ficar submetidos à sentença judicial. Além disso, ressaltava não acreditar “em liberdade de imprensa sem liberdade de empresa” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 80).

O pronunciamento do constituinte ecoava as propostas e os argumentos apresentados, de maneira mais elaborada, por representantes da Associação Nacional dos Jornais – ANJ, da Associação Brasileira dos Editores de Revistas – ANER e da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, que também participaram de audiências públicas na Subcomissão e, segundo relata Daniel Herz, tiveram

forte atuação nos bastidores da Assembleia Constituinte.⁷

De acordo com o representante da ANJ, José Antônio do Nascimento Brito, que participou da reunião do dia 28/4/1987, a Constituição deveria prever a “abolição completa de qualquer tipo de censura”, afastando-se todas as normas que, “em nome da segurança do Estado e da moralidade pública, submetem a liberdade de expressão a limites ou ressalvas”. Para tanto, seria fundamental garantir a livre iniciativa e fortalecer a publicidade, elementos essenciais para viabilizar a livre circulação de informações (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 52-53). Em suas palavras,

Muitas vezes as pessoas confundem publicidade com a possibilidade de pressão sobre os meios de comunicação, quando para a ANJ a publicidade é um elemento fundamental para o sistema democrático, não só publicidade como elemento de informação. [...] Na verdade, sem preconceito, a ANJ pode afirmar que a publicidade fez mais, principalmente nas sociedades ocidentais, pela democratização da cultura que todos os discursos culturais juntos (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 53).

Quanto ao arranjo institucional do setor, a ANJ era contra a criação de qualquer instância com competência para controlar os meios de comunicação. Em alternativa, sugeria que o próprio Congresso Nacional desempenhasse

⁶Proposição similar foi defendida por Antônio Tau-maturo, representante da Federação Nacional dos Radialistas – FNR, em audiência pública realizada no dia seguinte. Ver ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 74-75.

⁷“(…) milhares de contatos com parlamentares foram conduzidos pelos três ‘lobbies’ [da ANER, da ANJ e da ABERT]. Dezenas de jantares e coquetéis promovidos por esses ‘lobistas’ deliciaram expressivas lideranças. E muitos ‘mimos, de fino trato’ foram distribuídos a diversos parlamentares. A ABERT chegou a recrutar seus agentes na esquerda, tomando como advogado, por exemplo, o ex-deputado paulista Flavio Bierrenbach [PMDB-SP, 1983-1986], que usava suas prerrogativas de ex-parlamentar para penetrar em reuniões ‘privativas de constituintes’ (HERZ, 19--., p. 6).

esse papel, dada a sua ampla representatividade. Por fim, a ANJ apresentou sugestão de que a Constituição vedasse o estabelecimento de monopólios, públicos ou privados, no âmbito dos meios de comunicação (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 53).

Na mesma linha, e também no dia 28/4/1987, a ANER, representada pelo empresário Roberto Civita, da Editora Abril, posicionou-se contra qualquer mecanismo de controle sobre a liberdade de imprensa, ressaltando, ainda, a interdependência entre livre iniciativa, democracia e imprensa livre:

É sempre oportuno lembrar que boa parte do vasto leque de veículos de comunicação existente é sustentada pela propaganda comercial. Não hesitemos em proclamar: sem a livre iniciativa e a concorrência comercial não haveria a constante renovação e a multiplicidade de vozes tão fundamentais para a existência de uma sociedade aberta, pluralista e democrática (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 60).

No dia seguinte, a ABERT, representada por seu vice-presidente, Fernando Ernesto Corrêa, defendeu a liberdade de expressão, apontando a sua incompatibilidade com qualquer forma de censura ou de monopólio, fosse ele estatal ou privado. Em seguida, em harmonia com o exposto pela ANJ e pela ANER, sustentou que a liberdade de iniciativa teria sido o princípio responsável por assegurar, na televisão brasileira, “uma variedade de opções incrível”, o que comprovaria a tese de que, “se há um país em que não há monopólio na televisão, [esse país] é o Brasil” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 78-79).

Por fim, afirmando ter “muito medo” e não ver “representatividade” no Conselho de Comunicação Social, defendeu que as concessões fossem efetuadas por ato do Poder Executivo, *ad referendum* do Congresso Nacional – “porque ninguém representa melhor a sociedade do que o Congresso”. Já as cassações de outorga deveriam ficar condicionadas à expedição de ordem judicial (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 82-83).

Terminada a fase de audiências públicas, a constituinte Cristina Tavares apresentou seu relatório, na 13ª reunião da Subcomissão VIII-B, no dia 13/5/1987. Afastando os principais argumentos das entidades empresariais, a parlamentar considerou que, com o fim de assegurar o funcionamento democrático dos meios de comunicação de massa, a Constituição deveria reconhecer que “a liberdade de informar tem sua contrapartida na liberdade de ser informado”. Daí a necessidade de subordinar o exercício da “liberdade de iniciativa empresarial” ao atendimento de determinados “objetivos sociais” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 153).

De forma mais concreta, a proposta estabelecia que “a informação é um bem social e um direito fundamental da pessoa humana”, instituindo, ainda, dois “instrumentos de ação social sobre os meios de comunicação”: (i) o Conselho Nacional de Comunicação, composto por representantes do Estado e da sociedade civil, com competência para regular o setor de comunicação, incluindo a prerrogativa de outorgar e renovar, *ad referendum* do Congresso Nacional, as concessões de rádio e TV; e (ii) os Conselhos Editoriais, compostos por empresários e trabalhadores, a serem formados em caráter permanente em todas as empresas jornalísticas, conforme estabelecido em lei (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 153-154).

O relatório assegurava, ainda, a liberdade de manifestação do pensamento, vedando a instituição de qualquer tipo de restrição por parte do Estado e prevendo que a suspensão ou a cassação de concessões de radiodifusão somente poderiam ser determinadas por “sentença fundada em infração definida em lei”. Na mesma linha, em relação às diversões e aos espetáculos públicos, a atuação estatal deveria se limitar a informar o público sobre conteúdos, faixas etárias e horários adequados de exibição.

De outro lado, a proposta vedava a concentração da propriedade dos meios de comunicação e, embora permitisse a exploração do serviço pela iniciativa privada, assegurava que as concessões de rádio e TV deveriam ser, prioritariamente, destinadas a entidades sem fins lucrativos. Por fim, instituiu o chamado “direito de antena”, ao garantir a partidos políticos, bem como a organizações sindicais, profissionais e populares, “a utilização gratuita da imprensa, do rádio e da televisão, segundo critérios a serem definidos por lei” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 154).

Após a apresentação de inúmeras emendas pelos membros da Subcomissão, a relatora apresentou, no dia 21/5/1987, uma nova versão do relatório. De modo geral, o substitutivo mantinha o núcleo da proposta original, salvo quanto ao direito de antena, doravante limitado ao acesso gratuito dos partidos políticos ao rádio e à televisão (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 185-186).

Tanto os Conselhos Editoriais quanto o Conselho Nacional de Comunicação foram preservados. O segundo, porém, passou a contar com competências mais restritas, quando comparadas com a primeira versão. Assim, por exemplo, se, na primeira versão, o Conselho detinha competência para “*promover* licitações públicas para concessão de frequência de canais” e “*decidir e fixar* as tarifas cobradas aos concessionários”, no substitutivo, a competência passou a ser, respectivamente, de “*supervisionar* as licitações públicas” e de “*estabelecer critérios* para a fixação de tarifas”. Ademais, em ambos os casos, as decisões do Conselho ficariam condicionadas a referendo do Congresso Nacional. Da mesma forma, a competência original do Conselho de “*estabelecer* políticas nacionais de comunicação” foi mitigada para “*propor ao Congresso Nacional* políticas nacionais de comunicação” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 185).

Tais alterações, certamente, faziam parte do esforço da parlamentar para diminuir as resistências ao seu relatório. O ponto principal de discórdia era a criação do Conselho Nacional de Comunicação e dos Conselhos Editoriais, além de aspectos mais gerais, como a expressa subordinação da livre iniciativa a objetivos sociais e a consagração do princípio de que a informação deveria ser tratada como um bem social.

Após muitas discussões sobre o formato adequado de votação, decidiu-se que, inicial-

mente, seria votada, em bloco, a versão original do relatório. Em seguida, seriam votadas as emendas consolidadas pela relatora e os destaques porventura apresentados pelos parlamentares. Assim, no dia 21/5/1987, por 11 votos a 10, a Subcomissão aprovou o corpo do relatório original, “sem prejuízo das emendas e sem prejuízo dos destaques”, conforme ressaltou o Presidente Arolde de Oliveira na ocasião⁸ (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 196).

O fiel da balança, na apertada maioria obtida pelos “progressistas”, foi o constituinte Antônio Brito, do PMDB, que era suplente da Subcomissão VIII-B. No entanto, esse equilíbrio de forças foi revisto logo em seguida, no curso da mesma sessão, quando o titular, constituinte Onofre Corrêa, reassumiu as suas funções.⁹

Segundo relatos de alguns constituintes e notícias publicadas à época, o parlamentar atendia a uma determinação do Ministro das

⁸ Votaram pela aprovação do relatório: Aloísio Vasconcelos (PMDB), Antonio Gaspar (PMDB), Carlos Alberto Caó (PDT), Cristina Tavares (PMDB), Fernando Cunha (PMDB), Joaci Góes (PMDB), Koyu Iha (PMDB), Olívio Dutra (PT), Pompeu de Souza (PMDB), Roberto Vital (PMDB) e Antônio Brito (PMDB). Em sentido contrário, votaram os seguintes parlamentares: Ângelo Magalhães (PFL), Arnold Fioravante (PDS), Arolde de Oliveira (PFL), Fausto Rocha (PFL), Francisco Diógenes (PDS), José Carlos Martinez (PMDB), José Elias (PTB), Mendes Ribeiro (PMDB), Paulo Marques (PFL) e Rita Furtado (PFL). Como se pode observar, votaram contra o relatório os nove constituintes do “grupo das comunicações”, além do deputado Francisco Diógenes. De acordo com Gilberto e Oliveira (1989, p. 112), Diógenes é “empresário ligado à área rural e representante da Volkswagen no Acre. Ligou-se ao Centrão e é assumidamente de direita, com discurso anticomunista, além de integrado ao esquema da UDR, rebelando-se contra todas as iniciativas que visam diminuir a influência do capital estrangeiro na economia brasileira”.

⁹ A relatora chegou a suscitar questão de ordem, alegando, com base em uma norma regimental, que, iniciada a votação, não seria admissível a substituição do suplente. Após muita discussão, o requerimento foi afastado por 11 votos a 10, viabilizando-se, assim, o retorno do constituinte Onofre Corrêa (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 205-207). Por se tratar de questão procedimental, a votação não era nominal, não sendo possível identificar os votos. Ver Pilatti (2008, p. 89).

Comunicações, Antônio Carlos Magalhães, de que deveria votar contra a criação do Conselho Nacional de Comunicação. Também foi alvo de pressão semelhante o constituinte Aloísio Vasconcelos, do PMDB, que havia votado a favor do relatório original.¹⁰

Assim é que, em mais uma sessão tumultuada, da qual se retiraram oito constituintes, inclusive a relatora, a Subcomissão VIII-B excluiu de seu relatório final o Conselho de Comunicação, acatando emenda apresentada pelo deputado José Carlos Martinez. A emenda foi aprovada com doze votos, sendo dez dos parlamentares que haviam votado contra o relatório original mais os dois votos de Onofre Corrêa e Aloísio Vasconcelos (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 227-231).

Também foram aprovadas emendas que suprimiam o artigo que instituía os Conselhos Editoriais, além das normas relativas ao direito de antena e à classificação de espetáculos. Da mesma forma, foi excluída a referência aos objetivos sociais – tais como o “desenvolvimento da nação” e a “independência política e cultural do povo brasileiro” – aos quais ficariam sub-

¹⁰ Conforme destacou a *Folha de São Paulo*, no dia 23/5/1987: “O deputado Aloísio Vasconcelos (PMDB-MG) disse a jornalistas que foi pressionado pelo governador de Minas Gerais, Newton Cardoso, para votar contra a criação do Conselho. Vasconcelos disse que o governador lhe telefonou às 5h da manhã afirmando que o futuro político dele (Vasconcelos) dependia do voto contra o Conselho. A relatora Cristina Tavares disse que o deputado Onofre Corrêa (PMDB-MA) lhe ‘confidenciou’ estar ‘dividido entre a lealdade que devia ao ministro [da Ciência e Tecnologia] Renato Archer e o medo de Antônio Carlos Magalhães’” (SUBCOMISSÃO, 1987). O mesmo jornal informou, poucos dias depois, que a pressão sobre Onofre Corrêa envolvia a concessão de um canal de TV na cidade de Imperatriz (PLANALTO, 1987). Já segundo Paulino Motter (1994, p. 94), Onofre Corrêa teria sido contemplado com três concessões de rádio. Gilberto e Oliveira (1989, p. 210), por sua vez, relatam que Onofre era “conhecido pela fama de ‘gazeteiro’ entre os seus próprios companheiros de partido, porque na fase das subcomissões foi necessária uma grande mobilização do ministro Antônio Carlos Magalhães para localizá-lo e trazê-lo ao plenário a tempo de votar contra a criação do Conselho de Comunicação Social”.

metidos os meios de comunicação, segundo a proposta da relatora (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 232-234).

A redação final é a seguinte, consolidada com base nos textos constantes das atas da Subcomissão, excluídos os artigos que tratam dos serviços de telecomunicações e a parte relativa à política de ciência e tecnologia:

DA COMUNICAÇÃO

Art. 9º A informação é um bem social e um direito fundamental da pessoa humana. Todo cidadão tem direito, sem restrições de qualquer natureza, à liberdade de receber e transmitir informações, ideias e opiniões, por quaisquer meios e veículos de comunicação.

Parágrafo único. Cabe aos órgãos do Estado a obrigação de informar e atender aos pedidos de informação dos veículos de comunicação social em todos os assuntos de interesse público.

Art. 10. É assegurado aos meios de comunicação o amplo exercício do pluralismo ideológico e cultural.

Art. 11. A publicação de veículos impressos de comunicação não depende de qualquer licença de autoridade.

[...]

Art. 13. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir qualquer ameaça, qualquer embaraço à plena liberdade jornalística em veículo de informação social.

Art. 14. A radiodifusão e demais meios de expressão e comunicação e os bens e serviços relacionados com a liberdade de expressão e comunicação não podem ser objeto de monopólio e oligopólio nem direta ou indiretamente por parte de empresas privadas.

Art. 15. A propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, e somente a estes caberá a responsabilidade principalmente pela sua administração e orientação intelectual.

Parágrafo único. Não será admitida a participação acionária de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas ou de radiodifusão, a não ser no caso de partidos políticos e de sociedade de capital exclusivamente nacional, o qual não poderá exceder a 30% e que só poderá se efetivar através de ações sem direito a voto e não conversíveis.

Art. 16. Compete à União, *ad referendum* do Congresso Nacional, outorgar concessões, autorizações ou permissões de serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens.

Parágrafo único. As concessões ou permissões serão por 15 anos e só poderão ser suspensas, não renovadas ou cassadas por sentença fundada do Poder Judiciário.

Art. 17. É livre qualquer manifestação de pensamento sem que dependa de censura, respondendo cada um nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. Toda matéria não assinada será de responsabilidade do órgão que a divulgar. É assegurado o direito de resposta. Não será tolerada propaganda de guerra, ou procedimento que atente contra as instituições, ou a preconceitos de raça e de classe (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a).¹¹

Diante de tais modificações, pode-se dizer que o relatório aprovado pela Subcomissão VIII-B refletia uma concepção ultraliberal, de acordo com a qual nenhuma forma de restrição ou controle poderia ser imposta sobre a liberdade de expressão. Dessa maneira, acolhendo-se os argumentos das entidades empresariais, eram reforçados os vínculos dessa liberdade com o princípio da livre iniciativa, na medida

¹¹ Opto pela versão consolidada nas atas de votação, tendo em vista que o relatório oficial contém alguns erros, constatados pelos próprios constituintes no início dos debates na Comissão VIII. A diferença entre as duas versões se encontra, basicamente, na disposição dos artigos e na omissão, na versão oficial, do art. 13, citado acima. Esse artigo foi aprovado pela Subcomissão VIII-B, ao acatar emenda apresentada pelo constituinte Pompeu de Sousa, sendo excluído do relatório final por equívoco.

em que se ampliavam, exponencialmente, as garantias dos concessionários privados – com a participação do Legislativo nos procedimentos de concessão, a definição constitucional do prazo de quinze anos para as outorgas e a necessidade de sentença judicial para determinar a sua não renovação ou cassação –, em detrimento da instituição de controles democráticos, praticamente inexistentes na proposta, exceção feita à norma do art. 14, que impedia a concentração de mercado no setor.

Diante disso, o desafio posto aos setores progressistas era, justamente, na etapa seguinte, na Comissão VIII, tentar resgatar as propostas derrubadas na Subcomissão VIII-B. Foi o que procurou fazer o relator da Comissão VIII, o constituinte Arthur da Távola (PMDB-RJ), ao incluir, em seu substitutivo, apresentado no dia 9/6/1987, os seguintes princípios: (i) uso democrático e função predominantemente cultural dos meios de comunicação; (ii) extinção da censura, ressalvada a possibilidade de o Estado classificar espetáculos e diversões públicas quanto ao horário e à faixa etária; (iii) definição da comunicação como um direito e da informação como um bem social; e (iv) submissão da liberdade dos meios de comunicação a objetivos sociais, tais como a eliminação das desigualdades e injustiças e o respeito ao pluralismo ideológico (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 166-177).

O relatório vedava, ainda, a formação de monopólios ou oligopólios e assegurava o “direito de antena” aos partidos políticos. E estabelecia que a lei deveria prever mecanismos de proteção às pessoas em face de agressões decorrentes da “promoção, nos meios de comunicação, da violência e outros aspectos nocivos à saúde e à ética pública” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 180).

Em substituição à proposta dos Conselhos Editoriais, o relatório previa que a “organização” do exercício da liberdade de imprensa deveria ser efetuada pelas “empresas e entidades de comunicação”, contando “com a participação de seus profissionais”. Já no que concerne ao Conselho de Comunicação, retomava-se a proposta original da constituinte Cristina Tavares, salvo quanto à definição de sua composição e competências, que eram remetidas para a legislação ordinária. O substitutivo inovava ainda ao prever a autonomia do Conselho e instituir o princípio da complementaridade dos sistemas público, privado e estatal de radiodifusão.¹²

¹² A redação do artigo é a seguinte: “Art. 44. O Conselho Nacional de Comunicação, com a atribuição de estabelecer, fiscalizar e supervisionar políticas nacionais de comunicação nas áreas de radiodifusão e de outros meios eletrônicos, observará os seguintes princípios: I – Complementaridade dos sistemas públicos, privado e estatal, na concessão e exploração dos serviços de radiodifusão; II – Prioridade a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas na exploração dos serviços concedidos; III – Promoção da cultura nacional em suas distintas manifestações, assegurada a regionalização da produ-

Vale registrar, por fim, que a principal alteração em relação às propostas anteriores decorria da exclusão de garantias importantes para os concessionários privados. Nesse sentido, o relatório não fixava prazo de duração das concessões, nem mencionava a participação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, respectivamente, nos procedimentos de concessão e de cassação das outorgas. Surgia, assim, um modelo que era mais flexível ou menos “engessado” por disposições constitucionais e, por consequência, permitia que as maiorias futuras pudessem moldar as feições do serviço de acordo com o contexto e o momento histórico.

Poucos dias depois, na sessão de 12/6/1987, acolhendo emendas apresentadas pelos integrantes da comissão, o relator apresentou alterações na proposta original. O substitutivo estabelecia que a competência para a outorga das concessões de radiodifusão ficaria a cargo do Poder Executivo, *ad referendum* do Congresso Nacional, ouvido o Conselho Nacional de Comunicação. O relator ressaltou o seu entendimento pessoal contrário a essa proposta, mencionando que apenas a incorporava com o fim de buscar o consenso na Comissão.¹³

ção cultural nos meios de comunicação e na publicidade; IV – Pluralidade e descentralização, vedada a concentração da propriedade dos meios de comunicação. Parágrafo único. A lei disporá sobre a instituição, composição, competência, autonomia, vinculação administrativa e recursos necessários ao funcionamento do Conselho Nacional de Comunicação” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 178-179).

¹³Disse o relator: “senti que a ideia dos Srs. Constituintes é fazê-lo [as decisões do Conselho de Comunicação] passar pelo Congresso, *ad referendum* no Congresso. Não gosto dessa forma e digo o porquê [...]. Um Congresso que já tem uma presença muito grande de pessoas ligadas ao setor, o qual passaria a ser o centro decisório; e essas pessoas ligadas ao setor, que detêm na mão uma máquina muito grande, não só tratariam de se eleger, como também ampliariam o espectro da sua influência nas eleições, impossibilitando à classe política um acesso equânime no período eleitoral, gerando uma facilidade eleitoral que os demais segmentos da política não possuem” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 211).

O novo relatório, todavia, estava longe de obter a aceitação dos constituintes. Por um lado, os setores progressistas viam na atribuição de competências ao Poder Executivo uma inaceitável chancela constitucional ao *status quo*, tal como ressaltou a constituinte Cristina Tavares, dirigindo-se ao relator:

Mas no art. 43, V. Ex.^a determina, no seu relatório, o *status quo*, apenas como um açúcar-cande, *ad referendum* do Congresso Nacional. [...] ou seja, vamos consolidar a situação atual que é insuportável para a democracia, [...] que é o instrumento que o Ministro das Comunicações tem usado nesta Comissão para corromper, que é o instrumento que sempre foi utilizado pelo Poder Executivo de pressão e de corrupção sobre o Congresso Nacional. De forma que, nobre constituinte, a mim me parece extremamente grave essa concessão que está sendo feita, [...] uma concessão ao arbítrio, uma concessão ao autoritarismo, uma concessão inaceitável para todos os que, durante esses anos todos, lutaram por política democrática de comunicação. Vou apresentar um destaque, e digo a V. Ex.^a e aos ilustres membros desta Comissão que, com o meu voto, este parecer não passará nessas circunstâncias. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 213).

De outro lado, a manutenção do Conselho Nacional de Comunicação e das demais normas que, na prática, impunham restrições ao princípio da livre iniciativa desagradava aos partidários do ultraliberalismo. Ao final, como estes detinham ampla maioria na comissão, ambas as versões do relatório foram rejeitadas por 37 votos a 26, nos dias 12/6/1987 e 13/6/1987, respectivamente (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 244; 253).

A essa votação, seguiu-se uma infundável discussão a respeito de como deveria proceder a Comissão VIII, isto é, (i) se deveria ser efetuada mais uma votação para as emendas e os

destaques ou (ii) se estes estariam prejudicados diante da rejeição do substitutivo. A primeira alternativa era defendida pelo bloco conservador, que pretendia, na votação das emendas, aprovar as suas propostas, àquela altura já consolidadas em um substitutivo informal, conhecido como “substitutivo da maioria”.¹⁴ Por sua vez, os progressistas defendiam que fosse concedido, imediatamente, prazo para que o relator elaborasse um novo substitutivo, a ser submetido à Comissão.

A sessão chegou a ser suspensa, a pedido de alguns constituintes, que tentavam costurar um acordo de última hora. Reaberta a reunião sem que se chegasse a um consenso, os progressistas, minoria na Comissão, mantiveram a estratégia de perpetuar as discussões e, dessa forma, obstruir a votação sobre as emendas e impedir a aprovação das propostas ultraliberais, encabeçadas pela maioria.

Foi assim que, decorrido o prazo previsto nas normas internas da Assembleia Constituinte, a Comissão VIII encerrou os seus trabalhos no início da madrugada do dia 15/6/1987, sendo a única das comissões temáticas a não aprovar um anteprojeto. Esse documento seria, informalmente, substituído pelo 2º substitutivo do relator e pelo “substitutivo da maioria”, ambos encaminhados pelo Presidente Marcondes Gadelha para a Comissão de Sistematização. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987j; PILATTI, 2008, p. 140-142; BIGLIAZZI, 2007, p. 37-38).

Enfim, pode-se dizer que, se, por um lado, os setores progressistas amargaram a rejeição do relatório do constituinte Artur da Távola,

¹⁴De acordo com Adriano Pilatti (2008, p. 142-143), o “substitutivo da maioria”, como era denominado pelos conservadores, “eliminava o Conselho Nacional de Comunicação e mantinha o controle do Congresso Nacional sobre as concessões de rádio e televisão”, bem como “exigia decisão judicial fundamentada para a suspensão, a cassação e a não renovação das concessões de rádio e televisão”.

por outro, a maioria conservadora não conseguiu – tal como havia feito, com êxito, na Subcomissão VIII-B – aprovar um documento que espelhasse as suas concepções. Como bem pontua Adriano Pilatti:

Às vésperas do início da fase de maior concentração dos trabalhos constituintes, a dos trabalhos da Comissão de Sistematização, o término das fases de descentralização revelava que o bloco progressista dispunha de recursos para, em circunstâncias favoráveis, vetar propostas do bloco conservador e que este, mesmo com maioria de dois terços, nem sempre dispunha da força propositiva que os números pareciam lhe garantir para aprovar suas propostas (PILATTI, 2008, p. 145).

O embate entre essas duas forças políticas também pautou as discussões na Comissão de Sistematização.¹⁵ O primeiro anteprojeto apresentado pelo relator, o constituinte Bernardo Cabral, em junho de 1987, tomou por base os dois substitutivos encaminhados – porém não aprovados, conforme referido acima – pela Comissão VIII (PILATTI, 2008, p. 149).

No que concerne às concessões de radiodifusão, o primeiro anteprojeto seguia o 2º substitutivo do relator da Comissão VIII, ao estabelecer que as outorgas constituiriam matéria de competência do Poder Executivo, *ad referendum* do Congresso Nacional e ouvido

¹⁵O procedimento previsto para os debates na Comissão de Sistematização era o seguinte: “o relator apresentaria, em dez dias, o Anteprojeto que reuniria as matérias aprovadas nas Comissões; publicado o texto, nos cinco dias seguintes qualquer constituinte poderia apresentar emendas de adequação e, a partir daí, o relator teria mais cinco dias para apresentar Projeto de Constituição; aprovado preliminarmente pela Comissão de Sistematização em dez dias, o Projeto entraria em discussão no Plenário da ANC durante 40 dias, sendo que nos 30 primeiros dias poderiam ser apresentadas emendas de mérito, inclusive populares; encerrada a quarentena, a Comissão de Sistematização teria mais 25 dias para apreciar as emendas e devolver o Projeto ao Plenário, para votação em dois turnos” (PILATTI, 2008, p. 148).

o Conselho Nacional de Comunicação, órgão que seria criado por lei. Caberia, também, à lei – e não mais ao Conselho – a definição das políticas de comunicação, observados os mesmos princípios que constavam do substitutivo do relator da Comissão VIII, tais como complementaridade entre os sistemas público, privado e estatal, preferência a finalidades educativas, culturais e informativas e promoção da cultura nacional (PILATTI, 2008, p. 151).

As sucessivas revisões do anteprojeto apresentadas pelo relator – em especial, os substitutivos que ficaram conhecidos como “Cabral 1” e “Cabral 2” – continham algumas poucas variações em torno desses mesmos princípios, mas com um sentido muito claro de consagrar as propostas dos setores ultraliberais. Assim, em todas as versões, foi reproduzida a divisão de competências entre Poder Executivo e Poder Legislativo quanto à concessão e à renovação das outorgas, além de se consolidar o esvaziamento do Conselho Nacional de Comunicação – até se chegar ao formato, que seria definitivo, de “órgão auxiliar do Congresso Nacional”.

De outro lado, ampliavam-se as garantias das emissoras. O projeto “Cabral 1” resgatou as normas referentes ao prazo de duração das concessões e à necessidade de ordem judicial para determinar o seu cancelamento, tal como já previa o relatório aprovado na Subcomissão VIII-B. A essas regras, o projeto “Cabral 2” acrescentou mais uma garantia, segundo a qual a não renovação das outorgas dependeria de “manifestação expressa da maioria absoluta do Congresso Nacional”.¹⁶

Diante do teor dessas propostas, não é difícil compreender por que, na sessão do dia 14

¹⁶No livro *A gênese do texto da Constituição de 1988*, publicado pelo Senado Federal, podem-se consultar todas as versões e substitutivos apresentados entre a Comissão de Sistematização e a redação promulgada em 5/10/1988. Ver Lima, Passos e Nicola (2013, p. 347-352).

de novembro de 1987, pouco antes de se iniciar a análise dos destaques relativos às concessões de radiodifusão, a maioria conservadora impediu o prosseguimento da votação, valendo-se de uma manobra regimental que permitiu suspender a reunião.¹⁷ Como aquele era o último dia para a deliberação sobre os destaques, estes foram considerados prejudicados, restando aprovado, assim, o substitutivo “Cabral 2”. Conforme esclarece Adriano Pilatti,

A obstrução conservadora impediu qualquer deliberação sobre os capítulos relativos à comunicação, ao meio ambiente, aos índios e outros temas polêmicos. [...] Com isso, contribuíram para assegurar a manutenção dos capítulos do *Cabral 2* cujos destaques não puderam ser votados. [...] De acordo com os protestos e lamentos dos progressistas, subsequentes à proclamação do resultado, o grande objetivo da tática obstrucionista teria sido mesmo evitar a votação de destaques sobre concessões de rádio e TV e telecomunicações (PILATTI, 2008, p. 189).

Mais uma vez, reproduzindo-se os embates polarizados ocorridos na Subcomissão VIII-B e na Comissão VIII, foram obstruídos o debate e a deliberação sobre o capítulo das comunicações, o que também viria a ocorrer nas votações em plenário, quando a versão final da Constituição, no que concerne às concessões de rádio e TV, seria aprovada sem grandes discussões, mantidos os pontos principais já consagrados pela Comissão de Sistematização (PILATTI, 2008, p. 229-310).

¹⁷O requerimento, assinado por 64 membros da Comissão e apresentado pelo constituinte Nilson Gibson (PMDB-PE), solicitava o encerramento da reunião “rigorosamente às 20:00h para permitir aos integrantes desta Comissão tempo para repouso e reflexão, uma vez que estamos às vésperas da votação do Título IX que exigirá de todos nós um grande esforço [...]” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c, p. 374).

2. O controle estatal sobre as diversões e os espetáculos públicos

Ao lado das concessões de rádio e TV, também eram muitas as divergências dos constituintes em torno do controle sobre as diversões e os espetáculos públicos. Se, por um lado, não havia qualquer espaço para a defesa da censura política à imprensa, de outro, parecia haver um relativo consenso de que algum tipo de controle sobre as diversões públicas deveria ser previsto na nova Constituição, especialmente em relação aos programas de TV.¹⁸

Não obstante, dados os rumos democráticos que, desde o início, nortearam os trabalhos, não se poderia reproduzir o modelo autoritário da ditadura militar. Algum grau de mudança era, portanto, necessário, o que, na prática, significava limitar o âmbito de interferência do Estado, promovendo a autonomia e as liberdades individuais. E foi aí, então, que se instalou a controvérsia: a censura deveria ser meramente classificatória ou deveria haver algum controle mais impositivo por parte das instituições estatais? E a televisão, mereceria alguma restrição especial? A quem caberia exercer a classificação dos espetáculos? À polícia, à própria sociedade civil ou, ainda, aos órgãos ligados à cultura e à educação?

Diante dessas perguntas, podemos identificar três posições diferentes na Assembleia Constituinte, conforme já destacado no tópico anterior: (i) a *posição ultraliberal*, que defendia a eliminação completa da interferência estatal no campo da comunicação social e das diversões públicas; (ii) a *posição progressista*, que pleiteava a instituição de um serviço de classificação de espetáculos, sem caráter de censura, exercido por órgãos públicos vinculados à cultura e à educação ou por conselhos comunitários; e (iii) a *posição conservadora-moralista*, que via como imprescindível a manutenção da censura classificatória, inclusive como parte integrante das atividades policiais, vindo nesta um mecanismo necessário para a proteção da moral pública.

¹⁸ Como destacou o constituinte Sólton Borges dos Reis (PTB-SP), na reunião de 5/5/1987, da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes: “quanto à censura no plano teatral, cinema, jornais, isto não está em cogitação, porque não cabe o debate. O debate cabe, apenas, em relação à televisão. Esta é a dúvida. Vamos admitir, só para argumentar, que a televisão pusesse no vídeo o sexo explícito. [...] A consagração da droga, por exemplo, uma família, em casa, desligaria a televisão ou haveria um Conselho de Ética que disciplinaria isto? Só para argumentar, porque, se não há nenhum controle, tudo se pode admitir. [...] Não há nenhum Constituinte, muito menos nesta Subcomissão, que vá defender a censura, mas temos que refletir, esgotar esse assunto, [...]”. Pouco depois, na mesma reunião, a constituinte Márcia Kubitschek (PMDB-DF) assim se referiu à questão: “eu também acho que existe um consenso de que a censura deva ser absolutamente abolida. Existe uma dúvida no espírito de certos Constituintes em relação à televisão. Gostaria de ver a televisão ajudando um pouco mais a cultura [...]” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e, p. 262 e 302).

Na fase inicial da Constituinte, a discussão sobre a censura classificatória se deu, ao menos, em quatro Subcomissões: (i) a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais – Subcomissão I-C; (ii) a Subcomissão da Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança – Subcomissão IV-B; (iii) a Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes – Subcomissão VIII-A; e (iv) a Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação – Subcomissão VIII-B.

Na Subcomissão I-C, a primeira versão do relatório apresentado pelo constituinte Darcy Pozza (PDS-RS) assegurava a liberdade de manifestação do pensamento, com a ressalva de que “as diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos às leis de proteção da sociedade”. Com isso, o relator acatava proposta apresentada pela Associação Nacional dos Censores Federais em audiência pública realizada no dia 4 de maio de 1987. Na ocasião, o Sr. Arésio Teixeira Peixoto, representante da associação, sustentou a necessidade de tutela dos menores pelo Estado, haja vista que, em relação aos espetáculos públicos, “a família nem sempre tem condições de estabelecer todo esse controle” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d, p. 134).

O fato curioso é que o dispositivo inserido no relatório desagradava não só aos progressistas, mas também aos conservadores. Para os primeiros, a redação proposta abria uma brecha para a manutenção da censura. Já para o segundo grupo, o relatório pecava por não identificar, de forma mais precisa, a atuação estatal no campo das diversões públicas.

Assim, representantes de ambas as posições procuraram alterar a proposta original do relator mediante a apresentação de emendas. Do lado progressista, o constituinte José Genoíno (PT-SP) propôs a supressão do dispositivo acima referido, visto que, segundo afirmou, submeter as diversões e os espetáculos públicos às “leis de proteção da sociedade”

seria uma forma de, na prática, negar a liberdade de manifestação do pensamento. Por seu turno, o constituinte Eliel Rodrigues (PMDB-PA) – que se autoprotelava um “intransigente defensor da censura” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d, p. 148) – pretendia aperfeiçoar a proposta, esclarecendo que, no que concerne às diversões públicas, não seriam permitidas “exteriorizações nocivas à formação do menor ou que desrespeitem os valores familiares, religiosos, éticos e os bons costumes” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d, p. 267-268).

Postas em votação no dia 23/5/1987, ambas as propostas foram rejeitadas pela Subcomissão I-C: a primeira, com onze votos contrários e sete favoráveis; e a segunda, com nove votos contrários, sete favoráveis e duas abstenções. Não obstante, logo em seguida, na mesma reunião, seria aprovada emenda aditiva proposta pelo constituinte José Genoíno. Com doze votos favoráveis, três contrários e uma abstenção, a redação aprovada instituiu o “serviço classificatório indicativo para os espetáculos públicos e programas de telecomunicações, visando aos espectadores de menor idade”, deixando claro, ainda, que “esse serviço não terá o caráter de censura e não poderá implicar a proibição ou corte do espetáculo ou do programa” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d, p. 267-270).

Ao final, o anteprojeto da Subcomissão I-C consagrou um texto conciliatório, que não refletia uma concepção fechada ou uma única posição em torno do assunto. Daí terem sido acatadas tanto a submissão das diversões públicas “às leis de proteção da sociedade”, como também a instituição de um “serviço classificatório”, que não teria “caráter de censura”.

Esse tom conciliador não se repetiria nas demais Subcomissões que se debruçaram sobre o tema. Assim, o relatório da Subcomissão

IV-B, elaborado pelo constituinte Ricardo Fiúza (PFL-PE), previa, no art. 19, inciso IV, a competência da Polícia Federal para “exercer a classificação e controle de diversões públicas, segundo dispuser a lei” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e, p. 201).

Ao se referir à “classificação” e ao “controle” das diversões públicas pela polícia, o relatório incorporava proposta apresentada pelo então Diretor-Geral da Polícia Federal, Romeu Tuma. Com efeito, em audiência pública realizada no dia 6/5/1987 na Subcomissão IV-B, a autoridade sustentou que a censura de diversões públicas deveria ser exercida por dois órgãos, ambos de natureza policial: uma divisão de classificação, destinada apenas a fixar as faixas etárias para o teatro, o cinema e os demais espetáculos pagos; e uma divisão responsável pela “censura restritiva” do rádio e da TV, que teria por objetivo evitar a “desagregação familiar” e proteger o cidadão dos conteúdos transmitidos por esses meios de comunicação (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e, p. 174).

Desse modo, além de permanecer como uma atividade de natureza policial, a censura seria mantida para o rádio e a TV, sendo “abrandada” apenas quanto aos espetáculos pagos. A continuidade era, em suma, a tônica dessa proposta, que expressava o desejo de alguns segmentos sociais de que fosse mantido o controle estatal sobre as diversões públicas, em particular sobre a TV, visando à preservação da moral e dos bons costumes.¹⁹

Proposta distinta foi aprovada pela Subcomissão VIII-A. Com efeito, o relatório apresentado pelo constituinte João Calmon (PMDB-ES) previa, em sua versão inicial, que a classificação indicativa seria exercida por cada comunidade, sem a presença do Estado.²⁰ Tal dispositivo, no entanto, foi alterado após a aprovação de emenda da constituinte Marcia Kubitschek (PMDB-DF), incorporada ao relatório final da Subcomissão VIII-A, nos seguintes termos:

Art. 23. São livres a circulação e a divulgação de obras culturais, respeitados os direitos humanos e esta Constituição.

¹⁹ O constituinte José Genoíno (PT-SP) apresentou, na reunião de 23/5/1987, uma emenda ao relatório, com o objetivo de suprimir o inciso IV do art. 19. Segundo afirmou, a expressão “controle de diversões públicas” poderia permitir a imposição da censura, negando o seu sentido classificatório. De outro lado, argumentou que o serviço classificatório não poderia ser tratado como atividade policial, devendo ser atribuído ao Ministério da Cultura ou da Educação. Posta em votação, a emenda foi rejeitada por treze votos a dois (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e, p. 225-226).

²⁰ Era o que estabelecia o art. 25 do relatório: “Art. 25. São livres a circulação e divulgação de obras culturais, respeitados os direitos humanos e esta Constituição. Parágrafo único. A lei disporá sobre o respeito a cada comunidade, que, sem a presença do Estado, classificará as obras, inclusive os espetáculos de diversões públicas e as programações das empresas de telecomunicação”. Ver ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p. 551.

§ 1º Não haverá censura de qualquer espécie sobre livros, jornais, revistas e outros periódicos, cinema, peças teatrais e qualquer tipo de espetáculo cultural ou diversões públicas.

§ 2º Lei especial disporá sobre o respeito a cada comunidade e criará um Conselho de Ética, composto por membros da sociedade e vinculado ao Ministério da Cultura, para classificar apenas a literatura tipicamente infantil e acompanhar as programações das empresas de telecomunicações (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p. 566).

Vale registrar que a aprovação da emenda foi defendida pelo constituinte Florestan Fernandes (PT-SP), para quem era imprescindível a inclusão de um artigo na Constituição “que derrubasse de uma vez por todas a censura”. Dessa forma, a intenção era deixar claro que “a censura não é policial. A censura deve ser meramente indicativa e deve estar nas mãos dos agentes culturais da comunidade” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p. 551-552).

Esse ponto de vista foi contraditado logo em seguida por Antônio de Jesus (PMDB-GO). De acordo com o constituinte, a emenda deveria ser rejeitada porque “a liberdade pode levar a uma libertinagem”, sendo necessário “um pouco de moral” a fim de evitar que “a cultura, no bom sentido, não venha tomar um descaminho” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p. 552).

Assim, embora restrita à classificação da “literatura tipicamente infantil” e ao “acompanhamento” da programação da TV, a proposta de instituição de um “Conselho de Ética” – aprovada pela Subcomissão VIII-A no dia 23/5/1987, por uma ampla maioria de 13 votos contra 4 – refletia a posição de setores progressistas. Para estes, a Constituição deveria prever a classificação de espetáculos públicos, porém

com a condição de que ela fosse efetuada com a participação dos próprios cidadãos.

Dessa forma, em sentido diametralmente oposto ao texto aprovado pela Subcomissão IV-B, o relatório da Subcomissão VIII-A tanto recusava a natureza policial das atividades de classificação, como também deixava expresso o intuito de abolir toda e qualquer forma de censura. Como bem ressaltou o Sr. Luiz Paixão, representante do Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões de Minas Gerais, ao defender a criação dos Conselhos de Ética na reunião de 5/5/1987 da Subcomissão VIII-A:

Oficialmente, a censura surgiu no Estado Novo, através da criação do DIP, e até hoje a censura tem tido uma participação, uma atuação extremamente policial. É exatamente essa questão que estamos querendo modificar, transformar a censura policial num Conselho de Ética civil, de fortalecimento da sociedade civil. Ou seja, que não tenhamos mais que correr da censura, como tivemos de fazer no período mais obscuro da nossa história, e possamos definir o que queremos ver e não o que o Estado nos permite assistir. Nós, sociedade, temos que ter o direito de escolha. Nada mais além disso que pedimos (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p. 262).

Finalmente, no relatório aprovado pela Subcomissão VIII-B, conforme já ressaltado, prevaleceu a posição ultraliberal. Dessa maneira, na mesma votação em que foi rejeitada a criação do Conselho Nacional de Comunicação, foi também excluído o artigo do relatório elaborado pela constituinte Cristina Tavares (PMDB-PE) que previa a classificação de espetáculos e diversões públicas. O dispositivo rejeitado pela Subcomissão VIII-B – aliás, muito similar ao que seria consagrado na redação final da Constituição – possuía o seguinte teor:

Art. 18. A liberdade de manifestação do pensamento e de criação e expressão pela arte, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá nenhuma restrição do Estado, a qualquer título.

[...]

§ 2º A ação do Estado em relação às diversões e espetáculos públicos limitar-se-á à informação ao público sobre a sua natureza, conteúdo e faixas etárias, horários e locais em que sua apresentação se mostre inadequada.²¹

Em substituição a esse artigo, foi aprovada, por doze votos a dois, na sessão de 21/5/1987, emenda apresentada pelo constituinte Mendes Ribeiro (PMDB-RS), cujo conteúdo era o seguinte:

Art. 17. É livre qualquer manifestação de pensamento sem que dependa de censura, respondendo cada um nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. Toda matéria não assinada será de responsabilidade do órgão que a divulgar. É assegurado o direito de resposta. Não será tolerada propaganda de guerra, ou procedimento que atente contra as instituições, ou a preconceitos de raça e de classe.

Ao excluir por completo qualquer previsão constitucional de classificação de espetáculos, o texto aprovado atendia aos interesses dos empresários do setor de radiodifusão, os quais eram contrários a qualquer forma de interferência estatal sobre a programação da TV. Não obstante, é importante ressaltar que o relatório ia além até mesmo da proposta apresentada pela ANJ, segundo a qual deveria ser instituído um “sistema de recomendações de espetáculos públicos por faixa etária”.²²

Em resumo, na fase das Subcomissões, foram aprovadas três propostas distintas relativas à classificação de espetáculos, refletindo as três forças que se confrontaram na Assembleia Constituinte: (i) a proposta ultraliberal da Subcomissão VIII-B de excluir da Constituição qualquer referência à regulação das diversões públicas; (ii) a proposta moralista-conservadora da Subcomissão IV-B de manter a censura como atividade de natureza policial, reproduzindo os fundamentos constantes da legislação em vigor na ditadura militar; e (iii) a proposta progressista, acatada pela Subcomissão VIII-A, de instituir um sistema de acompa-

²¹ A redação era a mesma tanto na versão original do relatório quanto na de seu substitutivo. Ver, respectivamente, ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 154 e 186.

²² O artigo sugerido pela ANJ tinha o seguinte teor: “o Estado de nenhuma forma, direta ou indiretamente, exercerá censura, devendo, apenas, estabelecer um sistema de recomendações de espetáculos públicos por faixa etária” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 54).

nhamento da programação da TV por Conselhos de Ética comunitários. Por fim, o relatório aprovado pela Subcomissão I-C era fruto de uma junção – pouco consistente – das propostas conservadoras e progressistas.

Na fase seguinte, das Comissões Temáticas, não se veriam grandes alterações nesse quadro, permanecendo sem resolução e até mesmo, em alguns casos, acentuando-se o confronto entre as três posições. Dessa forma, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão I) manteve a maior parte do texto aprovado pela Subcomissão I-C, ampliando, no entanto, o seu viés conservador. Confira-se a redação:

Art. 3º São direitos e liberdades individuais invioláveis:

[...]

XIV – A livre escolha individual de espetáculo público e de programas de rádio e televisão.

a) as diversões e espetáculos públicos, incluídos os programas de televisão e rádio, ficam sujeitos às leis de proteção da sociedade, que não terão caráter de censura;

b) para a orientação de todos, especialmente em relação ao menor, haverá serviço público de classificação e recomendação;

c) é vedada a supressão, ainda que parcial, de espetáculo ou programa, ressalvados os de incitamento à violência e defesa de discriminações de qualquer natureza (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987i, p. 7-10).

Como se pode perceber, o relatório contemplou mudanças sutis, porém relevantes, na definição do sentido constitucional da classificação de espetáculos. Assim, na alínea *b*, esse serviço foi estendido “para a orientação de todos”, não se limitando apenas à proteção dos “espectadores menores de idade”, conforme

constava da versão aprovada pela Subcomissão I-C. Já na alínea *c*, foi incluída expressa autorização para a realização de cortes pela censura nos casos de “incitamento à violência e defesa de discriminações de qualquer natureza”.

Com essa redação, portanto, estavam assegurados e mantidos os pilares básicos da censura classificatória, em especial a indistinção do tratamento conferido a crianças e adultos e a possibilidade de imposição de cortes nas obras analisadas pelos agentes estatais, tudo em nome das “leis de proteção da sociedade”. O viés conservador era amenizado tão somente pela expressão “não terão caráter de censura”, prevista na alínea *a* – que chegou a ser objeto de emenda supressiva, não acatada pela Comissão I²³ –, e pela ausência de vinculação expressa do “serviço de classificação” à polícia federal.

Neste último caso, a “omissão” seria suprida pelo relatório aprovado pela Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições (Comissão IV), que manteve o teor do anteprojeto da Subcomissão IV-B, apenas renumerando o artigo.²⁴ No dia 13/6/1987, foi rejeitada, mais uma vez, emenda supressiva apresentada pelo constituinte José Genoíno (PT-SP); dessa feita, no entanto, em uma vo-

²³ A emenda, que tinha por objetivo excluir a frase “que não terão caráter de censura” do relatório da Comissão I, foi apresentada pelo constituinte José Fernandes (PDT-AM). Segundo argumentou o parlamentar, “com este dispositivo, estamos abolindo definitivamente a censura. E acredito que determinados tipos de espetáculos, notadamente os de televisão, devem ter algum tipo de controle, porque a partir daí há a liberação total, irresponsável, do problema referente à tutela de determinadas pessoas que devem receber a proteção do Estado antes que possam discernir por si mesmas”. A emenda foi rejeitada na reunião do dia 12/6/1987, com vinte e quatro votos contrários e quinze favoráveis (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987k, p. 142).

²⁴ Art. 33. A Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, é destinada a: [...] IV - exercer a classificação e controle de diversões públicas, segundo dispor a lei” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987h).

tação apertada, de vinte e cinco contra vinte e quatro votos, o que refletia a ausência de consenso e a polarização em torno do assunto (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987g, p. 91-92).

Por fim, a Comissão VIII, tal como já analisado no tópico anterior, foi a única que não aprovou um anteprojeto, não tendo, portanto, deliberado oficialmente sobre a matéria. É importante considerar, no entanto, que os dois documentos encaminhados à Comissão de Sistematização, quais sejam, o “substitutivo da maioria” e o segundo substitutivo apresentado pelo relator, o constituinte Arthur da Távola (PMDB-RJ), continham proposições similares quanto à classificação de espetáculos. Em ambos os casos, estava prevista a competência do Estado para indicar horário e faixa etária a serem observados pela programação da TV, além da criação, por lei, de Conselhos de Ética, o que refletia, assim, propostas apresentadas nas Subcomissões VIII-A e VIII-B.²⁵

²⁵ O segundo substitutivo do relator possuía a seguinte redação: “Art. 21. É assegurada a liberdade de criação, expressão, produção, circulação e difusão da arte, da ciência e da cultura. § 1º Não haverá censura de qualquer espécie sobre livros, jornais e revistas, e outros periódicos, filmes, vídeos, peças teatrais e outras formas de expressão e espetáculo cultural. § 2º A ação do Estado, em relação às diversões e espetáculos, destinar-se-á a informar o público sobre a natureza, o conteúdo e adequação da faixa etária; e, em relação à programação de telecomunicações, a indicação do horário e faixa etária. § 3º A lei disporá sobre a criação de conselhos de ética vinculados aos órgãos de política cultural dos Poderes Executivo e Legislativo dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, compostos por membros da sociedade, com competência para informar sobre a natureza e o conteúdo dos espetáculos de diversões, visando à proteção da família, do menor e dos valores da sociedade.” O “substitutivo da maioria”, por sua vez, diferia da proposta do relator apenas quanto à redação do § 3º, no qual era detalhado o funcionamento do Conselho de Ética: “[...] § 3º Os programas de televisão, salvo jornalísticos, serão submetidos ao ‘Conselho de Ética’. a) os integrantes do ‘Conselho de Ética’ serão eleitos pelo Congresso Nacional e atuarão em relação aos programas de televisão que atinjam mais de um Estado da Federação; b) quando atingirem apenas a um Estado, esses Programas serão submetidos ao ‘Conselho de Ética’ cujos integrantes serão eleitos pela respectiva Assembleia Legislativa” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987j, p. 38 e 17).

Assim, apesar da não aprovação de um relatório final pela Comissão VIII, os dois documentos em questão – que refletiam a posição, respectivamente, da maioria e da minoria de seus integrantes – indicavam a convergência de propósitos quanto à necessidade de previsão de algum mecanismo de controle sobre espetáculos e diversões públicas. Com isso, perdia força a posição ultraliberal, conforme consagrada pelo relatório da Subcomissão VIII-B, abrindo-se espaço para a construção de uma proposta de consenso, ainda que limitada à noção, um tanto vaga, de “classificação de espetáculos”.

Essa tendência minimalista se veria reforçada na Comissão de Sistematização. Já no primeiro anteprojeto apresentado pelo relator, Bernardo Cabral, em junho de 1987, seriam excluídas as polêmicas propostas de instituição de Conselhos de Ética e de caracterização da censura como atividade de natureza policial, que estavam no cerne, respectivamente, das posições progressista e conservador-moralista.

Não obstante, o anteprojeto reproduzia o texto aprovado pela Comissão I, assegurando, por um lado, o direito à “livre escolha individual de espetáculo público e de programas de rádio e televisão” e, de outro, ressaltando a sua sujeição “às leis de proteção da sociedade” e à possibilidade de imposição de cortes nos casos de “incitamento à violência” ou de “discriminações de qualquer natureza”. A mesma redação seria reproduzida no segundo anteprojeto, de julho de 1987. Tal proposta de redação somente seria revista nos dois últimos substitutivos, os já mencionados “Cabral 1” (agosto/1987) e “Cabral 2” (setembro/1987), nos quais havia apenas a referência à competência da União para “exercer a classificação de diversões públicas”, sem qualquer outra disposição sobre o assunto.

Daquele momento em diante, portanto, prevaleceu o princípio abstrato de que caberia ao Poder Público exercer a classificação de espetáculos e diversões públicas, sem qualquer caráter de censura, o qual seria, com mais algumas adequações e acréscimos na fase de votação em plenário, consagrado pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988.

Conclusão

O advento da Constituição de 1988 trouxe novos horizontes às políticas de comunicação social. Foram instituídas normas que, efetivamente, poderiam levar a uma renovação democrática do modelo então vigente. A esse respeito, vale mencionar a abolição expressa da censura e o fortalecimento da liberdade de expressão, direito que, doravante, somente poderia ser limitado nas hipóteses previstas na própria Constituição (art. 220). Também com o objetivo de impedir qualquer forma de arbítrio estatal, foram previstas duas garantias importantes à prestação dos serviços de rádio e TV: (i) inclusão do Poder Legislativo no processo de outorga e de renovação das concessões; e (ii) instituição de uma cláusula de reserva jurisdicional no que concerne ao cancelamento das outorgas (art. 223, § 2º a 4º).

A Constituição trouxe, ainda, limitações à exploração econômica do setor de comunicação social. Desse modo, o princípio da complementaridade entre os sistemas público, privado e estatal deveria guiar o processo de outorga de novas concessões, que também deveriam atentar para a vedação de formação de monopólios ou oligopólios (art. 223, *caput* e § 5º). Por outro lado, foram instituídos princípios a serem observados na programação das emissoras, entre os quais a preferência a finalidades educativas e culturais, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, a promoção da cultura nacional e regional, o estímulo à produção independente e a regionalização da produção (art. 221). Finalmente, apesar da rejeição de dispositivos similares pela Subcomissão VIII-B e pela Comissão VIII, o texto constitucional previu a instituição, por lei, de meios que viabilizassem a defesa da pessoa e da família em face da programação veiculada pela TV, além de consagrar a possibilidade de regulação sobre as diversões e espetáculos públicos, inclusive quanto à definição de “locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 220, § 3º, I e II).

Reunidos, esses dispositivos constitucionais compunham o cerne de um novo modelo de regulação estatal, que se demonstrava compatível com a democracia e a liberdade de expressão, na medida em que tinha

por fim primordial garantir e promover o pluralismo político e social no âmbito dos meios de comunicação de massa.

O ponto a ser ressaltado é o de que, longe da hegemonia de um grupo sobre outro, a Constituição de 1988 incorporou pautas das três forças que se confrontaram na Assembleia Constituinte, refletindo concepções diversas a respeito da liberdade de expressão. Como argumenta Renato Lessa:

À vitória da inércia somou-se, entre muitos, a sensação de que nada de ‘progressista’ ou inovador poderia resultar de uma Constituinte Congressional, uma forma institucional que se apresentava como represamento da vontade constituinte extraparlamentar. No entanto, tal expectativa frustrou-se de modo rotundo. O Brasil que emergiu do texto constitucional de 1988 não pode ser entendido à luz da inércia institucional que se seguiu a 1985. Há algo no desenho da Constituição que nos convida a pensar em processos nos quais as consequências dizem muito mais que suas causas. Entre a forma da Constituinte e seu resultado substantivo resultou um *non sequitur* preciso: o desenho final do texto não replica simplesmente a aritmética da assimetria entre ‘conservadores’ (majoritários) e ‘progressistas’ (minoritários). Algo de qualitativamente significativo ocorreu no processo (LESSA, 2008, p. xii).

Sob outra perspectiva, seguindo Michel Rosenfeld, podemos sustentar que, no que se refere ao novo modelo democrático de comunicação social, encontramos na Constituição de 1988 muito mais uma “ausência” do que uma “presença”, ou seja, “encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 26).

Isso ocorre porque nenhuma das três posições que se confrontaram na Assembleia Constituinte pode ser considerada, integralmente, vencedora ou perdedora. Nas palavras da constituinte Cristina Tavares, proferidas na reunião da Subcomissão VIII-B, de 12/6/1987, “*esta não é uma Constituição de vencidos e vencedores*” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 237). Ou, ainda, conforme Oscar Vilhena Vieira, “não houve na Assembleia uma decisão que desse prevalência aos interesses de um único grupo hegemônico, sendo isso indício da natureza compromissória do texto. Onde todos ganham ninguém prevalece” (VIEIRA, 2013b, p. 36).

A riqueza do processo constituinte reside, justamente, no fato de que a Constituição é sempre um algo a mais, isto é, um resultado qualitativamente superior, que transcende os estritos termos daquilo a que se propunham ou do que pretendiam instituir os responsáveis por sua elaboração. E essa é, sem dúvida, uma marca distintiva da Constituição de 1988: o seu “compromisso maximizador”, o qual “garantiu que todos

os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte tivessem satisfeita ao menos parcela de seus interesses” (VIEIRA, 2013a, p. 18).

Decorre daí, por outro lado, a complexidade desse processo, haja vista que, em razão desse “hiato” ou desse “compromisso maximizador”, diante dos quais não há a consagração de uma concepção única e fechada a respeito de um determinado assunto, a aplicação e a reconstrução concreta do sentido da Constituição permanecem “abertas às diferentes interpretações; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis” (ROSENFELD, 2003, p. 18-19). Ou, nas palavras de Oscar Vieira:

[...] ao adotar uma estratégia de incorporação de diversos interesses sociais, a Constituição alcançou um grau de lealdade constitucional desconhecido na história brasileira. A sua incompletude, por sua vez, convoca os atores políticos para uma interminável disputa sobre o sentido da Constituição, reforçando a sua centralidade não como norma acabada, mas como eixo ou agenda sob a qual a política se realiza (VIEIRA, 2013a, p. 22).

Compreende-se, assim, por que o embate entre as três forças políticas presentes na Assembleia Constituinte, isto é, os ultraliberais, os conservadores-moralistas e os progressistas, tenha se protraído no tempo, dirigindo todo o processo de materialização do sentido constitucional das políticas de comunicação, da classificação indicativa e, de forma mais geral, das relações entre regulação estatal, liberdade de expressão e meios de comunicação.

O desafio atual parece ser exatamente o de assegurar o respeito aos parâmetros democráticos firmados pela Constituição. Por um lado, isso demanda respeitar o devido processo legal, a estabilidade institucional e, de forma mais ampla, o princípio da liberdade de expressão, evitando-se qualquer forma de retomada da censura. Por outro lado, o processo constituinte traz, em si mesmo, uma lição essencial, que é a da busca de consensos ou, ao menos, de soluções de compromisso, as quais devem refletir as diversas posições em disputa e, ao mesmo tempo, avançar em um sentido qualitativamente superior. Afinal, como mostram os debates travados na Assembleia Constituinte, o progresso e o diálogo são duas faces de uma mesma moeda.

Sobre o autor

Lucas Borges de Carvalho é doutor em Direito (Universidade de Brasília – UnB, Brasília, DF, Brasil); mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, SC, Brasil); e procurador federal (Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil).
Email: lucasbcavalho@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁶

CENSORSHIP AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE BRAZILIAN CONSTITUENT ASSEMBLY (1987-1988).

ABSTRACT: The article analyzes the debates on censorship and freedom of expression during the Brazilian Constituent Assembly (1987-1988). For that purpose, I argue that the constituents were divided into three main groups: ultra-liberal, moral conservatism and progressive, each supporting different positions on issues such as broadcasting regulation and the control of public shows and entertainment. In the end, a position of commitment has prevailed, in the sense that the Constitution incorporated demands of a wide range of social groups and none of these became winner or hegemonic.

KEYWORDS: CENSORSHIP. FREEDOM OF EXPRESSION. BRAZILIAN CONSTITUENT ASSEMBLY. MEDIA REGULATION. DEMOCRACY.

Referências

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: subcomissão da ciência e tecnologia e da comunicação. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987a.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: comissão da família, da educação, cultura e esportes, da ciência e tecnologia e da comunicação. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987b.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: Comissão de Sistematização. Brasília: Diário da assembleia constituinte (Suplemento “C”), 14 nov. 1987c.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: subcomissão dos direitos e garantias individuais. Brasília, 1987d.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: subcomissão da defesa do estado, da sociedade e de sua segurança. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987e.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: subcomissão da educação, cultura e esportes. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987f.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata*: comissão da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições. Brasília, 1987g.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Anteprojeto da comissão da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987h.

²⁶ Sem revisão do editor.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1987i.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ofício n. 00036-GP/87*. Comissão da família, da educação, cultura e esportes, da ciência e tecnologia e da comunicação. Brasília, 1987j.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, Brasília. *Ata: comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher*. Brasília, 1987k.

BIGLIAZZI, Renato. *A Constituição domada: democracia e o conselho de comunicação social*. 2007. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 26 jan. 1970.

BUZAID, Alfredo. *Em defesa da moral e dos bons costumes*. Brasília: [Dep. de Impr. Nacional], 1970. 42 p.

CABRAL, José Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GILBERTO, João; OLIVEIRA, Antônio Carlos Nantes de. *A nova constituição: avaliação do texto e do perfil dos constituintes*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

HERZ, Daniel Koslowsky. *Constituinte: montada uma bomba contra a democracia*. [S.l.], [19--]. Disponível em: <http://www.danielherz.com.br/node/308>. Acesso em: 14 out. 2015.

JOBIM, Nelson. A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 9-17.

LESSA, Renato. Apresentação. In: PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xi-xiii.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilene; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013.

LIMA, Venício Artur de. *Regulação das comunicações: história, poder e direitos*. São Paulo: Paulus, 2011, p. 51-66.

MOTTER, Paulino. O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney. *Comunicação & Política*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 89-116, 1994.

NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da Constituição de 1988. In: VIEIRA, Oscar. et al (Org.). *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 25-34. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10959/Resiliencia_constitucional.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2015.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PLANALTO já começa a usar o 'jogo bruto'. *Folha de São Paulo*, 26 maio 1987, p. A-6.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

ROCHA, José Carlos. A comunicação e a nova ordem constitucional. In: CIDADÃO constituinte: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 367-375.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SUBCOMISSÃO rejeita proposta que cria conselho de comunicação. *Folha de São Paulo*, 23 maio 1987, p. A-7.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: _____ et al (Org.). *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013a. p. 18-24.

_____. Compromisso maximizador e sistema político consensual. In: _____ et al (Org.). *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013b. p. 35-40.

História do *judicial review*

O mito de *Marbury*

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

Resumo: O presente artigo analisa o surgimento do controle judicial das leis nos Estados Unidos. Especificamente, pretende-se adotar uma perspectiva crítica com o objetivo de desconstruir o “mito de *Marbury*”, segundo o qual a origem do controle judicial nos Estados Unidos é quase que exclusivamente explicada pela decisão proferida pelo *chief justice* John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803. A abordagem histórica assumida, por sua vez, permite entrever que a prática judicial norte-americana surgiu como resposta a problemas políticos e concretos vivenciados por aquela sociedade, configurando uma estrutura constitucional e institucional contingente. Em conclusão, o texto sugere que essa metodologia histórica pode ser aplicada para melhor compreensão das instituições políticas brasileiras e dos problemas hoje enfrentados, a exemplo do ativismo judicial e da legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: História constitucional. Controle judicial. *Marbury v. Madison*.

1. Introdução

Ainda hoje, é rica e intensa a produção historiográfica relativa ao caso *Marbury v. Madison*. A história das “origens” do *judicial review* está longe de ser escrita em termos definitivos ou de atingir foros consensuais¹. Menos ainda as diferentes pretensões que se escondem sob tais narrativas.

Recebido em 29/5/15
Aprovado em 18/6/15

¹Sugere-se, a propósito, a leitura de dois textos sobre a dimensão historiográfica de *Marbury v. Madison*, escritos por Robert Nagel (2003, p. 613-633) e por Mary Bilder (2008, p. 6-25).

No entanto, é possível desde logo partir da premissa de que, do ponto de vista histórico, não parece razoável aceitar a versão segundo a qual o caso *Marbury* é estabelecido como o marco da origem do *judicial review* nos Estados Unidos, já que a complexidade da história não se deixa explicar, em toda sua amplitude, por meio de fatos únicos e isolados.

O historiador William Nelson (2000, p. 3 e ss) insiste na necessidade de entender-se *Marbury* mais propriamente como um caso “nascido da amarga batalha política do seu tempo”, e não como se Marshall fosse um oráculo com o poder de ver o futuro e assim decidir, definindo parâmetros institucionais inequívocos para as gerações futuras. Compreender, portanto, as denominadas “origens” do controle da constitucionalidade exige um exame que vai muito além de um único julgado proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803.

Tal perspectiva, estimulada por uma visão crítica da história², reconhece a dificuldade de crer-se no poder de grandes homens para realizar grandes feitos; ou, mais precisamente, de atribuir-se ao *chief justice* John Marshall a responsabilidade exclusiva de haver criado o *judicial review* com a decisão proferida em *Marbury*. É bem verdade que essa linha de argumentação pode gerar algum estranhamento, porquanto é lugar-comum na teoria constitucional que essa decisão, talvez a mais famosa de todas as já noticiadas pelo direito público, teria fundado a prática do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Diante desse contexto, o propósito específico deste artigo não consiste em abrir um novo flanco de discussão ou em propor um revisionismo da história constitucional norte-americana, renegando o significativo papel exercido por John Marshall e pela decisão do caso *Marbury v. Madison* na formação da tradição jurídica americana. Não. Contudo, é forçoso notar, como se argumentará, que a prática do *judicial review* não deve ser atribuída à ação exclusiva de uma única pessoa ou de uma decisão isolada, de modo que se constatará que existiram importantes precedentes a *Marbury*, que lhe criaram um ambiente institucional favorável.

A desconstrução do mito de *Marbury* e sua relativização possibilitam observar com mais riqueza o complexo processo da formação constitucional dos Estados Unidos e do *judicial review*, que depois se

²O historiador Jack Rakove (1997, p. 1036-1041) cria sua hipótese: caso *Marbury* se houvesse embriagado em uma noite qualquer, do ano de 1802, e, acidentalmente, tombado e afogado às margens do Rio Potomac, sumindo em definitivo da cena política, alguém seriamente acreditaria que a teoria e a prática constitucionais americanas seriam bem diferentes das de hoje? É notório, pois, que o projeto de Rakove é radicalizar a noção trivial de *Marbury* como momento fundacional do *judicial review*. Sua afirmação é categórica: “a conclusão a que a análise conduz é que o *judicial review* das leis do Congresso, embora inequivocamente o mais gravoso exercício de aplicação teórica, historicamente foi menos importante e problemático”.

expandiu para o resto do mundo, inclusive para o Brasil³.

Analisar, ainda que brevemente, a história do *judicial review* nos Estados Unidos dá ensejo a compreender algumas características presentes na afirmação do controle judicial de constitucionalidade, que auxiliarão, inclusive, no estudo da história do controle de constitucionalidade no Brasil, tema que, ainda hoje, infelizmente não recebeu a atenção devida por parte dos estudiosos da Constituição e da história⁴.

Desse modo, o que se pretende com esta reflexão, em verdade, é lançar premissas para a primeira etapa de uma perspectiva de “história comparada do direito” (GRAZIADEI, 2015), por meio da qual se acredita que a experiência histórico-constitucional norte-americana oferece preciosas ferramentas de análise crítica da história constitucional brasileira, caso se consiga estabelecer o diálogo interdisciplinar entre o direito comparado e a história do direito. E, ao desconstruir o mito de *Marbury*, fixa-se importante hipótese de estudo para descortinar alguns mitos que se formaram na história constitucional brasileira, a exemplo de que o controle de constitucionalidade no Brasil foi criado na Constituição de 1891 pelo “Marshall Brasileiro”, Rui Barbosa (PIRES, 1932, p. I-XL), que teria se limitado

a transplantar o modelo norte-americano do controle judicial.

2. O contexto histórico de *Marbury v. Madison*

São acirrados os embates historiográficos em torno da história do *judicial review*. O que teria levado a sociedade a consentir numa prática judicial por meio da qual os juízes se recusam a aplicar a lei editada pelo legislador com o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, quando os próprios *founding fathers* não a expressamente instituíram no texto constitucional⁵? Como admitir que um país herdeiro da cultura jurídica inglesa (DIPPEL, 2007, p. 181-233), que primava pelo princípio da supremacia parlamentar, veio a sediar uma prática institucional na qual juízes não democraticamente eleitos deixavam de aplicar leis editadas pelos representantes do povo?

O aspecto crucial, nessa discussão, consiste em não se restringir à narrativa de conceber *Marbury* como marco histórico do início do *judicial review*, tampouco regozijar-se com o gênio de John Marshall pela suposta autoria dessa prática.

É que um pressuposto aqui definido reside justamente em que o *judicial review* acarretou uma mudança no conceito de Constituição, que deixou de ser tão somente uma *fundamental law* para se tornar uma *paramount law*; então, não se pode ignorar que o surgimento do conceito na linguagem política do período pós-revolução seja necessariamente precedido

³ A crítica de Gordon Wood (1999, p. 788) a tal narrativa histórico-constitucional é implacável: “Mesmo um constitucionalista sofisticado como Alexander M. Bickel pensou que Marshall fez tudo isso”. O “tudo isso”, diz Gordon Wood, corresponde à criação da prática do *judicial review* e ao estabelecimento dos fundamentos da independência da Suprema Corte e da supremacia constitucional do governo federal sobre os Estados. Logo após, Gordon Wood (1999, p. 789) sentencia: “Embora Marshall, por si próprio, não teria podido criar o *judicial review*, ele obviamente teve algo a ver com seu começo”.

⁴ Em texto recentemente publicado (CONTINENTI-NO, 2014, p. 61-85), tentou-se refletir sobre elementos da formação histórica do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, explorando-se as próprias fontes jurídicas nacionais.

⁵ Ressalta-se que essa premissa, isto é, a não previsão expressa do *judicial review* no texto da Constituição americana significa que os *Fathers* a rejeitaram, é questionável. A propósito, ver opinião de Saylor (1953, p. 88-96), para quem sua não instituição no texto constitucional decorreu da desnecessidade de sua elaboração normativa, em face de constituir uma prática já integrada à prática judicial.

de uma prática institucional que lhe deu suporte⁶. Logo, é mais adequado analisar as práticas e as razões que a *Marbury* se ligam do que propriamente buscar sua hegemonia ou a de outro caso que venha eventualmente a ocupar-lhe o lugar, pois a origem do *judicial review* relaciona-se, ainda, com dois outros fatores: primeiro, a prática judicial anterior a *Marbury* e à própria Constituição americana; segundo, a necessidade de limitar a autoridade do Poder Legislativo (BILDER, 2008, p. 6).

Essas duas dimensões é que acarretarão uma profunda alteração do conceito de Constituição até então em circulação na cultura anglo-americana, o que permitiu que o *judicial review* fosse compreendido pela comunidade sob novos olhares e perspectivas entusiastas.

Daí que Gordon Wood (1999, p. 793) tenha destilado de *Marbury* não sua essência no que diz respeito à significação histórica do julgado em especial nos dias de hoje, mas sim aquela magia normalmente ao caso atribuída, isto é, uma versão quase mítica⁷ ou “teológica” de que foi revestido: “as fontes de algo tão significante e proibitivo como o *judicial review* nunca poderiam residir na acumulação de alguns precedentes judiciais esporádicos, ou mesmo na decisão de *Marbury v. Madison*”.

Isso quer dizer que outros fatores também contribuíram para a consolidação do controle judicial. Conforme reconheceu Gordon Wood (1999, p. 793-794), esses julgados, inclusive *Marbury*, não conseguem exaurir todo o po-

tencial explicativo do surgimento do *judicial review*, porque eles ocorreram inseridos num contexto de profunda mudança ideológica, política e institucional, que deu ensejo à alteração da própria concepção do funcionamento estrutural do governo e do direito. Esse novo paradigma criou condições para a ressignificação do princípio da separação dos poderes, justificando, do ponto de vista político e de uma teoria de legitimidade, o *judicial review*. Contudo, esses aspectos fundamentais da história constitucional não serão detidamente analisados neste artigo.

Portanto, se é verdade que, por um lado, o estudo dos precedentes do *judicial review* por si só não tem o condão de explicar plenamente a prática e a origem do controle judicial – porquanto isolados do contexto histórico-político não passam de simples decisões sem maior implicação no campo político e constitucional –, por outro lado, torna-se imprescindível sua análise cuidadosa para compreender a dimensão das mudanças conceituais e sociais em curso, que conformaram as práticas institucionais e por elas foram conformadas.

3. Antes de *Marbury*

Antes do famoso caso *Marbury v. Madison*, foram proferidas decisões que já configuravam o ambiente de transição para uma cultura jurídica que viria a dar sustentabilidade à decisão do *chief justice* John Marshall e consagrar-se no conceito de *judicial review*⁸. É importante destacar mais uma vez que essa discussão não tem por finalidade comprovar, com base

⁶Tanto que, como mostra Gordon Wood (1999, p. 788-789), durante todo o Século XIX, *Marbury* não foi citado em qualquer decisão judicial americana e, somente em 1910, é que o termo “*judicial review*” foi cunhado por Edward Corwin.

⁷Michael Paulsen (2003, p. 2706-2743) critica os excessos e os desvios do uso mítico de *Marbury* voltados à legitimação de uma suposta supremacia judicial (*judicial supremacy*), quando, em verdade, a única conclusão possível que se poderia extrair da decisão de Marshall seria a supremacia constitucional (*constitutional supremacy*).

⁸Gordon Wood (1999, p. 788-789) anota que o conceito *judicial review* somente surgiu em 1910 e foi cunhado por Edward Corwin, no artigo “The supreme court and the fourteenth amendment”, publicado em 1909, na *Michigan Law Review*, e depois integrante da obra “The growth of judicial review”.

na simples enumeração dos casos judiciais⁹, a existência do *judicial review*, mas identificar fragmentos e indícios de um dado momento histórico, considerando decisões que revelaram elementos comuns, os quais ajudam a compreender o percurso institucional expansivo do Judiciário e da modificação conceitual da Constituição.

As decisões de recusa de aplicação de leis surgem de diversas cortes estaduais. É como se houvesse a formação de uma comunidade linguística pelas cortes, que passaram a desempenhar o papel de guardiães da Constituição de modo mais ou menos consensual. São práticas que foram manifestando-se aqui e acolá, cujo grande significado é mostrar que havia algo de novo no horizonte, algo por acontecer, sobretudo porque ocorreram em período (década de 1780) no qual as concepções políticas sustentadas após 1776, inclusive sobre a forma de estruturação do poder com acentuada ênfase à soberania popular, estavam em revisão conforme os debates sobre as Constituições revolucionárias estaduais deixaram revelar (WOOD, c1998, p. 438-463; p. 549 e s).

Em outras palavras, a noção inglesa da supremacia do Parlamento tinha sofrido alguma alteração ao longo de todo o processo revolucionário norte-americano, e as práticas judiciais de controle das leis já integravam uma fase do processo de ruptura que se notabilizava pela linguagem da Constituição, sua supremacia e sua intangibilidade, ainda que elementos do paradigma anterior não fossem inteiramente descartados.

Nesse contexto, o caso *Holmes v. Walton*, julgado pela Suprema Corte de Nova Jérsei em 1780, é bem representativo do novo cenário de transição do paradigma conceitual constitucional. A própria ementa do julgado apresenta traços dessa indefinição conceitual, ao atestar que a lei é nula e inválida por violar a Constituição e as leis do país (*law of the land*):

“Uma lei da legislatura de New Jersey, de 8 de outubro de 1778, determinando um júri especial de seis homens, em vez do júri de doze homens, conforme previsão do *common law*, é nula e inválida, sendo inconsistente com a Seção XXII da Constituição de New Jersey, adotada em 2 de julho de 1776, que determina “que o direito inestimável ao julgamento pelo júri deve ser assegurado como parte do direito desta Colônia, sem qualquer revogação” (New Jersey, 1918, p.99-101).

A Assembleia de Nova Jérsei editou lei sobre o júri com o objetivo de cortar relações (comerciais, de cooperação etc.) entre colonos americanos e integrantes das tropas inglesas (os inimigos), ocupantes das

⁹ É sempre oportuna a advertência de Matthew Harrington (2003, p. 52), segundo a qual aquela corrente de autores que defende a existência do controle judicial antes de *Marbury* tende a ingressar numa enumeração infundável (e desnecessária) de casos judiciais para comprovar seu argumento.

possessões de Staten Island. Assim, legalizou o confisco, por qualquer pessoa, de mercadorias destinadas ou procedentes de tais localidades. Tal lei determinou, ainda, que as pessoas e os bens encontrados na situação descrita seriam trazidos perante um juiz de paz e julgados por um júri composto de seis pessoas, sem direito à apelação.

O major de milícia, Elisha Walton, confiscou bens de John Holmes e Solomon Ketcham, com base nessa nova lei. O caso chegou ao juiz de paz do Condado de Monmouth, e o júri de seis membros, em 24 de maio de 1779, proferiu o veredicto em favor de Walton. Antes mesmo do fim do julgamento, os réus impetraram *writ of certiorari* perante a Suprema Corte do Estado e sustentaram, em particular, que a condenação deveria ser revista, pois um julgamento realizado por um júri composto de apenas seis membros era contrário ao direito e à Constituição de New Jersey. Alegaram, outrossim, que a própria condenação seria contrária aos direitos, à prática e à Constituição de Nova Jérsei.

Após diversas prorrogações e o decurso de quase dez meses, demora provavelmente relacionada à dúvida quanto à conveniência de a Suprema Corte declarar uma lei inconstitucional, chegou-se à decisão que reverteu o julgado e restaurou aos então autores a posse dos bens antes confiscados por Elisha Walton. A decisão provocou imediata reação de parcela da comunidade de Monmouth, a ponto de uma comitiva de sessenta pessoas protocolar perante a *House of Assembly* petição que oficializava o protesto de reclamação contra os *justices*, que deixaram de aplicar a lei por suposta inconstitucionalidade, e de reparação¹⁰.

Não obstante os protestos ocorridos, a Assembleia Legislativa não se opôs à decisão da Suprema Corte de Nova Jérsei. Ao contrário, pareceu aprová-la ao ratificar a decisão judicial e editar a Lei, de 22 de dezembro de 1780, exigindo que, nos processos de confisco de bens, fosse assegurado o júri composto por doze membros.

Outro caso digno de nota é *Rutgers v. Waddington*, julgado pela *Mayor's Court* de Nova Iorque, em agosto de 1784 (THAYER, 1895, p. 63-72). *Elizabeth Rutgers* promoveu ação de indenização (*action of trespass*) contra Joshua Waddington, alegando ocupação indevida de sua propriedade desde 1778.

Foi um julgamento de grande significação nos Estados Unidos. Nomes importantes, como o de Hamilton, advogado do réu, e autoridades de destaque, a exemplo do procurador geral de Nova Iorque, participaram do processo. O juiz responsável pela decisão foi James Duane, grande advogado e líder político (COXE, 1893, p. 223), que tinha inte-

¹⁰ Austin Scott (1899, p. 459-460) registra que outras petições foram dirigidas à Assembleia, todas manifestando contrariedade à decisão.

grado a delegação nova-iorquina no Congresso Continental. Estava-se por firmar um relevante precedente na matéria já que duas delicadas questões intrincavam-se: a configuração do federalismo americano em face da possibilidade de uma lei estadual (*Trespass Act*, de 1783) de sautorizar o teor do tratado de paz entre a Inglaterra e as ex-Colônias, celebrado no ano anterior, em Paris; e a probabilidade de se suscitar grave crise institucional entre o Legislativo e o Judiciário (COXE, 1893, p. 229), que deveria decidir sobre a suposta contradição entre tratado que fora recepcionado pela Constituição de 1777 do Estado de Nova Iorque e a lei estadual cuja disposição com ele não se harmonizava, mas que contava com enorme aprovação popular¹¹.

Sobre o caso, relata Brinton Coxe (1893, p. 224-229) que a Corte de Nova Iorque “estava marchando entre os lobos e o precipício” e logo percebeu, com lucidez, o que estava em jogo: no fundo, a própria continuidade da Confederação. Por isso mesmo, houve um esforço tremendo para evitar o reconhecimento de qualquer conflito entre a legislação estadual e o tratado de paz recém-celebrado (*law of nation*). O caminho da interpretação foi o mais prudente para evitar eventual crise federal e conciliar ambos os atos normativos.

Não parece, contudo, que *Rutgers* seja um caso típico de *judicial review*, pois a discussão entre a natureza das leis estaduais e da Constituição do Estado foi evitada a todo custo além de se ter preferido afirmar o princípio da supremacia do Legislativo com a consequente sujeição do Judiciário. Ou seja, a linguagem constitucional utilizada na decisão, intencionalmente ou não, ainda refletia a semântica da cultura jurídica inglesa (a semântica da Constituição mista) do século XVII, e não propriamente a cultura norte-americana que já se vinha configurando nesse momento, mas que ainda não se fizera hegemônica nesse caso (WOOD, 1998, p. 457-459).

Nesse contexto, *Rutgers* foi diferenciado dos demais precedentes, tendo em vista que a fundamentação da decisão se apoiou nos princípios da razão natural e da justiça, assemelhando-se muito mais à linguagem dos julgados ingleses do que à dos norte-americanos, na qual a noção de supremacia da Constituição já se anunciava¹².

A leitura da decisão evidencia como a discussão de fundo constitucional, na qual se pressupõe a supremacia normativa e se admite a práti-

¹¹ Para Forrest McDonald (1985, p. 155-157), o *Trespass Act* bem ilustrava a tensão inerente entre o governo das leis e o governo (descontrolado) do povo, já que se tratava de lei extremamente popular, mas violadora dos princípios fundamentais do direito, da lei das nações, e do *common law*.

¹² Por essa razão, na opinião de William Meigs (1885, p. 180), *Rutgers* não figuraria entre os precedentes da nova doutrina constitucional americana (*judicial review*).

ca do *judicial review*, foi tangenciada e praticamente não se revestiu de qualquer relevância. A questão central era preservar a intangibilidade do Tratado de Paris não porque ele fosse uma norma dotada de hierarquia normativa, mas porque era essencial para a sobrevivência da unidade política da Confederação.

Como foi possível observar, a discussão, que selaria a paz entre a Inglaterra e os Estados Unidos, cingia-se ao conflito entre uma lei do Estado de Nova Iorque (*Trespass Act of 1783*) e o *Treaty of Peace* (Tratado de Paris, de 1783). A incompatibilidade entre esses dois atos normativos decorreu dos termos genéricos da lei que teriam criado dúvida razoável de interpretação, razão pela qual o juiz tangenciou a discussão do princípio da *supremacy of parliament*. Isso não estava em causa.

Insistiu-se que, no caso, a interpretação que se levava adiante não representava qualquer forma de controle do Judiciário sobre o Legislativo; antes, havia um esforço enorme para fazer prevalecer a intenção do legislador¹³. Cuidar-se-ia mais de uma interpretação corretiva com base na equidade em face da não razoabilidade dos efeitos da lei, do que propriamente um exercício deliberado de censura ao legislador.

Por fim, deve-se notar que o art. 3º da Constituição do Estado de Nova Iorque, de 1777, instituiu um interessante sistema *checks and balances* entre as instituições. Uma lei cuja constitucionalidade fosse duvidosa, desse modo, seria submetida ao Conselho de Revisão, composto pelo Governador e pelo pre-

sidente da Corte, além de outras autoridades representativas do Judiciário e do Executivo. Na hipótese de uma decisão negativa do Conselho, a lei censurada precisaria ser reafirmada por uma maioria de 2/3 de cada uma das duas casas do Parlamento.

A lei objeto de *Rutgers*, aponta Brinton Croxe, fora aprovada pelo Conselho de Revisão, o que, na prática, retirou da Corte a possibilidade de exercer qualquer *judicial review*¹⁴. Embora, a rigor, não se esteja diante de um caso típico de *judicial review*, *Rutgers* mostra o protagonismo do Judiciário bem como os termos e os paradoxos de uma atividade, que aos poucos se ia disseminando na realidade americana e naturalizando-se como atribuição típica do Judiciário.

Na sequência, mencione-se que um dos antecedentes à prática do *judicial review* mais comentados ocorreu em Rhode Island, quando a Superior Court of Judicature of Rhode Island se deparou com o caso *Trevett v. Weeden*, no qual se discutiu a aplicabilidade de uma lei estadual (*Forcing Act*) que suprimia o julgamento pelo júri bem como o direito à apelação nas situações em que se descumprisse a lei de 1786 (*Emitting Act*), que criara e determinara a vigência obrigatória de um novo papel-moeda. (RHODE ISLAND, 1918, P. 101-103)

John Weeden, açougueiro, recusou-se a receber o pagamento de John Trevett, que seria realizado com o novo papel-moeda, motivo por que Weeden foi chamado a juízo. A defesa de Weeden – que se sagrou vitoriosa no julgamento –, dentre outras razões, alegou que o direito ao julgamento pelo júri estava previsto na Constituição e não poderia ser suprimido por

¹³Na questão, percebe-se o esforço por realizar-se uma espécie de interpretação, que no Brasil de hoje seria denominada 'interpretação conforme a Constituição'. Em comentário sobre o episódio, Brinton Coxe (1893, p. 229), com base em um precedente do *chief justice* John Marshall, afirmou: "Uma lei do Congresso não deve ser interpretada [*construed*] nunca para violar a lei das nações se uma outra interpretação [*construction*] qualquer for possível".

¹⁴E, assim, concluiu Coxe (1893, p. 233): "Sobre toda a matéria do caso *Rutgers v. Waddington*, é, portanto, correto dizer que, de acordo com o direito da decisão, nenhuma corte poderia decidir que uma lei questionada era inconstitucional e, portanto, afirmá-la inválida".

lei da Assembleia Geral, cujo poder normativo se subordinava à própria Constituição. Logo, uma lei que afastasse o direito ao júri deveria ser afastada pelo Judiciário em face de sua inconstitucionalidade.

Essa decisão é apontada como um importante precedente da doutrina do controle judicial e, talvez, como o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de lei em face de sua incompatibilidade com a norma fundamental. Sobre *Trevett v. Weeden*, William Meigs (1885, p. 175-203) afirmou que ele “parece ser o primeiro caso autêntico em que uma corte diretamente decidiu que um ato legislativo era inconstitucional e nulo, por estar em conflito com a lei fundamental escrita”.

Outro caso bastante emblemático aconteceu no Estado da Carolina do Norte, julgado no ano de 1787. Trata-se da decisão de *Bayard v. Singleton*, da *Court of Conference* da Carolina do Norte (1918, p. 104-106). Também nele se reivindica a primogenitura da prática do *judicial review*¹⁵, isto é, que teria sido o primeiro caso no qual uma corte se recusou a aplicar ao caso concreto uma lei editada pela Assembleia por ofensa à Constituição¹⁶.

Eis a situação: Samuel Cornell era um comerciante inglês que fizera fortuna na cidade de New Bern, futuro Estado da Carolina do Norte. Com a Guerra de Independência, manteve-se fiel às forças inglesas e, em 1775, retornou à Inglaterra. Em 1777, volta à Carolina do Norte, mas se nega a jurar lealdade ao novo e independente governo norte-americano. Algo também verificado em outros Estados, o da Carolina do Norte procedeu ao confisco de bens dos ingleses que não aderiram à causa do governo e editou, em 1785, o *Land Titles Act*, que impunha aos juízes estaduais rejeitarem processos judiciais cujo objeto fosse questionar o confisco das propriedades, cujos titulares eram ingleses dissidentes. Tentando evitar o confisco de sua casa e outros bens, Samuel Cornell transferiu-os para sua filha, Elizabeth Bayard, o que, todavia, não impediu o governo de confiscá-los e, após, revendê-los.

Elizabeth Bayard promoveu ação contra o comerciante Spyers Singleton, que comprou sua ex-casa do Governo, e, em maio de 1787, a

¹⁵ John Orth (1991, p. 1363): “Depois de pensar sobre esses aspectos, por um ano inteiro, até maio de 1787, os juízes finalmente decidiram que a lei dispensando o julgamento do júri era contrária à Constituição e, então, nula; uma decisão que antecipou em dezesseis anos a decisão mais famosa do *Chief Justice* Marshall sobre a Constituição Federal, em *Marbury v. Madison*”. Sobre o tema, veja-se ainda Scott Gerber (2009, p. 1771-1818).

¹⁶ Destaca-se, inclusive, a existência de um lugar de memória a registrar o julgado e sua repercussão para a doutrina constitucional, especialmente do Estado da Carolina do Norte. Na cidade de New Bern, no cruzamento das vias US 70 Business (Broad Street) com a Middle Street, foi aposta uma Placa (“Marker C-20”), com a seguinte anotação: “Early American Precedent for judicial review of legislation, was decided nearby, 1787, by judges Samuel Ashe, Samuel Spencer e John Williams”. Registre-se, ainda, que diversas decisões da Suprema Corte da Carolina do Norte, quando afirmam a prerrogativa do Judiciário de declarar leis inconstitucionais, referiram-se prioritariamente a *Bayard*, e não a *Marbury*.

Court of Conference do Estado da Carolina do Norte decidiu o caso. Vale mencionar que, do ponto de vista constitucional, a questão resumiu-se à preliminar de cabimento ou não da ação proposta, já que, com base no *1785 Act*, a defesa de Singleton opôs a preliminar de não conhecimento da ação (*motion for the dismiss*). Foi, porém, justamente esse ponto que suscitou o debate em torno do *judicial review* ou, mais precisamente, da prerrogativa de o Poder Judiciário declarar um ato legislativo desconforme com a Constituição e, portanto, nulo.

Nos registros da decisão (*North Carolina Report*), sente-se ainda o receio dos juizes de censurar o ato do legislador e de causar um mal-estar institucional. Contudo, eles argumentaram que o mandato legislativo não conferia poderes ilimitados ao legislador que, do contrário, poderia determinar a pena de morte sem o devido processo legal ou, ainda, criar uma lei e definir vitalícios seus respectivos mandatos, algo sem dúvida que não se coadunaria com a Constituição, a qual não poderia ser modificada por simples lei ordinária¹⁷.

O que interessa em particular, nesse contexto, é o fato de a decisão reconhecer a supremacia da norma constitucional e a prerrogativa do Judiciário de controlar as leis a fim de salvar a soberania popular e os direitos individuais. A fundamentação do juiz traz em si os elementos que se encontram presentes na linguagem jurídico-política desse paradigma de transição, no qual ocorrerá a reformulação do conceito de Constituição como *paramount law*.

Ainda parece digno de nota que um dos advogados da parte autora foi o notável James Iredell, que teve um papel crucial no desenvolvimento teórico das bases do *judicial review*.

¹⁷ John Orth (1993, p. 1362) destaca que a Constituição da Carolina do Norte não tinha sido aprovada por uma Constituinte específica, o que implicava uma dificuldade ainda maior para os juizes fundamentarem sua decisão.

Não poucos estudiosos veem nele, e não no próprio Marshall, o grande artífice do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (CASTO, 1995, p. 329-369; LEONARD, 2006, p. 867-882). Ainda que não se tenha plena dimensão de sua interferência no caso, foi durante o julgamento de *Bayard* que ele escreveu a famosa “Carta de um Eleitor” (“*Letter of an Elector*”), conhecida pelo título “*To the Public*”, de 17 de agosto de 1786, na qual, embora não se possa afirmar ter influenciado diretamente os juizes do caso, é possível colher ao menos dois fortes indícios de que isso tenha ocorrido.

O primeiro pelo evidente fato de ter havido o reconhecimento da inconstitucionalidade. Algo que, hoje, pode parecer natural e óbvio, mas que àquela época foi uma verdadeira inovação constitucional e política.

O segundo, por sua vez, é sugerido pelo exemplo utilizado por James Iredell (1893, p. 253-258), em sua famosa carta *To the Public*, sobre o risco de se ter um Legislativo investido em autoridade ilimitada, consistente em seus membros editarem lei estendendo o respectivo mandato de um para dois anos. Segundo reportado em *Bayard*, um dos argumentos levados em consideração para declarar-se a inconstitucionalidade da lei da Carolina do Norte foi o de que, caso a Assembleia Geral não tivesse seus poderes limitados, ela poderia editar leis que tornassem os mandatos dos próprios legisladores vitalícios. Não parece que a similaridade dos exemplos utilizados na decisão e no texto de Iredell tenha sido mera coincidência, o que permite concluir que o julgado tenha acolhido seu argumento, o qual estava permeado da linguagem constitucional própria do *judicial review*.

Outro caso de relevância nessa discussão foi *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, julgado em 1795, pela *Circuit Court* dos Estados Unidos, localizada no Distrito da Pensilvânia. Em dis-

cussão estava a constitucionalidade da lei que autorizava o confisco de propriedade pelo Estado, conforme resumiu o juiz do caso, William Patterson: “A constitucionalidade do *confirming Act*; ou, em outras palavras, se o Legislativo tinha autoridade para editar aquela Lei”.

É interessante notar que sua argumentação envolve elementos conceituais da linguagem do *judicial review*, como a supremacia constitucional, a soberania popular e os limites estabelecidos pela Constituição – embora ainda estejam presentes aspectos da linguagem constitucional inglesa, especialmente ligados à formulação lockeana do pacto social e do direito de propriedade¹⁸.

Inicialmente, o juiz William Patterson fez uma significativa recapitulação do pensamento constitucional inglês e explicou a transcendência da autoridade do Parlamento, o qual não se submetia a qualquer controle ou limite; o poder do Parlamento era absoluto na tradição política inglesa. No segundo momento, indagou sobre a natureza da Constituição (não escrita) inglesa e a contrapôs à Constituição americana, que, diferentemente da primeira, era escrita e sintetizava de modo claro e preciso os princípios fundamentais para a organização social e política, configurando a suprema lei do país (*law of the land*) e, por consequência, o parâmetro de legitimidade para o exercício de poder pelo Legislativo.

Feita essa explanação sobre a natureza da Constituição, Paterson concluiu que o Legislativo, diversamente da Inglaterra, não seria investido de um poder arbitrário que suplantasse ou desse a própria fisionomia de uma Constituição que estava sempre por ser escrita. Nos Estados Unidos, o Legislativo retirava a legitimidade e a autoridade do poder da Constituição; o Legislativo era uma “criatura da Constituição”, sem a qual ele sequer existiria.

Concluiu, então, William Paterson (PENNSYLVANIA, 1895) que “qualquer que seja a situação em outros países, neste não pode haver nenhuma dúvida, que toda lei do Legislativo, repugnante à Constituição, é absolutamente inválida”. E, como ele próprio afirmou, se a lei é contrária à Constituição, é dever da corte declará-la nula e inválida.

Outro caso de extrema relevância, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1796, foi *Hylton v. United States*. Daniel Hylton foi

¹⁸ Ademais, conforme observado por Robert Clinton (2002, p. 234-235), às vezes, atribui-se às decisões da Suprema Corte, na Era pré-Marshall, um tipo de abordagem pautada pelo direito natural, que elas não teriam. Clinton afirma que a referência a direitos naturais, tradições ou princípios da razão ou do *common law* denota a compreensão dos juízes da época de que a Constituição não era somente um texto isolado; era também formado por um conjunto de outros elementos integrantes do conceito mais amplo de *rule of law*, o que, no fim, revelava a compreensão da Constituição como uma essência da verdade, que permeava todos os princípios estabelecidos na comunidade política.

acionado pelo representante judicial dos Estados Unidos em face da cobrança de taxa incidente sobre o transporte de pessoas em carruagens, de cujo pagamento se omitira. Em sua defesa, alegou que a lei instituidora da citada exação era inconstitucional e nula.

Ao decidir, o *justice* Chase fixou o ponto controverso da demanda: definir se a Lei, de 5 de junho de 1794, do Congresso Nacional, “que estabelece encargos sobre o transporte de pessoas em carruagens” seria nula e inconstitucional, ou seja, tratou-se abertamente de uma questão de inconstitucionalidade de lei ordinária, em face da disposição da Constituição que autorizava a instituição de taxas. Após detalhado exame sobre o poder do Congresso de instituir taxas em geral, Chase concluiu: “Eu penso que uma taxa anual sobre o transporte de pessoas em carruagens pode ser considerada dentro dos poderes atribuídos ao Congresso para estabelecer encargos” (UNITED STATES, 1796).

Porque a lei lhe pareceu elaborada no exercício da atribuição constitucional do Congresso e, por conseguinte, não estivesse configurada uma manifesta inconstitucionalidade, Chase concluiu ser infrutífero enfrentar o tópico sobre a competência da Suprema Corte para declarar a lei inconstitucional¹⁹.

Mais uma vez, observa-se a presença da linguagem constitucional do *judicial review* mesmo sem haver a declaração de inconstitucionalidade, o que, aliás, não impediu a Corte

de reconhecer sua competência de revisar a constitucionalidade dos atos do Legislativo. É, pois, possível perceber o processo de configuração de uma comunidade política, cuja linguagem se desenvolvia em torno da atribuição de o Poder Judiciário declarar leis inconstitucionais. E, conforme já adiantado, a questão da primogenitura de *Marbury*, nesse caso, é o que menos interessa, não obstante o debate norte-americano seja impregnado por essa dimensão fundacional.

Julga-se ainda oportuno destacar dois aspectos no caso *Hylton*, que favorecem a ideia de que o *judicial review* já angariava algum consenso no discurso político-jurídico da época. O primeiro elemento advém do fato de um dos *justices* presentes ser James Iredell, que atuou como advogado da parte autora no caso *Bayard*, em 1786-1787; ele não só arguiu a inconstitucionalidade da lei da Carolina do Norte, como também publicou o manifesto *To the Public* em explícita defesa do *judicial review*. O segundo indício liga-se ao quarto e último juiz do caso, James Wilson, um dos mais respeitados delegados da Convenção Constitucional, que acompanhou a opinião dos outros três juízes, pois seu voto não teria qualquer influência no resultado final. Porém, fez a ressalva de que, quando juiz na Corte do Circuito de Virgínia, emitira decisão divergente e, ainda, mantinha os mesmos sentimentos a respeito da inconstitucionalidade da lei.

Os casos ora tratados não esgotam o elenco dos precedentes de *Marbury*. Outros poderiam ainda ser analisados. Entretanto, em face dos objetivos aqui traçados, limita-se a citar, entre tantos, o trabalho de Mark Graber (2003, p. 626-627), no qual se apontam diversas referências a casos pré-*Marbury*. Em vários deles, a questão da inconstitucionalidade e da competência do Poder Judiciário foi devidamente discutida e afirmada nos votos dos juízes.

¹⁹ Em seu voto, o *justice* Chase justificou: “[É] desnecessário, neste momento, para mim, determinar se essa corte constitucionalmente possui o poder de declarar uma lei do congresso nula, ao argumento de que ela foi produzida em contrariedade à, e em violação da, Constituição; mas se a Corte tem tamanho poder, eu sou livre para declarar que eu nunca o exercitarei, senão nos casos inequívocos”. Sanford Levinson (2004, p. 591-592) reconheceu que, caso a Suprema Corte vislumbrasse uma violação tal qual asseverou o *justice* Chase, certamente teria declarado a inconstitucionalidade da lei. (UNITED STATES, 1796).

William Meigs (1885, p. 182-183), em artigo de grande repercussão publicado no ano de 1885, mostrou um cenário no qual o poder de a Corte recusar-se a aplicar uma lei em razão de sua inconstitucionalidade fixara bases importantes ao longo das décadas de 1780 e 1790, nos Estados de Rhode Island e Nova Iorque, além da Virgínia, Nova Jérsei, Carolina do Norte e Massachusetts.

Em meio à discussão sobre a precedência ou não de *Marbury*, Robert Clinton (2002, p. 224-226) esclareceu que, em ao menos seis casos, leis nacionais foram questionadas, mas não foram invalidadas judicialmente com a ressalva de que a Corte reconheceu seu próprio poder de não aplicar leis incompatíveis com a Constituição. Entre eles, aparece *Hylton v. United States*, linhas atrás examinado, em que a Suprema Corte afirmou sua competência para declarar leis inconstitucionais, não obstante tenha convalidado o ato normativo²⁰.

4. Mudança conceitual da Constituição

Os casos analisados, em maior ou menor medida, sedimentaram bases para a formação

²⁰ Merece destaque, por se tratar de lei federal, o caso *Hayburn*, de 1792, em que cinco juizes da *Circuit Court* se recusaram a aplicar uma lei do Congresso que lhes determinava executarem funções administrativas sob a supervisão do Secretário de Guerra. Nessa mesma linha, em *United States v. Yale Todd*, decidido em 1794, considerou-se inválida a indenização prevista em favor dos prisioneiros da guerra da revolução, se concedida por juizes no exercício de funções administrativas. Segundo as notas do *chief justice* Jay, a conclusão a que chegou a Corte no caso foi: "1. That the power proposed to be conferred on the Circuit Courts of the United States by the act of 1792 was not judicial power within the meaning of the Constitution, and was, therefore, unconstitutional, and could not lawfully be exercised by the courts." (KURLAND; LERNER, 1987). Cita, ainda, Robert Clinton o caso *Calder v. Bull*, de 1798, no qual a Suprema Corte afirmou o próprio poder de desconsiderar as leis inconstitucionais, mesmo opinando pela validade da lei em questão. Em *Cooper v. Telfair*, de 1800, a Suprema Corte também se absteve de declarar inconstitucional a lei da Geórgia.

do paradigma de controle judicial de constitucionalidade com base na compreensão de que a Constituição tinha adquirido um novo *status*, era norma jurídica; deixou de ser apenas a "intocável" e inaplicável *fundamental law* (lei meramente política) para se tornar uma norma vinculante para o caso concreto, que integra o conceito de *law* e, portanto, insere-se no campo semântico de *expound the law*, expressão que traduz a atuação dos juizes, tornando-se em consequência mais do que uma *fundamental law* (uma lei meramente política) para configurar-se como uma *paramount law*. Em outras palavras, além de a Constituição tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico, do qual ela tomou o posto nuclear de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, ela passou a ser ativada na fundamentação das pretensões individuais e concretas da população, diariamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

O mais importante de todos esses casos, incluindo *Marbury*, não é definir qual seria o momento fundacional do *judicial review*. Essa disputa permanece vivaz nos círculos acadêmicos americanos com larga vantagem para *Marbury*. Porém, parece desprovida de maior significância histórica, porquanto verdadeiramente relevante é o contexto linguístico-político que se pode reconstruir a partir não só de *Marbury* mas de todos os casos referidos.

Um dado interessante é que *Marbury* somente foi citado, na qualidade de precedente do *judicial review*, no caso *Mugler v. Kansas*, julgado em 1887 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Antes disso, aponta-se o julgamento do caso *United States v. The William*, ocorrido em 1808, no qual o *justice* John Davis, atuando na Corte Distrital de Massachusetts, cita dois precedentes da Suprema Corte para a prática do *judicial review*: *Cooper v. Teltair*, de 1800, e *Marbury v. Madison*, de 1803. Só que,

em sua opinião, coube a *Cooper* desempenhar um papel mais relevante, razão pela qual dedicou a *Marbury* apenas uma referência genérica e secundária (GRABER, 2003, p. 627-628).

Muitos autores, não obstante, creem no caráter específico e inovador de *Marbury*, sobretudo por haver tentado estabelecer limites claros de atuação institucional do Judiciário e do Legislativo ao ditar critérios que bem separariam o campo próprio do direito (direitos individuais) daquele próprio da política (relativo à nação e definido pelos poderes políticos) (NELSON, c2000, p. 58; WOOD, 1999, p. 806).

Para além da polêmica, o que parece mais interessante nesse debate é tentar compreender *Marbury* no contexto em que se insere e perceber que a decisão ajudou a disseminar o entendimento de que os juizes americanos poderiam tratar a Constituição como suprema lei ou superestatuto, que deve ser interpretado e integrado com o conjunto de normas do corpo jurídico (WOOD, 1999, p. 801-802). Ou seja, a Constituição passou a ser compreendida como norma jurídica efetível pelo Judiciário (e não apenas uma carta de declaração de princípios políticos destituída de força vinculante) e como objeto do processo hermenêutico de interpretação e de aplicação jurídica (*to expound the law*), conforme ocorria até então com as leis ordinárias. Em certo sentido, pois, deu-se um processo de “legalização” da *fundamental law*.

Ao mesmo tempo, além de direito aplicável, a Constituição tornou-se o parâmetro de validação do direito infraconstitucional (*paramount law*). Começou a funcionar numa ambiguidade indissociável: seria lei aplicável ao caso concreto, mas seria também parâmetro de validação para as demais leis aplicáveis ao caso concreto. A semântica constitucional modificou-se. Ao caráter de *fundamental law* da Constituição, agregou-se o elemento da su-

premacia formal: a Constituição foi concebida na qualidade de norma jurídica que determina a competência dos agentes públicos e dos poderes instituídos.

Deixou-se de lado a semântica da Constituição inglesa, na qual a Constituição era um simples direcionamento moral e político. Ganhou juridicidade e normatividade, estando apta a estabelecer vínculos jurídicos e vinculantes. A mudança do conceito é evidente: de Constituição-ordem, *fundamental law*, para Constituição-norma, *paramount law* (STOURZH, 1988, p. 47-48).

O controle judicial nos Estados Unidos, enfim, marcou a ruptura com a Constituição mista inglesa e o início e a consolidação de um novo paradigma constitucional, o da Constituição americana²¹, que servirá como modelo para muitos países, inclusive o Brasil republicano.

5. Conclusão

Um dos propósitos mais nobres da história do direito é fornecer elementos que abram diferentes perspectivas e olhares para a compreensão das instituições jurídicas e políticas no presente. Considerado tal objetivo, o exercício histórico ora empreendido – desconstruir o mito de *Marbury* –, procurou, em primeiro lugar, argumentar que a história não pode ser o resultado da ação de um homem só.

É verdade que não se pode ignorar o papel e eventualmente a relevância de grandes personalidades. Mas, sem um ambiente institucional propício, suas ideias e seus atos minuiam, tornando-se fora de tempo e de lugar.

²¹ Sobre o conceito e a diferença entre a Constituição inglesa e a inovação conceitual operada na Constituição pelo pensamento jurídico-político americano, o comentário de Gordon Wood (c1998, p. 291) é bastante elucidativo.

Daí, conforme ressaltado ao longo do texto, a importância de não se estudar *Marbury* apenas como um caso isolado ou fundacional, mas dentro de um contexto específico em que se favorecia a tomada de decisões pelo Poder Judiciário em desfavor do Legislativo e de suas leis, mas sempre em nome da Constituição e da soberania do povo.

Em segundo lugar, a desconstrução do mito de *Marbury* faz crer que o *judicial review* não constitui premissa necessária a ser imposta a toda comunidade política que se regule por uma Constituição. Tal prática surge como resposta concreta, embora nem sempre muito bem articulada ou planejada, a questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o *judicial review* configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração. Nos Estados Unidos, conforme se aprofundará em outro texto, o controle se revelou a solução institucional mais adequada ao momento político pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo dos Estados foi compreendido, segundo os próprios atores políticos da época, como fonte de ilegitimidade e de ameaça a garantias fundamentais, pondo em risco a própria independência recém-conquistada pelos Estados Unidos e sua organização federal.

A mesma metodologia de análise histórica, por sinal, serve de premissa para os estudos da formação do controle da constitucionalidade no Brasil, ainda hoje resignados à maestria salvífica de Rui Barbosa, o que prenuncia horizontes promissores para a pesquisa de história comparada do direito, consoante já mencionado. Não se trata de afirmar que os mesmos passos devam ser trilhados por diferentes culturas constitucionais. Não. Cada país, cada sociedade tem sua própria Constituição, sua própria história e seu próprio constitucionalismo. A especificidade de cada experiência histórico-constitucional, no entanto, não afasta a possibilidade de aprendizado mútuo e de identificação de elementos comuns entre duas ou mais comunidades políticas, para iluminar novas leituras e possibilitar melhor compreensão do passado.

Em terceiro lugar, é preciso ter em mente que a sedimentação de mitos, como *Marbury*, serve política e retoricamente para legitimar certas narrativas históricas, na mesma medida em que se abre mão da análise crítica e da possibilidade de pensar novas oportunidades e respostas institucionais aos problemas enfrentados no presente. Assim como defender a mitologia de *Marbury* ajuda a fundamentar uma agenda política em que o Judiciário sai fortalecido, defender mitos fundacionais na história constitucional brasileira – e um deles inegavelmente é o que ronda Rui Barbosa e o controle judicial brasileiro – serve a uma pauta discursiva específica de fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.

Sobre o autor

Marcelo Casseb Continentino é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professor de História do Direito e de Direito Constitucional na Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), Recife, PE, Brasil; procurador do Estado, na Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (PGE-PE), Recife, PE, Brasil.

E-mail: marcelo_casseb@yahoo.com.br.

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

HISTORY OF JUDICIAL REVIEW: THE MARBURY'S MYTH

ABSTRACT: This article analyses the origins of judicial review of legislation in the United States. Particularly, it aims to adopt a historical critical perspective in order to deconstruct the "Marbury's myth", according to which the origin of American judicial review has been almost thoroughly explained as a simple result of chief justice John Marshall's opinion, in *Marbury v. Madison*, ruled by the American Supreme Court, in 1803. The assumed historical approach, in turn, enables to find out that the practice of American judicial review has come to light as a response to concrete and political problems experienced by that society, configuring a contingent constitutional and institutional structure. In conclusion, the text suggests that this historical methodology can be applied to better understand Brazilian political institutions and problems currently faced, as judicial activism and democratic legitimization of judicial review.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL HISTORY. JUDICIAL REVIEW. MARBURY V. MADISON.

Referências

BILDER, Mary Sarah. Idea or practice: a brief historiography of judicial review. *Journal of Policy History*, v. 20, n. 1, p. 6-26, 2008.

CASTO, William R. James Iredell and the American origins of judicial review. *Connecticut Law Review*, v. 27, p. 329-369, 1995.

CLINTON, Robert. The supreme court before John Marshall. *Journal of Supreme Court History*, v. 27, n. 3, p. 222-239, nov. 2002.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. 200 anos de constitucionalismo: resquícios para uma história constitucional do Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 83, p. 61-85, jan./fev. 2014.

COXE, Brinton. *An essay on judicial power and unconstitutional legislation, being a commentary on parts of the constitution of the United States*. Philadelphia: Kay and Brother, 1893. p. 219-271.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno (Novas Perspectivas)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 181-233.

²²Sem revisão do editor.

GERBER, Scott D. The origins of an independent judiciary in North Carolina, 1663-1787. *North Carolina Law Review*, v. 87, n. 6, p. 1.771-1.818, set. 2009.

GRABER, Mark A. Establishing judicial review: Marbury and the judicial act of 1789. *Tulsa Law Review*, v. 38, n. 4, p. 609-650, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2418&context=tlr>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

GRAZIADEI, Michele. *Comparative law, legal history, and the holistic approach to legal cultures*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Critica/Graziadei.htm>>. Acesso em: 1^a out. 2015.

HARRINGTON, Matthew. Judicial review before John Marshall. *The George Washington Law Review*, v. 72, p. 51-94, 2003.

IREDELL, James. To the public (1786). In: COXE, Brinton. *An essay on judicial power and unconstitutional legislation, being a commentary on parts of the constitution of the United States*. Philadelphia: Kay and Brother, p. 253-258, 1893.

KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. v. 4, 1987. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_2_1s37.html>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LEONARD, Gerald. Iredell reclaimed: farewell to Snowiss's history of judicial review. *Chicago-Kent Law Review*, v. 81, n. 3, p. 867-882, 2006. Disponível em: <<http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/cklawreview/wp-content/uploads/sites/3/vol81no3/Leonard.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

LEVINSON, Sanford. Why I still won't teach Marbury (except in a seminar). *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3, p. 588-603, mar. 2004.

MCDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, c1985.

MEIGS, William. The relation of the judiciary to the constitution. *The American Law Review*, v. 19, n. 2, p. 175-203, march-april, 1885.

NAGEL, Robert. Marbury v. Madison and modern judicial review. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 613-633, 2003.

NELSON, William Edward. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, c2000.

NEW JERSEY. Supreme Court. Holmes v. Walton [1 Martin, N. C. 48]. In: SCOTT, James Brown. *Judicial Settlement of Controversies between States the American Union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1, p. 99-101.

NEW YORK. Mayor's Court. Rutgers v. Waddington. In: THAYER, James Bradley. *Cases on Constitutional Law: with notes*. Cambridge: University Press, 1895. v. 1, p. 63-72.

NORTH CAROLINA. Court of Conference. Bayard v. Singleton [1 Martin, N. C. 48]. In: SCOTT, James B. *Judicial Settlement of Controversies between States the American Union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1 p. 104-106.

ORTH, John V. "Fundamental Principles" in North Carolina constitutional history. *North Carolina Law Review*, v. 69, p. 1.357-1.364, 1991.

PAULSEN, Michael Stokes. The irrepressible myth of Marbury. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2.706-2.743, ago. 2003.

PENNSYLVANIA. Circuit court of the United States, district. Vanhorne's Lessee v. Dorrance (1795). In: THAYER, James Bradley. *Cases on Constitutional Law: with notes*. Cambridge: University Press, 1895. v. 1, p. 94-105.

PIRES, Homero. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1932. v.1, p. I-XL.

POCOCK, John G. A. *Political thought and history: essays on theory and method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 69-74.

RAKOVE, Jack. The origins of judicial review: a plea for new contexts. *Stanford Law Review*, v. 49, n. 5, p. 1.036-1.041, maio 1997.

RHODE ISLAND. Superior Court of Judicature. *Trevett v. Weeden* (1786). In: SCOTT, James Brown. *Judicial settlement of controversies between states of the American union*. New York: Oxford University Press, 1918. v. 1, p. 101-103.

SAYLOR, J. R. Judicial review prior to *Marbury v. Madison*. *Southwestern Law Journal*, v. 7, p. 88-96, 1953.

SCOTT, Austin. *Holmes vs. Walton: the New Jersey precedent*. *The American Historical Review*, v. 4, n. 3, p. 456-469, abr. 1899.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century. In: BALL, T; POCOCK. *Conceptual Change and the Constitution*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1988. p. 35-54.

WOOD, Gordon S. *The creation of American republic, 1776-1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, c1998.

_____. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*, v. 56, n. 3, p. 787-809, jan. 1999. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1542&context=wlulr>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

UNITED STATES. Supreme Court. *Hylton vs United States*. *Reports of Cases Ruled and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, 1796. p. 171-183.

As dívidas odiosas e o direito internacional

AZIZ TUFFI SALIBA

MARIA CLARA DE MELO MASCI VALADÃO CARDOSO

Resumo: O presente artigo discutirá a conformidade da doutrina das dívidas odiosas segundo o Direito Internacional. Objetiva-se verificar a existência, no ordenamento jurídico internacional, de norma proibitiva da aplicação daquela teoria, bem como verificar a possibilidade de invocação a fim de afastar obrigações contraídas com credores internacionais. Para tanto, realizar-se-á uma análise dos argumentos trazidos a lume não só na jurisprudência de tribunais arbitrais internacionais e cortes domésticas, mas também nos principais posicionamentos teóricos a respeito. Verifica-se que os casos de não aplicação da doutrina decorrem de fatores de ordem político-econômica e não de uma objeção de natureza jurídica. Demonstra-se que não existe regra de Direito Internacional impeditiva da invocação da teoria e que a aplicação da doutrina é possível quando presentes os requisitos de caracterização da dívida odiosa.

Palavras-chave: Dívidas odiosas. Dívidas soberanas. Obrigações internacionais. Exceção à regra do pagamento. Possibilidade jurídica.

Introdução

Ao longo dos séculos, em diferentes Estados, regimes despóticos ou corruptos acumularam grandes dívidas externas, justificando os empréstimos como destinados a custear projetos de desenvolvimento. No entanto, substanciais parcelas desses recursos foram empregadas para finalidades escusas, desde a aquisição de armamentos e instrumentos de repressão até a construção de luxuosas residências e financiamento de viagens particulares. Iraque, Zaire (atual República Democrática do Congo) e Filipinas são exemplos de Estados cujos governantes incorre-

Recebido em 9/3/15
Aprovado em 8/5/15

ram em consideráveis dívidas externas, constituindo, ao mesmo tempo, vultosos patrimônios pessoais, em detrimento da geração de desenvolvimento econômico e social.¹

O grande peso desses débitos gera impactos negativos para a população, constituindo um dos principais obstáculos ao aumento de investimentos em políticas para o combate à pobreza, como saúde, educação e moradia. Estados como Senegal, Malawi e São Tomé e Príncipe já destinaram cerca de 30% de sua arrecadação ao pagamento de dívidas, impedindo a alocação de recursos para a construção e o desenvolvimento de sua capacidade humana e institucional (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2005).

Ao contrário de empréstimos tomados para realizar propósitos que atendam efetivamente ao interesse da população, as chamadas “dívidas odiosas” tornaram-se objeto de questionamentos quanto à sua legitimidade, por juristas e entidades governamentais e internacionais (KING, 2007). Após o colapso de regimes ditatoriais, seria possível, segundo o Direito Internacional, isentar os governos democráticos sucessores do pagamento de tais débitos, considerados indesejados ou irregulares?

1. Doutrina das dívidas odiosas

1.1. Desenvolvimento do argumento jurídico

Ao contrair empréstimos por meio da celebração de contratos, o Estado obriga-se ao fiel cumprimento e observância dos dispositivos legais previstos em tais instrumentos. Trata-se do princípio costumeiro de Direito Internacional *pacta sunt servanda*, segundo o qual os compromissos firmados entre partes de boa-fé devem ser cumpridos e honrados (SHAW, 2008). Nesse sentido, é possível assegurar a continuidade das obrigações contraídas por um Estado *vis-à-vis* seus credores.

Todavia, esse princípio sofreu mitigações como a que se verificou, em 1898, por ocasião do repúdio a dívidas cubanas. O caso diz respeito à anulação de débitos incorridos pelo governo colonial espanhol em nome de Cuba. Alegou-se que tais obrigações foram impostas à força contra a população, sem o seu consentimento e para propósitos escu-

¹ Ao final do governo de Mobutu Sese Seko, o país acumulou aproximadamente 12 bilhões de dólares em dívida externa, enquanto seu patrimônio pessoal beirava quatro bilhões (UNITED STATES, 2013). Ferdinand Marcos, ditador filipino, deixou cerca de 28 bilhões de dólares em dívida externa e dez bilhões como herança pessoal (GINSBURG; ULEN, 2007). Saddam Hussein, por sua vez, constituiu um patrimônio pessoal de aproximadamente sete bilhões de dólares (em 2000), enquanto a dívida pública do Iraque ao fim de seu governo atingiu 140 bilhões (CHUNG; FINDLER, 2006).

tos – especificamente, o fortalecimento do poderio militar da Espanha na ilha. Durante a Conferência de Paz Hispano-Americana de Paris, em 1898, a delegação norte-americana posicionou-se abertamente em favor da anulação da dívida (SACK, 1927, p. 149).

Situação semelhante ocorreu em 1919, quando da celebração do Tratado de Versalhes, o qual estipulava, em seu art. 255, que a Polônia não se obrigaria pelas dívidas prussianas contraídas durante o período de ocupação do território polonês. Estima-se que a Prússia tenha empregado cerca de 100 milhões de francos na compra de terras polonesas, para fins de colonização (SACK, 1927, p. 160).

Tal possibilidade de repúdio a dívidas contraídas por governos antecessores havia sido contemplada por Gastón Jezè (1992) nas chamadas “dívidas de regime”: aquelas alocadas para a manutenção do regime político que as contraiu. Elas seriam necessariamente ligadas ao regime político, de forma que a extinção do governo as levaria a termo.

A partir do conceito apresentado por Jezè, Alexander Sack propôs, em 1927, a doutrina das “dívidas odiosas” (KING, 2007). Segundo Sack (1927, p. 157-158), além dos empréstimos tomados a fim de fortalecer o regime ou reprimir insurgências, seriam também consideradas dívidas odiosas as assumidas para atender a interesses pessoais de membros do governo. Tais obrigações não seriam oponíveis à população do Estado, dada a ausência de uma das condições identificadas pelo jurista russo como essenciais à regularidade das dívidas externas: a alocação dos recursos provenientes de empréstimos para a consecução de atividades que atendessem aos interesses e necessidades públicas.

Além disso, Sack incluiu entre os requisitos para a nulidade das dívidas odiosas a ciência dos credores quanto à sua destinação a

fins afastados do interesse público. Segundo o jurista russo, o empréstimo concedido sabidamente para atender a propósitos pessoais ou sem benefícios à coletividade constituiria um ato hostil à população, a qual não deveria responsabilizar-se pelas dívidas pessoais incorridas pelo governante (JEZÈ, 1992).

Assim, Sack estabelece uma tipologia para a identificação das dívidas odiosas a partir da constatação de três elementos centrais: a ausência de consentimento, que implica a população não ter consentido na transação em questão; a ausência de benefícios, que significa que a dívida foi contraída em violação à ordem pública e seus recursos foram empregados em desacordo com os interesses do Estado; e ciência do credor quanto à ausência de benefícios ao interesse público (YIANNIT; TINKLE, 2007).

A caracterização de uma dívida odiosa operaria, portanto, como uma exceção ao princípio geral segundo o qual um novo governo, “automática e incondicionalmente”, deveria aceitar as dívidas contraídas pelo seu predecessor. Desse modo, no caso de sucessão de governos, após a queda de um regime despótico, o seu sucessor não estaria obrigado a quitá-las (SACK, 1927, p. 157).

Posteriormente, Mohammed Bedjaoui (1977)² formulou nova concepção de dívidas odiosas durante mandato como relator da seção relativa à sucessão de dívidas de Estados do projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Propriedades, Arquivos e Dívidas (NAÇÕES UNIDAS,

²Diplomata e jurista argelino, Mohammed Bedjaoui representou seu país na França e na sede das Nações Unidas em Nova Iorque. Como membro da CDI, dirigiu o relatório acerca da Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Propriedades, Arquivos e Dívidas, de 1967 a 1981. No ano seguinte, iniciou seu exercício como juiz da Corte Internacional de Justiça, a qual presidiu de 1994 a 1997, encerrando suas atividades em 2001.

1983). Segundo o jurista argelino, o conceito compreenderia todos os débitos contraídos pelo Estado predecessor visando a alcançar objetivos contrários aos interesses do Estado sucessor ou do território transferido. Também estariam incluídos todos os débitos contraídos pelo Estado predecessor com objetivos e propósitos contrários ao Direito Internacional e aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas (BEDJAOU, 1977, p. 140).

Ademais, Bedjaoui (1977, p. 173) propõe expressamente a impossibilidade de transferência de tais débitos ao Estado sucessor. O jurista argelino reconhece, ainda, que as dívidas odiosas podem ser evocadas também no âmbito da sucessão de governos, quando um novo regime repudia os débitos do regime predecessor, em situação idêntica à sucessão de Estados (BEDJAOU, 1977, p. 124-126).

A concepção de dívidas odiosas apresentada por Bedjaoui é, portanto, mais abrangente que a proposta por Sack. A formulação do jurista argelino trata, além das dívidas de sujeição já evocadas pelo doutrinador russo, de dívidas contraídas com propósitos contrários ao Direito Internacional, as quais, apesar de seu caráter ilícito, não causariam prejuízo direto ao Estado sucessor e sua população. Estariam abarcados os débitos utilizados para financiar outras instâncias de comportamentos vedados pelo ordenamento jurídico internacional, tais como promoção de guerras de agressão, colonização, *apartheid* e genocídio em territórios estrangeiros (BEDJAOU, 1977).

1.2. Objeções jurídicas à doutrina

Outra parte da doutrina adota uma abordagem restritiva da teoria das dívidas odiosas, excluindo do seu escopo de aplicação os casos de sucessão governamental, nos quais a regra vigente seria a da continuidade das obrigações

comerciais (OCHOA, 2008). Tal concepção fundamenta-se no fato de que, na esfera internacional, os Estados – não os governos – figuram como sujeitos responsáveis pelas obrigações (BROWNLIE, 2003). Assim, em razão da imutabilidade da personalidade jurídica dos Estados, diante de mudanças de governo, o sucessor permaneceria responsável pelos atos do predecessor, mantendo inalterados os direitos e deveres adquiridos (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 369).

Nesse sentido, há substancial parcela da doutrina que propugna a continuidade dos débitos. John Moore, ex-membro da Corte Permanente de Justiça Internacional, afirmou que as alterações governamentais, em regra, não alteram a situação jurídica do Estado perante o Direito Internacional. Entende que, apesar das mudanças de governo, o país continua sem prejuízo para seus direitos e obrigações (MOORE, 1906, p. 249).

O mesmo princípio foi reafirmado, embora já com certas ressalvas, por Edwin Borchard (1915). Ele já vislumbrava uma exceção à regra de que o Estado seria responsável internacionalmente por obrigações assumidas pelos governos. Essa observação surgiu da prática de certos Estados da América Latina, que haviam declarado como nulos e inválidos os atos de governos usurpadores, quando o governo legítimo houvesse obtido êxito em restaurar seu poder (BORCHARD, 1915).

Parte da doutrina afirma também que a regra do pagamento constitui uma instância do costume internacional, amparada pela consistente prática estatal em honrar dívidas que poderiam ser consideradas odiosas. Segundo Emily Mancina (2004, p. 1.252), a doutrina das dívidas odiosas não seria parte do Direito Internacional, uma vez que não se encontraria prevista em disposição de tratados, tampouco seria verificada na prática estatal,

já que nenhum Estado havia explicitamente invocado tal matéria como defesa prevalente sobre a obrigação de honrar os débitos. Aponta-se, ainda, o caráter excepcional do repúdio a tais compromissos, bem como o limitado número de Estados que recorrem à doutrina das dívidas odiosas (OOSTERLICK; URECHE-RANGAU, 2005, p. 3).

Todavia, a despeito de considerável parte da doutrina rejeitar a aplicação da referida teoria, há casos em que a tese foi acolhida por tribunais. Os casos descritos na seção seguinte demonstram, assim, a possibilidade de repúdio a débitos contraídos por governos antecessores.

2. Casos de aplicação da doutrina das dívidas odiosas

2.1. Caso Tinoco

Em 1917, o então presidente da Costa Rica, Alfredo González, foi deposto por Frederico Tinoco, que, à época, ocupava o cargo de Secretário da Guerra. Tinoco assumiu o poder, convocou eleições e estabeleceu uma nova Constituição em junho do mesmo ano (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 376). Movimentos populares contrários à sua manutenção no poder culminaram com o colapso de seu governo, em agosto de 1919, quando o governante abandonou o país. Sob o comando de Francisco Barquero, estabeleceu-se um governo provisório que reconduziu o país à antiga ordem constitucional e, sob sua égide, foram convocadas eleições (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 376).

Em agosto de 1922, o Congresso da Costa Rica aprovou a Lei de Nulidades nº 41 (COSTA RICA, 1922, p. 247). O diploma legal determinou a invalidação de todos os contratos cele-

brados entre o Poder Executivo e particulares, com ou sem aprovação pelo Poder Legislativo, no período de janeiro de 1917 a setembro de 1919, abrangendo as transações do governo Tinoco (COSTA RICA, 1922, p. 247).

Em decorrência da Lei de Nulidades, o governo sucessor rejeitou a responsabilização pelos débitos contraídos por Tinoco (COSTA RICA, 1922, p. 247), invalidando uma série de transações realizadas entre o então presidente e o *Royal Bank of Canada*, o que conduziu ao contencioso arbitral.

As operações diziam respeito a um fundo de crédito rotativo estabelecido no *Royal Bank*, de titularidade do governo da Costa Rica, no qual foi efetuado um depósito de 900 mil colones, moeda costa-riquenha,³ bem como um empréstimo no valor de 200 mil dólares aos irmãos Tinoco (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 376). A justificativa para tais transações foi o financiamento do então presidente em sua “próxima viagem ao exterior”; bem como a garantia do pagamento dos salários e despesas de seu irmão, então Ministro da Costa Rica na Itália, pelos quatro anos subsequentes (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 389).

Quanto ao depósito de colones invalidado, o árbitro William Howard Taft⁴ considerou a transação como inquinada de irregularidades, devido ao fato de que a legislação costa-riquenha autorizava apenas o Banco Internacional da Costa Rica a figurar como depositário de

³ O colone, moeda costa-riquenha à época, equivalia a meio centavo de dólar norte-americano. Assim, a transação equivalia a 45 mil dólares (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 376).

⁴ Renomado jurista norte-americano, William Howard Taft foi o 27º presidente dos Estados Unidos, de 1909 a 1913, sucessor de Theodore Roosevelt e antecessor de Woodrow Wilson. Antes da presidência, exerceu cargos de destaque, como Advogado-Geral dos Estados Unidos, de 1890 a 1892, e Secretário de Guerra, de 1904 a 1908. Após o mandato na Casa Branca, Taft foi nomeado Chefe de Justiça dos Estados Unidos, de 1921 a 1930, e dedicou-se a lecionar na Universidade de Yale.

valores em fundos de crédito rotativo. Assim, não havia previsão legal para que o *Royal Bank* recebesse tal quantia em depósito (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 394). Ademais, Taft ressalta que as notas depositadas não teriam seguido os procedimentos formais exigidos para sua emissão, relativos à assinatura e registro pela autoridade competente (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 394).

É importante ressaltar que o árbitro afasta o critério de legitimidade constitucional e popular dos governos como condição de legitimidade das obrigações (LIENAU, 2008, p. 78). Taft argumentou que o exercício de poder *de facto* é determinante para a configuração da validade das transações. Assim, mesmo governos não democráticos, ascendidos ao poder em violação às previsões constitucionais, podem constituir obrigações válidas, desde que exerçam poder *de facto*.

Por esse motivo, Taft considera o governo Tinoco como apto a contrair obrigações válidas, embora no caso em análise a anulação da dívida tenha ocorrido por outros motivos (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 380). Portanto, a decisão mostrou-se favorável às exigências de estabilidade e previsibilidade almejadas pelos atores do mercado financeiro internacional, pois demonstra que até governos ilegítimos poderiam celebrar transações comerciais válidas – bastaria a comprovação de ser um regime *de facto* e que o contrato em questão observasse a legislação interna, bem como a destinação a propósitos públicos.

No entanto, Taft ressaltou que o empréstimo aos irmãos Tinoco ocorreu na iminência da queda do regime, quando movimentos pelo seu fim ganhavam cada vez mais força. Nesse cenário, argumenta o árbitro, o Banco não poderia ter agido de boa-fé ao conceder o empréstimo, uma vez que o contexto político e social costa-riquenho apontava para a queda

do governo. As circunstâncias teriam deixado claro para os credores que os recursos seriam empregados para uso pessoal dos irmãos Tinoco, em fuga do país, em detrimento de sua utilização para fins públicos (TRIBUNAL ARBITRAL, 1923, p. 394). Assim, Taft delinea outro elemento de legitimidade e exigibilidade de contratos firmados por governos: que eles se destinem a atender ao interesse público.

O árbitro incorpora o requisito da *due diligence*, ressaltando que o credor deve investigar razoavelmente se os requisitos de regularidade da transação e de destinação a finalidades públicas serão atendidos, sob pena de invalidação do contrato. O que o tornaria inexigível não seria, pois, o conhecimento efetivo do credor quanto à irregularidade ou os propósitos escusos, mas a inércia na tomada de medidas que possibilitassem verificar, efetivamente, quais seriam as condições objetivas circundando o contrato (LIENAU, 2008, p. 83). Tal conduta concretizar-se-ia, por exemplo, mediante uma investigação cuidadosa a fim de apurar os dois requisitos que tornam nula, de fato, a transação.

Em síntese, o árbitro Taft reconheceu que se tratava de um governo que exercia controle *de facto*, o que não impedia, porém, que o Estado contraísse obrigações nulas – como aquelas cujos recursos se destinem a finalidades estranhas ao interesse público.

2.2. Caso *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*

Em 1990, a companhia *World Duty Free* (WDF) iniciou suas atividades de exploração de complexos de *Duty Free* em aeroportos no Quênia. A sociedade obteve licenças pelo então presidente, Daniel Arap Moi, para operar e equipar tais instalações aeroportuárias, bem como para promover renovações e melhorias

de facilidades para passageiros nos referidos aeroportos (ICSID, 2006).

Em 1992, desavenças começaram a surgir entre o Presidente Moi e a companhia, devido às tentativas do chefe do executivo em persuadir a *WDF* a participar de um esquema de fraude conhecido como *Goldenberg Case*.⁵ A operação visava a garantir o recebimento de um valor de cerca de 400 milhões de dólares a uma companhia estatal queniana, em forma de créditos de exportações de ouro e diamantes, consignados fraudulentamente no exterior à *WDF*. A companhia recusou o envolvimento nessa transação e adotou medidas com o objetivo de demonstrar que agiria nesse sentido. Anunciou publicamente que não tinha envolvimento algum com tais exportações, bem como firmou um termo de compromisso com o FMI. A companhia comprometeu-se, ainda, a colaborar com as autoridades quenianas, fornecendo provas nas investigações do processo criminal instaurado contra os envolvidos no esquema (ICSID, 2006, p. 68).

Diante da iminência de a *WDF* efetivamente fornecer provas contrárias ao governo do Quênia no inquérito, funcionários próximos ao presidente Moi solicitaram à Suprema Corte a emissão de uma ordem de expropriação das ações e ativos da companhia, sem a devida compensação, a fim de obter seu controle jurídico (ICSID, 2006, p. 70).

A controvérsia foi, então, submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos – CIRDI (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID) pela *WDF*, em conformidade com a cláusula arbitral prevista no contrato. A *WDF* alegou que a República do Quênia havia

expropriado seus bens, pelo que pediu a restituição dos complexos de *Duty Free* ou, alternativamente, a indenização integral pelo valor das instalações, bem como perdas e danos considerando a possibilidade de expansão do negócio no país. O valor da causa foi estimado em 500 milhões de dólares (ICSID, 2006, p. 76-78).

O Quênia aduziu, em sua defesa, que o contrato havia sido firmado pela *WDF* mediante o pagamento da quantia de dois milhões de dólares ao Presidente Moi, o que constituiria uma propina oferecida com o objetivo de concluir a operação. Devido a esse vício, que tornaria o contrato anulável, o Quênia não estaria obrigado a honrar a obrigação. Alegou, ainda, que, diferentemente do que havia sido alegado pela *WDF*, o pagamento representou uma forma de suborno (ICSID, 2006, p. 117). Não configuraria um protocolo admitido segundo a prática local do *Harambee*,⁶ de acordo com a qual recursos privados, tais como doações pessoais, são mobilizados para propósitos públicos.

O tribunal concluiu, em primeiro lugar, que, apesar de o sistema do *Harambee* permitir a doação de recursos para a consecução de finalidades públicas, a conduta em questão não se enquadrava em tal prática. Ficou configurada como pagamento de propina, com funda-

⁶ *Harambee* é o lema oficial do Quênia, cujo significado é “todos reunidos”, conforme tradução da língua suaíli. Consiste em uma prática comum em sociedades africanas, na qual se reúnem esforços coletivos a fim de financiar projetos e atividades voltados à comunidade. Tornou-se popular após a independência do Quênia, quando o primeiro presidente, Jomo Kenyatta, adotou o conceito do *Harambee* como incentivo à construção coletiva de uma nova nação. No entanto, tal sistema nunca foi institucionalizado. Admitia-se, por exemplo, que cidadãos ricos almejando ingressar na carreira política pudessem doar recursos para financiar iniciativas locais, a fim de ganhar o apoio de determinados grupos. Dessa forma, ao longo dos anos, a natureza do costume sofreu distorções que resultaram em abusos. O *Harambee* associou-se assim à emergência de práticas opressivas e extorsivas, bem como à disseminação de corrupção e abuso de poder (ICSID, 2006, p. 117).

⁵ Mais informações disponíveis em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4808618.stm>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

mento nas declarações dos representantes da companhia, segundo os quais o adiantamento da referida quantia foi indispensável para a obtenção das licenças. Ademais, em depoimento, o representante da *WDF* admitiu sentir-se desconfortável em relação à transação, deixando entrever que se tratava de uma transação irregular (ICSID, 2006, p. 54).

Em segundo lugar, fazendo referência a diferentes julgados de cortes nacionais e internacionais, assim como convenções e declarações, o tribunal entendeu que a prática do suborno era contrária aos princípios que regem as práticas da política pública,⁷ constituindo violação a disposições expressas do direito britânico e queniano. Concluiu que os contratos obtidos mediante corrupção não poderiam ser confirmados pelo tribunal, em decorrência dos princípios *ex dolo malo non oritur actio* e *ex turpi causa non oritur actio*, conforme os quais não se podem obter em juízo pretensões fundadas em atos ilegais, como um contrato celebrado mediante suborno a uma autoridade pública (ICSID, 2006, p. 181).

O tribunal julgou, ainda, que não seriam independentes o contrato obtido mediante suborno e o celebrado para o licenciamento da gestão dos complexos aeroportuários; o suborno teria sido, portanto, uma parte intrínseca da transação, sem a qual o contrato principal jamais teria sido concluído entre as partes. Assim, as obrigações contraídas mediante pagamento de propina, em todos seus aspectos,

seriam anuláveis pelo devedor (ICSID, 2006, p. 182-183).

De tal modo, a expropriação levada a cabo pela República do Quênia configuraria uma forma legítima de repúdio à obrigação inquinada do vício da obtenção mediante suborno.

2.3. Repúdio chinês às dívidas relativas às ferrovias Hukuang

Em 1911, o governo imperial da China, com o propósito de reunir recursos para o financiamento da construção da ferrovia Hukuang, procedeu à emissão de títulos. O empréstimo de seis milhões de libras esterlinas, concedido por um consórcio de bancos britânicos, alemães, franceses e americanos, autorizou a negociação de tais instrumentos nos Estados Unidos (UNITED STATES, 1986, p. 7).

Pouco tempo depois, com a Revolução de 1911 e o advento da República, o governo imperial foi deposto. O novo regime deu continuidade aos pagamentos devidos até 1930, quando alegou que dificuldades financeiras impediam a quitação dos débitos.

Em 1979, o consórcio de credores que detinha aqueles títulos acionou o governo chinês perante o poder judiciário norte-americano. A jurisdição da corte foi afirmada com base no *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, diploma legal que autorizava o julgamento de Estados estrangeiros por cortes dos Estados Unidos em se tratando de litígios concernentes a matérias comerciais. O governo chinês respondeu, por nota diplomática, que gozava de imunidade absoluta, e não compareceu à primeira audiência. Por efeito de revelia, o juízo competente condenou o Estado chinês ao pagamento do valor dos títulos acrescidos de juros, totalizando 41 milhões de dólares (UNITED STATES, 1986, p. 11).

⁷Veja-se, por exemplo, o caso Alstom. O conglomerado francês, atuante nos setores de transporte e tecnologia, foi investigado em diversos países por pagamento de propina a autoridades oficiais a fim de obter contratos. A companhia foi condenada ao pagamento de multas na Suíça, Itália, México e Zâmbia, e continua sob investigação no Brasil e no Reino Unido. Mais informações disponíveis em: <www.ft.com/cms/s/0/1cd17286-1508-11e1-b9b8-00144feabdc0.html#axzz2fjvOy1Ef>; <online.wsj.com/article/SB10001424127887324345804578427100228043378.html>. Acesso em: 13 jan. 2016.

A República da China interpôs recurso à Corte de Apelação, alegando a falta de jurisdição dos tribunais norte-americanos, uma vez que o *FSIA*, aprovado pelo Congresso em 1976, não continha previsão de aplicação retroativa. Logo, seus efeitos não alcançariam os fatos *in casu*, ocorridos em 1911. O Departamento de Justiça norte-americano ingressou como *amicus curiae* em favor do governo chinês, aduzindo razões pelas quais a condenação por revelia deveria ser reformada. Alegou que o Estado chinês desconsiderou sua obrigação de comparecer à audiência devido a dois motivos: o primeiro consistia na crença da doutrina da imunidade absoluta e no desconhecimento da nova legislação norte-americana restritiva da imunidade, em virtude do longo período em que os dois Estados não mantiveram relações. O segundo seria referente ao caráter odioso da dívida em questão (KING, 2007, p. 40). Afirmou o Departamento de Justiça que o governo chinês considerava as dívidas como indevidas, porquanto legado da exploração e dominação das potências ocidentais sobre o país. A China guiava-se, portanto, pelo princípio da não responsabilização por dívidas odiosas, de modo que não poderia ser condenada ao pagamento dos títulos (UNITED STATES, 1986, p. 34).

Contudo, a Corte de Apelação analisou somente a competência do poder judiciário norte-americano, não apreciando a alegação específica quanto às dívidas odiosas no caso das ferrovias chinesas. Cabe ressaltar, todavia, a atuação do Departamento de Estado norte-americano a favor da não continuidade do débito no caso *Jackson v. Republic of China*.

No caso *Gregorian v. Izvestia*⁸, por sua vez, o Tribunal da Califórnia, ao analisar dívidas contraídas pela União Soviética, referiu-se ao caso das ferrovias chinesas, quanto à questão das dívidas odiosas. Foi feita uma distinção entre os dois tipos de débito sob o argumento de que, diferentemente dos chineses, os soviéticos tinham conhecimento do *FSIA* e, portanto, estavam cientes de que as cortes norte-americanas seriam competentes para dirimir eventuais conflitos envolvendo a URSS em matéria comercial (UNITED STATES, 1987, p. 1.239).

O tribunal californiano entendeu, ainda, que a recusa da República da China a submeter-se à jurisdição norte-americana teve por funda-

⁸ O caso diz respeito a uma ação do Sr. Gregorian, proprietário da sociedade *California International Trade Corporation (CIT)*, em face do jornal soviético *Izvestia*, da URSS e do Ministério de Comércio Exterior da URSS. O autor alegou que os réus teriam causado danos a sua reputação, ocasionando perdas financeiras à companhia. Isso teria ocorrido devido à publicação de um suposto artigo difamatório no jornal *Izvestia*, o qual atribuía à *CIT* práticas ilegais, o que teria acarretado o descredenciamento da sociedade pelo Ministério de Comércio Exterior da URSS. O autor alegou que a conduta dos réus havia sido orquestrada de modo a afastar obrigações contratuais contraídas pela URSS com a sociedade *CIT*, nomeadamente pagamento de equipamentos laboratoriais e aparelhos médicos importados pela empresa norte-americana (UNITED STATES, 1987).

mento o caráter odioso daquelas dívidas, o que possibilitaria a isenção do Estado relativamente aos débitos incorridos por governos anteriores. Os magistrados enfatizaram a relevância histórica da doutrina das dívidas odiosas para os chineses, configurando, portanto, uma situação excepcional que justificaria a sua ausência do procedimento e a reforma da condenação por revelia (UNITED STATES, 1987, p. 1.238).

Quanto aos requisitos que caracterizam a dívida como odiosa, não há menção no julgamento ao caso *Jackson v. Republic of China* pela Corte de Apelação, tampouco ao caso *Gregorian v. Izvestia* pela Corte da Califórnia. No entanto, a doutrina aponta fatores que corroboram para configurá-los nessa hipótese (FEINERMAN, 2007, p. 199). Primeiramente, cabe ressaltar a ocorrência de fortes movimentos populares contrários à construção e controle das ferrovias por potências imperialistas, que culminaram na mobilização da cidade de Wuhan, província de Hubei, considerado o evento propulsor da revolta de 1911 que destituiu o regime imperial chinês (RHOADS, 1975). Tais acontecimentos representariam a ausência de consentimento da população. Note-se, ainda, que o regime que sucedeu o governo da China Imperial era o da República da China, reconhecido pelos Estados Unidos e forçado a deixar o continente em 1948, quando se transferiu para Taiwan. O governo da República Popular da China (1949) apropriou-se, então, das ferrovias, privando o governo da República da China do gozo dos benefícios trazidos pela sua construção. Com isso, ficaria configurada a ausência de benefício. Por fim, documentos da época comprovam o efetivo interesse de bancos de Estados ocidentais em financiar empréstimos ao governo chinês, assim como em manter o controle de ferrovias ou linhas férreas na China (LEUNG, 1980), caracterizando o requisito da ciência dos credores quanto aos fins escusos dos recursos.

Finalmente, é importante ressaltar no caso das ferrovias a atuação do Departamento de Justiça e do Secretário de Estado dos Estados Unidos, George Shultz, que intervieram em favor do governo chinês. Como já se mencionou, o Departamento justificou o desconhecimento das autoridades chinesas quanto à legislação restritiva de imunidade pela ausência de relações entre os dois Estados por décadas e reforçou o posicionamento chinês de exclusão da responsabilidade por dívidas tidas como odiosas. Schultz, por sua vez, requereu ao tribunal a participação de representantes chineses no processo, mesmo diante da revelia, a fim de preservar as relações entre os Estados e assegurar os objetivos da política externa norte-americana (UNITED STATES, 1986, p. 36).

Os elementos que fundamentam os casos tratados acima satisfazem aos critérios delineados por Sack: ausência de consentimento, conhecimento efetivo dos credores e, sobretudo, ausência de benefício para

a população, uma vez que os recursos obtidos foram destinados a finalidades alheias ao interesse público.

Dessa forma, apesar das restrições doutrinárias quanto à possibilidade de aplicação das dívidas odiosas aos casos de sucessão governamental, a análise desses casos permite concluir que o repúdio das dívidas é considerado legítimo, se forem verificados vícios que inquinam a obrigação ou satisfeitos os critérios estabelecidos por Sack.

3. Casos de não aplicação da doutrina

Como se viu, vários autores rejeitam a aplicação e até mesmo a existência de uma doutrina das dívidas odiosas em se tratando de sucessão de governos. Passaremos, neste ponto, a uma análise mais detalhada dos fundamentos de tais afirmações.

Afirma-se, sobretudo, que, diante da ausência de previsões convencionais quanto à sua existência, a doutrina não poderia ser aplicada no âmbito do costume, pois faltaria a *prática estatal*, elemento necessário à conformação da norma consuetudinária, uma vez que, em diversas oportunidades nas quais a doutrina poderia ter sido evocada, os governos sucessores não o fizeram (YIANNIT; TINKLE, 2007, p. 771). Ter-se-ia optado, por sua vez, pela via da reestruturação dos débitos em acordos celebrados pelo intermédio de organismos como o Clube de Paris ou o Clube de Londres.⁹ Assim, a prática repetida por diversos Estados consistiria no pagamento e não no repúdio das dívidas (YIANNIT; TINKLE, 2007, p. 767).

⁹Trata-se de instituições formadas por credores cuja função é coordenar soluções para dificuldades quanto ao pagamento de dívidas contraídas por Estados devedores. Mais informações disponíveis em: <<http://www.clubdeparis.org/en/>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Todavia, é importante ressaltar que os casos de continuidade dos débitos têm elementos político-econômicos por motivação precípua. Assim, não se trata de um argumento jurídico ou convicção legal que obsta a invocação da doutrina das dívidas odiosas, mas de mera decisão quanto à conveniência ou não de sua aplicação.

Vejamos, como exemplo, que a França manteve as obrigações do Estado contraídas anteriormente à Revolução Francesa. O decreto da Assembleia Nacional de 17 de junho de 1789 autorizou o pagamento da dívida pública, em pleno contexto revolucionário, mesmo após a deposição do Antigo Regime. Nesse instrumento, assegura-se aos credores internacionais o pagamento das dívidas, “colocando-os sob o abrigo da honra e da lealdade da nação francesa” (FRANCE, 1789, tradução nossa). No mesmo sentido, dispunha a Constituição de 1791 no art. 2 do título V: “sob pretexto algum poderão os fundos necessários à satisfação da dívida nacional ser suspensos” (FRANCE, 1791, tradução nossa). O compromisso foi mantido por Napoleão, na Constituição de 1814, no art. 70: “a dívida pública permanece devida; toda espécie de obrigação contraída pelo Estado com seus credores é inviolável” (FRANCE, 1814, tradução nossa). O mesmo princípio foi reafirmado após as revoluções de 1830, culminando na carta constitucional do mesmo ano que previa, no art. 61, o adimplemento das obrigações adquiridas pelo Estado francês perante seus credores.

Outro exemplo da continuidade dos débitos deu-se em 1889 com a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, que depôs a dinastia imperial e extinguiu o sistema monárquico-representativo. O Governo Provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro, buscou comunicar a vários Estados a nova situação política que se inaugurava no Brasil, so-

licitando o reconhecimento e a ininterrupção das “relações de amizade entre as nações”. Conforme relatos da época, afirmou ainda o reconhecimento e aceitação de todos os compromissos nacionais contraídos durante o regime deposto, os tratados subsistentes com potências estrangeiras, a dívida pública interna e externa, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente constituídas (BEVILAQUA, 1910, p. 57-58). Tais declarações tiveram como propósito atenuar desconfianças manifestadas pelos governos europeus quanto à credibilidade do novo regime em respeitar os compromissos internacionais (JORGE, 1912, p. 3-7).

Situação semelhante ocorreu no processo revolucionário russo, em que a observância das obrigações assumidas pelo antigo governo perante credores internacionais figurou como um dos princípios vetores da política externa adotada do Governo Provisório menchevique, estabelecido em 1917 (GOLDER, 1927, p. 345). Em consequência, Estados investidores mostraram-se receptivos ao novo regime; é o que se verifica, por exemplo, do suporte dado tanto pelo governo (TEXT..., 1917) quanto pelo empresariado (AMERICAN..., 1917) norte-americano ao governo russo recém-estabelecido. É importante notar que o reconhecimento das dívidas deveu-se, em grande parte, ao interesse em manter boas relações com os Estados investidores. Diante do grave quadro econômico-social da Rússia, marcado pela participação na Primeira Guerra Mundial e pelo estado de penúria da população, a captação de recursos internacionais era uma prioridade para o país. Com o intento de conquistar a confiança dos credores internacionais, a opção política adotada foi a de continuidade dos débitos (CORALNIK, 1917).

Análises jurisprudenciais também demonstram a inaplicabilidade da doutrina. Veja-se o caso França vs. Peru, submetido à Corte Permanente de Arbitragem, em que foi analisada a alegação de nulidade de certa dívida peruana contraída com credores franceses, determinada pelo novo regime (GRAFTON, 1922, p. 431). O litígio relaciona-se à interpretação de contratos de empréstimos fornecidos pela companhia francesa *Dreyfus Frères & Cie* em 1869 ao governo peruano, o qual ofereceu, em garantia, a concessão do monopólio de redistribuição da mercadoria na Europa e nas colônias francesas.

Inicialmente, a disputa havia sido submetida aos tribunais peruanos. Todavia, com a ascensão ao poder do ditador peruano Nicolás de Piérola em 1879, a sociedade *Dreyfus*, em correspondência ao presidente, expressou seu desejo de confiar-lhe a resolução das questões objeto do litígio. Ademais, comunicou que aceitaria, com antecedência, a decisão tomada pelo governante.

Assim, Piérola fixou o montante devido à sociedade *Dreyfus* em 3,2 milhões de libras esterlinas; no entanto, com o retorno do regime demo-

crático ao poder, editou-se o Ato do Congresso de 1886, que declarou a nulidade de todos os atos do governo de Piérola, incluindo a condenação ao pagamento aos credores franceses.¹⁰ Diante da recusa do novo governo a honrar qualquer débito com a sociedade, a disputa foi levada à Corte Permanente de Arbitragem.

O tribunal arbitral entendeu que o Peru deveria honrar o empréstimo em questão, uma vez que atos do governo de Piérola produziram efeitos perante estrangeiros. A decisão fundamentou-se em que o governo de Piérola exercia poder *de facto* sobre o país, recebendo suporte do poder legislativo peruano (*Asamblea Nacional*), bem como de sentenças judiciais estrangeiras (BÉLGICA, 1988; TRIBUNAL ARBITRAL FRANCO-CHILENO, 1901) que reconheceram o regime. Por tratar-se de poder soberano, cujos atos geram efeitos válidos, o pagamento determinado por Piérola aos credores franceses, que celebraram contratos com o Peru previamente e de boa-fé, não poderia ser afetado pela lei de nulidades.

O entendimento do tribunal aproxima-se daquele adotado no caso Tinoco, no sentido de que o regime sucessor permanece obrigado pelos contratos celebrados pelo governo anterior, independentemente de sua legitimidade constitucional, desde que exerça efetivamente poder sobre o país e suas instituições. Todavia, enquanto no caso Tinoco se verifica a presença do elemento caracterizador da dívida odiosa – utilização dos recursos para fins alheios ao interesse público –, no caso peruano não há alegação dos requisitos de inexigibilidade da dívida, de modo que o tribunal condenou o Peru ao seu pagamento. Assim, em se tratando de governo apoiado pela população, de uma transação isenta de irregularidades, bem como de ausência de finalidades escusas na formação do contrato, conclui-se que a doutrina das dívidas odiosas não poderia ter sido invocada no presente caso pela ausência dos pressupostos arrolados por Sack.

Conclusão

A análise dos casos evidencia um substrato consuetudinário para a doutrina das dívidas odiosas. É importante notar que a não aplicação da doutrina não configura rejeição à possibilidade de evocá-la, tampouco se traduz num caráter absoluto da continuidade das obrigações.

Isso se confirma pela existência dos casos em que o princípio da continuidade é mitigado em favor da aplicação da doutrina das dívidas

¹⁰ A mesma lei foi objeto de análise no caso Canevaro Claim (Haia, 1912).

odiosas. Consta-se que a aplicação da doutrina é condicionada a dois fatores: primeiro, a presença dos requisitos de caracterização da dívida odiosa e sua alegação pelos interessados em promover o repúdio das dívidas; segundo, a apreciação da oportunidade política em suscitar tal argumento que, de acordo com as circunstâncias, seria desejável, ou não. Nos exemplos arrolados no quinto item, relativos a novos regimes que buscavam a confiança dos credores internacionais, o repúdio das dívidas não seria conveniente; no caso das ferrovias chinesas, por sua vez, analisado no item 3, a doutrina foi suscitada pelos Estados Unidos, na condição de *amicus curiae*, em nome da preservação dos interesses políticos norte-americanos. Veja-se, ainda, o perdão de dívidas de países africanos pelo Brasil que, embora não tenham sido caracterizadas como odiosas, foram aliviadas em favor da manutenção de prósperos investimentos brasileiros no continente.¹¹

Assim, em certos casos, a doutrina poderá não ser aplicada devido à ausência de elementos fáticos correspondentes aos requisitos para o repúdio das dívidas; em outros, poderá ser limitada pela inconveniência política de sua evocação. No entanto, tais obstáculos não implicam sua inexistência, tampouco evidenciam *opinio juris* contrária à teoria; demonstram apenas que não ocorreram as possibilidades de aplicação conforme as hipóteses mencionadas.

¹¹ O Senado brasileiro perdeu dívidas do Congo (350 milhões de dólares), Tanzânia (237 milhões de dólares) e Zâmbia (113 milhões de dólares). Embora tais débitos não tenham sido propriamente caracterizados como odiosos, houve forte objeção à determinação do Congresso. Parlamentares brasileiros opuseram-se frontalmente à medida, contestando o tratamento benéfico concedido pelo Brasil a regimes considerados ditatoriais, corruptos e opressores. No entanto, em pronunciamento em maio de 2013, a presidente Dilma Rousseff justificou o perdão das dívidas como estratégia assecuratória a investimentos brasileiros na África, onde empresas nacionais têm importante atuação nos setores petrolífero, de mineração e de grandes obras de infraestrutura (ULHÔA, 2013).

Há que se considerar, ainda, a relação de igualdade formal entre os Estados, o que permite reconhecer as desigualdades materiais (econômicas, sociais, jurídicas) entre eles. Diante de tamanha disparidade, a Carta das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 1945) prescreve, em seu art. 55, o direito e a obrigação ao desenvolvimento, que vincula tanto os países em desenvolvimento quanto aqueles desenvolvidos, responsáveis por colaborar com o melhoramento das condições de vida e redução de desigualdades (KNEIPER, 1984, p. 669-676).

A destinação de recursos para fins improdutivos e, muitas vezes, contrários ao direito internacional, constitui uma afronta à obrigação de contribuir para a justiça social e a solidariedade internacional. As dívidas resultantes de tais transações devem ser qualificadas como odiosas; susceptíveis, portanto, de repúdio (KNEIPER, 1984, p. 675).

Assim, é importante atribuir as devidas responsabilidades aos financiadores de projetos que indiquem desvio de recursos, ou apropriação indevida por regimes despóticos. Ao arcarem com os altos riscos de tais empreendimentos, os credores submetem-se à possibilidade de invocação da doutrina das dívidas odiosas, permitindo que o Estado devedor se exima do cumprimento das obrigações pactuadas (KNEIPER, 1984, p. 676).

Finalmente, ressaltamos a importância da conscientização dos graves efeitos decorrentes da corrupção: danos econômicos e inúmeras vítimas em longo prazo (ICSID, 2006, p. 60, 173). Espera-se que, a partir da atribuição de responsabilidades, por meio da assunção dos riscos, credores optem por não participar do financiamento de projetos controversos que, por um lado, podem ser considerados inexigíveis e, por outro, causam dano a populações subjugadas (KNEIPER, 1984, p. 676).

Sobre os autores

Aziz Tuffi Saliba é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; mestre em Direito pela University of Arizona, Tucson, AZ, Estados Unidos; professor e vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: azizsaliba@gmail.com.

Maria Clara De Melo Masci Valadão Cardoso é mestra em Direito Internacional pela University of Cambridge, Cambridge, Cambridgeshire, Reino Unido; graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; advogada autônoma em Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: mariaclaravcardoso@gmail.com.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹²

THE ODIIOUS DEBTS AND INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: The present article will discuss the accordance of the doctrine of the odious debts with international law. It aims to assess whether any rule of international law prohibits its application. It also intends to verify if the theory can be invoked as grounds for exemption of international obligations. In order to do so, this work will analyze the arguments brought before international arbitral tribunals, domestic courts and scholarly writings dealing with the issue. It is verified that the cases of non-application of the doctrine resulted from political and economic factors rather than from a legal objection. Thus it is demonstrated that there is no rule of international law prohibiting its the invocation. Conclusively, it is stated that the application of the doctrine is possible when the requirements for characterization are met.

KEYWORDS: ODIIOUS DEBTS. SOVEREIGN DEBTS. INTERNATIONAL OBLIGATIONS. EXCEPTION FROM THE RULE OF PAYMENT. LEGAL POSSIBILITY.

Referências

AMERICAN Business Hails New Russia. *New York Times*, Nova Iorque, 29 mar. 1917. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=9802E7DD163FE731A2575AC2A9659C946696D6CF>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BARDE, Jacques. *La notion de droits acquis en droit international public*. Paris: Publications Universitaires de Paris, 1981.

BEDJAOU, Mohammed. Ninth report on succession of States in respect of matters other than treaties by Mr. Mohammed Bedjaoui, Special Rapporteur - draft articles on succession in respect of State debts, with commentaries [A/CN.4/301 and Add.1]. *Yearbook of the International Law Commission*, Genebra, apr. 1977, v. II(1), apr. 1977.

BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. Reclamante: República do Peru. Reclamado: Dreyfus Brothers & Co. Bruxelles, 10 jul. 1988.

¹²Sem revisão do editor.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito público internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910. v. 1: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil.

BORCHARD, Edwin M. *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*. New York: The Banks, 1915.

BOXELL, James; BINHAM, Caroline. Alstom to pay £31 million fine after bribery probe. *Financial Times*, Londres, 22 nov. 2011. Disponível em: <www.ft.com/cms/s/0/1cd17286-1508-11e1-b9b8-00144feabd0.html#axzz2fjvOy1Ef>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

CHUNG, Joanna; FINDLER, Stephen. Restructuring under fire: why Iraqi debt is no longer a write-off. *Financial Times*, Londres, 17 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/dc70f4f0-1530-11db-b391-0000779e2340.html#axzz252t4fckj>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

CLUBE DE PARIS. *The six principles*. Paris, 2015. Disponível em: <<http://www.clubdeparis.org/en/>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CORALNIK, Abraham. The foreign policy of New Russia. *New York Times*, Nova Iorque, 20 mar. 1917.

COSTA RICA. Ley nº 4, de 19 de mayo de 1922. Autoriza al Banco Central de Costa Rica para Aumentar su Emisión de Billetes. *Colección de Leyes y Decretos*, San José, 1922.

FEILCHENFELD, Ernst. H. *The international economic law of belligerent occupation*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1942.

FEINERMAN, James V. Odious debt, old and new: the legal intellectual history of an idea. *Law & Contemporary Problems*, Durham, v. 70, p. 193-219, 2007.

FRANCE. *Les états généraux se constituent en Assemblée nationale*. Versailles, le 17 juin 1789. Disponível em: <<http://mjp.univ-perp.fr/france/1789-17juin.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. *Constitution de 1791*. Paris, 13 de setembro de 1791. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. *Charte constitutionnelle du 4 juin 1814*. Paris, 4 de junho de 1814. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. *Constituição de 1830*. Paris, 14 de agosto de 1830. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-14-aout-1830.5104.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

GINSBURG, Tom; ULEN, Thomas S. Odious debt, odious credit, economic development, and democratization. *Law & Contemporary Problems*, Durham, v. 70, p. 115-136, 2007.

GOLDER, Frank Alfred. *Documents of Russian history: 1914-1917*. New York: The Century Co, 1927. Disponível em: <<http://archive.org/details/documentsofrussi027937mbp>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

GRAFTON, Wilson George. Hague Arbitration Court Award in the French Claims against Peru. *American Journal of International Law*, Washington, v. 16, p. 431-432, 1922.

HAIA (Países Baixos). Corte permanente de arbitragem. [Caso Canevaro Claim]. Reclamante: Itália. Reclamado: Peru. Árbitros: L. Renault, G. Fusinato, M.A. Calderon. Haia, 3 de maio de 1912.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Case n. ARB/00/7. [World Duty Free Case]. Reclamante: World Duty Free

Company Limited. Reclamado: The Republic of Kenya. Árbitros: Gilbert Guillaume, Andrew Rogers, V. Veeder. Washington, 31 Aug. 2006.

JEZÈ, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française: dépenses publiques: théorie générale du crédit public*. Paris: Giard, 1992.

JORGE, Arthur Guimaraes de Araújo. *Ensaio de história diplomática do Brasil no regime republicano: primeira série (1889-1902)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912.

KING, Jeff A. Odious debt: the terms of the debate. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Chapel Hill, v. XXXII, p. 605-667, 2007.

_____. *The doctrine of odious debts in international law: a restatement*. Londres, 21 jan. 2007.

KNIEPER, Rolf. Le transfert de techniques juridiques aux questions de l'endettement des pays du tiers monde. *Revue Tiers Monde*, Paris, v. 25, n. 99, p. 669-676, jul./set. 1984.

LEUNG, Chi-Keung. *Railways patterns and national goals*. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

LIENAU, Odette. Who is the Sovereign In Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century. *The Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 33, p. 63-111, 2008.

MANCINA, Emily F. Sinners in The Hands of an Angry God: Resurrecting the Odious Debt Doctrine in International Law. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 36, p. 1.239-1.262, 2004.

MATTHEWS, Christopher M. Alstom executive arrested on Bribery Charges. *Wall Street Journal*, Nova Iorque, 16 Apr. 2013. Disponível em: <online.wsj.com/article/SB10001424127887324345804578427100228043378.html>. Acesso em: 23 fev. 2015.

MOORE, John Bassett. *Digest of international law*. Washington: Government Printing Office, 1906. v. I.

NAÇÕES UNIDAS. Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica). *Reports of International Arbitral Awards*, Nova Iorque, v. I, p. 369-399, 2006.

_____. *A Convenção de Viena sobre a sucessão de estados em matéria de bens, arquivos e dívidas do Estado*. 8 abr. 1983.

_____. Assembleia Geral. Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, 1983. Vienna, 8 abril 1983. [A/CONF.117/16/Add. 1]. Nova York: United Nations, 2005. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_3_1983.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 26 jun. 1945.

_____. Ninth report on succession of States in respect of matters other than treaties. *Yearbook of the International Law Commission*, Genebra, v. 2, part one, p. 67-74, 1977.

OCHOA, Christiana. From Odious Debt to Odious Finance: Avoiding Externalities of a Functional Odious Debt Doctrine. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 49, n. 1, p. 109-159, 2008.

OOSTERLINCK, Kim; URECHE-RANGAU, Loredana. Entre la peste et le choléra le détenteur d'obligations peut préférer la réputation au défaut. *Revue d'Économie Financière*, Arcueil, n. 79, p. 309-331, 2005.

PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. *The Common Program of the Chinese People's Political Consultative Conference*. Pequim, 29 de setembro de 1949. (Adotado pela Primeira Sessão Plenária do Partido Comunista Chinês).

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Dívida pública dificulta combate a Aids*. Brasília, 2 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3475>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

RHOADS, Edward. *China's Republican revolution: the case of Kwangtung*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

SACK, Alexander N. *Les effets des transformations des états sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*. Paris: Recueil Sirey, 1927.

SHAW, Malcolm M. *International law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

TEXT of President Wilson's Message of Sympathy to All Russian-Congress of Soviets at Moscow. *New York Times*, Nova Iorque, 11 mar. 1917. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9C00EED6133BEE3ABC4A52DFB5668383609EDE>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

TRIBUNAL ARBITRAL. *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case)*. Reclamante: Grã-Bretanha. Reclamada: Costa Rica. Árbitro: William H. Taft. Washington, 18 oct. 1923.

TRIBUNAL ARBITRAL FRANCO-CHILENO. *Award of Lausanne*. Lausanne, 5 July 1901.

TRIBUNAL DE RECLAMAÇÕES IRANO-AMERICANO. Segunda Câmara, n. 574-B36-2. Haia, 3 dez. 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório de prática brasileira do direito internacional público: período 1889-1898*. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

ULHÔA, Raquel. Contestado por oposição, perdão à dívida do Congo é aprovado no Senado. *Valor Econômico*, Brasília, 10 jul. 2013. Disponível em: <www.valor.com.br/politica/3194280/contestado-por-oposicao-perdao-divida-do-congo-e-aprovado-no-senado>. Acesso em: 14 jan. 2016.

UNITED STATES. Court of Appeals. Eleventh Circuit. *Jackson v. Republic of China Case*. N. 84-7744. Reclamante: Jackson, et al. Reclamado: Republic of China. Relator: Judge Godbold. 25 jul. 1986.

_____. District Court of California. *Gregorian v. Izvestia Case*. N. CV 85-0100-KN. Reclamante: Gregorian and Califórnia International Trade Corporation. Reclamado: Izvestia; União das Repúblicas Socialistas Soviéticas; Ministério do Comércio Exterior da URSS. Juiz: Judge Kenyon. 5 apr. 1987.

_____. State Department. U.S. *Relations With Democratic Republic of the Congo*. Washington, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/2823.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

WAIBEL, Michael. *Sovereign defaults before international courts and tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

YIANNIT, Andrew; TINKLE, David. Is there a recognized legal doctrine of odious debts? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Chapel Hill, v. XXXII, p. 749-771, 2007.

As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador

RAQUEL VON HOHENDORFF

RODRIGO COIMBRA

WILSON ENGELMANN

Resumo: O artigo trata das nanotecnologias relacionando-as com o Direito à saúde do trabalhador e proporciona reflexões sobre os riscos dessas tecnologias. A pesquisa justifica-se porque se desconhecem os possíveis riscos que elas podem gerar para a saúde dos trabalhadores. O princípio da precaução é o mais adequado para ser aplicado nos casos concretos, atuando em conjunto com os princípios da informação e da participação. O meio ambiente do trabalho é parte do meio ambiente em sentido amplo e, como tal, recebe a incidência de princípios e regras de Direito Ambiental relativamente à proteção do trabalhador. Sobre o meio ambiente do trabalho também incidem os princípios e regras de Direito do Trabalho concernentes às relações entre empregado e empregador. Lança-se uma proposta sistemática alicerçada na transdisciplinaridade, na ética e no diálogo entre as fontes do Direito, de modo a harmonizar o avanço das nanotecnologias com a saúde do trabalhador.

Palavras-chave: Nanotecnologias. Risco. Saúde. Trabalhador. Precaução. Direitos humanos.

Introdução

O presente artigo, que trata do tema das novas tecnologias, relacionando-as com o Direito do trabalhador à saúde e à segurança, visa a proporcionar reflexões sobre os riscos das novas tecnologias no meio ambiente de trabalho, com enfoque especial nas nanotecnologias.

Recebido em 10/6/15

Aprovado em 4/9/15

A pesquisa justifica-se porque se desconhecem publicamente os possíveis riscos que as nanotecnologias – uma nova tecnologia utilizada na produção de diversos produtos comercializados atualmente – podem gerar (e podem já estar gerando) para os seres humanos e o meio ambiente. Além disso, nada ou pouco existe em termos de regulação jurídica dessa matéria. Não se tem conhecimento sólido sobre suas propriedades físico-químicas, seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente, sua toxicidade ambiental, sua toxicidade em relação ao trabalhador em contato com as nanotecnologias.

É desafiante investigar caminhos que busquem harmonizar os avanços científicos e tecnológicos com a saúde e a proteção da pessoa humana do trabalhador. Propõe-se uma abordagem sistemática que englobe a ética, os princípios da precaução e da dignidade da pessoa humana, bem como o diálogo entre as fontes do Direito como caminho possível para uma regulação mais adequada e sustentável dessa temática.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em três seções, que abordam: as nanotecnologias, como espécie das novas tecnologias utilizadas na produção atualmente, em perspectiva histórica e conceitual; os riscos das nanotecnologias para a saúde dos trabalhadores; o princípio da precaução (meio ambiente em geral) associado ao princípio protetor do trabalhador (meio ambiente do trabalho), de modo a garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador; o meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio como um direito fundamental do trabalhador; uma proposta sistemática com o fim de harmonizar os avanços científicos e tecnológicos com a saúde e a proteção da pessoa humana do trabalhador fundada na transdisciplinaridade, na ética e no diálogo entre as fontes.

A abordagem utilizará o método sistemático e ela se dará pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto. Em função de suas peculiaridades, a pesquisa qualitativa tende a ser menos estruturada, de modo a trabalhar com o que é importante para os indivíduos e os sistemas sociais, políticos, jurídicos e econômicos, utilizando-se, para tanto, da investigação profunda sobre o tema proposto. Dessa forma, a mesma parte de questões ou focos de interesse amplos serão definidos à medida que o estudo se desenvolver.

1. As nanotecnologias em perspectiva histórica e conceitual

O estudo das nanotecnologias em perspectiva histórica e conceitual revela quão fascinante, e ao mesmo tempo inovador, é o trabalho desenvolvido nessa escala tão pequena que passa despercebida pelas pessoas em geral.

Em 29 de dezembro de 1959, quando o físico norte-americano Richard Feynman apresentou palestra intitulada “Há muito espaço lá embaixo”, tudo parecia ser ficção. Feynmann (1959) mencionou que gostaria de explicar uma área onde pouca coisa tinha sido feita e que pretendia referir-se ao problema da manipulação e controle de coisas em pequena escala. Então, questionou: por que não escrever todos os 24 volumes da Enciclopédia Britânica na cabeça de um alfinete? A cabeça de um alfinete tem uma dimensão linear de 1/16 de polegada. Basta ampliar em 25 mil diâmetros a área da cabeça do alfinete que ela será equivalente às páginas da Enciclopédia Britânica. Era preciso, pois, reduzir o tamanho de tudo que estava na enciclopédia 25 mil vezes. Note-se que Feynmann (1959) não usava, ainda, o termo “nanotecnologia”, que apareceria no

contexto científico apenas 15 anos depois daquela palestra. Criado pelo professor Norio Taniguchi da Universidade de Ciências de Tóquio, passou a ser utilizado para designar as manipulações nessa escala inferior ao microscópico.

O termo “nanotecnologia” compõe-se do radicais gregos *nános*, que significa “anão”, *techne*, que equivale a “ofício”, e *logos*, que expressa “conhecimento”. Um nanômetro equivale a um milionésimo de milímetro, medida tão pequena que são necessários cerca de 400.000 átomos amontoados para atingir a espessura de um fio de cabelo.

Essa tecnologia corresponde à investigação e ao desenvolvimento tecnológico em nível atômico, molecular ou macromolecular, utilizando uma escala de comprimento de um a cem nanômetros em qualquer dimensão; a criação e a utilização de estruturas, dispositivos e sistemas que têm novas propriedades e funções por causa de seu tamanho reduzido; e a capacidade de controlar ou manipular a matéria em escala atômica (Environmental Protection Agency, 2007).

Note-se que não se trata de uma tecnologia única, mas um agrupamento multidisciplinar de física, química, engenharia biológica, materiais, aplicações e conceitos em que tamanho é a definição característica (SHULTE; SALAMANCA-BUENTELLO, 2007). Com isso, utilizar o termo no plural (“nanotecnologias”) expressa de maneira mais completa essa tecnologia. Nesse sentido, as nanotecnologias podem ser conceituadas como um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas em função das especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas.

Existem muitas controvérsias acerca das medidas que devem ser consideradas para a categorização de um produto ou processo trabalhado em nanoescala. Adota-se aqui a definição desenvolvida pelo ISO TC 229 (International Organization for Standardization), em que se verificam duas características fundamentais: a) produtos ou processos que estejam tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100nm (cem nanômetros); b) nessa escala, as propriedades físico-químicas são diferentes dos produtos ou processos em escalas maiores.

São exemplos de utilizações das nanotecnologias: memórias *flash* e *leds* luminosos, aditivos alimentares e defensivos agrícolas, válvulas cardíacas e implantes ortopédicos, tecidos que não sujam e não molham, cremes e pomadas com nanocápsulas contendo a substância cosmética (a qual penetrará mais fundo e atuará mais rápido na pele), protetores solares, pó bactericida, tintas e vernizes com aplicação mais fácil e mais resistentes a bolhas e rachaduras, massa para assentamento de tijolos ou blocos na construção de paredes, células para energia solar e hidrogênio combustível para produção e estocagem de energia de fontes limpas, no-

vas baterias, películas comestíveis para revestimento de frutas e de legumes (usadas para retardar seu amadurecimento e aumentar seu tempo nas prateleiras), polímeros nanoestruturados e semicondutores usados como sensores gustativos e olfativos para reconhecimento de padrões de sabor em líquidos como café, vinho e água (JARDIM, 2009).

Entre as maiores áreas de aplicação e ampliação do uso das nanotecnologias estão os setores farmacêuticos e de cosméticos. Com o desenvolvimento de novos materiais biocompatíveis, tem-se a “nanobiotecnologia”, considerada uma disciplina revolucionária dado seu enorme potencial na solução de muitos problemas relacionados à saúde (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010).

2. Dos riscos das nanotecnologias no meio ambiente do trabalho

Não obstante os avanços tecnológicos proporcionados por essa nova tecnologia, tendo em vista que são muito pequenas (medindo menos de um centésimo de bilionésimo de metro), as nanopartículas são regidas por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está acostumada.

O tamanho da partícula (nanopartícula) é uma questão muito importante, uma vez que implica impactos que estes processos ou produtos nanotecnológicos têm no meio ambiente, na saúde humana e na sociedade como um todo (MARTINS, 2009). Existem probabilidades de que as nanopartículas apresentem grau de toxicidade maior do que as partículas em tamanhos normais e podem ameaçar a saúde e a segurança de pesquisadores, trabalhadores e consumidores.

As propostas latino-americanas em nanotecnologias apresentam três falhas principais: não chamam a sociedade a participar dos debates e decisões; não realizam estudos sobre riscos à saúde e ao meio ambiente nem sobre implicações éticas; e não consideram os possíveis impactos socioeconômicos (FOLADORI; INVERNIZZI, s.d.).

A realidade atual das nanotecnologias caracteriza-se muito mais pelas incertezas do que pelas respostas certas (BUZBY, 2010). Ainda se sabe muito pouco acerca dos possíveis riscos e impactos à saúde humana e ambiental (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010, p. 40) e, para a avaliação desses aspectos, é necessário desenvolver pesquisas com o objetivo de identificar: “(i) suas propriedades físico-químicas; (ii) seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente; (iii) sua toxicidade ambiental; e (iv) sua to-

xicidade com relação aos mamíferos” (ABDI, 2010, p. 41).

Como uma área científica emergente, os nanomateriais têm várias características inerentes (incerteza, falta de conhecimento e efeitos adversos potencialmente irreversíveis à saúde em longo prazo), susceptíveis de gerar preocupação, desconfiança ou medo (EU-OSHA, 2012).

As nanotecnologias não estão sendo avaliadas quanto aos riscos para os trabalhadores que manipulam os produtos elaborados com elas (FOLADORI; INVERNIZZI, s. d.).

Em 2010, a Organização Internacional do Trabalho publicou o “Relatório Riscos Emergentes e Novos Modelos de Prevenção em um Mundo do Trabalho em Transformação”, no qual se reconhece que riscos novos e emergentes do trabalho podem ser provocados pela inovação técnica. Também menciona que, em 2020, aproximadamente 20% de todos os produtos manufaturados no mundo se basearão, em certa medida, na utilização da nanotecnologia. Refere-se ainda aos riscos associados com a fabricação e a utilização de nanomateriais consideravelmente desconhecidos, de modo que é provável que os trabalhadores estarão entre os primeiros a experimentar altas taxas de exposição (International Labour Organization, 2010).

As nanotecnologias são, presentemente, uma das prioridades da investigação realizada na União Europeia no domínio da segurança e saúde no trabalho. Os poucos dados existentes sugerem que os empregadores deverão adotar uma abordagem preventiva sempre que a exposição às nanopartículas puder ocorrer (OSHA).

Nos Estados Unidos, o Instituto Nacional para Segurança e Saúde Ocupacional (NIOSH) vem conduzindo pesquisas acerca de nanotecnologias, e em 2008 recomendou que os

empregadores devam tomar medidas para reduzir a exposição dos trabalhadores ao mínimo possível, até que fossem conhecidas maiores informações (NIOSH, 2008). Em 2009, o NIOSH e o Centro de Controle de Doenças editaram o “Guia Provisório de Orientação para o Exame Médico e de Fiscalização do Perigo para os Trabalhadores potencialmente expostos a nanopartículas”, no qual constam as mesmas recomendações, incluindo-se a continuação *in vivo* e *in vitro* de investigações toxicológicas para identificar possíveis riscos à saúde relacionados à exposição ocupacional a nanopartículas (NIOSH, 2009).

Os testes toxicológicos disponíveis hoje no Brasil não são suficientes para avaliar as consequências das nanopartículas tanto no meio ambiente quanto no corpo humano. A preocupação também deve estar voltada para o descarte desses produtos, especialmente no que se refere ao processo de bioacumulação. Nesses casos, os contaminantes estão presentes no solo, na água, no ar e nos alimentos, o que faz com que sejam absorvidos de diferentes formas pelo homem e por outros animais, mas sempre se acumulando no organismo. O conhecimento atual não fornece uma estratégia de vigilância médica baseada em evidências para trabalhadores expostos a nanopartículas (VIEGAS, 2008).

É preciso que sejam desenvolvidas, paralelamente às pesquisas que já vêm ocorrendo, avaliações dos efeitos, em longo prazo, dos nanomateriais sobre a saúde dos seres humanos e do meio ambiente (ENGELMANN; FLORES; ELY, 2010).

Diversas indagações surgem relativamente às nanotecnologias que assolam o meio ambiente do trabalho. Qual é a toxicidade desses materiais, que apresentam características tão diferentes quando em nano escala? Quais são os métodos apropriados para testes de toxici-

dade? Quais os impactos para a saúde daqueles que eventualmente manipularão uma nanopartícula? Qual a extensão da translocação dessas partículas no organismo? Qual o efeito dos produtos e seus dejetos em contato com o meio ambiente? Quais testes devem ser efetuados para a avaliação da saúde de quem manipula estes materiais? Os atuais equipamentos de proteção individual e coletiva são suficientes? Existem níveis seguros de exposição? Como fazer, de modo seguro, o manuseio, transporte, armazenamento e descarte dos nanomateriais?

O atual estado de conhecimento das características das substâncias em tamanho maior não se aplica da mesma forma em relação aos mesmos elementos em tamanho nano, pois nele as propriedades dos elementos são diferentes, o que pode provocar consequências não pretendidas e desconhecidas quando em contato tanto com o meio ambiente quanto com o organismo humano.

A ausência de estudos sobre a interação da aplicação das nanotecnologias com o meio ambiente (ar, água e solo) expõe a possibilidade de ocorrência de riscos ambientais e também riscos em relação aos seres humanos. Alguns testes com animais demonstraram danos cerebrais, relacionados à coagulação sanguínea, danos em trato respiratório e também alterações na embriogênese (GRUPO ETC, 2005).

Em estudo realizado com peixes *Cyprinus carpio* (*Cyprinidae*), no âmbito do projeto de pesquisa intitulado “Nanotoxicologia ocupacional e ambiental: subsídios científicos para estabelecer marcos regulatórios e avaliação de riscos” (MCTI/CNPq, processo 55.2131/2011-3), que faz parte do projeto “A rede de nanotoxicologia brasileira” (o que demonstra uma preocupação, ainda que incipiente, com a constatação de riscos), há a comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes

aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento (BRITTO, 2012). Outro estudo relacionado ao mencionado projeto mostra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes *Zebrafish* (*Danio rerio*) expostos aos nanotubos de carbono (OGLIARI DAL FORNO, 2013).

Desenvolver métodos de pesquisa e testes alternativos aos riscos dos nanomateriais para o meio ambiente e a saúde é dispendioso em termos de valores e de tempo; no entanto, em virtude da infinidade de aplicações da nanotecnologia, as propriedades expressas, vias de exposição, e os meios de eliminação, é necessária a avaliação de materiais específicos e seus padrões de uso de risco caso a caso (PORTER et al., 2012, p. 385). As novas e diferentes propriedades físicas, químicas e biológicas dos nanomateriais tornam necessária uma avaliação mais específica, aplicada ao caso concreto.

As decisões relacionadas com a aplicação de tecnologias de consequências imprevisíveis refletem a complexidade do tema e justificam um conceito de sociedade baseada no risco (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 137-138).

Sociedade de risco é um conceito desenvolvido por Ulrich Beck (BECK, 1992, p. 34-38), segundo o qual a produção social da riqueza é acompanhada por uma produção social de risco; de outro modo: uma das consequências da evolução e desenvolvimento da sociedade é a sua sujeição a riscos. A sociedade de risco é ainda a sociedade industrial com o acréscimo de ciência e tecnologia avançadas. A constituição dessa sociedade de risco gera a produção e distribuição de novas espécies de riscos (BECK, 1992, p. 34-38). São riscos invisíveis, imprevisíveis com os quais os instrumentos de controle falham e são incapazes de prevêê-los (LEITE; AYALA, 2004, p. 11-12).

Em relação aos riscos que surgem dessa nova sociedade e sua relação com as novas tecnologias, Delton Winter de Carvalho (2007a, p. 71-90) adverte que

essas atividades e produtos, decorrentes de uma ciência pós-industrial, apresentam-se como elementos de uma explosão evolutiva da ciência que, no entanto, não foi acompanhada por uma compreensão segura (científica) acerca das conseqüências nocivas de sua utilização massificada. Assim, a incerteza científica que recai sobre as relações de causa e conseqüência é a marca das novas tecnologias na Sociedade Contemporânea.

Atualmente podem ser observados dois tipos de risco: os concretos (característicos da sociedade industrial) e os invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco. Uma das principais características da sociedade de risco é a distribuição dos riscos de uma nova forma, capaz de atingir todas as classes sociais, sem discriminação.

Os riscos concretos são riscos calculáveis, caracterizados por uma possibilidade de análise de risco determinística passível de uma avaliação científica segura das causas e conseqüências de determinada atividade. São conseqüências nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidades é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente (CARVALHO, 2007a, p. 71-90).

Os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco, entre os quais os ambientais, apresentam as seguintes características: invisibilidade, globalidade e transtemporalidade.

A gestão de riscos abstratos está diretamente ligada a uma metodologia transdisciplinar e é a partir desta metodologia que o princípio da precaução deve ser capaz de avaliar a probabilidade de ocorrência dos riscos abstratos, sua provável magnitude e irreversibilidade (CARVALHO, 2007a, p. 71-90).

3. Do princípio da precaução (meio ambiente em geral) ao princípio protetor do trabalhador (meio ambiente do trabalho) visando a garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador

Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco ambiental nas sociedades contemporâneas – aqui compreendidos os riscos ao meio ambiente em geral e ao meio ambiente do trabalho – são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e a proteção do direito à informação ambiental de qualidade (AYALA, 2011).

O princípio da precaução no manuseio, síntese e incorporação de nanomateriais em novos produtos e dispositivos deve sempre ser considerado e ponderado de forma a garantir a saúde do trabalhador no sentido amplo em conjunto com o desenvolvimento tecnológico (LENZ E SILVA, 2008, p. 22).

O princípio da precaução é o mais importante em matéria ambiental (aqui compreendido o meio ambiente do trabalho). Ele exerce as funções informadora (inspiradora das normas sobre a matéria), integradora (como fonte supletiva para as lacunas ou omissões da lei) e interpretativa (como critério orientador para os intérpretes e aplicadores das normas jurídicas positivadas). É também o mais adequado para ser aplicado nos casos concretos referentes à nanotecnologia e deve atuar em conjunto com os princípios da informação (MENEGAZZI, 2011, p. 120) e da participação, como pressupostos para a implementação do princípio da precaução.

A precaução estabelece um padrão de prova menos exigente, mais amplo e orientado contextualmente para a gravidade de risco (CARVALHO, 2011, p. 49). É em nome do

princípio da precaução que se pode, por exemplo, no caso das nanotecnologias, estabelecer que sejam efetuados estudos prolongados no tempo, para que sejam produzidos dados mais confiáveis acerca dos riscos e efeitos. As pesquisas sobre os impactos das nanopartículas no meio ambiente estão apenas no início. É o caso de se aplicar o princípio da precaução e exigir que sejam desenvolvidas de forma concomitante pesquisas que considerem as inovações tecnológicas advindas da nanotecnologia e as pesquisas toxicológicas devido ao uso e à disposição dessas nanopartículas nos ecossistemas naturais (Martins, 2009, p. 295).

O princípio da precaução é considerado pela doutrina de Direito Ambiental como o “princípio fundante e primário da proteção dos interesses das futuras gerações”, que torna imperativo adotar “medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis” (CANOTILHO; LEITE, 2008, p. 6-9).

Há duas formas básicas de abordar o princípio da precaução, segundo Stebbing (STEBBING, 2009, p. 42-43). A primeira requer inação frente a ações que podem representar riscos (parte-se da premissa de primeiro não fazer o mal); e a segunda, ativa (SUDARENKOY, 2013), significa que se deve fazer mais e não menos, aplicando os esforços apropriados para mitigar os riscos, por meio da escolha de alternativas com menores riscos. Essa forma ativa incorpora seis componentes: i) ações de prevenção que devem ser tomadas antes da certeza científica entre causa e efeito; ii) definição de objetivos; iii) procura e avaliação de alternativas; iv) os proponentes das novas tecnologias devem arcar com as responsabilidades financeiras e as provas de segurança dos novos materiais; v) o dever de monitorar, compreender, investigar, informar e agir; e vi) o fomento

de desenvolvimento completo de métodos e critérios de decisão mais democráticos.

A esse respeito, Engelmann, Flores e Weyermüller advertem que (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 208):

Na análise das nanotecnologias, no ponto mais elevado da pirâmide estará o princípio da precaução, *in dubium pro ambiente*. A aplicação da norma ao caso concreto só será válida na medida em que valorizar os direitos naturais-humanos-fundamentais básicos, entendendo-se um exame hermenêutico focado na sustentabilidade do meio ambiente equacionado com desenvolvimento econômico. A tarefa não é das mais fáceis, mas o círculo hermenêutico – onde a pré-compreensão, a interpretação e a aplicação se encontram de modo unificado e não partilhado – deverá orientar-se a partir de um sistema ambiental atribuído, pela Constituição da República de 1988.

Assim, apesar das incertezas sobre as consequências de determinadas atividades, o Direito não pode abster-se de tutelar os interesses das futuras gerações em relação às qualidades ambientais necessárias a uma existência digna, sob pena de negar a sua função de construção de um futuro desejado (CARVALHO, 2007b, p. 7).

Quando, sem uma base científica sólida, se exigem do Direito decisões juridicamente vinculativas em condições de grande incerteza, ou seja, decisões de sim ou não sobre atividades, produtos, substâncias ou técnicas, os juristas devem agir com prudência e um especial bom-senso na aplicação das medidas evitatórias (ARAGÃO, 2008, p. 35).

O Direito como ciência precisa abrir espaços para discussões em torno de novas formas de sociabilidade, por meio da criação de instrumentos jurídicos que busquem trazer à baila medidas de gerenciamento preventivo do risco, baseado nos princípios da preven-

ção, da precaução, da responsabilização e da solidariedade (LEITE; BELCHIOR, 2012, p. 13-54). E é nesta linha que também deve ser considerada a gestão de riscos no meio ambiente do trabalho, como parte da ampla noção de meio ambiente.

O princípio da precaução é um forte aliado na busca da efetivação do direito à saúde e ao meio ambiente adequado, impondo-se a utilização desse princípio dada a falta de legislação específica, de modo que se preserve a integridade da saúde dos envolvidos e do meio ambiente, para garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, ao tratar do microambiente do trabalho, precisa-se dar atenção a compreensão e aplicação ao mais característico dos princípios que informam o Direito do Trabalho: o princípio da proteção, também chamado de princípio protetivo e princípio tutelar, considerado megaprincípio ou princípio *mater* (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 61; DELGADO, 2010, p. 73; MARTINS, 2008, p. 61).

O princípio da proteção visa a garantir ao trabalhador hipossuficiente (subordinado e assalariado – mais conhecido como empregado) uma proteção jurídica mínima (SUSSEKIND, 2002, p. 146), tendo em vista que é ele quem presta o trabalho e tal prestação realiza-se em situação de inferioridade (econômica, hierárquica, entre outras) em relação ao empregador.

Vale aqui a lembrança de José Augusto Rodrigues Pinto [2003] de que o trabalho é um “valor básico da vida humana” e a advertência de que vivemos uma profunda reafirmação da centralidade do trabalho no Estado Democrático de Direito. De acordo com Daniela Muradas Reis (2012, p. 19):

na sociedade moderna, o trabalho é a condição de sociabilidade; confere identidade, sentido de pertença e participação na sociedade política, o que lhe imprime a máxima relevância ética, jurídica e social, exigindo adequados meios de promoção (direito ao trabalho) e uma rede de regulação jurídica de proteção (direito do trabalho).

Por mais que se procure emprestar um caráter protetivo a esse ramo do Direito, não se deve esquecer que se vive em um sistema econômico capitalista. Essa ressalva é feita para que não se tenha a ingênua ilusão de que o Direito do Trabalho serviria como panaceia para os males decorrentes dos conflitos entre trabalho e capital. Na verdade, seus limites são bem definidos, e seu papel está adstrito a determinada realidade sem, contudo, ter força suficiente para revolucioná-la, o que, dentro dessa lógica, se mostra impossível (COIMBRA; ARAÚJO, 2014, p. 144).

As normas jurídicas caracterizadoras da intervenção indireta do Estado na economia procuram alterar a realidade por meio de estímulos

econômicos ou sanções aos agentes econômicos, a fim de atingir determinado fim. No caso do Direito do Trabalho, os objetivos das normas são, entre outros, melhorar a distribuição de renda e coibir os abusos por parte do empregador. Além disso, as normas trabalhistas também visam a melhorar as condições de trabalho e a saúde dos trabalhadores. Podem, também, ser vistas sob a perspectiva das empresas, que teriam maior previsibilidade das condutas e mais segurança nas relações jurídicas, além do fato de que as normas trabalhistas podem homogeneizar a concorrência. Tudo isso converge para o objetivo maior de evitar os conflitos sociais e colaborar para a paz social (COIMBRA; ARAÚJO, 2014, p. 139-140).

Essas premissas são fundamentais ao se pensar nas diversas questões das novas tecnologias e o princípio protetor.

4. O meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio como um direito fundamental do trabalhador

O direito à saúde representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, não se constituindo uma proteção ao trabalhador em si mesmo, mas uma proteção ao cidadão. Conforme esclarece Hesse, entre os direitos fundamentais há uniões sistemáticas, na medida em que podem associar-se numa relação de especialidade, “quando um direito fundamental concretiza as garantias de outro direito fundamental”, relação que o autor define como de “coordenação material” (HESSE, 1998, p. 245). O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal – CF (art. 196).

Não obstante, dentro das condições específicas da prestação de trabalho, a condição

de trabalhador enseja um tratamento jurídico especial, mais detalhado do que a proteção jurídica dada a qualquer cidadão. Proteger a vida, a saúde e dignidade são ideais perseguidos de modo geral para toda a cidadania, mas adquirem matiz especial no caso do trabalho, em função das condições de risco em que se encontram determinadas atividades laborais. Por essa razão, o tema da saúde do trabalhador foi elevado ao nível constitucional no Brasil (ARAÚJO, 2010, p. 7), tanto no que diz respeito às proteções aos riscos inerentes ao trabalho quanto à seguridade social e às indenizações decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais (art. 7º, XXII e XXVIII da CF).

Essa matéria ganha importância quando relacionada aos efeitos das novas tecnologias presentes na sociedade de risco, pois muitos dos supostos efeitos são ainda desconhecidos. Igualmente, quando dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225), a CF está se referindo ao meio ambiente em sentido amplo, contemplando a proteção do ambiente de trabalho, no qual o homem normalmente passa a maior parte de sua vida produtiva (PADILHA, 2002, p. 32).

Reconhecendo a importância e as peculiaridades do meio ambiente do trabalho, a CF (art. 200, VIII) estabelece que uma das atribuições do sistema único de saúde consiste em “colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho” (SILVA, 2000, p. 23).

Trata-se de matéria de alta complexidade, que se relaciona com outros âmbitos do conhecimento, além das normas jurídicas, exigindo um diálogo transdisciplinar com noções de Medicina e Segurança do Trabalho, de Economia do Trabalho e de Sociologia do Trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito no que diz respeito à proteção à saúde do trabalhador. De um sistema exclusivamente

privatista – no início do séc. XX – chegou-se a um sistema misto com normas de obrigação pública e de obrigação privada, que dão uma razoável proteção a benefícios de natureza previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade laboral. Por outro lado, as normas regulamentadoras do Poder Executivo, exercendo competência derivada da lei, atuam fortemente na prevenção de acidentes e na criação de uma consciência de meio ambiente de trabalho. Assim, a preocupação com a saúde dos trabalhadores deixou de ser assunto exclusivamente privado, discutido apenas entre empresas e trabalhadores, para também ser uma questão de interesse coletivo, por meio da intervenção do Estado, que, pela via legislativa, tutela o trabalho e a saúde dos trabalhadores de forma específica, conforme ressalta Francisco Rossal de Araújo (ARAÚJO, 2010, p. 12).

De acordo com Norma Sueli Padilha, houve uma mudança de perspectiva normativa: da proteção da saúde do trabalhador (com a afirmação do Constitucionalismo Social, a partir da Constituição Mexicana de 1917) para a proteção do meio ambiente do trabalho, principalmente em decorrência da influência exercida pelas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tratam da segurança e da saúde do trabalhador (PADILHA, 2014, p. 507). Destaque-se o avanço marcante dado pela Convenção nº 155 da OIT, que se refere especificamente à segurança e à saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho; aprovada em Genebra em 22/6/1981, foi ratificada pelo Brasil em 18/05/1992 e promulgada por meio do Decreto nº 1.254/1994 (SUSSEKIND, 2002).

A saúde é considerada um direito fundamental no Brasil, previsto na CF (art. 6º), fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional (SARLET, 2011a, p. 36-37; ZAGREBELSKY, 2007, p. 17-18).

Segundo uma concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Determinado direito é fundamental “não apenas pela relevância do bem jurídico tutelada em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais”, conforme explica Sarlet (SARLET, 2011a, p. 36-37). Por essa razão, um direito pode ser fundamental em um país e não ser em outro. Todavia, isso não significa dizer que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formalista ou mesmo nominal, como sendo apenas os direitos expressamente con-

sagrados como tais, o que leva ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro.

Da norma contida no § 2º do art. 5º da CF – seguindo a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891 –, pode-se extrair o entendimento de que, “para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo” (SARLET, 2011b, p. 76; CANOTILHO, 1991, p. 539).

De acordo com Sarlet (2014, p. 20-28), todos os direitos dos trabalhadores, expressa ou implicitamente positivados no texto constitucional, são direitos fundamentais.

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio está no catálogo de direitos e liberdades positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na CF, tanto no que diz respeito ao seu aspecto individualista – o direito à vida e à integridade física da pessoa humana do trabalhador (art. 5º), que constituem direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões – quanto ao seu aspecto social, coletivo, transindividual (direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio) que são direitos fundamentais de terceira dimensão (COIMBRA, 2011, p. 64-94). Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro (CF, art. 7º, XXVIII) oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio-acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador) (SANTOS, 2010, p. 81).

Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ainda que essa vinculação não seja exclusiva), a qual os considera não apenas sob o ponto de vista do indivíduo e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres (SARLET, 2011, p. 141), como no caso estudado no presente trabalho.

Quanto ao aspecto transindividual difuso do meio ambiente do trabalho, propõe-se o seu estudo sob a perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais, a fim de dar maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade (COIMBRA, 2013, p. 117-138).

Os riscos gerados pelas novas tecnologias no meio ambiente do trabalho podem impactar também direitos e deveres com objetos difusos, conquanto a maior parte dos casos ocorridos nas relações de trabalho,

num primeiro momento, pareça envolver direitos coletivos *stricto sensu*, pois geralmente está no contrato de emprego a relação jurídica base entre empregados e empregadores (COIMBRA, 2015, p. 69-70).

Além de ter elevado o direito à saúde do trabalhador à condição de direito fundamental por disposição expressa da Constituição, o Brasil também o considera como direito humano, por ser signatário das principais Convenções da OIT sobre o tema (Convenções: 102, 113, 115, 119, 120, 124, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 159, 161, 163 e 182).

Os direitos sociais, e expressamente o direito à saúde e os direitos dos trabalhadores, de acordo com Sarlet (SARLET, 2011, p. 19), são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e direitos humanos pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana (ALVARENGA, 2009, p. 43, 172; PADILHA, 2014, p. 517-524) e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, contendo titularidade individual e coletiva (assim como difusa) em relação de coexistência e complementariedade.

Cabe observar que essa matéria não é pacífica na doutrina. Vicente de Paulo Barreto (BARRETO, 2013, p. 66-68) sustenta que os direitos humanos têm a ver com a defesa da liberdade do indivíduo contra as arbitrariedades do poder do Estado e que a dignidade humana se situa noutro plano epistemológico, tendo por essência a humanidade: “A dignidade humana se situa no cerne da luta conta o risco de desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecnociência e do mercado. O inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo”. A partir disso, conclui que “a dignidade humana encontra-se fora da esfera dos direitos humanos”.

A regra que dispõe sobre a proteção dos riscos inerentes ao trabalho tem caráter prospectivo (CF, art. 7º, XXII), pois é um comando para o legislador futuro observar em termos de desenvolvimento normativo (BRANDÃO, 2010, p. 24-29). Ainda que puramente programática ou prospectiva, uma norma constitucional sempre é dotada de um mínimo de eficácia. Assim, a palavra “risco” pode ser interpretada como a adoção de uma postura mais objetiva em relação às consequências dos acidentes de trabalho. Senão, o legislador constituinte poderia ter redigido “proteção contra os danos inerentes ao trabalho”, e não “proteção contra os riscos inerentes ao trabalho”. Essa outra interpretação tem sido utilizada para confrontar a teoria objetiva da reparação do dano com a teoria subjetiva, calcada no art. 7º, XXVIII, da CF (ARAÚJO, 2010, p. 14).

Sublinhe-se que a redução dos riscos inerentes ao trabalho prevista na Constituição preconiza não somente a redução quantitativa dos riscos, mas a eliminação dos agentes nocivos, explicitando um princípio de proteção à saúde do trabalhador, representando a concreção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana de modo a evitar a sua degradação (BRANDÃO, 2010, p. 24-29).

Nesse sentido, sendo fundamental o direito do trabalhador à saúde e a meio do ambiente de trabalho equilibrado, é preciso que esse direito seja efetivado de forma mais ampla. A reparação dos danos ao trabalhador e a punição das empresas é apenas um meio de cumprir o comando da norma constitucional, mas não é o melhor. Políticas públicas preventivas contra riscos no ambiente de trabalho são muito mais eficazes. Não basta a criação de normas ou de teorias que visem a reparar os danos causados ao trabalhador, o melhor é que tais danos não ocorram (ARAÚJO, 2010, p. 31).

Note-se que os processos de globalização têm gerado uma nova ordem econômica mundial e a consequente necessidade de reestruturação global e do papel do Direito do Trabalho na sociedade hipercomplexa em que vivemos. É preciso pensar em novos tipos de observação sobre direitos emanados das organizações internacionais e das comunidades internacionais, pois elas produzem, com autonomia e lógica próprias, normas em paralelo às tradicionalmente produzidas pelo Estado. Para isso, é fundamental a participação mais ativa da OIT e de todas as instituições nacionais que atuam nas relações do meio ambiente do trabalho (COIMBRA, 2014, p. 183-204).

A problemática ganha complexidade e gera muitas incertezas no âmbito das novas tecnologias, notadamente para os trabalhadores que já estão em contato com tecnologias potencialmente prejudiciais a sua saúde, sobre cuja gravidade ainda não há clareza. Cabe ao Direito, juntamente com as outras ciências, regular essas questões da maneira mais adequada possível.

Nesse contexto, o meio ambiente do trabalho de um lado constitui-se em parte do meio ambiente em sentido amplo e como tal recebe a incidência de princípios e regras de Direito Ambiental relativamente à proteção do trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa (PADILHA, 2014, p. 517); de outro lado, recebe a incidência dos princípios e regras de Direito do Trabalho nas relações havidas entre empregado e empregador, como sujeitos do contrato de emprego.

Note-se que, além de ser regido pelas normas gerais ambientais, pois parte do meio ambiente “*lato sensu*”, quanto ao meio ambiente do trabalho se devem observar os princípios e regras do Direito do Trabalho.

5. Transdisciplinaridade, ética e diálogo entre as fontes do Direito

Para os desafios surgidos em função do uso e aplicação das novas tecnologias, as respostas terão de originar-se nas diferentes áreas do conhecimento, num modelo de transdisciplinaridade em função da realidade vivenciada pelas novas tecnologias.

É preciso que se avance em busca do conhecimento para que as novas tecnologias sejam vetores de desenvolvimento e não de agravos à saúde, sempre dando destaque à necessidade urgente de se discutir a questão dos limites éticos para o uso dessas tecnologias. A revolução científica precisa ser dimensionada adequadamente, pois os resultados positivos e negativos serão suportados pelo ser humano e pelo meio am-

biente. O problema não são as descobertas em si, mas os seus reflexos na vida das pessoas e na estrutura do planeta (ENGELMANN, 2010a, p. 249-265).

Os riscos inerentes à introdução de novas tecnologias exigem um diálogo constante com a sociedade, devendo existir acordos sobre princípios éticos em relação à dignidade humana, à autonomia, à obrigação de fazer o bem. A tecnologia deve ser utilizada para a promoção do bem-estar social (DIEESE, 2008).

A identificação de questões éticas envolvidas é importante, particularmente para empregadores, empregados, investidores e autoridades de saúde, uma vez que o sentido e a meta da segurança ocupacional e de saúde é a prevenção de doenças para os trabalhadores (SHULTE; SALAMANCA-BUENTELLO, 2007).

Urge que a ética esteja presente na política, na indústria, no comércio, na administração, no esporte, na ciência, na economia, na comunicação, na religião, em outros setores (DELGADO, 2004, p. 164-176). É necessário incluir uma pauta ética, a fim de orientar a prática da precaução que deverá mediar a tensão existente entre as visões positivas e as ações precaucionais (THRONE-HOLST; STO, 2008, p. 99-112). Será necessário um paradigma ético, como um fio condutor que perpassará a construção da prática da inovação, com uma ética que siga padrões de razoabilidade, prática, preocupada com a ação humana e com o meio ambiente (ENGELMANN, 2010b).

A linha ético-moral que deve guiar os cientistas no desenvolvimento das pesquisas é a preocupação não apenas focada no presente – na geração atual –, mas também nas gerações que ainda virão. Deverá respeitar, em primeira e última análise, a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, com base na proteção à dignidade humana, vetor da nossa Constituição,

merece atenção especial o diálogo entre as fontes do Direito, como uma possível alternativa para a tomada de decisões acerca de riscos decorrentes das novas tecnologias. Sob esse prisma, podem-se conjugar contribuições das fontes para a adequada resolução do caso concreto, movimentando-se horizontalmente, com passagem obrigatória pelo centro, onde está a CF (ENGELMANN, 2011, p. 339-363).

Assim, em face do desafio de criar formas de operacionalizar a aplicação do princípio da precaução frente aos riscos das novas tecnologias, e sempre a obedecer ao preceito constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, o diálogo entre as fontes pode gerar uma resposta adequada para a transdisciplinaridade vivenciada pelas novas tecnologias.

Considerações finais

A realidade atual das novas tecnologias revela muito mais perguntas que respostas, muito mais incertezas que certezas, pois ainda se sabe muito pouco acerca dos possíveis riscos e impactos de longo prazo para a saúde humana e ambiental.

Entre as inúmeras novas tecnologias atualmente utilizadas, o presente trabalho ressaltou as nanotecnologias. Por meio delas, abriu-se a possibilidade de acessar a nanoescala, que corresponde à bilionésima parte do metro. Os riscos nascem justamente a partir do tamanho dessa medida, equivalente à notação científica 10^{-9} , na medida em que as características físico-químicas mudam quando comparadas com a escala macro.

Buscou-se, com este trabalho, destacar a necessidade de o Direito participar dessa efetiva revolução científico-tecnológica, especialmente o Direito do Trabalho, pois o trabalhador tem sido o primeiro a se expor às nano-

partículas. Há diversos estudos sobre nanotoxicologia, a maioria deles ainda autocontraditórios. Um estudo (KRUG, 2014, p. 12.304-12.319), com a análise de mais de 10 mil publicações desde 2000, examinou os aspectos de efeitos na saúde humana ou pontos finais biológicos em animais ou culturas de células de diversos nanomateriais e constatou que o número de estudos publicados sobre o tema da segurança das nanotecnologias (*Nanosafety*) fala por si. Nos últimos 15 anos, tem-se visto um aumento quase exponencial do número de artigos sobre nanotoxicologia (*nanotoxicology*). Antes de 2000, havia cerca de 200 documentos sobre o tema “Nanomateriais: efeitos ambientais e de saúde” e esse número saltou para mais de 10 mil a partir de 2001. A maioria desses estudos, no entanto, não oferece qualquer tipo de indicação clara sobre a segurança dos nanomateriais. Pelo contrário, a maioria deles apresenta contradição ou chega a conclusões completamente errôneas.

Constantemente novos processos e produtos têm sido elaborados com base nas nanotecnologias e algumas empresas têm inclusive referido essa nova tecnologia em seus anúncios publicitários.

Os trabalhadores, entre os quais estão os pesquisadores das novas tecnologias, são os que primeiramente têm contato com elas. Não têm sido avaliados os riscos gerados para os trabalhadores que manipulam os produtos elaborados com nanotecnologia. Além de riscos concretos, típicos da sociedade industrial, há os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco.

Impõe-se a realização de estudos e pesquisas direcionadas aos riscos causados aos trabalhadores em contato direto com as nanotecnologias, de modo que se possam regulamentar tais atividades em termos de Direito do Trabalho.

A integridade física e mental dos trabalhadores expostos às novas tecnologias somente poderá ser alcançada e implementada com a efetividade do direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado e sadio, que concretize em primeira e última instâncias o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Frente a essa realidade, cabe ao empregador que utilizar essas tecnologias em sua produção considerar o trabalhador que está direta e habitualmente exposto aos riscos potenciais, tomando as medidas necessárias, dentre as conhecidas, para agir sempre sob a égide da precaução.

Além da participação comprometida de empregados e empregadores no desiderato de manter um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, o Estado precisa intervir de modo adequado e efetivo em termos de conscientização, regulamentação e fiscalização.

O princípio da precaução é o mais importante em matéria ambiental (aqui compreendido o meio ambiente do trabalho) exercendo as fun-

ções informadora (inspiradora das normas sobre a matéria), integradora (como fonte supletiva para as lacunas ou omissões da lei) e interpretativa (como critério orientador para os intérpretes e aplicadores das normas jurídicas positivadas). Esse princípio é forte aliado na busca da efetivação do direito à saúde e ao meio ambiente adequado, impondo-se a sua utilização em face da falta de legislação específica, de modo que se preserve a integridade da saúde dos envolvidos e do meio ambiente a fim de garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor do nosso sistema jurídico. Ele deve atuar em conjunto com o princípio da informação e o princípio da participação, como pressupostos para sua implementação, visando a garantir a saúde do trabalhador no sentido amplo em conjunto com o desenvolvimento tecnológico, com a aplicação do mais característico dos princípios que informam o Direito do Trabalho: o princípio da proteção do empregado, raiz sociológica desse ramo do Direito.

Assim, por um lado, o meio ambiente do trabalho é parte do meio ambiente em sentido amplo e como tal recebe a incidência de princípios e regras de Direito Ambiental quanto à proteção do ser humano trabalhador contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa; por outro lado, recebe a incidência dos princípios e regras de Direito do Trabalho concernentes às relações entre o empregado e o empregador como sujeitos do contrato de emprego.

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito no que diz respeito à proteção à saúde do trabalhador. De um sistema exclusivamente privatista chegou-se a um sistema misto com normas de obrigação pública e normas de obrigação privada, que dão uma razoável proteção a benefícios de natureza previdenciária e indenizações civis pela perda da capacidade

laboral. Da proteção da saúde do trabalhador, evoluiu-se para a proteção do meio ambiente do trabalho. Todavia, as normas existentes não são adequadas para as novas tecnologias.

O direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado e sadio no Brasil é um direito fundamental e humano, pois, além de estar previsto expressamente na CF, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, é reconhecido pelas normas internacionais, destacando-se o avanço marcante dado pela Convenção nº 155 da OIT, especificamente em relação à segurança e à saúde dos trabalhadores no ambiente de trabalho.

Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ainda que essa vinculação não seja exclusiva), que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres, como no caso estudado no presente trabalho. Relativamente ao aspecto transindividual difuso do meio ambiente do trabalho, propõe-se o seu estudo a partir da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais, a fim de dar maior efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.

Lança-se uma proposta sistemática visando a harmonizar os avanços científicos e tecnológicos com a preservação do meio ambiente (geral e do trabalho), a saúde e a proteção da pessoa do trabalhador. Essa proposta está alicerçada na transdisciplinariedade, na ética e no diálogo entre as fontes.

É necessário incluir uma pauta ética, a fim de orientar a prática da precaução que deverá

mediar a tensão existente entre as visões positivas e as ações precaucionais. Para os desafios surgidos em função do uso e aplicação das novas tecnologias, as respostas terão de originar-se nas diferentes áreas do conhecimento (transdisciplinaridade), conjugando-se contribuições das mais variadas fontes do Direito para a adequada resolução do caso concreto (diálogo entre as fontes), sempre tendo por guia pelos princípios constitucionais e por vetor do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Ao Direito cabe a aproximação e o cruzamento dos direitos fundamentais e humanos com as novas tecnologias. A missão é complexa, desafiadora e urgente.

Sobre os autores

Raquel von Hohendorff é mestre em Direito Privado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil; doutoranda na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil; advogada em São Leopoldo, RS, Brasil.

E-mail: vetraq@gmail.com

Rodrigo Coimbra é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor de Direito do Trabalho na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; advogado em Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: rodrigo.coimbra@terra.com.br

Wilson Engelmann é doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil; é professor e coordenador do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil.

E-mail: WEngelmann@unisin.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

NANOTECHNOLOGIES, RISKS AND INTERFACE WITH THE RIGHT TO OCCUPATIONAL HEALTH

ABSTRACT: The article links nanotechnologies to the workers' health rights and it provides thoughts about the risks of these technologies. The research is justified because we do not know the possible risks that nanotechnology can generate in the health of workers. The precautionary principle is the most suitable to be applied in each particular case, acting in conjunction with the principle of information and the principle of participation. The working environment is part of the environment in the broad sense, and as such, receives

¹Sem revisão do editor.

the incidence of principles and rules of environmental law regarding the protection of human work and also concern the principles and labor law rules with respect to past relations between employer and employee. The systematic proposal is launched and aimed to harmonizing the nanotechnological advances to the worker's health, based on transdisciplinarity, ethics and dialogue between sources of law.

KEYWORDS: NANOTECHNOLOGIES. RISK. HEALTH. WORKER. PRECAUTION. HUMAN RIGHTS.

Referências

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). *Estudo prospectivo nanotecnologia*. Brasília: ABDI, 2010. p. 219. (Série Cadernos da Indústria ABDI, v. XX).

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr, 2009.

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 22, ano XI, 2, 2008.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do Trabalho*, n. 317, p. 7-32, maio 2010.

AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação. *Revista de Direito Ambiental*, ano 16, n. 61, p. 17-35, jan./mar. 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 1, p. 24-29, jan. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BRITTO, Roberta Socoowski et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60 (OH)18–22 on gills of fish *Cyprinus carpio* (*Cyprinidae*) exposed to ultraviolet radiation. *Aquatic Toxicology*, v. 114–115, 2012.

BUZBY, Jean C. Nanotechnology for food applications: more questions than answers. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 44, n. 3, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991.

_____; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Delton Winter de. As novas tecnologias e os riscos ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito, 2007a.

_____. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano XII, n. 45, jan./mar. 2007b.

_____. A construção probatória para a declaração jurisdicional da ilicitude dos riscos ambientais. *Revista da AJURIS*, ano XXXVIII, n. 123, set. 2011.

COIMBRA, Rodrigo. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 16, p. 64-94, jul./set. 2011.

_____. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, p. 117-138, jul./set. 2013.

_____. Reflexões sobre a baixa efetividade dos direitos e deveres trabalhistas estabelecidos pelas comunidades e organizações internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 86, p. 183-204, jan./mar. 2014.

_____. *Efetivação dos direitos com objeto difuso*. São Paulo: Ltr, 2015.

_____; ARAÚJO, Francisco Rossal de. *Direito do trabalho I*. São Paulo: Ltr, 2014.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo código civil. *Revista de direito do Consumidor*, São Paulo, ano 13, v. 49, p. 164-176, jan./mar. 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípio de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). *Nota técnica* n. 76, out. 2008. Disponível em: <http://www.cnti.org.br/PDF/dieese_NT76nanotecnologia.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

ENGELMANN, Wilson. A nanotecnologia como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolsan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. As nanotecnologias e a Inovação Tecnológica: a “hélice quádrupla” e os Direitos Humanos. In: NANOTECNOLOGIAS: um desafio para o Século XXI, São Leopoldo, *Anais...*, São Leopoldo, 2010b. v. 1. CD.

_____. Os avanços nanotecnológicos e a (necessária) revisão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; BERGER FILHO, Airton Guilherme. As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 50-91, jul./set. 2010.

_____; FLORES, André Stringhi; ELY, Bruna. Nanotecnologias e cláusula geral do cuidado: construindo mecanismos jurídicos para construção dos marcos regulatórios no Brasil. *Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente*, Florianópolis, 2010.

_____; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. *Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

Environmental Protection Agency (EPA). *Nanotechnology white paper*. Prepared for the US EPA by members of the Nanotechnology Workgroup, a group of EPA's Science Policy Council. Washington, 2007. Disponível em: <<http://nepis.epa.gov/Exe/ZyPURL.cgi?Dockey=60000EHU.TXT>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA). *Risk perception and risk communication with regard to nanomaterials in the workplace*. 2012. Disponível em: <http://osha.europa.eu/en/publications/literature_reviews/risk-perception-and-risk-communication-with-regard-to-nanomaterials-in-the-workplace>. Acesso em: 17 dez. 2015.

FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. *Os trabalhadores da alimentação e da agricultura questionam as nanotecnologias*. S.d. Disponível em: <http://www6.rel-uita.org/nanotecnologia/trabajadores_cuestionan_nano-full-por.htm>. Acesso em: 17 dez. 2015.

GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro: saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura*. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre: L&PM, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

International Labour Organization (ILT). *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en ransformación*. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_124341.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.

JARDIM, Fernando Rogério. *O macrocosmo social da nanociência: estudo sobre as pesquisas em nanotecnologia da Embrapa e da Unicamp*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia)-Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-09122009-162117/es.php>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

KRUG, Harald F. Nanosafety Research: Are we on the right track? *Angewandte Chemie International Edition*, Weinheim, v. 53, p. 1.2304-1.2319, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004.

LENZ E SILVA, Guilherme Frederico Bernardo. *Nanotecnologia: avaliação e análise dos possíveis impactos à saúde ocupacional e segurança do trabalhador no manuseio, síntese e incorporação de nanomateriais em compósitos refratários de matriz cerâmica*. 2008. Monografia (Especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho)-Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

Martins, Paulo. Nanotecnologia e meio ambiente para uma sociedade sustentável. *Estudios Sociales*, v. 17, n. 34, jul./dez. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENEGAZZI, Piero Rosa. *A efetivação do direito à informação no meio ambiente do trabalho: contribuições do pensamento sistêmico da teoria da complexidade e do estudo dos riscos*. São Paulo: LTr, 2011.

National Institute for Occupational Safety and Health (NIOSH). *Safe nanotechnology in the workplace an introduction for employers, managers, and safety and health professionals*. February 2008. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/niosh/docs/2008-112/pdfs/2008-112.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

_____. *Interim guidance for medical screening and hazard surveillance for workers potentially exposed to engineered nanoparticles approaches to safe nanotechnology*. February 2009. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/niosh/docs/2009-116/>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION (OSHA). *Novos riscos emergentes para a segurança e a saúde no trabalho*. Disponível em: <http://osha.europa.eu/pt/publications/outlook/pt_te8108475enc.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

OGLIARI DAL FORNO, Gonzalo. Intraperitoneal Exposure to Nano/Microparticles of Fullerene (C60) Increases Acetylcholinesterase Activity and Lipid Peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. *BioMed Research International*, v. 2013, maio 2013.

Organização Internacional de Normalização (ISO). *ISO/TC229*. 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 17 dez. 2015.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Meio ambiente do trabalho equilibrado: um direito fundamental do trabalhador. In: DIÁLOGOS entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

PARDO, José Esteve. *Técnica, riesgo y direrecho*: tratamiento del riesgo tecnológico em el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O trabalho como valor. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, [2003]. Disponível em: <www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2003/.../abril1.doc>. Acesso em: 12 dez. 2015.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

PORTER, Read D. et al. Regulatory Responses to Nanotechnology Uncertains. In: DANA, David A. *The Nanotechnology Challenge*: creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

REIS, Daniela Muradas. Discriminação nas relações de trabalho e empregado: reflexões éticas sobre o trabalho, pertença e exclusão social e os instrumentos jurídicos de retificação. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (Coord.). *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 13-39, set. 2011a.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). *Diálogos entre o Direito Trabalho e o Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHULTE, Paul A.; SALAMANCA-BUENTELLO, Fabio. Ethical and scientific issues of nanotechnology in the workplace. *Ciência Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 5, sep./oct. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000500030>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEBBING, Margaret. Avoiding the trust deficit: public engagement, values, the precautionary principle and the future of nanotechnology. *Journal of Bioethical Inquiry*, ano 6, n. 1, 2009.

SUDARENKOY, Valeryi. *Nanotechnology*: balancing benefits and risks to public health and the environment. Strausbourg: Council of Europe, Committee on social Affairs, Health and Sustainable Development, 2013. Disponível em: <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/Asocdocinf03_2013.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THRONE-HOLST, Harald; STO, Eivind. Who should be precautionary?: governance of nanotechnology in the risk society. *Technology Analysis & Strategic Management*, Manchester, v. 20, n. 1, p. 99-112, jan. 2008.

VIEGAS, Fátima. Dificuldades na vigilância médica à saúde dos trabalhadores expostos a nanopartículas. In: Seminário Internacional de Nanotecnologia e os Trabalhadores, 2. 2008. Disponível em: <<http://www.iiep.org.br/nano/2008/fatima.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.

O trabalho prisional no Presídio Central de Porto Alegre

DANI RUDNICKI

JANE DIANE DE RAMOS NUNES GONÇALVES

Resumo: O trabalho prisional no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) tem características próprias. Para conhecê-las, foi realizado estudo de campo em 2014 (entrevistas com presos trabalhadores e não trabalhadores, com um sargento da Brigada Militar e com uma assistente social da Superintendência dos Serviços Penitenciários). Partimos com as seguintes questões: como é organizado e como funciona o trabalho prisional nessa casa? Quem são os personagens envolvidos no instituto do trabalho prisional e quais suas perspectivas em relação a essa atividade? Quais as consequências da superlotação para o exercício do dever/direito ao trabalho? A atuação de técnicos e agentes penitenciários influencia nesse direito/dever? Como conclusões, podemos apontar que, no PCPA, há pouca atividade laboral; e, quando ela existe, está longe de cumprir as determinações normativas. O trabalho serve apenas para auxiliar na administração da Casa.

Palavras-chave: Trabalho. Prisão. Presídio Central de Porto Alegre. Lei de Execução Penal.

1. Introdução

No presente artigo, analisamos o trabalho prisional no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), buscando respostas para as seguintes questões: como é organizado e como funciona o trabalho prisional nessa casa? Quem são os personagens envolvidos no instituto do trabalho prisional e quais suas perspectivas em relação a essa atividade? Quais as consequências da superlotação para o exercício do dever/direito ao trabalho? A atuação de técnicos e agentes penitenciários influencia nesse direito/dever?

Recebido em 6/4/15

Aprovado em 5/5/15

Com o intuito de responder aos questionamentos propostos, além de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, foi realizado estudo de campo no PCPA, em especial entre os dias 12 de agosto e 3 de outubro de 2014. Nesse período, efetivaram-se entrevistas com presos trabalhadores e não trabalhadores, bem como com os responsáveis pelas atividades laborais dentro do PCPA: um sargento da Brigada Militar (BM) e uma assistente social da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe).

Em entrevista realizada, troca de *e-mails* e conversas informais com o sargento, foram colhidas informações sobre o funcionamento do setor de Atividade de Valorização Humana (AVH), onde se concentra o controle geral dos presos trabalhadores (registro de quem e quantos são, onde e há quanto tempo estão trabalhando) e das “ligas”, termo utilizado para se referir ao registro do preso que trabalha nos diversos setores da casa prisional.

No que tange às entrevistas com os detentos, cumpre esclarecer que a escolha dos presos foi realizada pelo sargento e que os encontros aconteceram na sala da administração da AVH. Essa decisão foi do sargento, que cogitou a hipótese de a presença dos demais presos influenciar nas respostas caso acontecessem no local de trabalho. Por outro lado, ele permaneceu na sala durante a realização das entrevistas e, quando teve de se ausentar, um soldado esteve presente.

Ao iniciarmos a conversa com os presos, para deixá-los mais à vontade, esclarecemos a natureza e o motivo da entrevista. Explicamos tratar-se de trabalho acadêmico, asseguramos a não revelação das identidades (daí a utilização de nomes fictícios neste artigo) e o direito de interromperem a entrevista a qualquer tempo.

O Presídio Central de Porto Alegre foi construído em 1959, para albergar 700 presos. Na década de 90, foi palco de inúmeras rebeliões, motins e fugas, quando passou a ser administrado pela Brigada Militar. Em 2011, reformado e com uma capacidade de engenharia de 1.986 presos, chegou a receber 5.300 homens (RUDNICKI, 2011); hoje, por força de ordem judicial, não pode albergar mais do que 4.650. Em 2014, teve um pavilhão demolido (DEMOLIÇÃO, 2014) e está em processo de desocupação, o que dependerá, entre outros fatores, da vontade política do governo estadual iniciado em 2015.

A população carcerária é muito superior à capacidade original e atual do Presídio Central. Esse problema já existia em 1995, quando, escrevendo sobre o tema no PCPA, Hassen (1999, p. 91), dispõe: “Esses pequenos centros de atividades não comportam um número ótimo de participantes, especialmente se considerarmos a superlotação da Casa, que tem capacidade máxima para 600 internos e sua população oscila entre 1.600 e 1.800 [...]”.

Em agosto de 2014, no início do estudo de campo, o PCPA abrigava em torno de 3.972 detentos (o número variava e varia devido ao ingresso e à saída constantes de presos). Naquele momento, 3.348 homens não trabalhavam e 624 eram considerados trabalhadores.

A situação descrita não é exclusividade do PCPA. Ao observarmos os dados do Mapa prisional semanal (de 11/3/2015) divulgado pelo Departamento de Segurança e Execução Penal da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe), verificamos que, dos 20.708 presos condenados no estado do Rio Grande do Sul, 12.104 não trabalham e, dos 8.602 que o fazem, a maior parte (5.032) tem como atividade tarefas internas; tão somente 981 estão vinculados a um Protocolo de Ação Conjunta (PAC), e 2.589 desenvolvem trabalho externo (a soma dos que trabalham e não trabalham difere do número total, mas os dados oficiais são esses).

Importa desde já esclarecer que um PAC é um convênio entre o Estado e uma empresa para realização de atividades dentro das instituições prisionais. Para cada PAC, um determinado número de presos é contratado e recebe remuneração inferior a um salário mínimo, como permite a lei. Como se vê, o trabalho prisional não depende exclusivamente da vontade do preso nem de seu direito ou obrigação de prestar atividade laborativa, pois para que o homem privado de liberdade possa exercê-la, deve existir uma “vaga”, haver disponibilidade de trabalho.

Diante desse quadro, observamos que dificilmente se pode administrar a Casa em consonância com os direitos humanos dos presos. Discordamos (RUDNICKI, 2013), entretanto, das visões que definem o PCPA como a pior casa prisional do País (Brasil, 2008), embora se perceba que ali a Constituição e a Lei de Execução Penal (LEP) não estejam sendo respeita-

das em diversos aspectos (RUDNICKI, 2011; RUDNICKI, 2012; RUDNICKI, AMORIM, DORNELLES, 2013), entre os quais o direito ao trabalho.

2. Trabalho prisional

O trabalho, na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), aparece relacionado no artigo 6º como um direito social. Direito que, como dispõe a LEP, no artigo 41, II, também deve estar disponível ao preso, bem como sua respectiva remuneração. Contudo, a própria LEP, artigo 31, *caput*, apresenta para o labor do detento também outro aspecto: o de dever, determinando que seja imposta a obrigação de trabalhar à pessoa condenada a pena privativa de liberdade.

Porém, para falarmos do trabalho do preso de maneira específica, urge antes discorrer sobre a atividade laboral em sua forma mais abrangente. Hassen (1999, p. 41) explica: “Em sentido amplo, é considerado trabalho toda e qualquer atividade, independentemente do agente, da natureza ou da destinação. Nessa perspectiva, extremamente genérica, trabalho coincidiria com atividade”. Entretanto, para uma maior compreensão do conceito de *trabalho*, é necessário restringir essa ideia: “Assim, um primeiro definidor trata de acrescentar a condição humana à noção de atividade que representa o trabalho” (HASSEN, 1999, p. 41). No caso específico do trabalho prisional, a ação humana será a do preso, e a relação do trabalho que é imposto a ele remete à ideia de poder.

Até o século XVI, os criminosos eram punidos com a perda da própria vida ou com sofrimento sentido pelo corpo; a pena era física. Foucault definiu essa pena como suplício. Não era apenas uma regra de punição corporal, mas

envolvia uma cerimônia que marcava o corpo da vítima e demonstrava o poder do soberano (FOUCAULT, 2010, p. 36-37). O crescimento da pena de morte nesse período foi considerável e notório, de acordo com Rusche e Kirchheimer (2004, p. 38): “A pena de morte adquiriu um novo significado; não era mais o instrumento extremo destinado aos casos mais graves, mas um meio de tirar do caminho aqueles indivíduos alegadamente perigosos”. As condenações indiscriminadas à pena de morte na época refletiam a desvalorização da vida humana em função do baixo custo da mão de obra (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 39).

No final do século XVI, iniciam-se modificações no modo de punir: passam a ser aplicadas penas privativas de liberdade. Até então, as prisões eram tão somente espaços onde aqueles que cometiam crimes aguardavam julgamento. No entanto:

A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal através de trabalhos forçados; [...] Algumas vezes elas apareceram simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e pena capital e corporal; em outras, tenderam a substituí-lo. Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revela o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43).

Podemos observar que ocorriam mudanças, mas não de maneira uniforme. As casas de correção criadas inicialmente eram destinadas a pessoas que cometiam pequenos atos delinquentes, ou mesmo a “vadios” e “vagabundos”, sendo aos crimes de maior gravidade impostas penas pecuniárias, corporais e capitais. Nas ca-

sas de correção, buscava-se disciplinar, moldar, reformar o criminoso por meio de trabalho contínuo, geralmente fabril. Aos poucos elas foram propagando-se “Contudo, não se pode negar que as casas de trabalho ou de correção, embora destinadas à pequena delinquência, já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna” (BITENCOURT, 2004, p. 18).

Nessa época, surgiram os “reformadores”, que longe dos conceitos do direito penal da Idade Média, baseado em atrocidades físicas, inovam com ideias pretensamente humanistas e de defesa do bem comum. Ideias que foram desmistificadas por Foucault (2010), que percebe, no pensamento de Beccaria, Howard e Bentham, uma proposta de exercer uma nova forma de poder, adestramento, sobre o comportamento e a mente do ser humano.

É que o principal propósito da prisão não está na punição do criminoso para saldar a dívida do crime, mas para exercer sobre ele o controle do Estado. É poder aplicado sobre o indivíduo. “A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento do cotidiano, sua atitude moral, suas disposições [...]” (FOUCAULT, 2010, p. 222). Assim se estabelece, no século XVIII, uma nova ordem no sistema penal.

No Brasil, esse quadro está primeiro inserido na legislação penal portuguesa, nas Ordenações Filipinas, que aplicavam em profusão a pena de morte e penas corporais (PORTUGAL, 1960). No entanto, essas penas corporais foram abolidas pela Constituição Imperial de 1824, a primeira lei fundamental brasileira.

Em 1830, promulgou-se o primeiro Código Criminal brasileiro. Ele restringiu os crimes punidos com morte (restaram apenas três:

insurreição (artigo 113), homicídio (artigo 192) e contra a pessoa e a propriedade (artigo 271). Além disso, substituiu as penas corporais pela privação da liberdade. Esse Código, no artigo 46 – “A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réos a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões” (BRASIL, 1830) –, fez surgir o trabalho do preso no País.

A prisão servia então para controlar o indivíduo mediante o poder de vigiar, e a disposição do preso para o trabalho era vista de maneira positiva, pois significava tempo ocupado e ressarcimento à sociedade pelo dano causado. O preso trabalhava, exercendo atividades que lhe eram impostas (submissão absoluta), sem que essas atividades lhe trouxessem qualquer perspectiva de profissionalização.

A etapa seguinte no pensamento de uma política prisional foi, como aponta Thompson (2002, p. 3), perceber que o objetivo declarado da prisão não mais era o castigo e a punição, passando “a merecer ênfase especial a meta reabilitação. Designada, indiferentemente, por terapêutica, cura, recuperação, regeneração, readaptação, ressocialização, reeducação e outras correlatas [...]”.

No entanto, a pena restritiva de liberdade continua a receber críticas. “Entre estas, se destacam as de que: 1) não atingem seus objetivos (prevenir o crime e ressocializar o preso); 2) servem de instrumento da classe dominante para manutenção do *status quo*; e 3) desrespeitam os direitos humanos dos reclusos” (RUDNICKI; SCHROEDER, 2012, p. 104).

No ordenamento brasileiro, em 1984, foi instituída a LEP (Lei nº 7.210), que trata da execução penal. Ela absorve características protetivas previstas nas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, de 1955, adotadas pelo Primeiro Congresso sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra. As Regras ditam:

71. 1) O trabalho na prisão não deve ser penoso. 2) Todos os reclusos condenados devem trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com determinação do médico. 3) Deve ser dado trabalho suficiente de natureza útil aos reclusos de modo a conservá-los ativos durante o dia normal de trabalho. 4) Tanto quanto possível, o trabalho proporcionado deve ser de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos reclusos para ganharem honestamente a vida depois de libertados. 5) Deve ser proporcionado treino profissional em profissões úteis aos reclusos que dele tirem proveito, e especialmente a jovens reclusos. 6) Dentro dos limites compatíveis com uma seleção profissional apropriada e com as exigências da administração e disciplina penitenciária, os reclusos devem poder escolher o tipo de trabalho que querem fazer (NAÇÕES UNIDAS, 1955).

A LEP refere-se, no artigo 28, ao tema e define que “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (BRASIL, 1984); e, no artigo 31, prevê o labor na prisão como obrigação. Além disso, a Lei nº 7.210/1984 – artigo 39, caput e inciso V, e artigo 41, inciso II – relaciona o trabalho como um dever e direito do condenado.

Em relação à questão de disposições ambíguas da LEP, Mirabete (2004, p. 90) complexifica a questão:

Mas, se o Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, conforme os termos legais, tem o preso o “direito social” ao trabalho (art. 6º da Constituição Federal de 1988). Como por seu *status* de condenado em cumprimento de uma pena privativa de liberdade, ou de objeto de medida de segurança detentiva, não pode exercer esse direito, ao Estado incumbe o dever de dar-lhe trabalho.

Chies (2007, p. 535) aduz que, embora o entendimento do caráter do trabalho não esteja pacificado, deve preponderar a característica de direito:

Mesclando disposições de obrigatoriedade, dever e direito na relação entre preso e trabalho penitenciário, mas sobretudo ao inserir no artigo 31 uma obrigação “condicionada” à medida das aptidões e capacidade do preso, temos que o conteúdo da LEP, em consonância com as disposições constitucionais acerca das penas (em especial os princípios de individualização e humanização – artigo 5º, XLVI e III – bem como a vedação da penas cruéis e de intervenções degradantes da pessoa humana – artigo 5º, XLVII e III), deve ser imperativamente interpretado como atribuidor e reconhecedor do caráter prioritário de direito, e, portanto, não de dever, do trabalho penitenciário.

Consideramos que o preso está privado da sua liberdade de ir e vir e tão somente desta e que o trabalho é uma ferramenta fundamental na vida das pessoas, para nutrir expectativas e planos. Não entendemos, pois, cabível, retirá-lo dos presos.

Cabe destacar, mesmo não sendo objetivo deste artigo, que a LEP prevê, nos artigos 28 e 29, o trabalho prisional não se sujeitar ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), podendo ser remunerado abaixo do salário mínimo (desde que essa redução não seja inferior a 3/4 deste) e não obriga os empresários a contribuir com a Previdência Social. Além disso, devemos considerar que, no discurso da sociedade, não se ouvem hoje vozes de sindicalistas e outros reclamando que o trabalho prisional seja uma forma de aviltamento da atividade laboral, ou que representa desemprego para os cidadãos “de bem” ou manobra para contenção de salários.

Apesar dessas “vantagens”, há cautela dos empresários, mesmo que sejam beneficiados por esses incentivos. O risco de rebeliões assusta quem deve investir na aquisição de matéria-prima e equipamentos.

Por fim, cabe a nós destacar que, como toda atividade desenvolvida no ambiente carcerário, o trabalho prisional é mal visto pelos agentes responsáveis pela segurança, pois atrapalha a rotina, a segurança e os transforma em “babás” de presos¹. Mesmo assim, ele existe e, para Aymard e Lhuillier (1997, p. 229), tem um objetivo global: manter a calma da prisão.

3. O trabalho no Presídio Central de Porto Alegre

O trabalho do preso dentro do PCPA está basicamente dividido em dois grandes grupos: o dos trabalhadores das galerias (conjuntos de celas) e o dos trabalhadores setoriais. O grupo das galerias é formado por presos que labutam nas galerias onde vivem, com as funções de vigia noturno, paneleiro, faxineiro, barbeiro. Esse grupo é escolhido pelos detentos que comandam a galeria e legitimado pela direção. O grupo dos setoriais é formado por presos que trabalham nas áreas de manutenção do presídio e são selecionados pelos servidores da Brigada Militar, responsáveis pelo local ou função em que o detento trabalhará, após processo seletivo.

Com relação ao número de presos e à distribuição das vagas para o trabalho, o sargento responsável pelo setor da AVH, no dia 12 de agosto de 2014, forneceu as informações sistematizadas nos quadros abaixo. Elas confirmam que, na data, poucos eram os apenados que tinham oportunidade de realizar atividade dentro da casa – apenas 15,7% do total de presos.

Quadro 1 – Total de presos no PCPA	
Total geral de presos no PCPA	3.972
Presos trabalhadores no PCPA	624
Presos não trabalhadores no PCPA	3.348

Fonte: dados coletados pelos autores.

¹“O que mais irrita a guarda é a circunstância de que um trabalho ativo dos especialistas faz aumentar a circulação dos internos, dentro da cadeia, uma vez que terão de ir a mais lugares. Para não enfraquecê-la, necessário será destacar agentes para escortar os detentos, nessas idas e vindas. Os guardas reclamam: estão sendo transformados em babás dos presos. Os inspetores se queixam de que a turma de serviço, já tão reduzida, ainda tem que suportar os desfalques determinados pelo desvio de homens para tais misteres” (THOMPSON, 2002, p. 55).

Dos 624, trabalham nas galerias 413:

Quadro 2 – Total de presos trabalhadores das galerias	
Total de presos trabalhadores das galerias	413
Vagas para presos que recebem pecúnia a cada três meses: limpeza da galeria, servir a comida, cortar o cabelo dos presos, intermediar as necessidades dos presos com os brigadianos, vigilante noturno, entre outras atividades necessárias dentro das galerias	143
Vagas para presos que trabalham somente pela remição: limpeza da galeria, servir a comida, cortar o cabelo dos presos, intermediar as necessidades dos presos com os brigadianos, vigilante noturno, entre outras atividades necessárias dentro das galerias	270

Fonte: dados coletados pelos autores.

Um número ainda menor trabalha em outras atividades, em diversos setores:

Quadro 3 – Total de presos trabalhadores setoriais	
Total de presos setoriais	211
Conservação e obras: manutenção predial, hidráulica, elétrica, esgoto. Separam materiais para reciclagem. Marcenaria (reforma de armários, cadeiras, camas, obras e reformas prediais)	68
Ambulatório: limpeza e auxílio no arquivo	6
AVH - oficina de artes, alfaiataria, escriturário, serviços gerais	17
Cozinha	58
Almoxarifado	2
Gráfica	6
Oficina mecânica (manutenção de veículos da Brigada Militar e da SUSEPE e de particulares que trabalham no PCPA)	5
Mesários (distribuem requisições para os presos se movimentarem dentro do presídio)	16
Plantões de chave (abrem e fecham portões para a circulação dos presos)	33
Canil (alimentação dos cães e limpeza dos canis)	2
PAC Procergs (atividades terceirizadas de digitação de dados da saúde)	6

Fonte: dados coletados pelos autores.

Em relação ao trabalho prisional, o sargento da Brigada Militar, responsável pelo setor da Atividade de Valorização Humana (AVH), relata e confessa:

Já faz um ano e cinco meses que estou aqui na AVH do Presídio Central, para estar aqui tive de me despir de certos preconceitos, em relação aos presos. Isso é necessário porque nossa convivência é lado a lado, dia-a-dia, mas eles estão cumprindo pena. Sinceramente eu tinha muito preconceito, pois sou policial e lutamos contra os crimes e muitas vezes temos repúdio. Mas isso não se pode ter para trabalhar aqui, senão, ficaria insuportável.

Os presos ocupam vagas em vários setores do presídio e, a respeito do controle desses detentos por policiais militares, o sargento explica:

Não há um número exato de policiais militares para controlar os presos que trabalham. Na realidade, cada brigadiano responsável pelo setor onde o preso está exercendo a atividade é quem irá atuar no controle deste preso. Se for trabalho exercido no pátio, por exemplo, ele será acompanhado.

No que se refere à seleção dos presos, percebemos que na prática não há igualdade relativa ao direito de dispor de trabalho. Há setores que excluem candidatos pelo tipo de crime cometido; porém, em regra, o primeiro

requisito é o preso não ter ocorrência de crime contra a polícia em geral. Mas cada setor mantém suas particularidades para selecionar os presos que irão trabalhar naquele departamento. Por exemplo: o ambulatório não aceita presos que tenham cometido crimes sexuais, pois ali trabalham mulheres e o contato corporal é mais próximo; no Núcleo de Educação Estadual de Jovens e Adultos (NEEJA), não selecionam presos que cometeram crimes da Lei Maria da Penha devido ao fato de haver professoras do sexo feminino; na cozinha há uma regra que nem sempre foi seguida, mas que cada vez mais vem sendo aplicada, que é selecionar presos que não apresentem doença infectocontagiosa.

Observamos que o sistema escolhe qual preso será beneficiado com a vaga de trabalho, e a seleção desfavorece os candidatos que cometeram determinados crimes. Não há vagas para todos – ao contrário, essas são reduzidas em relação ao número de presos no PCPA – e as que existem terminam preenchidas por meio de uma pré-seleção realizada pelos brigadianos que chefiam os setores.

Os presos não selecionados para o trabalho no PCPA perdem a oportunidade de remir tempo de pena e outros “benefícios” que os apenados que laboram acreditam ter. O sargento aponta:

Nas galerias, é sistema de “prefeituras”. Existem os benefícios subjetivos, como o tratamento; são vistos como trabalhadores. Para alguns setores, como a oficina de artes, eventualmente é entregue um kit cru da cozinha como forma de incentivo; há uma maior agilidade para suas necessidades de ambulatório; estão alojados em galeria específica; há agilidade de documentos relacionados ao juízo. Existem também os benefícios objetivos, como a remição da pena pelos dias trabalhados e os valores que recebem, tanto do pecúlio como os simbólicos pela execução das atividades, como os produtos do artesanato.

Além disso, devemos considerar que o trabalho nas galerias permite aos presos ganhar uma remuneração que pode parecer (e ser) miserável no mundo exterior (20 ou 30 reais por mês), mas que internamente, para quem não recebe visita de familiares, se transforma em garantia de compra de produtos não fornecidos pelo Estado (cigarros, sabonete, bolachas etc). Permite também circular pela casa e, dependendo da função ou local de atuação, oferece oportunidade para “caminhadas”².

Para minimizar os riscos de desvios e problemas de segurança, há muita cautela na seleção. Mesmo que o sargento não tenha mencionado, sabemos, por exemplo, que presos condenados por crimes sexuais não podem permanecer em área de circulação, nas quais

²“Caminhar”, na gíria penitenciária, é comercializar e no caso significa que o preso desvia comida (se atua na cozinha, por exemplo) para ter uma “moeda” de troca para a aquisição de drogas, outros objetos ou vantagens com os colegas (RUDNICKI, 2011).

poderiam ser alvo da “justiça dos presos”. Sem dúvida, o trabalho configura-se como atividade reivindicada por muitos, embora indesejada por tantos outros. Então, claramente, entram em jogo relações de poder internas, envolvendo carcereiros e presos. Uma pessoa que tenha uma relação familiar ou de amizade, direta ou indireta, com um servidor do sistema prisional ou com alguém que conheça um servidor, terá facilidade de acesso à vaga. Uma pessoa “famosa”, que tenha cometido crime de repercussão midiática ou que seja de classe média, raridade dentro do sistema, receberá quase que automaticamente tal benefício.

Por outro lado, se há presos que querem trabalhar e não são selecionados, há outros que são escolhidos para ocupar uma vaga, mas não permanecem na atividade, ocorrendo frequente rodízio de trabalhadores no PCPA. O sargento confirma: “Muitos vêm trabalhar, mas desistem por preguiça, falta de vontade ou até mesmo por pressão dos presos das galerias; a rotatividade é grande”.

Sabe-se que os trabalhadores são percebidos pelos demais presos como colaboradores da administração. Existe desconfiança em relação a eles e, por isso, durante o exercício da atividade laboral e mesmo depois dela, devem permanecer afastados dos demais. Para eles existe um pavilhão, “G”, próximo a *gays*, pedófilos, “duques” (como são chamados os que praticaram crimes sexuais), idosos e “Maria da Penha” (presos condenados com base nessa lei) também visados pela “massa carcerária”.

Outro motivo para não querer trabalhar relaciona-se ao controle:

O trabalho é realizado de forma séria. Essa é outra razão para desistências. A seriedade refere-se à vigilância. Se nas galerias os presos se organizam e regram seu espaço, quase sem intervenção da polícia (que realiza revistas periódicas, mas sempre quando a galeria está vazia, enquanto os presos “divertem-se” no pátio), na cozinha a presença dos policiais militares é constante e impõe ordem (RUDNICKI, 2011, p. 524).

No dia 3 de outubro de 2014, conversamos com uma das seis assistentes sociais do setor. Elas pertencem ao quadro de servidores da Susepe e também têm participação no processo de seleção dos presos que trabalharão. É que, após o ingresso no presídio, os aprisionados passam triagem no setor e, conforme informações coletadas, serão, ou não, encaminhados. A assistente social diz: “Eu trabalhava em uma delegacia da Susepe, mas queria mesmo era realizar as atividades aqui dentro do PCPA, o que já estou fazendo há um ano. Aqui nós realizamos a triagem, descobrimos as necessidades deles e fazemos os encaminhamentos para os setores responsáveis”. Questionada a respeito do funcionamento do atendimento, ela afirma:

Nós temos que saber quem é este preso que está ingressando no PCPA. Precisamos saber de onde ele veio, qual é o seu crime, se é primário ou reincidente, conhecer sua realidade fora do Presídio. Também precisamos descobrir quem “precisa” trabalhar, por questões de segurança. Em casos de urgência, para preservação da segurança, nós vamos pessoalmente à Supervisão para intermediar, pedindo um diferencial.

Com relação a programas que envolvam o trabalho prisional, a assistente social declara:

No momento está acontecendo um programa que é pioneiro no Estado, o Jovem Aprendiz. É um curso profissionalizante com parcerias do SENAI, do Ministério Público do Trabalho, a companhia Zaffari [de supermercados] e a SUSEPE. Digo que se enquadra como trabalho: os presos que estão participando do programa possuem vínculo empregatício com a companhia Zaffari (carteiras de trabalho assinadas) e recebem meio salário mínimo, que é depositado em conta salário; também são garantidos os demais direitos trabalhistas. Para participar do programa os presos têm que estar em idade de 18 a 24 anos até o final do curso, que dura um ano e meio. É um curso técnico-profissionalizante de Comércio e Vendas. Foi escolhido por eles, o curso. Quando da implantação, o SENAI ofereceu algumas opções para votação e a escolha deles foi por este. Antes desse programa já fizemos o PRONATEC, mas daí era curso de Auxiliar Administrativo e não tinha vínculo de trabalho; apesar de profissionalizante, se enquadra mais nos estudos.

A Procergs, companhia de processamento de dados do Estado do Rio Grande do Sul, empresa de economia mista, é a única a manter atividades no PCPA. Segundo a assistente social, para que houvesse mais PACs,

precisaríamos de outra estrutura, com espaço físico para instalação de maquinário próprio para eles trabalharem, além de um esquema de segurança diferenciado. Hoje nossa estrutura é precária, mal temos espaço para os presos se alojarem e pequenos espaços onde eles realizam atividades, como a sala da oficina de artes e onde eles estudam.

Questionada sobre o trabalho prisional ser ressocializador, a assistente social faz uma pausa e responde:

Sinceramente? Não, no sentido de que não basta o trabalho. Existe atrás disso uma rede bem maior envolvendo essa problemática. Mas a escolha é do preso. É uma tentativa de fazer com que o preso tente recomeçar, tente manter a dignidade. Muitos chegam aqui e não sabem como agir depois quando ganharem a liberdade ou a condicional. Nós indicamos que procurem os CRAS como apoio. A prisão não vai preparar eles; falta acolhimento, políticas públicas e estudo sobre o assunto.

Continua:

Então é isso que quero dizer; às vezes o que falta é uma pequena orientação. Claro que existem diversos perfis de presos. Alguns chegam dizendo que não têm o que fazer, pois é o negócio da família, o pai é traficante, a mãe é traficante, o irmão é traficante, os tios são traficantes. Por que ele seria diferente se nasceu e cresceu vivendo dessa forma? Outros, vemos que estão aqui por uma fatalidade, caso isolado, cometeu crime sim, mas não vive do crime e para o crime. Nesses casos, a pior coisa é ficar muito tempo aqui, pois aqui dentro é a lei da sobrevivência; eles matam um leão por dia para sobreviver e aprendem muita coisa. Quem está aqui dentro e não entra no sistema das galerias, está sujeito a qualquer coisa.

E complementa:

Muitas vezes eles chegam aqui pedindo trabalho, para poder sair da galeria em que estão. De certa forma a galeria “G” é mais “tranquila se podemos assim dizer”, pois lá ficam os presos que trabalham. É mais organizada, mais limpa. Muitas vezes querem fugir do ócio, porque estão aqui enclausurados, não podem ir e vir, estão disputando um lugar para dormir, disputando até comida e, quando conseguem uma vaga para fazer algo, gostam. É uma forma de passar o tempo. Mas volto a dizer, cada preso é um preso. Uns estão muito mais identificados com a vida das galerias comuns.

Conforme exposto e observado nas entrevistas, o trabalho no PCPA é apenas uma ocupação para o preso para diminuir a sua pena por remição, ou para fugir da selvageria e do ócio das galerias comuns.

Devemos considerar ainda o tipo de trabalho desenvolvido. Podemos referir-nos ao trabalho qualificado e o não qualificado, ao produtivo e ao não produtivo, ao trabalho manual e ao intelectual. Em visita a prisões, percebe-se que o artesanato sempre foi apresentado como trabalho e que as atividades mais comuns dos presos eram (são) costura de bolas de futebol (ENGELKE, 2014a), montagem de prendedores de roupa, envelopamento de figurinhas e temperos. Ou seja, atividades repetitivas que não demandam o mínimo labor intelectual e que tampouco importam em profissionalização. Entre os mais elaborados, talvez se possa incluir a manutenção de horta.

A regra, portanto, é o trabalho manual sem atrativo. Apesar disso, os presos que trabalham afirmam gostar das tarefas que executam no presídio, mas confessam que a maior motivação continua sendo a remição e os “benefícios” subjetivos citados pelo sargento. Em nenhum momento, indicam a ressocialização e a reeducação como benefícios decorrentes do trabalho.

Sobre trabalho e ressocialização no PCPA, Rudnicki e Schroeder (2012, p. 117) escrevem: “A perspectiva de ressocialização foi abandonada. Há muito o trabalho possui apenas função ocupacional. Trata-se de passar o tempo e diminuir a pena (não de aprender um ofício ou profissão que permita a obtenção de um trabalho quando da libertação)”. Afirmam ainda que é fato admitido que os servidores da Brigada Militar apenas agem com intuito de evitar motins e rebeliões, não restando lugar para ilusões quanto à ressocialização. E que essa posição impera no PCPA, no Rio Grande do Sul, no Brasil e na maior parte das casas prisionais do mundo.

4. Presos trabalhadores

Nesta etapa do artigo, buscamos apresentar a opinião de presos sobre o trabalho prisional. O primeiro entrevistado é Éder, 37 anos, vinculado ao sistema prisional há três. Ele tem um filho com seis anos de idade, está assistido por advogado particular e prevê sua saída do PCPA para o ano de 2017.

Trabalho aqui na AVH, com artes plásticas, pinturas, esculturas, entalhes. Meu setor é a oficina de artes. Gosto de fazer essas atividades, gosto de trabalhar com arte. Faz um ano e cinco meses que estou neste setor, fazendo estas atividades.

Em relação ao trabalho, antes de estar preso, Éder relata:

Eu sempre trabalhei, e trabalhava com arte lá fora também. Um pouco diferente, fui tatuador durante 21 anos. Por isso esse trabalho aqui dentro me faz não perder o contato com a arte e colabora com novas ideias também.

Quando questionado sobre como conseguiu a vaga na oficina de artes, explica:

Da primeira vez, uns colegas me indicaram, mas daí eu não aceitei a vaga. Eu queria tentar trabalhar para a Procergs, mas não apareceu oportunidade. Então surgiu novamente a oportunidade para trabalhar aqui na AVH e eu aceitei e estou gostando.

Éder fala de sua família e o que eles pensam sobre ele estar trabalhando na prisão:

Meus familiares gostam de saber que estou trabalhando aqui dentro, acham mais seguro. Também já fizemos duas exposições, uma na Casa de Cultura Mário Quintana e outra na Câmara de Vereadores de Porto Alegre. Eles estiveram lá. Foi bom. Eles sabem que o trabalho ajuda a reduzir os dias de pena e por isso ajudam.

Perguntado acerca do motivo de ter aceito o trabalho na AVH e se ele acha que há benefícios em trabalhar ali, responde:

Em primeiro lugar aceitei trabalhar aqui pela remição mesmo. Depois pelos benefícios. Se precisamos de ambulatório, conseguimos mais rápido. O pessoal faz encomenda de alguma arte e recebemos um dinheirinho para fazê-la. A galeria dos trabalhadores é mais limpa.

Éder ainda fala de seu horário de trabalho e controle de dias remidos:

O horário aqui é das 07:30 às 11:30 e das 12:30 às 16:30; não registramos o horário de trabalho, mas é registrado de certa forma pela “requisição” que sai aqui da AVH para nós podermos sair das galerias de manhã. Eu controlo minha remição pelos dias que já trabalhei, pelos meus cálculos já teria direito a 168 dias para remir da pena. Tenho também voto de louvor que é um elogio na ficha.

Ele responde também a respeito dos presos que não trabalham e a relação com eles: “Nós somos mal vistos pelos presos que não trabalham, é como se fôssemos traidores”. Falando acerca de valores recebidos: “A administração paga um valor como benefício/produção, usamos uma parte para comprar materiais para a oficina e outra parte para gastos pessoais mesmo”. Éder dá sua opinião sobre o trabalho na prisão: “Eu diria que é bem melhor trabalhando do que na galeria, me sinto útil e também ajuda o tempo passar mais rápido”. Questionamos, por fim, se ele acha que esse trabalho fará alguma diferença para ele lá fora, depois que conquistar a liberdade. Ele afirma:

No meu caso sim, estou redescobrando o que não estava mais fazendo. Tenho vontade de abrir uma oficina de arte quando sair daqui e, se possível, até empregar alguns presos colegas da oficina de artes. Nesse sentido, faria diferença para mim.

Terminando as perguntas e a conversa, agradecemos e pedimos ao sargento para falar com outro preso. Então, veio até a sala da administração outro escolhido, que chamamos de Guido. Ele parece menos informado, refere estar preso há mais ou menos dois anos e seis meses e

não saber o total da sua pena. Sua prima é advogada e encarrega-se de sua defesa. Ele explica sua atividade no PCPA:

Eu trabalho na marcenaria, consertando e restaurando móveis do presídio. Gosto de trabalhar com isso. É bom trabalhar aqui, a comunicação com o sargento é boa. Estou trabalhando aqui faz uns três meses e meio. Trabalho de segunda a sexta-feira, das 07:30 às 16:30. Todos os dias sobe a requisição daqui da AVH para podermos sair da galeria.

E conta: “Um dos motivos de eu gostar do que faço aqui é porque trabalhava com isso antes de ser preso. Tenho uma marcenaria, minha família está cuidando agora. Mas já trabalhei em pizzaria também”. Perguntamos sobre como conseguiu a vaga e por que quis trabalhar:

Eu já tinha experiência nessa atividade; então falei com a assistente social da minha vontade de trabalhar e, quando surgiu a vaga eu fui encaminhado. O maior motivo foi pela remição e também pelo dinheirinho que recebemos.

A respeito de presos que não trabalham, Guido afirma: “Existe bastante preconceito dos presos que não trabalham em relação a nós. Nem nos falamos”. Questionamos se ele acredita que esse trabalho dentro do Presídio fará alguma diferença quando ele for libertado. Guido responde: “Acho que pode sim, na verdade já faz, minha família vê meu trabalho”. Sobre o pagamento que recebe, afirma:

Recebo mensalmente uma parte de pecúlio. O valor não é sempre o mesmo; no meu caso está aumentando. Eu posso retirar uma parte na tesouraria, ou a visita, a família também pode retirar. É bom ter esse dinheiro; não é muito, mas quebra uns galhos.

Em outra dia, entrevistamos Roberto, 21 anos, pai de uma menina de três anos – a esposa o deixou depois que foi preso. É a primeira vez que está cumprindo uma pena restritiva de liberdade (há um ano e nove meses). Informa que, em 19 de julho de 2015, terá progressão de regime, mas ignora quantos dias possui de remição. Antes de ser preso, trabalhou em uma madeireira, dos quatorze aos dezoito anos; atualmente não trabalha.

Ele está alojado na galeria dos presos trabalhadores por motivo de segurança, pois realizou uma cirurgia de hérnia inguinal e antes de realizá-la era “jaleco” – como são chamados os presos com a incumbência de abrir e fechar os portões das galerias – Rudnicki (2002) chama-os de “plantão de chaves”. Após a alta da cirurgia, por recomendação médica, permitiram que continuasse na galeria “G”, dos trabalhadores.

Questionado sobre sua situação, ele responde: “Estou fazendo limpeza da galeria, ajudando lá, mas não cumpro horário. Estou ‘ligado’, mas só ganho remição, não recebo nada em dinheiro”. E completa: “Eu queria uma vaga para continuar trabalhando quando melhorar, porque daí posso ganhar remição, médico mais rápido, comida melhor, ficar na “G”, galeria melhor. Gostaria de trabalhar na faxina”.

No mesmo dia, conversamos com Egmar, outro preso trabalhador, 46 anos, cinco filhos, casado há dezessete anos. Está preso há dois anos e dez meses, pela primeira vez. Antes de ser preso, trabalhava com construção, pois tem uma empresa na área (fazia moradias para o programa “Minha Casa, Minha Vida”). Fala devagar, baixinho, calmo.

Trabalho na ferramentaria, recebo e entrego materiais no almoxarifado, são materiais como ferragens. Estou ali desde que entrei, faz dois anos e dez meses. Comecei a trabalhar ali, porque íamos receber uma visita aqui no Central e mandaram fazer um painel; gostaram tanto que me convidaram para trabalhar ali. Gosto de trabalhar ali, mas às vezes tenho vontade de trabalhar em outro lugar, só para mudar um pouco. Mas eles não deixam eu sair dali. Trabalho das 09:00 às 17:00. Faço revezamento, daí às vezes trabalho no sábado e domingo também.

Questionamos o porquê de não o deixarem sair de lá:

Porque eles já pegaram confiança, não é qualquer um que pode trabalhar ali. Hum, já me ofereceram dinheiro, para liberar materiais, marreta, talha, mas não aceitei. Por isso não deixam eu sair dali. Sai muito material de lá e as propostas surgem, me ofereceram mil reais.

Nesse momento, o soldado que trabalha na AVH e está conosco na sala, intervém:

É difícil, lá não dá para ficar trocando, o trabalho é liberação de todo tipo de ferramentaria. Eles tentam subornar mesmo. Não podemos colocar essas ferramentas nas mãos de qualquer preso. Ele está na função já há algum tempo, já recebeu propostas e não aceitou. Por isso preferimos que trabalhe lá e não trocamos ele de setor.

Egmar acrescenta que trabalha por gosto e por causa da remição. Menciona ainda a comida melhor e estar em uma galeria mais limpa e organizada. Ele conta que recebe trinta e seis reais, mais uma quantidade que vai para o pecúlio. Como os demais presos trabalhadores afirma: “Não tenho contato com presos não trabalhadores, eles pensam que somos ‘puxa-sacos’ dos brigadianos”.

Em outra data, solicitamos permissão para falar com dois presos que não estivessem trabalhando. O sargento disse que seria mais difícil, mas que tentaria. Ele explica que demoraria para conseguir falar com alguém que estivesse na galeria, pois teria de pedir autorização e mandar requisição para o preso descer; então, lembrou que seria mais fácil falar com os presos que estavam no curso. Concordamos, mas insistimos em tentar falar com ao menos um detento que não estivesse trabalhando, nem estudando no Núcleo de Educação Estadual de Jovens e Adultos (NEEJA).

Ele verificou que no corredor havia um preso aguardando atendimento para o ambulatório e pediu a um policial militar que o algemasse e o trouxesse até a sala para ser entrevistado. Após o cumprimento devido, explicamos o motivo da pesquisa e esclarecemos que ele poderia não responder se fosse sua vontade. O soldado que estava na sala também reforçou que o trabalho não tinha relação alguma com a Brigada, com o presídio ou com a polícia. Ele aceitou falar.

Vamos chamá-lo de André. Tem 32 anos de idade, cinco filhos – três seus e dois da com-

panheira. Ingressou no PCPA faz dois meses, vindo da Penitenciária de Charqueadas. Ele foi bastante espontâneo em suas respostas. Perguntamos se é a primeira vez que ele está ali:

Não, desde os 13 anos, já fui para a FEBEM. Em 2001, quando eu tinha uns dezenove anos fui preso e vim para o Central. Mas não fiquei aqui muito tempo, fui transferido para a PEC [Penitenciária Estadual de Charqueadas], em Charqueadas. Estou sempre nessa, entrando e saindo.

Perguntado a respeito do interesse em trabalhar dentro do sistema prisional, declarou:

Não tenho interesse nenhum em trabalhar dentro da prisão. Seria muito complicado, sempre morei no dentro das facções e, no momento que colocar o “jaleco”³, não vou mais poder morar lá no meio deles, poderia haver consequências. Quem trabalha na cadeia não é bem visto dentro das facções.

Ele fala o que pensa das atividades que os presos executam na prisão, afirmando:

Sinceramente, acho que, para alguns deles, esse trabalho que fazem aqui até é válido. Mas para mim não seria, não daria em nada, ainda ia me prejudicar para morar junto com as facções.

Surge a questão do relacionamento de presos que não trabalham com presos que trabalham na prisão. André confirma e relata: “Conheço presos que trabalham na prisão, mas mantenho distância. Não queimo filme, não é bom manter amizade, senão é como se fosse eles”. Em relação à remição, que foi bastante utilizada como motivo de procura de trabalho

dentro do presídio, para ele, não tem a mesma conotação: “Não tenho interesse em trabalhar para conseguir remição. Como eu disse, para mim não valeria a pena”.

Perguntamos se ele trabalhou fora da prisão e o que ele fazia: “Não, nunca trabalhei; desde cedo já estive internado e depois preso, nessa vida. Mas sempre estudei. Até quando fui para a Modulada de Charqueadas, eu fiz o ENEM”. Questionamos sobre a existência de cobrança por parte da família, se há e o que ele pensa sobre o assunto:

Há cobrança por parte da minha companheira, ela me questiona para eu mudar. Mas o problema é que toda vez que saio da prisão eu não tenho como me manter. Nunca trabalhei, é mais difícil. Para me manter cometo delitos. Não há oportunidades na rua, nem no presídio. Tem muito crime.

Ao término, despedida, desejo de boa sorte, e um outro preso, que estava assistindo à aula no NEEJA, mas não trabalha, é chamado. Leandro tem 25 anos, é solteiro e pela primeira vez está no PCPA (há dois anos e cinco meses). Cursa o NEEJA e está alocado na galeria “F”, onde ficam os primários. Ele declara: “Eu não gostaria de trabalhar aqui dentro. Não tenho interesse nisso”. Continua o diálogo sem muita explanação, apenas com respostas curtas:

Não tenho contatos com presos que trabalham. Não trabalho por remição porque prefiro fazer o NEEJA, que dá remição e não preciso trabalhar. As aulas são das 08:00 às 10:45 de segunda à sexta. Faz um ano que estou estudando.

Quando falamos de trabalho fora da prisão e família, ele afirma:

Antes de ser preso eu era *motoboy*; me envolvi em uns esquemas aí, então fui preso. Eu não recebo visitas. Minha mãe morreu,

³O termo “jaleco” utilizado pelo entrevistado refere-se ao colete laranja que os presos trabalhadores usam como forma de identificação dentro do PCPA.

meu irmão está em Florianópolis, nem sei se ele sabe que estou preso. Meu pai nem sei onde anda.

Levando-se em conta as seguidas falas sobre as relações entre presos que trabalham e os que não trabalham, pode-se considerar que quem decide fazê-lo é um desviante (BECKER, 2008, p. 15) do ponto de vista daqueles que, integrados às facções, maior parcela da população prisional, negam-se a “colaborar” com a polícia, com o sistema, recusando a atividade laboral. Embora o trabalho seja previsão legal, os detentos, na sua maioria, não o identificam como valor positivo, têm dificuldade em aceitar os presos trabalhadores e desenvolvem preconceito em relação a eles, o que os impede de permanecer nas galerias. Todavia, essa diferença é ainda mais complexa, conforme Hassen (1999, p. 183) explica:

Mesmo que haja de fato esta diferença entre os presos do fundo da cadeia e os da frente (os trabalhadores), não significa a existência de uma barreira perfeitamente delineada, nem física nem virtual, entre os dois grupos. Na prática não há fixidez dos códigos morais, nem balizadores estáticos que permitam delinear mundo do crime e mundo do trabalho de maneira única como faz o código escrito. Há uma “zona” intermediária, indistinta e confusa, em que se interpenetram esses dois mundos em princípio opostos, que pode ser investigada com base no estudo da figura que seria a síntese de ambos, o trabalhador detento.

Identificamos, nas entrevistas, também a confirmação das palavras da assistente social. André explica que é cobrado por sua companheira para mudar de vida quando sair da prisão, mas declara ser isso algo difícil, porque faltam oportunidades fora do presídio. Então, a necessidade o encaminha para a comissão de novos delitos.

Com base no estudo realizado, percebemos que a falta de interesse pelo trabalho prisional por alguns detentos decorre também do fato de esse não ter natureza útil extramuros. Como demonstrado, na maioria das vezes as atividades oferecidas como trabalho aos presos não têm cunho profissionalizante: não ensinam ofício nem proporcionam remuneração capaz de manter o sustento deles e de suas famílias.

Portanto, verificamos que não há, de fato, aplicação das regras previstas na LEP, pois não há disponibilidade de vagas suficientes, e os trabalhos oferecidos não servem para colocação no mercado de trabalho. Por outro lado, notamos problemas relativos ao pagamento recebido pelo trabalho. A LEP determina que a remuneração do preso não seja inferior a 25% do salário mínimo; no entanto, conforme declarado pelos entrevistados, o dinheiro percebido, quando existe, é muito inferior ao salário mínimo.

5. Conclusão

Realizamos a presente pesquisa com a finalidade de estudar a questão do trabalho dentro do Presídio Central de Porto Alegre, verificando o funcionamento e as condições das atividades laborais dos presos. Nas visitas aos ambientes laborais dos presos dentro do PCPA, constatamos que o controle geral dos presos trabalhadores acontece no setor chamado de Atividade de Valorização Humana e que o trabalho prisional é considerado dever por uns e direito do preso por outros (nós concordamos com esta última posição). A superlotação carcerária, entretanto, torna um privilégio que nem todos almejam.

É que existe uma divisão entre presos trabalhadores e não trabalhadores. Estes observam aqueles com hostilidade, pois os perce-

bem próximos dos carcereiros e temem que sejam ou possam tornar-se informantes. Logo, a exclusão acontece de forma automática e impossibilita o convívio. Acontece que o universo prisional é por demais complexo e, apenas considerando essas questões, já o percebemos. Uma atividade, que no mundo externo surge como fundamental e é regra, na prisão torna-se exceção e impõe refletir sobre questões muito mais amplas.

Devido à superlotação carcerária e às poucas vagas, para se obter um trabalho, há de ser um “iluminado”, de receber um privilégio. Como nesse universo a desconfiança é a regra, torna-se possibilidade e certeza que a pessoa o alcança por algum vínculo desconhecido com os agentes. E, considerando-se que a consequência de um presente ou privilégio é quem o recebe mostrar-se grato, a desconfiança dos demais presos aparece de forma evidente e racional.

Além disso, seria importante verificar com mais exatidão o que significa *trabalho*. Estudar a dimensão alienante do trabalho, bem como seu significado para pessoas privadas de liberdade. De acordo com os conceitos apresentados no início deste artigo, *trabalho* seria qualquer atividade humana, independentemente da sua destinação. Logo, todos os presos, antes de sua prisão, estavam a trabalhar, ainda que em atividade considerada ilegal pela legislação pátria. Entretanto, somente os que tinham atividade lícita se identificam como trabalhadores e, no caso dos nossos entrevistados, continuam a trabalhar quando lhes é dada oportunidade. E gostam dos benefícios advindos dessa condição: o alojamento e a alimentação de melhor qualidade, a possibilidade de receber as visitas em um ambiente mais apropriado e, em especial, de receber remição da pena.

Entre os presos que não se interessam pelo trabalho, há quem opte pelos estudos por per-

ceber que, por meio dele, alcança os mesmos benefícios, sem receber a mácula de “dedo-duro”.

Há ainda os que revelam outra realidade, com é o caso do preso André. Vivendo no sistema prisional desde a juventude, ele declara que nunca trabalhou e afirma que não teria interesse, pois mora “dentro das facções”. A realidade que podemos perceber é a de tantos jovens brasileiros: seu trabalho, sua profissionalização, sua vida está ligada ao crime. Em relação ao tratamento do Estado para com ele, podemos dizer que a grande instituição não o ignora, pois prepara, para ele, um sistema penal formado por polícias, justiça e prisões. Mas a atenção, o acolhimento de que necessitava, de fato e de direito, em sua infância, foi falho. Daí resta o sonho impossível (continuamente desmistificado pelos fatos) de um processo de reeducação, recuperação, ressocialização.

Sonho que esbarra em questões filosóficas e políticas que remetem à (im)possibilidade de o Estado reformar o indivíduo. Sonho que esbarra – se a ideia já não tivesse sido desmistificada – na realidade de que os trabalhos oferecidos aos presos não têm cunho reeducador. Servem tão somente para mantê-los ocupados e diminuir suas penas, por meio da remição. Até essas funções deixam de ser cumpridas integralmente, pois faltam vagas de trabalho na prisão.

Nem mesmo a possibilidade de obtenção, pelo Estado e iniciativa privada, de mão de obra barata (lembrem-se os níveis de remuneração irrisórios praticados no PCPA) e desvinculada dos encargos com a previdência social altera tal realidade. E, quando os detentos recorrem ao Poder Judiciário para reivindicar remição de pena e esta lhes é negada com o argumento de que só pode ser concedida se o preso exerceu efetivamente um trabalho de cunho reeducador, vemo-nos diante de uma falácia, pois sabemos que tal modalidade de trabalho não existe.

Em suma, dentro do PCPA – e essa é a realidade da maioria dos presídios –, há pouca atividade laboral e, quando existe, está longe de cumprir as determinações das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, tampouco observa as previsões de que se deve aproximar dos regramentos e organização do trabalho fora dos presídios. O trabalho serve apenas para auxiliar na administração da Casa. Não mais do que isso.

Sobre os autores

Dani Rudnicki é doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinus), São Leopoldo, RS, Brasil; professor pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: danirud@hotmail.com

Jane Diane de Ramos Nunes Gonçalves é bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: jane.nunesg@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

THE PRISON LABOR IN THE CENTRAL PRISON OF PORTO ALEGRE

ABSTRACT: The prison labor in the Central Prison of Porto Alegre (PCPA) has its own characteristics. To know them, was conducted field study in 2014 (interviews with inmates workers and non-workers, with a Military Police sergeant and a social worker of the Superintendent of Correctional Services). We start with the following questions: how organized and how is the prison labor in the PCPA? Who are the actors involved in the prison labor institute and what its prospects in relation to this activity? What are the consequences of overcrowding for exercising the duty/right to work? The role of technical and correctional officers influences this right/duty? As conclusions we point out that in the PCPA there is few work activity; and when it exists is far from meeting the regulatory mandates. The work is only to assist the administration of the PCPA.

KEYWORDS: LABOR. PRISON. CENTRAL PRISON OF PORTO ALEGRE. CRIMINAL. ENFORCEMENT ACT.

Referências

AYMARD, Nadia; LHUILIER, Dominique. *L'Univers Pénitentiaire: du côté des surveillants de prison*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997. 287 p.

⁴Sem revisão do editor.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*, 8 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário*. Relatório Final. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/cpi/cpis-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 9 fev. 2008.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão: tempo, trabalho e remição: reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do artigo 127 da LEP e outros tópicos revisitados. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 529-562.

DEMOLIÇÃO do Presídio Central de Porto Alegre começa nesta terça. *G1*, 13 out. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/10/demolicao-do-presidio-central-de-porto-alegre-comeca-nesta-terca-14.html>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

ENGELKE, Guilherme. Apenados em Montenegro trabalham na costura de bolas. *Superintendência de serviços penitenciários*, 17 jul. 2013. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=4&cod_conteudo=1299>. Acesso em: 26 de out. 2014a.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

HASSEN, Maria de Nazareth Agra. *O trabalho e os dias: ensaio antropológico sobre trabalho, crime e prisão*. Porto Alegre: Ventura e Tomo Editorial, 1999. 248 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Regras mínimas para o tratamento dos reclusos*. Genebra, 1955. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em: 23 out. 2014.

PORTUGAL. *Ordenacoes filipinas: ordenacoes e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1960.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 46.534, de 4 de agosto de 2009. *Diário Oficial do Estado*, 5 ago. 2009. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenciário%20atualizado.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2014b.

RUDNICKI, D. Sobre a pena de prisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 727, p. 345-365, maio 1996.

_____. Comida e direitos humanos no presídio central de Porto Alegre. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 7, p. 515-538, 2011.

_____. Três dias no presídio central de Porto Alegre: o cotidiano dos policiais militares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 193, jan/mar. 2012.

_____. A sobrevivência do Presídio Central de Porto Alegre, símbolo do (falido) sistema penitenciário brasileiro. In: AVILA, G. N. (Org.). *Faturas do sistema penal*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 137-149.

RUDNICKI, D.; SCHROEDER. Uma visão contemporânea da pena de prisão. In: RUDNICKI, D. (Org.). *Sistema penal e direitos humanos: (im)possíveis interlocuções*. Porto Alegre. Ed. UniRitter, 2012. p. 103-133.

RUDNICKI, D.; AMORIM, A. A.; DORNELLES, C. J. V. A saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 199, p. 285-302, 2013.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. *Delegacias Penitenciárias: 10ª DPR – Metropolitana (sede em Porto Alegre)*. Presídio Central de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.Susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=21>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. *Departamento de Segurança e Execução Penal*. Mapa prisional semanal. Porto Alegre, 11 mar. 2015.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A percepção do aluno sobre o estágio

Emprego ou qualificação profissional?

OLÍVIA DE QUINTANA FIGUEIREDO PASQUALETO
MARIA HEMÍLIA FONSECA

Resumo: Este artigo tem como objetivo compreender qual é a percepção do aluno sobre o estágio, buscando responder se ele entende tal atividade como emprego ou como uma forma de aprendizagem e qualificação profissional. Valendo-se de pesquisa bibliográfica e de entrevistas com estagiários, este estudo evidencia os objetivos primordiais da atividade de estágio preconizados na Lei nº 11.788/2008, especialmente sua função educativa de aliar os conhecimentos teóricos aprendidos pelo aluno em sala de aula à prática da carreira profissional escolhida, objetivando a qualificação profissional dos educandos – e analisa se tais objetivos têm sido compreendidos pelos alunos e alcançados na prática.

Palavras-chave: Estágio. Emprego. Aprendizado. Qualificação Profissional. Percepção do aluno.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo geral analisar qual é a percepção do aluno sobre a atividade de estágio, com o objetivo de responder se ele entende o estágio como emprego ou como uma forma de qualificação profissional.

Para alcançar tal objetivo, empreendeu-se uma pesquisa que se fundou nas seguintes fontes específicas relativas ao estatuto normativo e doutrinário e à coleta e análise contrastiva dos dados dos informantes: o estudo da Lei nº 11.788/2008 e demais legislações relacionadas ao tema; o estudo da doutrina jurídica sobre o estágio e seus ensinamentos teóri-

Recebido em 24/3/15
Aprovado em 13/5/15

cos; o estudo empírico por meio de entrevistas com estagiários; e a análise comparativa de aspectos legais e dados empíricos.

Ao longo deste estudo, utilizaram-se diferentes métodos de pesquisa com vistas a melhor esclarecer os objetivos primordiais da atividade de estágio preconizados na Lei nº 11.788/2008 e a verificar se tais objetivos têm sido compreendidos pelos alunos e alcançados na prática.

2. Evolução histórico-legislativa da atividade de estágio no Brasil

A regulamentação do estágio de estudantes no Brasil, diferentemente de outras figuras jurídicas, não se originou de leis ou normas que disciplinassem exclusiva e inteiramente a matéria em âmbito nacional. Ao contrário, surgiu em legislações esparsas e em fragmentos de regulamentação sobre educação.

Apesar de não haver um marco legislativo inicial, é possível identificar como embrião da regulamentação sobre o aprendizado prático no Brasil o Decreto nº 7.556 de 1909, que criou as Escolas de Aprendizes Artífices. Esse decreto definia como deveriam ser estruturadas as escolas de aprendizes artífices em todo o território nacional, à exceção do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul, onde já funcionava o Instituto Técnico Profissional.

Além do Decreto nº 7.556/1909, também são pontos iniciais de normatização sobre a matéria dois dispositivos legais promulgados durante a “Era Vargas”, no ano de 1942: 1) o Decreto-lei nº 4.073/1942, conhecido como a Lei Orgânica do Ensino Industrial; 2) o Decreto-lei nº 4.048/1942, por meio do qual se criou o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI).

Assim, essas duas normas são tidas como o princípio da disciplina da matéria, que pode

ser observado, por exemplo, no art. 48 da Lei Orgânica do Ensino Industrial, que dispõe:

Art. 48 Consistirá o estágio em um período de trabalho, realizado por aluno, sob o controle da competente autoridade docente, em estabelecimento industrial.

Parágrafo único. Articular-se-á a direção dos estabelecimentos de ensino com os estabelecimentos industriais cujo *trabalho se relacione com os seus cursos*, para o fim de assegurar aos alunos a possibilidade de realizar estágios, sejam estes ou não obrigatórios. (BRASIL, 1942, grifo nosso).

Nota-se que, apesar de o conceito de estágio tido na época da promulgação da referida lei não ser exatamente o mesmo que se tem hoje, havia a preocupação de que a atividade a ser desenvolvida pelo aluno no ambiente de estágio tivesse relação com o que o aluno aprende na instituição de ensino.

A partir de então, diversos dispositivos normativos legais e infralegais passaram a regulamentar a situação do estudante inserido no mercado de trabalho, entre os quais podem ser citados: o Decreto-lei nº 8.590/1946, que disciplinava “a realização de exercícios escolares práticos sob a forma de trabalho industrial nas escolas técnicas e escolas industriais”, vinculadas ao então Ministério da Educação e Saúde; o Decreto nº 31.546/1952, que regulamentou a atividade do aprendiz; a Lei nº 3.552/1959, que disciplinava as categorias de aprendiz; a Portaria nº 1.002/1959, que instituiu nas empresas a categoria de estagiário, estabelecendo a inexistência de vínculo empregatício nas relações de estágio; o Parecer nº 672/1969, que trata da fixação das matérias pedagógicas da licenciatura, especialmente com relação ao tempo de duração da formação pedagógica no âmbito de cada licenciatura, que fundamentou a redação da Resolução nº 9 do Conselho Federal de

Educação, a qual previa o estágio supervisionado na formação pedagógica das licenciaturas; o Decreto nº 66.546/70, que instituiu o “Projeto Integração”, destinado à implementação de programas de estágio; a Lei nº 5.692/71, conhecida como “Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional”; o Decreto nº 75.778/75, que disciplinou o estágio de estudantes do Serviço Público Federal.

O avanço da preocupação com o tema e com o seu disciplinamento teve como fato marcante a criação, na década de 1960, do Centro de Integração Empresa Escola – CIEE, associação filantrópica de direito privado, sem fins lucrativos, que, dentre vários programas, proporciona aos estudantes brasileiros a oportunidade de ingresso no mercado de trabalho, seja por meio de programas de treinamentos, seja por meio de programas de estágio.

Entretanto, apenas em 1977 foi promulgada uma lei específica para a disciplina da matéria: a Lei nº 6.494, que inicialmente dispunha sobre “os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo” (BRASIL, 1977). Apesar de essa lei ter sofrido alterações em seu conteúdo por meio de vários dispositivos normativos que a sucederam (como exemplo, a Medida Provisória nº 2.164-41, que estendeu os estágios profissionais ao Ensino Médio), ela disciplinou a matéria até o advento da chamada “nova lei do estágio”, a Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, cujo conteúdo será estudado a seguir.

3. O estágio de estudantes na vigência da Lei nº 11.788/2008: aspectos legais

A Lei nº 11.788/2008 define o estágio como o

ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos. (BRASIL, 2008)

A definição legal apresentada pode ser fracionada em três partes para que se possa estudar melhor o assunto: significado, função e destinação.

Quanto ao significado, o estágio, como disposto em lei, apesar de efetuado em ambiente profissional, constitui “ato educativo escolar”, e, por conseguinte, não caracteriza vínculo empregatício. Assim, pode-se

afirmar que a atividade exercida pelo estagiário não é emprego, mas aprendizado prático relativo ao conteúdo teórico apresentado em sala de aula. Esse ato educativo escolar pode ser obrigatório ou não. Obrigatório quando é requisito essencial para a obtenção do diploma, estando previsto no projeto pedagógico do curso (art. 2º, §1º, da Lei nº 11.788/2008). Estágio não obrigatório “é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória” (art. 2º, §2º, da Lei nº 11.788/2008).

No tocante à função, o estágio deve proporcionar ao aluno ensino e capacitação profissional direcionada. No estágio está a oportunidade de o aluno assimilar a vida prática relacionada à carreira que escolheu. Significa dizer que o estágio é uma espécie de “ensaio” para a vida profissional do estudante, já que a atividade realizada pelo estagiário deve apresentar relação com o conteúdo proposto pela instituição de ensino em sua grade curricular.

Essa necessidade de relação entre teoria e prática segue a Recomendação nº 117 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1962), segundo a qual “La formación constituye un todo cuyos diversos elementos no pueden ser dissociados”¹.

Daí a necessidade de propiciar aos estudantes a oportunidade para a formação prática, sem prejuízo dos conhecimentos teóricos

imprescindíveis. Do contrário, “concluído o ciclo acadêmico, muito mais difícil se torna o início da vida profissional. A falta de experiência do trabalhador que, durante a sua formação, apenas se dedicou ao estudo passa a ser fator de limitação para a sua colocação profissional” (MALLET, 2011, p. 6.054).

A real harmonia e compatibilização entre as funções exercidas no estágio e a formação educativa e profissional do estudante em sua escola constitui aspecto elementar do estágio. Tal característica insere-se no rol dos seus requisitos materiais. Estes são os elementos caracterizadores da atividade de estágio que se relacionam com o fim social e educacional da atividade, previsto na Lei nº 11.788/2008, proporcionar ao estagiário a vivência de situações reais relativas ao trabalho em sintonia com o projeto pedagógico do curso.

Também são requisitos materiais (DELGADO, 2013, p. 312): o efetivo acompanhamento e supervisão pela parte concedente, a fim de viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justifica a figura jurídica do estágio; e aptidão da parte concedente para disponibilizar experiência prática de formação profissional ao estudante, com a oferta de “instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural” (art. 9º, II, da Lei nº 11.788/2008).

Além dos requisitos materiais, também devem estar configurados na relação de estágio determinados requisitos formais. Esses são elementos caracterizadores da atividade de estágio que dizem respeito à forma da relação estágio. São eles: a qualificação das partes envolvidas no estágio; a celebração de termo de compromisso entre essas três partes; a comprovação, por meio de relatórios, da existência de efetivo acompanhamento por professor orientador da instituição de ensino e por su-

¹ Recomendação nº 117 da OIT (1962): “A formação constitui um todo cujos diversos elementos não podem ser dissociados” (tradução nossa). Coaduna-se com esse entendimento o Professor Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 787), para quem “o estágio profissional de estudantes é uma parte da política de formação profissional daqueles que querem ingressar no processo produtivo, integrando-se na vida da empresa, sem a qual essa integração seria impossível, porque exatamente nela é que o estudante vai aplicar seus conhecimentos, ampliá-los e desenvolver sua criatividade como forma de afirmação pessoal e profissional, o que contraindica qualquer ação genérica que possa criar obstáculos e frustrar a consecução desses objetivos”.

pervisor da parte concedente do estágio; a observância de regras contratuais e direitos dos estagiários previstos no novo diploma legal.

No tocante à qualificação das partes, só podem estar presentes em uma relação de estágio os estudantes e as partes concedentes que receberam permissão legal para tanto (art. 1º, *caput*, e art. 9º, *caput*, da Lei nº 11.788/2008, respectivamente).

Quanto à celebração, o compromisso, deve ser levado a termo pelas três partes integrantes da relação de estágio: o estudante, a parte concedente e a instituição de ensino. Com base nesse documento, serão determinadas as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e à modalidade da formação escolar do estudante e ao calendário e horário escolar. Nesse termo também são discriminadas as obrigações de cada parte dessa relação.

No que diz respeito ao acompanhamento do aluno, a lei exige que haja comprovação da efetiva supervisão, tanto por professor indicado pela instituição de ensino, quanto por profissional escolhido pela parte concedente. A comprovação desse acompanhamento é feita por meio de relatórios e avaliações.

Em relação ao último requisito formal, o rol de regras contratuais e direitos do estagiário, segundo Delgado (2013, p. 310), pode ser classificado em dois grupos: o das regras e direitos imperativos e o das regras e vantagens facultativas.

O primeiro grupo diz respeito às regras e direitos dos estagiários que a lei estabelece como obrigatórios, tais como: jornada de trabalho delimitada e reduzida; recesso anual de 30 (trinta) dias ou proporcional ao período de estágio menor, inclusive com pagamento, caso o estágio seja remunerado; período de 2 (dois) anos como prazo de duração máxima do estágio; aplicação da legislação relacionada à saúde

de e segurança do trabalho, entre outros. No caso dos estágios não obrigatórios, será compulsória a concessão ao estagiário de bolsa ou de qualquer outra forma de contraprestação e auxílio-transporte. O segundo grupo abrange regras e vantagens facultativas ao contrato de estágio: a concessão de bolsa ou outra forma de contraprestação e auxílio transporte, no caso de estágio obrigatório; alimentação; saúde; entre outros.

O não preenchimento dos requisitos materiais ou formais, com a consequente manutenção de estagiários em desconformidade com a Lei nº 11.788/2008 “caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária”, conforme disposto no art. 15, *caput*, desse diploma legal.

Vale aqui fazer uma ressalva quanto à caracterização do vínculo empregatício (art. 15, da Lei nº 11.788/2008), visto que ela é excepcionada pela Orientação Jurisprudencial (OJ-SD11) 366 do Tribunal Superior do Trabalho. Essa orientação jurisprudencial afasta a possibilidade de configuração do vínculo laboral com entes da Administração Pública direta ou indireta, visto que tal vínculo só pode ser firmado por meio de concurso público ou processo seletivo.

Ressalte-se que não é só o desvirtuamento da função de estágio que se insere na “manutenção de estagiários em desconformidade com a lei”, mas qualquer outra ilegalidade nessa relação, tais como: irregularidades no Termo de Compromisso de Estágio (T.C.E.); não contratação pela parte concedente de seguro contra acidentes pessoais para o estagiário; ausência de matrícula e de verificação da frequência regular do educando em curso de educação superior; manutenção por mais de 2 (dois) anos de estagiário na parte concedente; incompatibilidade entre as atividades desen-

volvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso; instalações inadequadas para a realização das atividades; não envio de relatórios à instituição de ensino sobre as atividades do estagiário; jornada de estágio superior àquela permitida em lei; não concessão de bolsa ao estagiário nos casos de estágio não obrigatório – entre outros atos contrários à Lei nº 11.788/2008.

No que diz respeito à destinação, a nova lei do estágio ampliou sua abrangência, possibilitando que, além de alunos matriculados em instituições de ensino superior e profissionalizante (como já estava previsto na legislação anterior), possam estagiar os educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Essa ampliação trazida pela Lei nº 11.788/2008, art. 1º, deve ser vista de forma cautelosa, pois jovens que frequentam o ensino fundamental e o ensino médio não profissionalizante e que desejam estagiar dificilmente encontrarão no estágio uma atividade verdadeiramente relacionada com o conteúdo aprendido em sala de aula, o que acarretaria discordância com os objetivos do instituto.

Além das inovações quanto aos destinatários da atividade de estágio, a lei trouxe outras mudanças. A partir da edição da nova lei, além das pessoas jurídicas de direito privado e dos órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, passa a ser possível que os “profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional” (art. 9º, *caput*) concedam oportunidades de estágio, desde que observados os requisitos legais.

A nova lei limitou a quantidade máxima de estagiários permitida para contratação pela parte concedente (art. 15 da Lei nº 11.788/2008). Há um número máximo de estagiários possíveis de serem contratados em relação ao quadro de pessoal das entidades concedentes de estágio, devendo atender às seguintes proporções: de 1 (um) a 5 (cinco) empregados: 1 (um) estagiário; de 6 (seis) a 10 (dez) empregados: até 2 (dois) estagiários; de 11 (onze) a 25 (vinte e cinco) empregados: até 5 (cinco) estagiários; acima de 25 (vinte e cinco) empregados: até 20% (vinte por cento) de estagiários. No caso de a parte concedente possuir filiais, a proporção prevista na lei será aplicada a cada unidade. Essa limitação tem por objetivo evitar a precarização do instituto, que tem como finalidade primordial a educação e a qualificação profissional de jovens estudantes e não a angariação de mão de obra de menor custo.

A nova legislação inovou ainda ao classificar os estágios como obrigatórios ou não obrigatórios. Diferentemente do estágio obrigatório, o não obrigatório, por ser atividade facultativa do aluno, requer, como exigência legal, o recebimento de bolsa complementação ou outra forma de contraprestação, “sendo compulsória sua concessão” (art. 12 da Lei nº 11.788/2008), bem como auxílio-transporte.

A lei estabeleceu ainda, como obrigação da parte concedente, podendo ser alternativamente substituída pela instituição de ensino (art. 9º, parágrafo único da Lei nº 11.788/2008), o pagamento de seguro contra acidentes para o estagiário, tanto para aquele que realiza estágio obrigatório, quanto para aquele que realiza estágio não obrigatório.

Também houve alteração no tocante à jornada de trabalho do estagiário (art. 10 da Lei nº 11.788/2008). A duração do estágio ainda deve ser convencionada pela instituição de ensino; porém, a nova lei estabeleceu limites para

sua execução. São eles: quatro horas diárias e vinte horas semanais para estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos e seis horas diárias ou trinta horas semanais para estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular. Ademais, nos cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, o estágio poderá ter jornada de até quarenta horas semanais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

Outra alteração trazida pela nova lei do estágio refere-se ao papel da instituição de ensino previsto no termo de compromisso a ser celebrado quando de sua formalização. Esse termo deixa de ser bipartite e torna-se tripartite, passando a ser obrigatória a presença da instituição de ensino em sua celebração. A participação da instituição de ensino tem uma finalidade nítida: zelar pelo interesse educacional e profissional do estagiário. Por isso, suas obrigações listadas em lei dizem respeito à preocupação com que a prática do estágio seja feita de maneira benéfica ao aluno, sem prejudicar seus estudos.

A instituição de ensino deve exercer também um poder fiscalizador das condições de estágio. Essa verificação decorre de suas próprias obrigações, respaldadas pela Lei nº 11.788/2008, artigos 6º, *caput*, e 7º, II e IV: “avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando”; “exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades”; “elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos”. A partir do cumprimento dessas obrigações, a instituição de ensino recolhe in-

dícios para avaliar se a realização do estágio está de acordo com a sua função de qualificador profissional e não de emprego.

A fiscalização por parte da instituição de ensino é uma tarefa essencial; contudo, na prática, acaba não sendo bem exercida. É essencial para que o aluno não se torne empregado, isto é, para que o estagiário não execute atividades que em nada se relacionam com o projeto pedagógico e curricular proposto pela instituição de ensino. E acaba não sendo bem exercida, pois as instituições de ensino, em geral, não têm infraestrutura operacional, visto que, em primeiro lugar, não dispõem de pessoal suficiente para fiscalizar todos os alunos que realizam estágio; e, em segundo, não têm total acesso ao que ocorre no dia a dia do estagiário, não lhes sendo possível observar de perto o que o aluno faz em seu estágio e se isso se relaciona ou não com o projeto pedagógico.

Nessa medida, é preciso que esteja claro que a instituição de ensino, apesar de enfrentar dificuldades para a fiscalização da atividade de estágio, tem o poder-dever de zelar pelo aluno e cuidar para que a sua formação profissional não seja prejudicada, de tal modo que se evite o desvirtuamento do estágio.

No caso de comprovação de irregularidades na prestação do estágio, a relação será entendida como emprego para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária, podendo a instituição privada ou pública que reincidir na irregularidade ficar impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos (artigo 15, §1º, da Lei nº 11.788/2008).

Por essas razões, defende-se a possibilidade da responsabilização civil subsidiária da instituição de ensino, com o objetivo de dar efetividade ao cumprimento de seu poder-dever fiscalizador, dado que ela é parte signatária do contrato de estágio e, por conseguinte, deve cumprir com as suas obrigações.

Isso porque, de acordo com o art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002), todo “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927, *caput*, do Código Civil).

Assim, a instituição de ensino, como cossignatária do contrato, tem o poder-dever de participação fiscalizadora, a fim de que haja o seu pleno cumprimento. Dessa forma, se a parte concedente não se responsabilizar pelo desvirtuamento do estágio, a instituição de ensino deverá fazê-lo subsidiariamente.

No tocante à responsabilidade, há de se falar ainda na possibilidade de responsabilidade civil dos agentes de integração, que, facultativamente, podem estar presentes nessa relação. Cabe aos agentes de integração, sem cobrança de qualquer valor aos estudantes, identificar oportunidades de estágio; ajustar suas condições de realização; fazer o acompanhamento administrativo; encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais; cadastrar os estudantes (art. 5º, §1º, da Lei nº 11.788/2008).

Assim como a instituição de ensino e a parte concedente, os agentes de integração têm como obrigação a indicação de estágios relacionados com o conteúdo pedagógico aprendido em sala de aula pelo aluno, a fim de verificar não apenas o preenchimento dos requisitos formais, mas também os requisitos materiais dessa relação. Caso os agentes de integração indiquem aos alunos estágios não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, serão responsabilizados civilmente (art. 5º, §3º, da Lei nº 11.788/2008).

Nota-se, portanto, a intenção do novo diploma legal: proporcionar ao aluno ensino prático e capacitação profissional adequada. A análise da legislação, no entanto, não é suficiente para perceber se esse objetivo tem sido cumprido. É preciso observar a realidade e entender o que pensam os alunos sobre a atividade que realizam e como se dá essa atividade na prática.

4. O estágio na vigência da Lei nº 11.788/2008: percepção do aluno

O estágio, como exposto, é um ato educativo escolar que deve proporcionar ao aluno ensino e capacitação profissional direcionada. Contudo, é preciso entender se os requisitos formais e materiais exigidos para a caracterização da relação de estágio são realmente verificados na prática e se o estagiário entende que as atividades realizadas por ele

podem ser consideradas como ato educativo que o qualifica profissionalmente.

Para tanto, realizou-se uma verificação empírica baseada no método de pesquisa *survey*, que é utilizado principalmente para produzir descrições quantitativas de uma dada população. A coleta dos dados adota o corte transversal, também chamado de interseccional (BABBIE, 2003, p. 102), ou seja, foi realizado em um só momento e, dessa forma, procurou descrever e analisar o estado de uma ou várias variáveis naquele dado momento.

A seleção do grupo, chamada de processo de amostragem, focalizou uma parcela representativa da população. Escolheu-se utilizar uma amostra não probabilística, que traz uma matriz com base nos seguintes critérios: (1) quantidade de pessoas matriculadas no ensino superior em cada região do país e quantas dessas pessoas matriculadas realizam estágio (Censo do Inep/MEC 2008)²; (2) quantidade de pessoas matriculadas no ensino médio e médio-técnico em cada região do País e quantas dessas pessoas matriculadas realizam estágio (pesquisa de 2010/2011 da Associação Brasileira de Estágios – ABRES)³.

A partir desses dados, foram entrevistados seiscentos alunos, sendo quatrocentos estudantes de ensino superior e duzentos estudantes de ensino médio e médio-técnico. A proporção de alunos entrevistados foi dada pela quantidade de alunos que estagiam em cada uma das cinco regiões do País.

No tocante aos alunos do Ensino Médio entrevistados, 73,5% estudavam em escola pública e 26,5% em escola particular. Já com relação aos entrevistados que cursavam o Ensino Superior, 62,47% estavam matriculados em instituições públicas e 37,5% em instituições privadas.

O instrumento escolhido para a realização da pesquisa foi o questionário, na modalidade anônima e confidencial, a fim de proporcionar maior liberdade e segurança para os entrevistados. A escolha desse instrumento deu-se em razão de o questionário permitir que o pesquisador obtenha informações de um grande número de pessoas simultaneamente ou em um curto intervalo de tempo e de permitir que se abranja uma área geográfica ampla, sem haver necessidade de um treinamento demorado e complexo para a sua aplicação. Ademais, a Lei nº 11.788/2008 traz padrões objetivos e bem definidos sobre os requisitos de caracterização do estágio, o que facilita a elaboração de possíveis respostas dos

² Até o presente ano (2015), não foi realizado novo censo pelo Inep/MEC em relação a alunos que realizam estágio.

³ Até o presente ano (2015), não foi realizado novo censo pela ABRES em relação a alunos que realizam estágio.

entrevistados. Por tais motivos, entendeu-se que as perguntas fechadas suprem as necessidades deste trabalho.

Saliente-se que “todo aspecto incluído no questionário constitui uma hipótese” (RICHARDSON, 2009, p. 197). Assim, a inclusão de cada pergunta no questionário aplicado corresponde a um requisito – formal ou material – exigido pela Lei para a caracterização da atividade de estágio. Dessa forma, as respostas dadas a cada pergunta indicam se tais requisitos vêm sendo cumpridos ou não.

No tocante à primeira pergunta – *Você estagia ou já estagiou?* –, cujo objetivo era certificar o pesquisador, no momento da análise de dados, de que todos os entrevistados já realizaram a atividade de estágio (e, por esse motivo, responderam com base em situações reais que eles próprios vivenciaram), observou-se que cem por cento dos entrevistados de todos os níveis de ensino cobertos pela pesquisa realizavam ou já tinham realizado atividade de estágio.

A segunda pergunta do questionário – *Qual tipo de estágio é ou era o seu?* –, cuja hipótese era verificar se havia irregularidades do recebimento de contraprestação de acordo com o tipo de estágio, demonstrou que, quanto ao tipo de estágio realizado pelos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 43% dos entrevistados realizavam estágio obrigatório e não recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação, nem auxílio-transporte; 7,5% realizavam estágio obrigatório e recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação e/ou auxílio transporte; 31,5% realizavam estágio não obrigatório e recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação e auxílio transporte; 18% realizavam estágios não obrigatórios e não recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação, nem auxílio transporte.

Quanto ao tipo de estágio realizado pelos alunos do Ensino Superior, 37% dos entrevistados realizavam estágio obrigatório e não recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação, nem auxílio transporte; 8,25% realizavam estágio obrigatório e recebem bolsa ou outro tipo de contraprestação e/ou auxílio transporte; 50,25% realizavam estágio não obrigatório e recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação e auxílio transporte; 4,5% realizavam estágios não obrigatórios e não recebiam bolsa ou outro tipo de contraprestação, nem auxílio-transporte.

A terceira pergunta – *onde você estagia ou estagiava?* –, questionou os entrevistados sobre o local onde realizavam a atividade de estágio, possibilitando, assim, descobrir qual era a natureza jurídica da parte concedente. Desse modo, quanto aos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 51,5% estagiavam em órgão público; 29,5% em empresa privada; 15,5% em local de trabalho de profissional liberal de nível superior devidamente registrado em seu respectivo conselho de

fiscalização profissional; e 3,5% em outros lugares. Quanto aos alunos do Ensino Superior, 35,75% estagiavam em órgão público; 40,25% em empresa privada e 24% no local de trabalho de um profissional liberal de nível superior devidamente registrado em seu respectivo conselho de fiscalização profissional.

Aqueles que afirmaram estagiar em outro lugar que não aqueles admitidos em lei informaram os seguintes locais irregulares de estágio: comércio informal e local de trabalho de profissional liberal não regularizado junto ao correspondente conselho profissional.

A quarta pergunta – *Há quanto tempo você estagia ou estagiou nesse mesmo local?* – relacionada ao cumprimento ou não do requisito formal do tempo de permanência do estagiário na mesma parte concedente, indicou que, quanto aos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 44% permaneceram na mesma parte concedente de 0 a 6 meses; 37,5% por mais de 6 meses a 1 ano; 14,5% por mais de 1 ano a 2 anos; e 4% por mais de 2 anos. Quanto aos alunos do Ensino Superior, 14% permaneceram na mesma parte concedente de 0 a 6 meses; 34,75% por mais de 6 meses a 1 ano; 42,5% por mais de 1 ano a 2 anos; e 8,75% por mais de 2 anos.

A quinta pergunta – *Você possui ou possuía algum tipo de contrato de estágio?* – refere-se ao requisito formal da celebração de termo de compromisso. Em relação aos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 28% afirmaram que possuíam termo de compromisso entre ele (aluno), a instituição de ensino e a parte concedente; 50% afirmaram que possuíam termo de compromisso celebrado entre ele (aluno), a instituição de ensino, a parte concedente e o agente de integração; 4% afirmaram que possuíam termo de compromisso celebrado entre ele (aluno) e a parte concedente; e 18% afirmaram que não possuíam nenhum

tipo de termo de compromisso. Em relação aos alunos do Ensino Superior, 40,5% afirmaram que possuíam termo de compromisso entre ele (aluno), a instituição de ensino e a parte concedente; 38% afirmaram que possuíam termo de compromisso celebrado entre ele (aluno), a instituição de ensino, a parte concedente e o agente de integração; 8,75% afirmaram que possuíam termo de compromisso celebrado entre ele (aluno) e a parte concedente; e 12,75% afirmaram que não possuíam qualquer tipo de termo de compromisso.

A sexta pergunta – *Por quantas horas diárias você estagia ou estagiava?* –, cujo objetivo era verificar o cumprimento do requisito formal da jornada de trabalho, demonstrou, no tocante aos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, que 51,5% estagiavam até 4 horas por dia; 25,5%, por mais de 4 horas até 6 horas por dia; 10%, por mais de 6 horas por dia; e 13%, por mais de 6 horas por dia sempre que necessário. Quanto aos alunos do Ensino Superior, observou-se que 35,75% estagiavam até 4 horas por dia; 31,25%, por mais de 4 horas até 6 horas por dia; 10,5%, por mais de 6 horas por dia; 22,5%, por mais de 6 horas por dia sempre que necessário. Nota-se que, somando a porcentagem daqueles que estagiavam regularmente por mais de 6 horas por dia à porcentagem daqueles que estagiavam mais de 6 horas sempre que necessário, verificou-se que 1/3 dos alunos de Ensino Superior entrevistados estagiava diariamente em período superior ao admitido em lei, equiparando a sua jornada à de empregados da parte concedente.

A sétima pergunta – *Você tem ou tinha suas horas de estágio reduzidas à metade no período de provas escolares?* – refere-se ao tratamento dado ao estagiário pela parte concedente no período de avaliações escolares do aluno. Em relação aos alunos entrevistados do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 21% deles

sempre eram dispensados; 40,5% tinham a carga horária reduzida; 23,5% raramente eram dispensados ou tinham a carga horária reduzida; e 15% nunca eram dispensados e nunca tinham a carga horária reduzida. Quanto aos alunos entrevistados do Ensino Superior, 20,25% deles sempre eram dispensados; 47% tinham a carga horária reduzida; 23,5% raramente eram dispensados ou tinham a carga horária reduzida; e 9,25% nunca eram dispensados e nunca tinham a carga horária reduzida.

A oitava pergunta – *Você tem algum tipo de superior hierárquico ou supervisor que lida diretamente com você em seu estágio?* –, diferentemente das anteriores, baseia-se em um requisito material da relação de estágio: o acompanhamento e supervisão do estagiário por uma pessoa especialmente designada pela parte concedente para essa função (orientação educativa) e não somente um supervisor geral (art. 9º, III, da nova lei do estágio). No tocante aos alunos do ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 31% tinham supervisor e havia orientação educativa para realização das atividades; 55% tinham supervisor, porém não havia orientação educativa e afirmaram que o supervisor sempre dava ordens e repreendia quando observava algum tipo de erro; e 14% não tinham supervisor direto, tampouco orientação educativa. Em relação aos alunos do Ensino Superior, 45,25% tinham supervisor e havia orientação educativa para realização das atividades; 42,5% tinham supervisor, porém não havia orientação educativa e afirmaram que o supervisor sempre dava ordens e repreendia quando observa algum tipo de erro; e 12,25% não tinham supervisor direto, tampouco orientação educativa.

A nona pergunta – *A atividade que você realiza ou realizava no estágio tem relação com o que você estuda em seu curso?* – busca verificar

o cumprimento do requisito material de maior relevância para a realização do estágio, isto é, a relação entre a atividade desenvolvida e o curso em que está matriculado. Assim, quanto aos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico, 33,5% deles entendiam que havia relação entre o estágio e o que estudavam na escola; 26% entendiam que havia relação entre o estágio e o que estudavam na escola, no entanto a atividade era repetitiva e não aprendiam muitas coisas novas; 22% afirmaram que havia pouca relação entre o estágio e o que estudavam na escola; e 18,5% admitiram não haver relação alguma entre a atividade realizada no estágio e o que estudavam em seus cursos. Em relação aos alunos do Ensino Superior, 44,75% deles entendiam que havia relação entre o estágio e o que estudavam na faculdade; 32% entendiam que havia relação entre o estágio e o que estudavam na faculdade, no entanto a atividade era repetitiva e não aprendiam muitas coisas novas; 11,25% afirmaram que havia pouca relação entre o estágio e o que estudavam na faculdade; e 12% admitiram não haver relação alguma entre a atividade realizada no estágio e o que estudavam em seus cursos.

A décima pergunta – *Por que você estagia ou estagiava?* – é a que mantém ligação mais direta com o título deste trabalho, pois o motivo pelo qual os alunos estagiam está intimamente ligado com a percepção que têm sobre a atividade de estágio. Assim, a busca apenas de uma remuneração, independentemente se há ou não aprendizado, demonstra que, para ele, a função de aprendizado do estágio deixou de ser primordial. O aspecto remuneratório assume papel central, o que é característico da relação de emprego. Vale ressaltar que, por mais que o aluno veja a atividade que ele desempenha como um emprego, se nenhum requisito formal ou material da relação de estágio estiver viciado, não há caracterização de vínculo

empregatício. Por outras palavras, a percepção do estágio como fonte de renda não implica dizer que o estágio se caracterize como vínculo empregatício.

Para os alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico entrevistados, 14,5% estagiavam para adquirir aprendizado e qualificar-se profissionalmente; 17,5% estagiavam por aprendizagem e qualificação e também por remuneração; 18% estagiavam apenas em razão da remuneração; e 50% dos entrevistados estagiavam porque o curso exigia a realização de estágio (estágio obrigatório). Quanto aos alunos do Ensino Superior entrevistados, 13,5% estagiavam para adquirirem aprendizado e se qualificarem profissionalmente; 19,5% estagiavam por aprendizagem e qualificação e também por remuneração; 21,75% estagiavam apenas em razão da remuneração; e 45,25% dos entrevistados estagiavam porque o curso exigia a realização de estágio (estágio obrigatório).

Com base nos dados coletados, passa-se à análise comparativa entre as previsões legais contidas na Lei nº 11.788/2008 e a realidade vivenciada pelos alunos.

5. O estágio na vigência da Lei nº 11.788/2008: aspectos legais *versus* percepção do aluno

Inicialmente, é necessário observar que não se podem tratar igualmente os dados das entrevistas com estagiários do Ensino Médio e Médio-Técnico e com os das entrevistas com os estagiários do Ensino Superior. É preciso analisar separadamente os resultados, pois cada um desses níveis de ensino possui características e necessidades distintas.

5.1. Constatações e comparações relacionadas aos requisitos formais do estágio

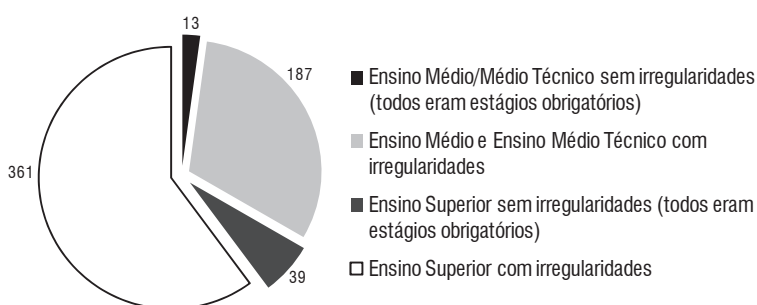
A primeira constatação, após análise individual de cada questionário, é que o fato de os alunos estudarem em instituições públicas ou privadas não influenciou diretamente na realidade vivenciada por eles. O fato de um aluno estudar em escola privada ou escola pública não garante que receberá um tratamento melhor pela parte concedente, visto que ocorreram vícios nos estágios de alunos de instituição de ensino tanto pública quanto privada.

A segunda constatação diz respeito à obrigatoriedade do estágio como fator influenciador ou promotor das irregularidades. Dentre os 282 alunos que cumprem estágio obrigatório (101 alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 181 alunos do Ensino Superior), estão

os entrevistados que realizaram atividades de estágio mais condizentes com o disposto em lei.

Confirmando essa assertiva, observou-se que apenas 13 (6,5%) alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 39 (9,75%) alunos de Ensino Superior não possuíam nenhum tipo de irregularidade (Figura 1), isto é, estágios totalmente em conformidade com a lei tanto no tocante aos requisitos formais, quanto no que concerne aos requisitos materiais. Esses 52 estagiários (13 de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 39 de Ensino Superior) realizavam estágio obrigatório.

Figura 1 - Irregularidades nos estágios



A explicação provável para esse maior índice de estágios obrigatórios em conformidade com a Lei nº 11.788/2008 é que nesse tipo de estágio há conjugação de interesses entre a instituição de ensino e a parte concedente para manter a relação de estágio. Tal conjugação de interesses auxilia no cumprimento dos requisitos previstos em lei. Assim, é muito comum que, em determinados cursos tanto de nível médio quanto de nível superior, haja previsão curricular de estágio obrigatório como requisito para a sua conclusão. Por esse motivo, a própria instituição de ensino sai em busca de parceiros que atuem como a parte concedente das vagas de estágios para os seus alunos e, em regra, colabora para administrá-los em conjunto.

Quando se trata de estágio obrigatório, apesar de não serem obrigadas a fazê-lo, muitas instituições de ensino firmam parcerias e convênios com potenciais concedentes de estágio para garantir ao aluno a conclusão dessa etapa obrigatória. Assim, em razão de maior proximidade com a parte concedente e com a realidade vivenciada pelos alunos, a instituição de ensino torna-se mais apta a fiscalizar tal atividade.

No entanto, mesmo nos casos em que não há esse tipo de parceria, o estágio obrigatório acaba sendo mais fiscalizado em razão de a institui-

ção fazer uma análise do local onde foi realizada a atividade; do número de horas trabalhadas; do respeito à remuneração adequada; do termo de compromisso; da adequação entre o curso e a prática, entre os outros requisitos formais e materiais.

A terceira constatação evidenciada após a análise das respostas foi que – em relação às irregularidades nos requisitos formais – na contração entre órgãos públicos, empresas privadas e profissionais liberais, os estágios realizados em órgãos públicos estão em maior conformidade com a lei do que os estágios realizados em empresas privadas e no local de trabalho de profissionais liberais.

Essa terceira constatação deu-se pela média da quantidade de respostas que denotavam haver vício nos requisitos formais em cada questionário, ou seja, as respostas às perguntas 2 a 7. Feita a média, observou-se que: 1) os estágios realizados em órgãos públicos apresentaram 2 vícios formais, em média; 2) os estágios realizados em empresas privadas e no local de trabalho de profissionais liberais apresentaram 4 vícios formais, em média.

No entanto, em relação aos requisitos materiais, não houve essa discrepância. Uma provável explicação para isso é que, em geral, órgãos públicos estão mais expostos e são mais suscetíveis a fiscalizações. Por esse motivo, há maior preocupação com a regularidade dos requisitos formais.

A quarta constatação foi que, ao se observarem as respostas das questões referentes aos requisitos formais (questões 2 a 7), as estatísticas relacionadas ao Ensino Médio, ao Médio-Técnico e ao Ensino Superior não foram discrepantes e a maioria dos estágios estava em conformidade com o que dispõe a Lei nº 11.788/2008. Contudo, ressaltou-se que porcentagens significativas – consideradas aquelas porcentagens iguais ou superiores a 10% – apresentam vícios.

Assim, a esse respeito, registram-se os seguintes resultados: 18% dos estagiários de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico realizavam estágio não obrigatório sem receber bolsa ou outro tipo de contraprestação e nem auxílio-transporte, o que contraria o art. 12, *caput*, da lei; 22% dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 21,5% dos alunos de Ensino Superior estagiavam com termo de compromisso em situação irregular ou mesmo sem tal termo, o que é contrário ao art. 3º, II da lei; 23% dos alunos tanto de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico quanto de Ensino Superior estagiavam por mais de 6 horas por dia ou o fizeram sempre que julgado necessário pela parte concedente, o que é contrário ao art. 10, II, da lei; 38,5% dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 32,75% dos alunos de Ensino Superior em geral não eram dispensados e nem tiveram a carga horária

reduzida no período de avaliações escolares, o que é contrário ao art. 10, §2º, da lei.

Notou-se que nenhuma dessas respostas que apresentam vício é maioria dentre os estagiários. Contudo, constituem porcentagens significativas e merecem atenção, visto que um número considerável de alunos vem realizando atividades ao arrepio da lei e, por conseguinte, perdendo oportunidades de aprendizado. Outra implicação possível reside na precarização laboral decorrente da exploração de estagiários para cumprir funções próprias de empregados.

A quinta constatação foi que a situação difere quando se trata das respostas às perguntas 8 e 9, relacionadas aos requisitos materiais. Observaram-se resultados distintos relativos aos Ensinos Médio, Médio-Técnico e Superior.

5.2. Constatações e comparações relacionadas aos requisitos materiais do estágio

A questão 8, referente à supervisão e orientação de estágio por profissional especialmente designado para tanto pela parte concedente, foi a que apresentou maiores porcentagens de descumprimento das disposições legais. Diferentemente das questões anteriores, a maioria das respostas nessa questão indicou irregularidades em relação à supervisão e orientação recebida pelos estagiários. Tais irregularidades constituíram maioria dentre os entrevistados – conforme observado nas Figuras 2 e 3 –, a qual foi denominada neste trabalho de “maioria negativa”.

Nesse sentido, apenas 31% dos alunos de Ensino Médio/Médio-Técnico e 45,25% dos alunos de Ensino Superior tinham um supervisor e recebiam orientação dessa pessoa para realizar atividades, tais como explicação das tarefas a serem realizadas, o porquê e a necessidade de tais tarefas, explicação de possíveis erros cometidos e orientação para corrigi-los, explicação da relação de determinadas atividades com o curso, entre outras funções.

As duas outras possibilidades de resposta da questão 8 são diferentes; no entanto, sua consequência prática é a mesma. Isso porque a existência de um supervisor que não oriente os estagiários indica, na prática, além do descumprimento do preceito legal, prejuízo para formação dos estagiários, visto que não há nenhum responsável por “viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justificam a figura jurídica” (DELGADO: 2013. p.312).

Assim, considerando-se que 55% dos alunos de Ensino Médio e Médio-Técnico e 42,5% dos alunos de Ensino Superior formalmente

tinham um supervisor, que porém não os orientava – e, pior, chegava, algumas vezes, até a repreendê-los –, entende-se que, na realidade, tais estagiários não tinham efetivamente um supervisor. Somando-se esses resultados com as respostas de não haver pessoa designada pela parte concedente para supervisão, observa-se que a vasta maioria dos entrevistados, conforme as Figuras 2 e 3 (69% dos alunos de Ensino Médio, Médio-Técnico e 54,75% dos alunos de Ensino Superior), careceu de supervisão na atividade de estágio, um de seus requisitos materiais.

Figura 2 – Supervisão da atividade de estágio no Ensino Médio/Médio-Técnico

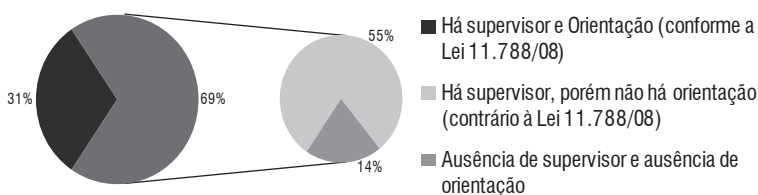
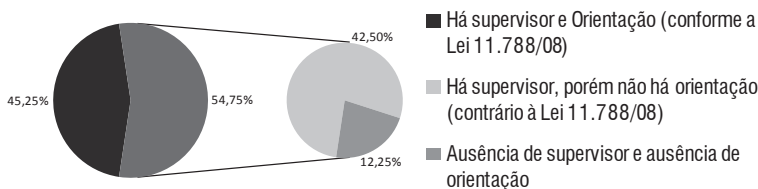


Figura 3 - Supervisão da atividade de estágio no Ensino Superior



Deve-se fazer mais uma observação em relação à questão 8. Entre os alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico que afirmaram ter supervisor (31% dos entrevistados, o que corresponde a 62 alunos), 54 deles cursavam Ensino Médio-Técnico.

Em razão de o Ensino Médio-Técnico ser um tipo de curso profissionalizante, há, em geral, necessidade da realização de estágio obrigatório e recebe maior fiscalização por parte da instituição de ensino. Além disso, o estágio, nesses casos, será na área profissional já escolhida pelo aluno, o que propicia uma maior probabilidade de que um profissional dessa área esteja ao lado do aluno para indicar-lhe os caminhos da profissão escolhida. Em razão desse tipo de acompanhamento, há, conseqüentemente, maior probabilidade de a prática do estágio guardar conexão com a teoria aprendida no curso.

Além da questão 8, a questão 9 trata de um requisito material, considerado o mais importante deles: a relação entre atividade desenvolvida e conteúdo teórico estudado em sala de aula no curso. É considerado o requisito material mais importante, pois remonta à função e ao objetivo cardeais do estágio, que, segundo Maurício Godinho Delgado, é assegurar o “efetivo cumprimento dos fins sociais (de natureza educacional, enfatize-se) do contrato de estágio, ou seja, a realização pelo estudante de atividades de verdadeira aprendizagem social, profissional e cultural” (DELGADO: 2013, p. 310). A ausência desse requisito retira do aluno a oportunidade de qualificar-se profissionalmente e preparar-se para, no futuro, entrar no mercado de trabalho.

Diferentemente da questão 8, os índices da questão 9 não indicaram uma “maioria negativa”, apesar de as porcentagens de irregularidade serem altas e significativas. Nessa análise, observou-se que 33,5% dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 44,75% dos alunos de Ensino Superior entendiam que a atividade que realizavam tinha total relação com o que aprenderam em sala de aula. Além disso, declararam ter aprendido coisas novas com frequência e sentir que estavam qualificando-se profissionalmente na área da profissão escolhida.

Além desses alunos, 26% dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 32% dos alunos de Ensino Superior acreditavam que a atividade que desempenhavam tinha relação com o curso que faziam. No entanto, essas atividades eram repetitivas e, em geral, não aprendiam coisas novas, o que fazia com que não se sentissem em constante qualificação profissional.

Nesse momento, vale aqui a mesma ressalva já feita quanto aos alunos de Ensino Médio. Dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico (33,5%, o que corresponde a 67 alunos) que responderam que a atividade desempenhada no estágio tinha total relação com o que estudavam, 55 deles eram de Ensino Médio-Técnico, pelos motivos já demonstrados acima. Nesse sentido, pouquíssimos alunos do Ensino Médio não técnico sentiam-se em constante qualificação profissional.

Diferentemente deles, 40,5% dos alunos de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 23,25% dos alunos de Ensino Superior entendiam haver pouca ou nenhuma relação entre a atividade que desenvolviam e o que estudavam. Esse é o índice mais preocupante e que merece mais atenção, pois demonstra que a função e o objetivo do estágio – tal como disposto em lei e consagrado na doutrina – não estão sendo observados.

Figura 4 – Relação da atividade desenvolvida pelos alunos do Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico com o curso

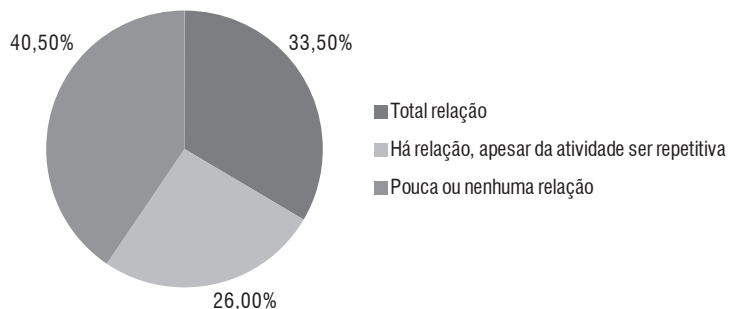
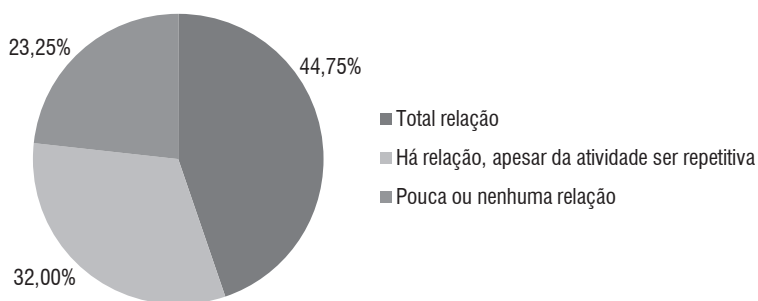


Figura 5 – Relação da atividade desenvolvida pelos alunos do Ensino Superior com o curso



Após as análises dos requisitos formais e materiais, observou-se que, apesar de haver porcentagens significativas de descumprimento das disposições legais no tocante aos requisitos formais, o maior índice de irregularidades repousa sobre os requisitos materiais, especialmente em relação a estagiários que cursavam o Ensino Médio, visto que há dificuldades em relacionar prática e teoria nesse nível e modalidade de ensino.

Aqui, vale fazer uma reflexão sobre os estágios realizados por alunos de Ensino Médio. Segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), em seu art. 8º, o Ensino Médio regular proporcionará ao educando conteúdos mínimos para assegurar sua formação básica comum. Dessa forma, o Ensino Médio regular não direciona o aluno para uma profissão, diferentemente do que acontece com o Ensino Médio-Técnico (art. 36-A, *caput*, da Lei nº 9.394/1996). Assim, como o estágio busca proporcionar ao aluno um ensaio prático da vida profissional relacionada à carreira que escolheu e, no caso do Ensino Médio regular, não há uma preparação do aluno para uma profissão definida, encontra-se dificuldade na compatibilização de atividades com o conteúdo estudado no Ensino Médio regular. Trata-se, portanto, de uma dificuldade estrutural, por força da matriz curricular característica do Ensino Médio regular.

Dessa forma, pode-se ponderar se a realização de estágios durante o Ensino Médio regular é realmente válida, isto é, se os alunos estão realmente aprendendo com a prática desse estágio ou se não estão sendo utilizados como barateamento de mão de obra para a execução de atividades gerais em empresas e demais partes concedentes, visto que o custo de um estagiário para uma empresa é muito menor do que o custo de um empregado. Deve-se cuidar para que a inclusão do nível médio sem qualquer caráter profissionalizante entre as possibilidades de realização de estágio não atenda somente aos interesses do setor patronal (DAMIANI, 2012, p. 50).

5.3. Constatações e comparações relacionadas à percepção do aluno sobre estágio

A questão 10 traz a última constatação feita neste trabalho: o motivo pelo qual os alunos realizam o estágio. A primeira observação a ser feita em relação ao tema é que se excluíram desta análise de motivos para estagiar as respostas dos informantes que realizavam estágios obrigatórios. Nesse caso, o fato de os estágios serem obrigatórios figurou como motivo central ou exclusivo justificador para a realização do estágio. Nesse sentido, considerar-se-ão apenas os motivos de 50% dos alunos

de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e de 54,75% dos alunos de Ensino Superior, que corresponde ao total dos alunos que não fizeram estágio obrigatório.

As respostas dadas a essa questão auxiliam na identificação de qual é a percepção dos alunos sobre o estágio. Assim, 14,5% dos alunos de Ensino Médio e Médio-Técnico e 13,25% dos alunos de Ensino Superior afirmaram que realizavam estágio em busca de aprendizado e qualificação profissional, sendo este o principal motivo pelo qual estagiavam.

Levando também em consideração o quesito da aprendizagem, contabilizaram-se 17,5% dos entrevistados de Ensino Médio e Ensino Médio-Técnico e 19,5% dos alunos entrevistados do Ensino Superior. No entanto, esses alunos entenderam que não somente a aprendizagem é importante, mas também a remuneração. Assim, esses entrevistados compreenderam que o estágio é sim uma forma de qualificação profissional, mas também uma forma de obtenção de renda, sendo esses dois os motivos de realizarem a atividade.

Diferentemente desses dois grupos que levam em consideração o fator aprendizagem para estagiar, os demais alunos entrevistados (18% de Ensino Médio/Médio-Técnico e 21,75% de Ensino Superior) realizavam a atividade unicamente em razão da remuneração.

Vale ressaltar aqui que o fato de esses alunos considerarem apenas a remuneração o motivo para estagiarem não significa que seus estágios se realizem em desacordo com a Lei nº 11.788/2008 ou que tal motivação deva caracterizar vínculo empregatício.

Nota-se, portanto, que a maioria dos alunos percebeu a importância da aprendizagem ao longo do desenvolvimento do estágio e incluíram-na como motivo principal ou um dos motivos para estagiar. Esse fator é importante no sentido de partilhar com o próprio aluno

a possibilidade de fiscalização da atividade, já que, ao considerar o elemento da aprendizagem como primordial, quando detectar a sua falta, identificará imediatamente o desvirtuamento da função do estágio. Dessa forma, supõe-se que terá maior interesse na identificação do vício.

Diferentemente, aqueles que não consideram a aprendizagem motivo para realização do estágio que, apesar de não ser maioria, constituem 1/5 (um quinto) dos entrevistados. Nesse caso, interessados prioritariamente na remuneração, tais alunos encaram o estágio como verdadeira fonte de renda – seja para custear a própria faculdade, seja para bancar outras despesas de natureza diversa – e acabam por demonstrar menor interesse na identificação de vícios em suas atividades, o que confirma a manutenção de estágios em desacordo com a Lei nº 11.788/2008.

Por isso, acredita-se na importância do esclarecimento dos alunos sobre os verdadeiros objetivos do estágio sedimentados por essa lei: o aprendizado e a qualificação profissional.

6. Considerações finais

O estágio regulado pela Lei nº 11.788/2008 é consagrado por sua função educativa de aliar os conhecimentos teóricos aprendidos pelo aluno em sala de aula à prática da carreira profissional escolhida, objetivando a qualificação profissional dos educandos.

No entanto, o que esta pesquisa evidenciou – especialmente por meio da pesquisa empírica – é que nem sempre a realidade vivenciada pelos alunos se enquadra nas disposições legais e ensinamentos doutrinários de que em nenhuma hipótese as atividades realizadas no estágio devem ser iguais àquelas desempenhadas pelos empregados da empresa.

Assim, conforme demonstrado, porcentagens significativas de estagiários realizam suas atividades de estágio em condições irregulares tanto formal, quanto materialmente, ao arrepio da legislação. Notadamente, apesar de os vícios nos requisitos materiais serem mais danosos aos estagiários – e, portanto, mais graves do que os vícios em requisitos formais –, a sanção legal para ambos os tipos de vício é a mesma: a configuração de vínculo empregatício e a consequente responsabilização do tomador de serviço de todas as obrigações decorrentes desse vínculo. Com base nesse balanceamento entre a gravidade dos vícios, restou uma reflexão a respeito dos vícios formais.

Determinados vícios formais podem não causar danos à função do estágio, nem prejudicar o estagiário. Nesses casos, em que a função primordial do estágio – que é a aprendizagem – é cumprida e não há prejuízos aos estagiários, seria possível pensar (apesar de não admitido na lei) no saneamento desse vício meramente formal e não na sua caracterização como prestação de serviço com vínculo empregatício. A finalidade desse saneamento seria possibilitar que um estagiário que esteja adquirindo conhecimentos práticos e se qualificando profissionalmente não deixe de realizar essa atividade educacional em razão de um vício meramente formal. Por outras palavras, caso a parte concedente venha a passar por algum procedimento fiscalizatório e se constate a irregularidade formal, a punição não deve atingir o próprio estágio a ponto de encerrá-lo, com o consequente prejuízo para a instrução do estagiário.

Em contrapartida, nos casos em que a função (ensino e capacitação profissional) do estágio não é cumprida, não há de se levar em consideração a prestação desse serviço na categoria de estágio. Por conseguinte, deve haver a caracterização do serviço como vínculo empregatício, conforme disposto no art. 3º, §2º, da Lei nº 11.788/2008.

A pesquisa demonstrou também a importância da instituição de ensino e dos alunos no combate às fraudes na relação de estágio. Observou-se que, em regra, quando há maior participação das instituições de ensino na escolha e acompanhamento das vagas de estágio – como nos casos de muitos estágios obrigatórios –, há maior cumprimento das disposições legais pelas partes concedentes e, dessa maneira, promoção da função educativa do estágio.

A importância dos alunos fica clara ao lembrar que são eles que estão mais próximos da realidade vivenciada no seu estágio e, por isso, possuem todos os elementos para identificar se estão estagiando ou não de acordo com a lei. Por esse motivo, é essencial que os alunos tenham consciência de qual é o significado e a função do estágio, para que as irregularidades possam ser identificadas.

Assim, em resposta à pergunta que dá título a este trabalho, percebeu-se pela pesquisa teórica e empírica que a maioria dos alunos pesquisados sabe qual a função de estágio, mas muitas vezes – por diversos motivos, como a necessidade de ter uma renda, a incapacidade de denunciar irregularidades ou mesmo a falta de esclarecimento sobre essa atividade educacional – encara o estágio como verdadeiro emprego, o que diminui a possibilidade de combate às fraudes e debilita o pleno exercício do seu estágio para a sua qualificação profissional.

Sobre as autoras e financiamento

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; pesquisadora em projeto desenvolvido na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil; bolsista de treinamento técnico nível III, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), São Paulo, SP, Brasil.⁴

E-mail: oliviaspasqualetto@hotmail.com.

Maria Hemília Fonseca é doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; professora de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FADR-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil.

E-mail: mariahemiliafonseca@hotmail.com.

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵

STUDENTS' PERCEPTION ON INTERNSHIP: EMPLOYMENT OR PROFESSIONAL QUALIFICATION?

ABSTRACT: This paper aims to understand what is the students' perception about the internship, seeking to answer whether they understand this activity as an employment or as a way of learning and professional qualification. Based on literature review and interviews with trainees, this study highlights the main objectives of the internship activity recommended in the internship's law (number 11.788/2008), especially its educational function to combine the theoretical knowledge learned by the student in the classroom to the practice of professional career chosen, aiming at the professional qualification of the students – and examines whether these objectives have been understood by students and achieved in practice.

KEYWORDS: INTERNSHIP. EMPLOYMENT. LEARNING. PROFESSIONAL QUALIFICATION. STUDENTS' PERCEPTION.

⁴Este estudo foi realizado com apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

⁵Sem revisão do editor.

Referências

- BABBIE, Earl. *Métodos de pesquisa Survey*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.073, 30 de janeiro de 1942. Lei Orgânica do Ensino Industrial. *Coleção de leis do Brasil*, 31 dez. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4073.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- _____. Lei nº 6.494, 7 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6494.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- _____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- _____. Lei nº 11.788/2008, 25 de setembro de 2008. *Diário Oficial da União*, 26 set. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- DAMIANI, Daniel Fortuna. *Estágios profissionais: precarização do trabalho e dominação*. Trabalho de Conclusão de Curso em Ciências Sociais – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. p. 50. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/19003>>. Acesso em: 11 ago. 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- MALLET, Estêvão. Estágio profissional de advocacia e estágio de estudantes: a Lei nº 8.906/94 em face do novo regime legal de estágio. *Trabalho em Revista* (Impresso), v. 30, p. 6051-6061, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Recomendação nº 117*. [Recomendación sobre la formación profesional]. [Aprovada na 46ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho]. Genebra, 1962. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100-INSTRUMENT_ID:312455:NO>. Acesso em: 24 ago. 2015.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Quando um “princípio” não se comporta como um princípio

Questões sobre a leitura da cláusula da anualidade eleitoral e a mutação constitucional

FABIANO TACACHI MATTE

WILLIAM VITT

ANA PAULA ÁVILA

Resumo: A presente pesquisa investiga a cláusula da “anualidade da lei eleitoral”, que tem sido objeto de mutações em sua interpretação. Adotada a sua interpretação como norma-princípio no sentido proposto por Dworkin e Alexy, não se têm observado as eficácias próprias de cada espécie normativa, abrindo espaço para o uso indiscriminado da técnica da ponderação, o que, por consequência, acarreta insegurança jurídica.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Inelegibilidades. Direitos Políticos. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 16, que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação e não se aplicará à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência. Portanto, há uma cláusula constitucional que determina o âmbito temporal da vigência dessas alterações, diferindo-as no tempo, de modo a impedir modificações casuísticas no processo eleitoral.

A doutrina refere-se a essa cláusula como *princípio da anualidade ou da anterioridade da lei eleitoral*, que objetiva evitar mudanças de última hora no processo de escolha dos representantes populares (BULOS, 2009, p. 763). E, dessa forma, cristaliza a intenção de que as leis sobre o processo eleitoral não sejam alteradas “num espaço de tempo em que os interesses eleitorais já se encontrem devidamente estabelecidos, de

Recebido em 1º/6/15

Aprovado em 21/9/15

tal modo que mexer no processo acaba por se configurar um casuísmo” (SILVA, 2009, p. 234).

Essa norma constitucional visa à proteção do processo eleitoral tanto pelo legislador, quanto pela própria Justiça Eleitoral (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 927).

É sabido que, embora a Constituição tenha pretensão de permanência como documento rígido, deve-se ter ciência de que “a transformação havida na sociedade sobre o sentido e forma de realização da justiça conduz à mudança da Constituição” (ROCHA, 1993, p. 163). No entanto, tais transformações também apresentam limites.

Este trabalho pretende investigar a questão dos limites à mutação constitucional à luz de casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a incidência da LC nº 135/2010, a “Lei da Ficha Limpa”, editada sob intenso clamor social¹ (resultado de um projeto de lei de iniciativa popular) e com previsão de vigência na data de sua publicação. Ela alterou o processo eleitoral do pleito ocorrido no primeiro ano de sua vigência, o que gerou grande controvérsia. Provocado a manifestar-se por pessoas prejudicadas pela incidência imediata da lei, o Supremo Tribunal Federal foi alterando a sua concepção sobre o significado de processo eleitoral e também sobre a natureza da norma do art. 16 da Constituição em diferentes julgados.

A proposta compreende o uso do raciocínio problemático como método de abordagem, amparado na revisão bibliográfica e jurisprudencial como método procedimental. O problema que se propõe a investigar, desse modo, compreende determinar: (a) se o “interesse coletivo” tem o condão de afastar o “princípio constitucional” da anualidade da lei eleitoral; (b) se a mutação em torno do significado atribuído pelo STF à expressão *processo eleitoral* levou a um resultado compatível com o texto constitucional e se se apresenta, portanto, como mudança informal autorizada pelo sistema; (c) se a norma em questão é realmente um princípio passível de aplicação por meio de ponderação; e (d) se o caso estudado serve para ilustrar um exemplo de transgressão dos limites à técnica da mutação.

No intuito de responder a tais questões, propõe-se a divisão da presente análise em três partes. A primeira contempla uma breve digressão

¹A “Lei da Ficha Limpa” foi resultado de mobilização popular, deflagrada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), com a coleta de assinaturas iniciada em maio de 2008, após a aprovação da campanha pela unanimidade dos presentes à Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Em setembro de 2009, havia superado o número mínimo de assinaturas exigido pelo § 2º, art. 61, da Constituição Federal, somando mais de 1,6 milhão de assinaturas (REIS, 2010, p. 23-24). Esse projeto veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional e foi sancionado na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, modificando dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990, inovando ao prever novas hipóteses de inelegibilidade.

acerca da compreensão da cláusula da anualidade eleitoral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante a análise de alguns fragmentos de sua jurisprudência; na segunda, descreve-se a teoria da mutação constitucional; e, na última parte, verifica-se se houve mutação e propõe-se uma reflexão sobre os resultados apurados.

1. O STF e a cláusula da anualidade eleitoral

A cláusula constitucional que prescreve a anualidade eleitoral está no artigo 16 da Constituição Federal, que diz: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” (BRASIL, 1988). Sua leitura suscita duas ordens de questões: a) a definição da espécie normativa que assegura essa cláusula; e b) o conteúdo da expressão “processo eleitoral”, que limita a incidência da cláusula.

Em síntese, adianta-se que “processo eleitoral” pode ser interpretado de maneira *restrita* (apenas abrangendo os procedimentos de natureza instrumental ligados à eleição), *intermediária* (realizando-se um teste, se a modificação atende a uma interpretação teleológica) ou *ampla* (envolvendo também as normas de direito material). Quanto à estrutura normativa, a jurisprudência geralmente se refere ao art. 16 como um “princípio”, mas com sentidos diferentes, como se deduz de alguns julgados que demonstram a evolução do entendimento do STF.

Na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 354-2², da relatoria do Ministro Octavio

²BRASIL. STF. ADI: 354 DF, Relator: Min. Octavio Gallotti, Data de Julgamento: 19/9/1990, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-2036-1 DIVULG 22/6/2001 PUBLIC 17/4/1993). Em

Gallotti, *leading case* sobre a matéria, discutiu-se se as normas relativas à contagem de votos (artigo 2º, da Lei nº 8.037/1990) afrontavam a cláusula constitucional da anualidade eleitoral. Segundo o relator, a expressão *processo eleitoral* “alcança a sucessão, o desenvolvimento e a evolução do fenômeno eleitoral, em suas diversas fases ou estágios, a começar pelo sistema partidário e a escolha dos candidatos, passando pela propaganda, e pela organização do pleito propriamente dito, a culminar na apuração do resultado.” Trata-se de um “princípio” fundamentado no ideal de isonomia e de imparcialidade.

O Ministro Moreira Alves considerou que *processo eleitoral* não abrange todas as normas de direito eleitoral, mas apenas aquelas ligadas diretamente à eleição. Seriam apenas as normas instrumentais, excluídas as normas de direito material. Fixou-se, no voto majoritário, a distinção entre processo eleitoral e Direito Eleitoral.

Outra forma de interpretar a questão está exposta na ADI 3.345, da relatoria do ministro Celso de Mello³. A ação discutia a constitucionalidade de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que fixava o número de vereadores e, no julgamento, a distinção entre direito material e direito processual na definição de *processo eleitoral* deixou de ter significativa relevância, adotando-se o critério quanto aos fins da norma.

precedente posterior, nos termos do voto vencedor do Ministro Paulo Brossard, entendeu-se que a modificação na lei de inelegibilidade, por ter assento constitucional (improbidade administrativa), teria aplicabilidade imediata (BRASIL. STF. RE: 129392-6 DF, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/6/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-1699-5 DIVULG 16/4/1993 PUBLIC 17/4/1993).

³BRASIL. STF. ADI: 3.345 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 25/8/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 154 DIVULG 19/8/2010 PUBLIC 20/8/2010).

Classificou-se essa interpretação como *intermediária*, pois o relator invocou uma interpretação teleológica do artigo 16 da Constituição Federal, segundo a qual o dispositivo teria a finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral que provocasse a quebra da igualdade de participação, vulnerando os protagonistas com inovações abruptas. Assim, a norma que meramente explicitou uma interpretação constitucional não ofende a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, pois não transgrediu a igual competitividade, não descaracterizou a normalidade das eleições, não introduziu qualquer fator de perturbação e não foi motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.

A questão voltou a ser discutida no Recurso Extraordinário (RE) 631.102⁴, em que as teses da interpretação restritiva e intermediária preponderaram por uma maioria apertada, nos termos do voto do relator. Nesse recurso, discutiu-se se a “Lei da Ficha Limpa” se aplicava ao pleito eleitoral ocorrido no primeiro ano de sua vigência, pois havia instituído uma nova hipótese de inelegibilidade que poderia tornar inelegíveis candidatos em virtude de atos cometidos no passado (imposição de sanção *ex post factum*).

No voto vencedor, de lavra do relator, o Ministro Joaquim Barbosa⁵, a expressão *processo eleitoral* deixa de abranger as normas de direito material eleitoral. Nesse julgado, asseverou-se que “há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade”. E, mais, “na ponderação entre valores concernentes aos direitos políticos individuais e valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional, que é a própria democracia”.

Semelhante raciocínio foi o adotado pela Ministra Cármen Lúcia⁶ ao propor uma interpretação finalística da norma. Para ela, o “princípio constitucional prevalente, a marcar a interpretação e a aplicação das normas que cuidam da matéria, é o da proteção ético-jurídica do

⁴BRASIL. STF. RE 631.102, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-117 DIVULG 17/6/2011 PUBLIC 20/6/2011 EMENT VOL-02547-03 PP-00198. Veja-se que anteriormente sempre houve no voto *minoritário*, de acordo com o Ministro Marco Aurélio, a defesa da tese ampla. Há precedente da relatoria da Ministra Ellen Gracie (voto vencedor), em que se entendeu que as emendas constitucionais também devem obediência à cláusula da anualidade eleitoral (garantia básica dos candidatos e dos cidadãos), em respeito aos direitos individuais da segurança jurídica e do devido processo eleitoral (BRASIL. STF. ADI: 3.685 DF, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 22/3/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 2241 DIVULG 10/8/2006 PUBLIC 11/8/2006).

⁵Voto proferido no acórdão: BRASIL. STF. RE 631.102.

⁶Voto proferido no acórdão: BRASIL. STF. RE 631.102.

processo eleitoral.” O interesse coletivo prepondera em face do individual. A ministra afirma também que as finalidades éticas do artigo 16, da Constituição Federal, “deverão ser ainda ponderadas com o sentido teleológico concretizado pelo legislador complementar ao editar a lei de inelegibilidades” (BRASIL, 2011a).

Verifica-se, contudo, que tal processo teve maioria apertada, sendo decidido pelo presidente à época, nos termos do voto do relator, mas isso já apontava para uma mudança da jurisprudência do STF. Note-se que há uma atribuição de peso aos princípios constitucionais em jogo, demonstrando que o julgador acaba por atribuir a prevalência de um, em detrimento de outro.

O enaltecimento dos princípios envolvidos na questão atingiu seu ápice no julgamento do RE 630.147, que teve como relator o Ministro Ayres Britto. Nesse julgamento – encerrado com um empate que não pôde ser desfeito, porque à época o STF contava com apenas 10 ministros –, o voto do relator considerou que a inclusão de nova causa de inelegibilidade pela LC nº 135/2010:

poderia produzir imediatamente os efeitos a que se preordenara, de forma a alcançar fatos e condutas anteriores à data de sua publicação, uma vez que a própria Constituição, ao mencionar a inelegibilidade num contexto de *proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato popular*, determinara que a lei considerasse a vida pregressa do candidato (BRASIL, 2011c, grifo do autor).

Por outro lado, como a LC nº 135/2010 fora publicada em data anterior à das convenções partidárias daquele ano, estava preservado o art. 16 da Constituição Federal, pois os partidos políticos e seus filiados teriam tido tempo suficiente para deliberar, em igualdade de condições, relativamente à escolha dos candidatos. Por isso, a razão de ser do art. 16 da Constituição Federal – evitar que casuísmos surpreendessem, com novas regras oportunistas, o processo eleitoral (princípio da não surpresa) – não fora violada pela incidência da lei no pleito ocorrido no mesmo ano de sua vigência.

Assim posta a questão, “abstrativizada” na direção dos “princípios”, tornou-se possível a ponderação com os outros princípios invocados para justificar os votos pela não incidência das modificações introduzidas pela LC nº 135/2010 nas eleições que ocorreram no primeiro ano de sua vigência: o princípio da segurança jurídica (que impõe certeza, previsibilidade e não retroatividade da lei), a proteção do ato jurídico perfeito (a renúncia do recorrente não poderia ser alcançada pela nova lei e perfazer nova causa de inelegibilidade *ex post factum*, por ter sido constituída conforme a legislação da época) e a presunção da inocência,

que protege o cidadão contra a perda de direitos políticos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. A celeuma em torno de quais princípios haveriam de preponderar ficou bem evidenciada no resultado da votação: 5 x 5.⁷

Chega-se então ao RE 633.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁸, que apresenta um divisor de águas na interpretação do artigo 16 da Constituição Federal. Além de analisar o entendimento consolidado na jurisprudência do STF sobre o tema, erigiu a cláusula do art. 16 à condição de *garantia do devido processo legal eleitoral*, cuja proteção abrange inclusive a fase pré-eleitoral (que tem início com a própria filiação partidária, em outubro do ano anterior à eleição). Fala-se na *regra da anualidade*, uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que passa a ser comparada ao “princípio da anterioridade tributária”, como o fez a Ministra Ellen Gracie na ADI 3.685.

Também nesse julgamento, o processo eleitoral foi considerado como garantia constitucional de igualdade de chances e da proteção das minorias. Sublinha-se, no fundamento do voto do Ministro Luiz Fux, que “a expressão processo eleitoral foi utilizada pelo constituinte no sentido colhido da teoria geral do direito, como *série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade*, qual seja: a definição dos mandatários políticos através do jogo político” (BRASIL, 2011b). Para ele, a expressão também alcança as normas eleitorais de conteúdo substancial; portanto, corresponde a uma interpretação *ampla de processo eleitoral*.

Ainda, colhe-se do voto do Ministro Luiz Fux uma verdadeira virada de entendimento quanto à espécie normativa que abriga a cláusula da anualidade eleitoral, agora considerada como uma *regra* constitucional. Os fundamentos do voto asseveram que o art. 16 é uma regra jurídica, e não um princípio jurídico; logo, não se pode ignorar seu “enunciado linguístico” para buscar as razões que lhe são subjacentes.⁹ O ministro aler-

⁷ Pela constitucionalidade da incidência da LC nº 135/2010 no pleito eleitoral ocorrido no primeiro ano de sua vigência os ministros: Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Pela inconstitucionalidade: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cesar Peluso. Cumpre observar que, à época, o Tribunal contava com apenas dez ministros, pois a vaga aberta pela aposentadoria do Min. Eros Grau ainda não havia sido preenchida.

⁸ BRASIL. STF. RE 633.703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/3/2011.

⁹ Não prospera o argumento de que a publicação da LC nº 135/2010, antes das convenções partidárias, possibilitaria sua incidência nas eleições daquele ano, tendo em vista que os partidos tiveram tempo para deliberar em igualdade de condições, não havendo, por essa razão, nenhuma surpresa. Tal argumento baseia-se nas razões subjacentes à regra do art. 16. Não é possível desconsiderar o conteúdo linguístico de uma regra quando da sua aplicação e buscar as razões que lhe são subjacentes, visando a estados ideais a serem alcançados, muitas vezes, por meio da técnica da ponderação de interesses. Esse raciocínio é próprio dos princípios jurídicos. “As regras se caracterizam justamente pela segu-

ta para a impossibilidade de interpretar o texto de tal forma que, “onde se lê ‘não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência’, seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias ou a data do registro da candidatura”.

Com efeito, o legislador constitucional já determinou o marco inicial para a eficácia de novas leis referentes ao processo eleitoral, em respeito ao princípio da segurança jurídica: “a lei não pode atingir as eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada sua vigência” (BRASIL, 2011b). Desse modo, o ministro afastou a utilização da ponderação, forma de sopesar os princípios jurídicos, para utilizar a subsunção, método utilizado para a aplicação das regras. Nas palavras do Ministro Luiz Fux:

Em síntese, o fato de o legislador optar por instituir uma regra – e não um princípio –, como no caso do art. 16 da Constituição Federal, é motivo suficiente para que não sejam desconsiderados seus enunciados linguísticos, que representam, na realidade, a decisão já tomada no domínio da democracia quanto às diversas razões que poderiam conduzir a soluções opostas, ou simplesmente diferentes, a respeito da segurança jurídica no processo eleitoral.

Por fim, destaque-se que esse entendimento sobre a cláusula da anualidade eleitoral foi referendado, posteriormente, no julgamento conjunto da ADC 29, ADC 30¹⁰ e ADI 4578.

rança e pela previsibilidade que decorrem de seu método subsuntivo de aplicação, que parte da hipótese de incidência para alcançar o comando nela cristalizado” (BRASIL, 2011b). O próprio legislador já imprime à regra o fim a ser alcançado; a decisão é tomada pelo legislador, ao contrário dos princípios, que delegam ao aplicador/intérprete tal decisão, a ser tomada de acordo com as particularidades do caso concreto.

¹⁰ “Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral)” (BRASIL, 2012).

2. As mudanças informais da Constituição: a mutação constitucional

“A permanência da Constituição é ideia inspiradora do constitucionalismo moderno”, ensinava Raul Machado Horta (1999, p. 95). Mas cada Constituição é um “organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade, que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas”, como bem apreendeu Karl Loewenstein (1970, p. 164).

Veja-se a lição de Cármen Lúcia:

Assim, a transformação havida na sociedade sobre o sentido e forma de realização da justiça conduz à mudança da Constituição. Essa mudança pode ser formal ou informal, mas, em qualquer hipótese, é a manifestação do poder do povo constituindo ou reconstituindo o seu sistema de normas fundamentais. Pois a Constituição é feita para durar, mas não para se eternizar, eis que a eternidade não é própria das obras humanas. Por ser a vida dinâmica, mutável e mutante, não se permite seja a lei petrificada, menos ainda a que lhe forma e lhe conforma o modelo jurídico de ser, como é a Constituição (ROCHA, 1993, p. 163).

Por conta disso, as constituições contam com mecanismos de adaptação ao dinamismo das relações sociais e culturais. Esses mecanismos subdividem-se em formais e informais. O modo formal de alteração das normas constitucionais passa pelo exercício do poder constituinte derivado, que entre nós ocorre por meio da aprovação de emendas constitucionais pelo Parlamento. Trata-se de um processo legislativo *rigoroso* e com procedimentos que distanciam as emendas do processo legislativo ordinário, seja pela exigência de discussão e aprovação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, seja pela exigência de

quórum qualificado de aprovação (Constituição Federal, art. 60).

Ao lado das modificações formais, fala-se em alterações informais na Constituição (mutação constitucional) para refletir as alterações promovidas no campo interpretativo, que alteram o significado das normas constitucionais sem a modificação do seu texto. Verifica-se a transformação da realidade e da norma de decisão, mas o texto da Constituição permanece intacto (LOEWENSTEIN, 1970, p. 165).

Assim, as mutações são as “mudanças que se inserem no sistema normativo fundamental, alterando-o por meio de costumes constitucionais, de interpretação constitucional judicial ou mesmo legislativa ou administrativa, dentre outros meios” (ROCHA, 1993, p. 164). São as “mudanças tácitas ou silenciosas da Constituição” (QUEIROZ, 2000, p. 112). Klaus Stern afirma que a mutação constitucional é tanto um problema de interpretação, como da relação de tensão entre o direito constitucional e a realidade constitucional, consequência de desenvolvimentos que têm lugar de forma exógena à norma (STERN, 1987, p. 335).

Para Jorge Miranda (2007, p. 160), o tema é tratado como “vicissitudes constitucionais”. As vicissitudes podem ser expressas ou tácitas: as expressas consistem em revisão constitucional, derrogação constitucional, transição constitucional, revolução, ruptura não revolucionária e suspensão; as tácitas, por sua vez, destacam-se pelo costume constitucional, interpretação evolutiva da constituição e revisão indireta. O autor defende que a interpretação deve ser sempre evolutiva, pois o texto constitucional não pode ser perene ou estático (MIRANDA, 2007, p. 169).

A interpretação evolutiva, contudo, nem sempre se apresenta do mesmo modo. Anna Cândida da Cunha Ferraz distingue entre *mutações constitucionais*, como aquelas que dão

sentido ao texto constitucional, complementando-o e atualizando-o, mas mantendo sua essência intacta; e *as mutações inconstitucionais*, como aquelas que infringem o dispositivo constitucional (FERRAZ, 1986, p. 9-10).

Com efeito, existem limites às possibilidades interpretativas em face de um determinado enunciado normativo, e exorbitar esses limites vicia o resultado interpretativo, que não pode ser compatibilizado com o sistema constitucional como um todo. Daí a necessidade de que a doutrina exerça o seu papel orientador na fixação desses limites e de que os tribunais constitucionais cuidem de não os exorbitar, pois, a partir do momento em que fixa um sentido normativo contrário ao texto constitucional, o tribunal está, na verdade, substituindo o processo formal de alteração que incumbe ao constituinte derivado desempenhar.

Essa caracterização teórica da mutação constitucional e dos seus limites serve de referência para uma análise da atuação concreta do Supremo Tribunal Federal como intérprete autêntico da Constituição, nos julgados que apreciaram a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”. Na próxima seção, realiza-se o exame dos fundamentos utilizados pelos ministros ao apreciarem essa questão, exemplificando tanto a caracterização de mutações específicas, quanto a necessidade de se reconhecerem limites à interpretação constitucional criativa.

3. Mutação de sentido de “princípio” da anualidade eleitoral: a insuficiência da importação parcial de modelos teóricos

Como se viu, as mudanças oriundas das relações sociais, políticas e econômicas provocam mudanças na interpretação da Constituição, mas há um limite para o que é chamado

de mutação constitucional. Há uma grande dificuldade nessa definição, a ponto de se afirmar que é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional (BULOS, 1996, p. 25-43).

Para o constitucionalista alemão Konrad Hesse (1991, p. 23), o limite para a mutação está no *sentido da proposição jurídica*, pois além desta se está diante de uma reforma constitucional:

[A] interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto. [...] Esse limite é pressuposto da função racionalizadora [...] Ele inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição (HESSE, 1998, p. 69-70).

Sobre sua possibilidade constitucional, a mutação há de estacar em face de dois limites: “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição” (BARROSO, 2010, p. 128). Klaus Stern (1987, p. 337) avalia que “a mutação de significado de um preceito somente pode dar-se no marco do sentido e finalidade de uma norma.”

Com essa consideração, ressalta-se a problemática da limitação da criatividade dos juízes e dos tribunais, para “que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma”, devendo *guardar*, de algum modo, *compatibilidade* com o texto da norma¹¹. Isso releva a importância de se levarem a sério os argumentos institucionais, linguísticos e sistemáticos, que prevalecem frente a outros não institucionais, que recorrem a um sentimento de “justiça” (ÁVILA, 2001, p. 26).

Nesses termos, não é lícito que a mudança informal por via da interpretação ultrapasse esses limites. Por força da função de estabilização da Constituição, a mutação não deve configurar-se como um princípio “normal” de interpretação (STERN, 1987, p. 336). Do contrário, quando a interpretação da Constituição desprestigia a sua força normativa, isto

¹¹ Sobre a questão, ver Ramos (2010, p. 168-170). Sobre a importância do elemento semântico para a interpretação, ver Larenz (2005, p. 488), Müller (2005, p. 105) e Alexy (2011, p. 245).

é, a superação das possibilidades do texto, corre-se o risco de tratá-la como *uma mera folha de papel* (LASSALLE, 2001).

É cabível, por conseguinte, o alerta de que “em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a *substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário*. E, com isso, soçobra a democracia” (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007, p. 59).¹² Ter-se-á, nesse caso, uma mutação *inconstitucional*.

Dessa análise, aplicando-se o que foi exposto até aqui, chega-se à primeira conclusão: a de que a interpretação conferida pelo STF ao sentido da locução “processo eleitoral” sofreu uma mutação constitucional, deixando-se de adotar um significado *restrito* e passando-se a um mais *amplo*, o qual também se revela adequado, por estender o âmbito de proteção da garantia constitucional, mas dentro das possibilidades semânticas e sistemáticas.¹³

Uma segunda conclusão é a de que também sofreu *mutação constitucional* a estrutura normativa da cláusula da anualidade eleitoral: a) embora predomine a concepção da cláusula como um “princípio” constitucional, verifica-se que há diferentes formas de aplicação (especialmente no RE 631.102, quando submetida à ponderação); e b) a classificação realizada pelo Ministro Luiz Fux, no RE 633.703, considerando a cláusula como uma “regra constitucional”.

Inicialmente, verifica-se que existem muitos sentidos para “princípio jurídico” (SGARBI, 2013, p. 76-81). Nos precedentes investigados, a cláusula da anterioridade eleitoral aparece geralmente como uma norma dotada de fundamentalidade. É a doutrina tradicional de “princípio”, a qual pode ser colhida na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, como: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” (MELLO, 2009, p. 53). Num segundo momento, verifica-se a adoção de um sentido influenciado pelas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com uma distinção *forte* entre princípios e regras: i) como princípio e, assim, sujeito à ponderação; e ii) como regra, aplicado por subsunção.

Percebe-se, no entendimento dos ministros, a influência da vertente teórica chamada de neoconstitucionalismo/pós-positivismo, no qual se defende “uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética

¹² Assim: Barroso (2010, p. 128).

¹³ “O conceito de processo eleitoral, para o fim almejado pelo legislador constituinte ao erigir a norma do art. 16 da Constituição em direito e garantia fundamental, deve conter a maior amplitude necessária, de modo a evitar alterações, realizadas a undécima hora, em relação a quaisquer dos sujeitos envolvidos no prélio eleitoral [...] Ressalva-se, no entanto, que as normas não devem ostentar um caráter exclusivamente instrumental, para se consubstanciarem como moduladoras do processo eleitoral” (ZILIO, 2012, p. 32).

e Direito” (BARROSO, 2001, p. 19).¹⁴ Contudo, um dos efeitos negativos do fenômeno é a hipertrofia no uso dos princípios e da ponderação, com a possibilidade de lesão de direitos e garantias fundamentais. Esse efeito fica bem presente quando se leva a discussão sobre a regra do art. 16 da Constituição Federal ao plano dos princípios, de modo a permitir uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica, presunção de inocência, moralidade, probidade política, entre outros previstos na Constituição.

Ocorre que tal mudança de sentido na concepção dos princípios constitucionais, sem qualquer modificação do texto constitucional, deu-se *além* do que se tem concebido como permitido para a mutação, pois *desconsidera* a eficácia das diferentes espécies normativas. Há um recorte teórico, com o abandono da integralidade de uma teoria, como acontece quando o intérprete adota indistintamente o juízo baseado em ponderação (e, assim, o conceito de princípio de Robert Alexy), olvidando-se que isso se dá no arcabouço de uma teoria estrutural, na qual se desenvolve a argumentação jurídica, com o estabelecimento de distinções e ônus argumentativos, bem como da definição de diferentes papéis a cada espécie de norma.

A interpretação jurídica é a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo (GUASTINI, 2005, p. 23). Os critérios para a identificação como princípios ou regras se dão no nível da norma (ALEXY, 2008, p. 54); contudo, isso não é arbitrário, pois há traços mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem (ÁVILA, 2014, p. 52), que podem ser colhidos no enunciado.

O campo dos conceitos básicos não é dominado pelo arbítrio (ALEXY, 2008, p. 55),

isto é, “o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja” (STRECK, 2014, p. 166). Por isso, adotar critérios de distinção entre as espécies normativas é medida que se impõe. Robert Alexy (2008, p. 90-91) menciona alguns critérios para distinção, assinalando que não há apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa, “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] *mandamentos de otimização*” e “*regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas [...] contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” A colisão entre regras é solucionada mediante a inclusão de uma cláusula de exceção ou declaração de invalidade de uma das regras; na colisão de princípios um terá que ceder, por sopesamento (ponderação) (ALEXY, 2008, p. 92-93).

Ainda que o legislador atribua a certas normas a qualificação de princípios, isso não é condição necessária nem suficiente (SGARBI, 2013, p. 83). Existem normas que embora sejam frequentemente, pelo uso corrente da linguagem, chamadas de “princípios”, o enunciado normativo exige que algo pode ser cumprido ou não, estabelecendo-se, pois, uma conduta. Trata-se, então, de uma *regra*, como exemplifica Robert Alexy (2008, p. 109) quando analisa o “princípio da legalidade penal”.¹⁵

É o que ocorre igualmente com o “princípio da anualidade eleitoral” e o “princípio da legalidade tributária”. No caso deste, a exigência ou aumento de um tributo demanda a necessidade de uma lei prévia (artigo 150, I, Constituição Federal). Mesmo sendo chamado de “princípio”, comporta-se como uma “regra”

¹⁴Para uma análise crítica do “pós-positivismo”, ver Ávila (2008).

¹⁵Igualmente: Silva (2003, p. 613).

(mandamento definitivo), pois não é permitida a livre ponderação com outros princípios.

Para Dworkin (2002, p. 39-40), a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica: as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando condições são dadas. Os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância, em que o aplicador deve levar em conta a força de cada um diante do conflito (DWORKIN, 2002, p. 42).

Por essa visão, a cláusula da anualidade eleitoral também se enquadra no padrão de uma *regra*, em função de sua formulação, aplicável no “tudo ou nada”. A regra determina o comportamento, não apenas uma direção (como num princípio).

Humberto Ávila (2014, p. 95-102) propõe outros critérios para a dissociação entre regras e princípios, que podem ser assim resumidos: (i) quanto ao comportamento prescrito; (ii) quanto a justificação exigida; (iii) quanto aos critérios de contribuição para a decisão.

Verifica-se que a cláusula da anualidade eleitoral *determina*, imediatamente, quanto ao comportamento exigido, a adoção de uma conduta (afasta os efeitos da lei que alterar o processo eleitoral da eleição que ocorra em até um ano da data de sua publicação) e não a promoção de um estado ideal de coisas (que é apenas *mediato*). Além disso, prepondera um elemento descritivo, em vez de um finalístico e, quanto ao critério de contribuição para a decisão, é preliminarmente decisiva e abarcante, em vez de complementares e preliminarmente parciais (característica dos princípios).¹⁶

¹⁶Defendendo que a cláusula da anualidade eleitoral é uma “regra que fornece razões peremptórias” e atua como garantia de um “trunfo contra a maioria”, isto é, uma barreira objetiva contra qualquer tipo de alteração legislativa que interfira no processo eleitoral (VALE, 2011, p. 80, 93).

Portanto, como uma *regra* constitucional, a anualidade eleitoral tem eficácia peculiar, pois “o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito forte” (ALEXY, 2008, p. 106). Ora, o que ocorre é que nas regras, a “ponderação” já foi efetivada no plano do Legislador, e por isso vem incorporada ao conteúdo normativo, prescrevendo o comportamento devido.

Embora seja pensamento corrente que os princípios têm proeminência sobre as regras, é de se asseverar que na realidade ocorre o inverso. As regras têm um caráter *prima facie* mais forte que os princípios (HECK, 2003, p. 65).

Num conflito entre regras e princípios constitucionais, aquelas detêm primazia, por serem decisões tomadas pelas autoridades legitimadas ou decorrentes de uma prática reiterada (ALEXY, 2008, p. 106). A regra constitucional sobrepõe-se ao princípio, num processo em que as *regras* vão se *diferenciar* dos *princípios*, porque por meio delas o legislador (ou constituinte) definirá previamente os meios (condutas, comportamentos) e “desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos” (BARCELLOS, 2005, p. 171).

Ainda conforme Humberto Ávila (2014, p. 139), as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício de poder, afastando a incerteza, plasmando segurança jurídica, abrindo seu espaço de aplicação que é subtraído “do espaço genérico de aplicação do princípio” (TAVARES, 2003, p. 37). Assim, se adotada a distinção *forte* entre regras e princípios, a primazia das regras deve ser observada (ALEXY, 2008, p. 140), devendo prevalecer num conflito horizontal entre regras e princípios (ÁVILA, 2014, p. 132).

Isso conduz à *reconsideração* acerca dos limites da *mutação* à luz do caso proposto para estudo, pois, nos primeiros julgados examinados, a cláusula da anualidade eleitoral é aplicada como um *princípio*, e sujeita-se à ponderação em face de “outros princípios constitucionais”, em franco desprezo ao sentido do próprio texto da norma (seu enunciado), o qual estabelece um mandamento definitivo, um comportamento (uma regra). Vê-se aí uma alteração no sentido da norma que vai além dos limites às possibilidades conferidas pela interpretação. É acertada, desse modo, a classificação pontuada pelo Ministro Luiz Fux no precedente já analisado (BRASIL, 2011b).

Dessa maneira, a anualidade eleitoral como *regra constitucional* elide a livre ponderação, bloqueando-a, pois, sendo uma regra, há o *entrincheiramento* de razões (BARCELLOS, 2005, p. 208)¹⁷. Além disso, ao se interpretar a *cláusula da anualidade eleitoral* como um princípio constitucional que pode ser simplesmente *sopesado*, também se enfraquece a ideia dos direitos fundamentais como *trunfos contra a maioria* (NOVAIS, 2006). Por isso, dever-se-ia aplicá-la independentemente de apenas ponderá-la com outros princípios constitucionais, como maneira mais adequada e como forma de levar os direitos a sério.

Conclusão

O presente artigo tinha por escopo realizar uma análise problemática dos limites que devem ser reconhecidos à *mutação* constitucional como processo informal de alteração da

¹⁷ Segundo a *autora*, poderiam ser ponderadas as regras, como exceção, quando ocorrer: a) injustiça grave; e, b) uma colisão de regras. Humberto Ávila menciona um procedimento que prevê condições para a superabilidade das regras. Veja-se: Ávila (2014, p. 141).

Constituição. Fez isso à luz de julgamentos do STF a respeito da interpretação do termo “processo eleitoral” e da incidência da “Lei da Ficha Limpa” no pleito eleitoral que ocorreu no primeiro ano de sua vigência. A escolha do caso deu-se em razão das perplexidades geradas pelo sentido literal da norma contida no art. 16 da Constituição, segundo a qual as alterações no processo eleitoral não se aplicam à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Num primeiro momento, analisou-se a interpretação evolutiva do termo “processo eleitoral”, um fenômeno que, segundo a orientação atual, abrange as regras de direito processual e também regras materiais instituídas para atingir o escopo de igualdade de participação, e também regras relativas a procedimentos pré-eleitorais, como as convenções partidárias. Vê-se a transição de uma interpretação restritiva para uma definição mais ampla de *processo eleitoral*.

Num segundo momento, operou-se a transição quanto à natureza da norma contida no art. 16 da Constituição. Inicialmente contemplada como um princípio, sujeitou-se à ponderação em face de outras normas dotadas de grande vagueza, tais como moralidade e proibidade política, e seus mandamentos implícitos de que o interesse coletivo seja privilegiado, em detrimento da suspensão de direitos políticos individuais que sofreriam efeitos da incidência da norma em caráter, inclusive, retroativo. Uma corrente encampada por cinco ministros sustentou, então, na moralidade, na proibidade, na proteção do interesse coletivo e na não surpresa, a validade da incidência da “Lei da Ficha Limpa” no pleito ocorrido no primeiro ano de sua vigência.

Após o ingresso do Ministro Luiz Fux na Corte, foi consolidada a ideia de que aquele artigo constitucional exterioriza uma regra, e como tal não se presta à ponderação com ou-

tros princípios, dado que a própria a regra encerra uma ponderação prévia efetivada pelo Constituinte em prol da igualdade de competição e da certeza e previsibilidade, elementos centrais do princípio da segurança jurídica. Com esse argumento, sustentou-se a corrente majoritária, contando com seis dos ministros.

Com essas informações, já é possível retomar os questionamentos em torno do problema descrito na introdução para concluir que, no caso do art. 16 da Constituição, o “interesse coletivo” não tem o condão de afastar o “princípio constitucional” da anualidade da lei eleitoral, pois ele na verdade consubstancia uma regra de observância obrigatória pelo Poder Legislativo e também pelos Tribunais.

Além disso, reconhece-se como válida a mutação em torno do significado atribuído pelo STF à expressão *processo eleitoral*, pois representa apenas a interpretação evolutiva necessária para a compreensão de novos problemas que têm sido levados à Corte a cada alteração nas normas eleitorais.

Contudo, a interpretação que transforma a regra em princípio para ponderá-la com outros valores constitucionais – tais como a moralidade e a probidade, que no processo interpretativo adquirem primazia – teve como resultado a aceitação da incidência de lei que alterou o processo eleitoral no pleito ocorrido no seu primeiro ano de vigência. Essa ponderação incide em erro: primeiro, por tomar como fundamento apenas um recorte de uma teoria interpretativa muito mais ampla; segundo, por tomar como princípio a norma que, sob qualquer óptica doutrinária que se apresente, é uma regra; e, terceiro, por promover um resultado hermenêutico contrário ao enunciado literal do texto, ultrapassando um limite que é consensual entre aqueles que se debruçam a explorar a hermenêutica jurídica.

Precisamente aí reside a importância do caso estudado para ilustrar um exemplo de transgressão dos limites à técnica da mutação, pois esta somente se apresenta como válida e compatível com o sistema constitucional se realizada sem ruptura da vontade constituinte manifestada nas normas constitucionais. Se eventual ruptura for imprescindível para a realização da Justiça e dos demais princípios constitucionais estruturantes, de modo adequado às necessidades sociais e políticas contemporâneas, trata-se de alteração que compete ao Poder Constituinte derivado, pelas vias formais que preservem a legitimidade democrática, a divisão dos poderes e a defesa do Estado de Direito.

Sobre os autores

Fabiano Tacachi Matte é mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Porto Alegre, (RS), Brasil; e advogado em Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: fabianomatte11@gmail.com

William Vitt é mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Porto Alegre, (RS), Brasil; e advogado em Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: williamvitt@hotmail.com

Ana Paula Ávila é doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; professora titular de Direito Constitucional nos cursos de graduação e coordenadora do programa de mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter - Laureate International Universities), Porto Alegre, (RS), Brasil.

E-mail: ana_avila@uniritter.edu.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁸

WHEN A “PRINCIPLE” DOES NOT BEHAVE AS A PRINCIPLE: ESSAY ON THE CLAUSE OF “ANNUALITY OF THE ELECTORAL STATUTE” AND ITS CONSTITUTIONAL MUTATION

ABSTRACT: This research analyses the clause of “annuality of the electoral statute” and how it has been subject to changes in its interpretation. Considered as a principle in the sense proposed by Dworkin and Alexy, the very efficacy of each type of norm is affected, giving way for the inadequate use of the balancing/weighting technique and therefore bringing legal uncertainty.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL “MUTATION”. INELIGIBILITIES. POLITICAL RIGHTS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 19, p. 157-180, mar. 2001.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista brasileira de direito público*, v. 6, n. 23, p. 9-30, out./dez. 2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁸ Sem revisão do editor.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, p. 15-59, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 631.102/PA. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ, 27 out. 2010. *Diário da Justiça eletrônico*, 20 jun. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 633.703/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 23 mar. 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, 18 nov. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 630.147/DF. Relator: Min. Ayres Britto. DJ, 29 set. 2010. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 dez. 2011c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 30/DF. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 16 fev. 2012. *Diário da Justiça eletrônico*, 29 jun. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. reform. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: M. Limonad, 1986.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes?: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-100.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 2.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Márlon Jacinto. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In: FICHA limpa: lei complementar nº 135, de 4.6.2010: interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular. Bauru: Edipro, 2010. p. 23-54.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993.

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista trabalhista: direito e processo*, v. 6, n. 24, p. 53-78, out./dez. 2007.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-51.

VALE, André Rufino. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação o art. 16 da Constituição. *Estudos Eleitorais*, v. 6, n. 2, p. 73-109, maio/ago. 2011.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, ações eleitorais, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas)*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

Dilemas e desafios da retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento na OMC

FERNANDO LOPES FERRAZ ELIAS

Resumo: O presente artigo busca analisar a retaliação como mecanismo de indução ao cumprimento no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Inicialmente, investigamos a questão da implementação em seu contexto político e jurídico. À frente, examinamos os fatores que influenciam os mecanismos de execução das regras e das decisões da OMC. Concluímos que o instrumento da retaliação não pode ser concebido como a única, tampouco como a mais adequada ferramenta para o necessário cumprimento do direito, em virtude da acentuada assimetria entre seus membros, sob pena de conduzir o sistema jurídico da OMC à ilegitimidade e à ineficácia.

Palavras-chave: OMC. Mecanismos de indução ao cumprimento. Retaliação. Implementação.

1. Introdução

Qual o valor de um recurso que não pode ser exercitado por uma parte, especialmente quando essa parte é a mais fraca? Qual a legitimidade de um sistema jurídico cujos mecanismos de reparação são ineficazes? Não basta que um sistema seja juridicamente orientado, se ele é incapaz de produzir resultados eficientes. Porém, preteri-lo em favor de um sistema baseado no poder e nas relações de poder não faria nada mais do que consignar um indesejado estado de desigualdade permanente entre os membros. O sistema jurídico da Organização Mundial do Comércio (OMC), em geral, e o mecanismo da retaliação, em particular, alcançam vários objetivos ao mesmo tempo, mas o fazem de forma imperfeita; portanto, os incentivos ao cumprimento podem, muitas vezes, não ter o resultado desejado.

Recebido em 3/6/15
Aprovado em 19/10/15

A indução ao cumprimento se dá menos pelos méritos jurídicos do instrumento da retaliação do que pela força política do demandante. Para muitos países em desenvolvimento, a retaliação constitui-se em uma “não medida”. No ineficaz sistema de solução de controvérsias da OMC, nada desvela mais a dicotomia entre a igualdade de direito e a desigualdade de fato do que o mecanismo da retaliação. A realidade de alguns membros serem mais iguais do que outros orienta um sistema baseado na lei do mais forte, ao contrário de um desejado sistema calcado na força da lei. Nitidamente, trata-se de um regime jurídico responsável pela criação de duas classes de países, segundo o qual o benefício da violação das normas é permitido somente a uma delas. Em seu “grande salto”, a OMC “tropeçou” no problema do descumprimento de suas regras e decisões. Incapaz de forjar o cumprimento por parte dos estados mais fortes, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) não tem contribuído para a construção de uma ordem mundial mais justa.

Além disso, casos há em que a autoridade do OSC tem sido desvirtuada, a pretexto de uma ação “democrática”. Entretanto, as sociedades contemporâneas são demasiado complexas para que a democracia se limite ao livre comércio, e os interesses “do povo” àqueles dos consumidores. Ademais, seria no mínimo paradoxal considerar democrática a criação de obrigações, como a produção de efeitos diretos das decisões do OSC nos sistemas jurídicos domésticos dos membros da OMC. No direito internacional, o uso frequente de uma linguagem circular em compromissos ambíguos favorece mecânicas de um indesejado ativismo judicial, o que enfraquece a indução ao cumprimento das normas do regime jurídico de comércio internacional.

2. Entre a política e o direito: a implementação das regras e das decisões da OMC

Inicialmente, cumpre diferenciar a conformidade a uma regra – denominada cumprimento de primeira ordem — da conformidade com a resolução de litígios – nomeada cumprimento de segunda ordem. Trata-se, no primeiro caso, da conformidade com as regras materiais e processuais de um tratado (para os fins colimados na presente pesquisa, o Acordo da Organização Mundial do Comércio e seus anexos); no segundo caso, da conformidade com as decisões oficiais dos órgãos do sistema de solução de controvérsias de dado regime internacional – aqui considerados painel e órgão de apelação da OMC (GRIECO, 1990, p. 68).

Há uma imediata e instintiva distinção entre o cumprimento de regras internacionais aplicadas de modo geral e o cumprimento das de-

cisões dos tribunais internacionais ou painéis arbitrais aplicadas a determinadas partes em uma disputa específica. As condições do julgamento (tempo decorrido, existência de precedentes, entre outras) podem sugerir a maior ou menor probabilidade de cumprimento pelas partes. Entretanto, dado que a conformidade com o direito é muitas vezes medida pelo desejo de cumprir as decisões dos tribunais, os dois tipos de conformidade são clara e profundamente relacionados de muitas maneiras. Uma reforça a outra. Além disso, ambas são o produto de uma variável mais profunda: a predisposição para se defender o primado do direito (RAUSTIALA; SLAUGHTER, 2002, p. 542).

Porém, questiona-se: o que acontece quando, depois de concluídos os procedimentos de resolução de litígios do OSC, uma parte derrotada decide não cumprir uma decisão final emitida contra ela? Em outras palavras, a OMC assegura à parte vitoriosa os remédios adequados para o caso de não cumprimento de uma recomendação juridicamente vinculativa a seu favor (ALI, 2003, p. 4)? Aparentemente, o OSC oferece um dos melhores mecanismos internacionais de solução de controvérsias. Entretanto, quando se trata da implementação ou da execução, o sistema não parece ter os melhores remédios para induzir o cumprimento, visto que, por vezes, suas disposições e decisões passam despercebidas. De maneira funcional, a aplicação das decisões do OSC continua a ser um subproduto do pragmatismo em vez de um processo judicante. Seus membros poderosos ainda podem exercer seus poderes de barganha sob a sombra protetora da lei, independentemente do desenvolvimento de um padrão uniforme de cumprimento (ISLAM, 2004, p. 487-488). Isso porque seus mecanismos são idênticos àqueles da teoria das instituições internacionais, sugerindo que uma

ampla cooperação internacional nem sempre requer a legalização; no caso específico do comércio internacional, a legalização não é pressuposto de sua liberalização (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 622, 630).

Em detrimento do princípio *pacta sunt servanda* (os compromissos assumidos devem ser honrados) como a força obrigatória do direito internacional, o cumprimento das obrigações legais internacionais pelos estados, em grande medida, depende da percepção da legitimidade e da adequação das regras. No embate entre a política interna e o direito internacional, é provável que aquela seja a opção mais atraente para muitos estados. Para os juspositivistas, o consentimento é a única maneira de estabelecer regras que obriguem os estados. E a extensão em que um Estado voluntariamente consente (ao contrário de ser coagido a consentir) num acordo internacional depende do tanto que esse acordo reflete as preferências *ex ante* desse Estado, isto é, expressas no momento da negociação desse acordo, bem como das condições e prioridades nacionais posteriores a ela. Consequentemente, isso é o que verdadeiramente determina sua conformidade, conformidade parcial ou desconformidade às obrigações desse acordo. Em outras palavras, a falta de consentimento voluntário provavelmente torna problemático o cumprimento desse acordo. Essa é uma lição fundamental para as negociações de acordos comerciais, especialmente no âmbito da OMC, marcado pelo desrespeito de muitos países em desenvolvimento às obrigações legais (FASAN, 2012, p. 192-193; 227-228).

O que se quer dizer é que a fonte da estabilidade dos acordos comerciais é encontrada em mecanismos políticos internos. As regras de um regime internacional influenciam os países, tornando mais fácil ou mais difícil o apoio doméstico à abertura comercial, caso

aqui em estudo. Portanto, consoante as suas regras, um regime pode muito bem minar sua própria finalidade. Assim, os benefícios da legalização do comércio internacional devem ser analisados de maneira associada aos custos políticos internos (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 632). O cumprimento tem sido geralmente mais rápido nos casos em que as violações da OMC podem ser corrigidas por meio de medidas administrativas sob o controle do Executivo, em oposição à ação legislativa. Esse resultado não é surpreendente, já que a ação legislativa envolve processos políticos mais complicados e morosos, na maioria dos sistemas nacionais. A experiência dos EUA nessa matéria é instrutiva (WILSON, 2007, p. 399).

De alguma forma, a autoridade do OSC tem sido distorcida sob a insígnia “pró-democrática”, a fim de alterar ou evitar pressões legislativas nacionais ou realidades políticas. A ideia é que a OMC seja capaz de proteger os interesses de livre comércio “do povo” e o bem-estar dos consumidores quando seus governos não puderem fazê-lo domesticamente ou nas negociações internacionais e, assim, manter-se-ia a democracia do sistema. Como uma questão preliminar, a suposição de que medidas protetivas comerciais são contrárias aos interesses dos consumidores e, portanto, são antidemocráticas, é falha em vários níveis. Implicitamente, assume-se que a maximização da riqueza dos consumidores é o único interesse em uma sociedade democrática. No entanto, há muitos outros interesses “democráticos” concorrentes – por exemplo, na área de meio ambiente e trabalho. Na verdade, num sistema de resolução de litígios de caráter vinculativo internacional, o único interesse consistentemente atendido, em detrimento da democracia interna, é a rentabilidade das empresas multinacionais (RAGOSTA; JONEJA; ZELDOVICH, 2003, p. 698- 699).

Ademais, o efeito direto das decisões inverteria as vantagens do mecanismo de retaliação. Por exemplo, enquanto a retaliação apresenta a vantagem de criar incentivos sem se intrometer diretamente nas prerrogativas das instituições nacionais, o efeito direto transformaria tribunais domésticos em órgãos subalternos ao OSC. Assim, em vez de neutralizar a influência de grupos protecionistas, fortalecê-los-ia com um argumento “patriótico”, ao caracterizar o efeito direto como uma afronta à soberania nacional e uma ameaça à democracia representativa; ou seja, seria fácil para os grupos protecionistas mobilizarem uma resistência à supremacia das decisões da OMC, instituição supranacional, em defesa de uma salvaguarda democrática, de um meio de assegurar aos organismos nacionais de representação a palavra final (MOVSESIAN, 2003, p. 18-21). Nesse sentido, é paradoxalmente possível que tentativas de aprimorar o cumprimento por meio da legalização teriam o efeito indesejado de mobilizar grupos domésticos detratores do livre comércio, prejudicando, assim, a cooperação e a expansão do comércio (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 632). Por outro lado, nas democracias em que os indivíduos são mobilizados em apoio à sentença de um tribunal supranacional, o cumprimento desse julgamento torna-se menos uma questão de ceder soberania do que de responder a essa pressão. O Estado não é mais um conjunto interligado de instituições governamentais voltadas para os assuntos internos, uma entidade unitária dotada de um atributo fundamental em suas relações externas – a soberania. Em vez disso, cada vez mais, sua face interna e externa espelham uma à outra, e a soberania pertence às pessoas e torna-se inextricavelmente entrelaçada com a ideia de prestação de contas (HELPER; SLAUGHTER, 1997, p. 388).

De toda maneira, o OSC não tem autoridade para criar obrigações aos membros da

OMC, entre elas, a de que suas decisões produzam efeitos diretos em seus sistemas jurídicos domésticos (LAWRENCE, 2003, p. 95). Nesse sentido, a consolidada jurisprudência do tribunal europeu determina que as normas e decisões do OSC da OMC não produzem efeitos diretos na comunidade europeia, ou seja, não compõem o direito europeu até que sejam implementadas pelos seus membros (STEINBACH, 2009, p. 1048-1049).

Há grande discussão doutrinária a respeito de ser o cumprimento exigido pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC). A melhor interpretação é provavelmente aquela em favor de uma obrigação de cumprir. No entanto, se os Estados membros desejaram uma obrigação absoluta de cumprimento, eles não conseguiram expressar isso claramente. Muitas disposições substantivas do tratado da OMC estão redigidas em termos imperativos. No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto à natureza vinculativa dessas obrigações. Por exemplo, o artigo 22.1 do ESC afirma que “nem a compensação nem a suspensão de concessões ou outras obrigações são preferíveis à execução completa de uma recomendação de se adequar uma medida aos acordos abrangidos”. Dessa maneira, dizer que os outros resultados não são “preferidos” é uma forma circular¹ de dizer que a interrupção da transgressão é requerida (TRACHTMAN, 2007, p. 148). Mas significa também que a OMC não buscou ser punitiva nem tornar o cumprimento inevitável (GUZMAN, 2004, p. 338). Outra explicação (lógica e provável em termos da história do sistema) para a limitação da suspensão ou compensação introduzidas pelo ESC é a de que as nações soberanas que construíram a organização tentaram limitar o poder global e, ao mesmo tempo, evitar amplas punições por um órgão jurídico internacional. Mesmo se um conceito de equilíbrio ou reequilíbrio estava em jogo, é preciso reconhecer as muitas referências no ESC para suspensão e compensação como apenas “temporárias” (JACKSON, 2004, p. 122).

Remédios para violação da lei ou do contrato servem a diversas funções na sociedade e são concebidos para punir os transgressores separadamente dos efeitos sobre a promoção do cumprimento eficiente (TRACHTMAN, 2007, p. 131). Em alguns modelos econômicos de negociações comerciais, os mecanismos de indução ao cumprimento dependem apenas da probabilidade e do tamanho da retaliação. Porém, outros fatores são certamente mais importantes. Primeiro, importantes

¹ A natureza muitas vezes ambígua de compromissos substanciais da OMC, conquanto seja um imperativo diplomático para se obter o consenso necessário ao acordo e um meio normal de criação e desenvolvimento do direito internacional, gera um amplo e perigoso campo suscetível à atuação de juizes ativistas (RAGOSTA; JONEJA; ZELDOVICH, 2003, p. 698-699).

atores dentro de cada país têm, muitas vezes, interesse na conformidade: por exemplo, consumidores, exportadores e importadores. Segundo, mesmo quando um membro discorda sobre um caso particular, ele o respeita, porque continua a acreditar que um sistema geral de comércio baseado em regras servirá melhor aos interesses da sua nação. Terceiro, a reputação é valorizada e influencia diretamente interesses no acordo em curso e na negociação de novos acordos. O mesmo se diga da reciprocidade, ou seja, os países estão cientes de que o cumprimento da sua parte influencia a probabilidade de que outros países vão cumprir a deles; em outras palavras, concessões politicamente dolorosas não serão feitas, caso se tenha pouca fé no cumprimento dos compromissos assumidos por um parceiro de negociações. Quarto, os países geralmente têm relações em curso em outras esferas (LAWRENCE, 2003, p. 92).

O cumprimento forçado decorrente da obrigatoriedade da resolução de litígios deve, teoricamente, garantir que cada país receba todos os benefícios que negociou, e que nenhum país seja obrigado a fazer concessões com as quais não tenha acordado. No entanto, essa imagem idílica do ESC esconde falhas graves na estrutura do sistema e tem, lamentavelmente, sido desfeita na prática. O risco de o OSC adotar o ativismo judicial e abusar da sua natureza vinculativa para criar uma *common law* da OMC, com a qual os membros nunca concordaram, está presente numa série de decisões. Contenciosos sobre como os acordos negociados devem ser interpretados levaram, em muitos casos, exatamente ao contrário da desejada concessão aos membros do “benefício da barganha”. Acordos entre os membros foram postos de lado ou ignorados pelos painéis da OMC em favor de interpretações ambíguas (vistas pelos painelistas como ambiciosas). A título de exemplo, as reivindicações da Comunidade Europeia (CE) no litígio *Foreign Sales Corporations* (FSC) contra os Estados Unidos, pelo menos em parte, foram uma resposta ao percebido “abuso” dos EUA nos contenciosos sobre o regime de importação de bananas e sobre hormônios na carne bovina norte-americana. Como resultado, o OSC tornou-se um tribunal internacional que – em violação a disposições específicas e conceitos de direito internacional – cria novas obrigações e as impõe a nações soberanas², obrigações

²Os críticos têm apontado o contencioso sobre hormônios como um exemplo da ineficácia dos mecanismos de coerção da OMC. As críticas têm algum mérito, pois, efetivamente, não houve o cumprimento pela Comunidade Europeia (CE), mas desconsideraram um ponto maior, o de que a retaliação não conseguiu assegurar o cumprimento nesse litígio por causa do forte apoio popular na Europa à proibição de carne com hormônios em virtude da difusão de preocupações genuínas com a segurança alimentar. Portanto, a pressão exercida sobre outros grupos exportadores europeus, submetidos às tarifas americanas majoradas, simplesmente não foi suficiente para superar o efeito dessas preocupações no processo democrático (MOVSESIAN, 2003, p. 16).

com que essas nações nunca concordaram (RAGOSTA; JONEJA; ZELDOVICH, 2003, p. 698-699).

Excesso de ativismo judicial mina a influência dos julgamentos e elimina a capacidade da instituição de induzir concessões de Estados que não sofrem os custos intrínsecos de um descumprimento; portanto, sempre que possível, um painel deve interpretar a lei de maneira tão estrita quanto possível e reduzir a relevância de sua decisão para qualquer disputa subsequente, mesmo sobre a mesma questão (REINHARDT, 2001, p. 192). Assim, os painéis devem abster-se de criar novos requisitos legais internacionais, lembrar que os soberanos não podem ser impedidos de tomar medidas, a menos que tenham especificamente concordado com isso e, finalmente, evitar decisões quando as regras simplesmente não as autorizam (RAGOSTA; JONEJA; ZELDOVICH, 2003, p. 751-752).

Uma interpretação do caráter vinculativo da obrigação de cumprir as regras da OMC após as decisões do OSC parece exigir uma diferenciação entre as obrigações de “se” e “como” cumprir. Por um lado, há obrigação incondicional de chegar a uma solução compatível com a OMC, após o término do prazo de vinte dias do período de execução – ou seja, “se” cumprir; por outro, o ESC reconhece uma margem de manobra das partes, que têm liberdade de escolha dos meios de solução para a disputa – isto é, “como” cumprir (STEINBACH, 2009, p. 1.068-1.069).

Contudo, se o ESC determina que a conformidade ao direito da OMC é opcional e que o pagamento da compensação é um substituto completo do cumprimento, essa especificação substitui a obrigação primária (TRACHTMAN, 2007, p. 132). Ironicamente, a estabilidade e a credibilidade passam a ser definidas pela violação, e não pelo respeito ao

acordo uma vez que, quando se aproveitam de uma cláusula de salvaguarda, os atores estão em situação de descumprimento, mas não sob as regras do pacto (PELC, 2009, p. 351). Na sua redação atual, as desvantagens do artigo 22 do ESC superam as suas vantagens. A igual aplicação do dispositivo em contraste com a desigualdade de poder nas relações econômicas internacionais criou um espaço desequilibrado, inclinado aos antes comercialmente mais poderosos, os únicos capazes de impor sanções comerciais contra os parceiros comerciais de pequeno e médio porte, dependentes das exportações. A solução do artigo 22 é altamente descentralizada e exclusivamente bilateral entre as partes litigantes. Isso implica o risco de que, sob determinadas circunstâncias, é melhor o infrator quebrar a lei do que cumpri-la, uma vez que o artigo 22 não oferece qualquer incentivo adicional para o cumprimento. O cumprimento será atrativo e promissor quando seus benefícios superarem seus custos, a ponto de estes se tornarem proibitivos (ISLAM, 2004, p. 488).

Se a instituição não influencia a negociação entre os membros, provavelmente suas decisões tampouco condicionam as partes envolvidas em um litígio. A exemplo da solução de controvérsias no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o sucesso do sistema da OMC esbarra na sua capacidade de estimular a negociação à sombra de uma lei fraca (BUSCH; REINHARDT, 2001, p. 160 e 168). Nesse sentido, um julgamento eficaz é definido em termos da habilidade básica de um tribunal em compelir ou persuadir o cumprimento de suas sentenças. Internacionalmente, a efetividade de uma adjudicação depende do caráter supranacional do tribunal, a fim de que haja cumprimento pelas instituições governamentais domésticas, diretamente ou por meio do poder de pressão dos litigantes

privados. Na teoria, a questão é relativamente simples. Tribunais internacionais carecem de um mecanismo de coerção direta para impor o cumprimento de suas decisões. Dessa maneira, devem contar com fatores como os interesses imediatos dos Estados envolvidos em disputas, a legitimidade dos juízos envolvidos, a força e a importância das normas jurídicas internacionais que regem uma disputa específica e a força geral da obrigação normativa. Na prática, o recurso a esses mecanismos tem sido problemático. Talvez a melhor medida da relativa ineficácia dos tribunais internacionais seja o grau de esforço despendido pelos advogados internacionalistas para demonstrar que a adjudicação compulsória não é condição necessária nem suficiente para garantir a conformidade com os regimes legais internacionais (HELFER; SLAUGHTER, 1997, p. 278, 285-286, 290). Mesmo que os Estados possam cumprir as suas obrigações internacionais sem necessariamente transformá-las em lei doméstica, a implementação de uma lei é considerada um passo preliminar no estabelecimento do cumprimento (HARPAZ, 2011, p. 735).

3. Fatores que influenciam o mecanismo de execução das regras e das decisões da OMC

A ausência de transparência é uma das principais razões do descumprimento dos acordos internacionais em todos os campos do direito internacional. Sem conhecimento do descumprimento, é mais difícil que público, ONGs e outros países membros imponham o respeito às normas e decisões (WEISS; JACOBSON, 1998, p. 4). Em outras palavras, a falta de visibilidade pública encoraja o descumprimento de um tratado (CHAYES, 1998, p. 44), pois o comportamento que se desvia

das obrigações impostas não é revelado; portanto, o agente não é constrangido a mudar (CHEN, 2012, p. 28-29). Tanto a participação do público quanto a transparência são necessárias à mudança no comportamento estatal como uma forma leve de coerção, uma sanção indireta contra as partes inadimplentes (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 353).

As regras do GATT sempre foram obrigatórias, no sentido jurídico; contudo, as disposições para o uso de cláusulas de escape e outras brechas interagiram com realidades políticas domésticas de uma forma que tornou a sua utilização cada vez mais rara (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 604). Nesse sentido, o estabelecimento, no âmbito da OMC, do órgão de apelação, do “consenso negativo” e a criação do mecanismo de monitoramento do artigo 21 transformaram a solução de disputas comerciais em um sistema juridicamente mais forte. O termo “painel” utilizado no artigo 21.5 do ESC refere-se a um painel de cumprimento; portanto, diferencia-se daquele empregado no artigo 6 do mesmo documento, ou seja, um painel inicial. Essa função de análise de conformidade não existia antes da criação da OMC (KEAMS; CHAMOVITZ, 2002, p. 332, 352).

Entretanto, esse expediente envolve outra questão das mais controversas no debate sobre a implementação dos acordos da Rodada Uruguai – a das eventuais implicações sobre a soberania. Cada país membro abdica de parte do seu direito de autodeterminação, em prol de um sistema de regras que conduz à prosperidade de todos. Entretanto, críticos contestam o valor de um regime de comércio internacional que exige mudanças nas leis domésticas promulgadas adequadamente por um Estado em sentido contrário às regras supranacionais (KIMBLE, 2006, p. 97 e 115). Quando aderem à OMC, os membros não perdem a sua

capacidade de determinar suas próprias leis. Se há poderes normativos que a constituição de um país não concede nem ao chefe de seu Executivo, muito menos à OMC (LAWRENCE, 2003, p. 93, 98)! A título ilustrativo, o “cumprimento antecipado” promove, significativamente, a erosão da soberania, porquanto a intromissão da OMC na capacidade dos Estados de criarem ou aplicarem suas próprias leis inibe o advento de leis domésticas incompatíveis com forças políticas externas. Assim, essa “conformidade antecipatória” reflete um poder da OMC que não é menos importante do que o “cumprimento obrigatório”. Permite aos Estados membros utilizarem o regime da OMC para influenciarem o resultado político da aprovação e implementação de leis em outros estados (KIMBLE, 2006, p. 97-98, 115).

Em direito internacional há boas razões por que os painéis não devem (e não podem) criar obrigações com que as partes não concordaram. Entre outras preocupações, não há nenhum sistema de governo internacional para controlar esses “tribunais” por meios “democráticos” de alteração de leis, reversão de decisões inadequadas, nomeação justa de juízes, entre outras coisas. No caso específico do ESC, ele evoluiu com base no modelo de solução de controvérsias do GATT, essencialmente “diplomático”³, que não contém as proteções processuais essenciais para o devido processo legal, a equidade e a transparência em um ambiente judicial vinculativo (RAGOSTA; JONEJA; ZELDOVICH, 2003, p. 698-699).

A credibilidade do sistema de solução de controvérsias da OMC é frequentemente manchada por suas dificuldades em induzir o cumprimento de decisões negativas proferidas contra membros poderosos. Seu verdadeiro sucesso depende da sua capacidade de proteger e fazer valer os direitos e interesses legítimos de todos os membros, prevenindo abusos e usos indevidos (ISLAM, 2004, p. 488).

Conseqüentemente, painéis e o órgão de apelação da OMC têm proferido decisões como “recomendações” gerais; nem mesmo sugerem aos Estados maneiras de implementar as recomendações, conforme permissão dada pelo artigo 19 do ESC. A imprecisão dessas decisões judiciais têm efeitos assimétricos. Elas permitem aos países maiores, quando perdem, escaparem do cumprimento e, quando vencem, usarem sua influência no mercado para pressionar os países menores a cumprirem (SHAFFER, 2003, p. 38). Como proposição geral, um sistema com recursos ambíguos tende a oferecer pressões desiguais sobre os países

³ Estudiosos do GATT não raro se surpreendem com o alto nível de cumprimento de suas regras e decisões, apesar de sua dependência de procedimentos juridicamente tíbios (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 622).

grandes e pequenos, sendo a dubiedade de tais ordens de reparação vantajosa apenas aos maiores (HUDEC, 2000, p. 372).

Pode-se facilmente ver como o mecanismo de execução funciona na promoção do cumprimento das obrigações da OMC. As nações adotam medidas protecionistas, a fim de satisfazer às demandas de grupos que exercem grande influência na política interna. O remédio da retaliação altera esse equilíbrio de poder ao incentivar outros grupos domésticos a pressionarem o governo em busca da neutralização da influência dos grupos protecionistas e da retirada da medida ilegal, uma vez que a retaliação lhes impõe custos decorrentes do fechamento do mercado do demandante. Portanto, a retaliação cruzada estimula, indiretamente, o cumprimento e a liberalização do comércio⁴, sem uma ingerência aberta do demandante sobre os atores políticos domésticos do demandado (MOVSESIAN, 2003, p. 10).

Ao fornecer incentivos aos grupos de interesse domésticos para monitorarem violações por meio de ameaças de execução, a retaliação é um mecanismo barato para perpetuar a credibilidade do mecanismo de execução de disputas da OMC. É o ideal porque é autoimpositivo e permite que os atores políticos em países fora da lei internalizem os custos da deserção dos compromissos de livre comércio assumidos por seus governos. Além disso, a presença de grupos de interesses protecionistas nos estados prejudicados (ou, que seja, a percepção da presença de tais grupos) pode influenciar, fortemente, a capacidade desses Estados de retaliar (ou fazer ameaças críveis de que irão retaliar). Por consequência, remanesce a possibilidade de que meras ameaças de retaliação sejam suficientes, porque é muito difícil para um Estado dimensionar os verdadeiros custos políticos da retaliação para outro Estado e, ainda, certos Estados podem ter um incentivo para deturpar esses custos. Assim, mesmo se determinado Estado não conta com um importante grupo de interesse doméstico protecionista, pode fingir que o tem, a fim de convencer um Estado fora da lei a honrar suas obrigações comerciais internacionais. A dissuasão ideal não ocorre necessariamente quando a retaliação de fato acontece, mas quando há uma ameaça de retaliação somada à incerteza sobre os custos políticos ou os benefícios da retaliação a um Estado prejudicado. Isso faz da retaliação uma estratégia de execução factível. Um Estado prejudicado pode estar verdadeiramente disposto a retaliar se a retaliação lhe permite atender às demandas de

⁴O efeito sobre a mobilização de grupos e sobre o equilíbrio entre eles varia de acordo com diversos fatores. Os protecionistas estão em melhor situação em relação aos defensores do livre comércio quanto a questões relacionadas à celebração de novos acordos, e os defensores do livre comércio em relação aos protecionistas em questões de conformidade com os acordos existentes (GOLDSTEIN; MARTIN, 2000, p. 604).

um importante grupo protecionista doméstico, o que seria suficiente para reduzir os custos políticos da retaliação (NZELIBE, 2005, p. 217-218, 254).

Ademais, vale lembrar que a situação anterior à entrada em vigor da OMC era a de que a retaliação unilateral se tornava cada vez mais comum. Como o dano causado por uma violação é difícil de ser aferido, era possível a uma nação prejudicada impor, ou ameaçar impor, unilateralmente, uma sanção excessiva. Consequentemente, o sistema tinha um importante impedimento real ou potencial às violações eficientes. Diante disso, o recente advento da autorização pelo OSC de imposição de sanções formais às partes que não adotam as decisões do órgão dentro de um prazo razoável é uma resposta ao perigo de sanções unilaterais excessivas na ausência de um controle centralizado e imparcial quanto a sua correta extensão (SCHWARTZ; SYKES, 2002, p. S201, S203-S204).

Por outro lado, se a retaliação induz ao cumprimento, ela pode ajudar a organização a alcançar os seus objetivos, mas o sistema pode ser contraproducente, caso encoraje mais a retaliação do que a dissuasão de violações, o que geraria uma espiral de retaliações com fortes elementos punitivos capaz de desencadear uma guerra comercial (LAWRENCE, 2003, p. 4).

Além disso, o objetivo principal da OMC é promover a liberalização comercial, e não incentivar medidas restritivas ao comércio. A autorização de barreiras comerciais a fim de garantir a imposição de suas decisões é inconsistente com – senão repugnante a – sua agenda de livre comércio global. Esse é um remédio autodestrutivo com um impacto mínimo sobre a indução de conformidade, capaz apenas de tornar o comércio duplamente restritivo. Essa política de induzir o cumprimento não resolve o problema; ao contrário, multiplica-o. Em

princípio, a prescrição de sanções comerciais retaliatórias contra membros inadimplentes levanta a questão fundamental de por que a OMC autoriza medidas que são a própria antítese do princípio básico do sistema multilateral de livre comércio (ISLAM, 2004, p. 472, 488). O mecanismo da retaliação, embora responde à pergunta sobre a existência de sanção comercial no âmbito da OMC⁵, deixa a difícil tarefa de explicar por que devemos compensar um dano econômico com a prática de outro (CHARNOVITZ, 2002, p. 439).

Hoje há muito menos apoio para tais disposições legais de retaliação. Para avaliar o desempenho das contramedidas autorizadas pela OMC, precisamos considerar a sua eficácia. Se o propósito de tais recursos é promover o cumprimento, cabe perguntar se essas medidas têm garantido o cumprimento das decisões juridicamente vinculantes da OMC. O aumento do número de casos de não conformidade seguidos da utilização de contramedidas é um indicador dos perigos para o regime de comércio mundial. Embates entre dois grandes países industrializados podem prejudicar consideravelmente o sistema. Em dois casos envolvendo as maiores economias do mundo em que as sanções foram realmente empregadas – bananas e hormônios –, o cumprimento não foi significativamente promovido (ALI, 2003, p. 13,19-20).

⁵Os textos da OMC não utilizam o termo “sanção”, conquanto os recursos do sistema sejam percebidos como tal, a exemplo da retirada de concessões, a fim de se induzir o cumprimento (CHARNOVITZ, 2001, p. 796). Entretanto, o direito de responder a uma violação conferido pela OMC a um membro – por exemplo, a retaliação – é comum e incorretamente descrito como uma sanção comercial, uma vez que a medida não é necessariamente punitiva; ou seja, em tese, a reação não causa mais danos do que a ação, salvo se o valor do comércio eliminado pela retaliação for maior do que o valor do comércio afetado pela infração. Dessa maneira, apesar de às vezes implicar uma ação punitiva, nem sempre o será (LAWRENCE, 2003, p. 01).

Induzir o cumprimento por meio de medidas de retaliação está muito mais relacionado ao poder de barganha do demandante, o que, por consequência, coloca os países em desenvolvimento numa posição de desvantagem. Devido às assimetrias do mercado, é improvável que sanções sobre bens e serviços impostas por economias em desenvolvimento atingirão, significativamente, seus parceiros comerciais mais fortes o suficiente para pressioná-los a cumprirem as decisões do OSC. Ao contrário, é possível que as medidas retaliatórias prejudiquem as pequenas economias dependentes, em grande parte, desse comércio (MOINUDDIN; SENSAVANG, 2010, p. 80).

A alternativa produz um sistema de duas classes, em que apenas alguns países podem se dar ao luxo de violar (PELC, 2009, p. 364). Enquanto a OMC preserva a igualdade formal entre os seus membros por meio de princípios como a tomada de decisão por consenso e a não discriminação, na realidade, a resolução de litígios com base na retaliação torna alguns membros mais iguais do que outros. No final, o sistema baseia-se na persuasão do poder, e não no poder de persuasão (LAWRENCE, 2003, p. 07).

Mais de três quartos dos membros da OMC são países em desenvolvimento; portanto, essa questão assume grande importância para a maioria dos membros. Se os casos de descumprimento não puderem ser sanados, não durará muito a euforia sobre o “grande salto” da OMC e sérias questões serão levantadas sobre a eficácia de seus procedimentos de resolução de litígios (ALI, 2003, p. 4). O OSC não tem proporcionado uma das poucas vantagens que o mundo em desenvolvimento acreditou que alcançaria no âmbito da OMC: um mecanismo de execução objetivo que não levasse em conta riqueza ou poder. Em vez disso, o funcionamento do OSC tem servido apenas para

preservar os males do *status quo*. Ou seja, sua incapacidade de garantir o cumprimento pelos estados mais fortes contribuiu para a preservação dos saldos das negociações já existentes. Ele defenestrou uma ferramenta com a qual os países em desenvolvimento esperavam moldar uma ordem mundial mais justa. A exemplo do contencioso entre Brasil e EUA sobre o algodão, os países em desenvolvimento não são capazes de forçar os desenvolvidos ao cumprimento, sem a ajuda da OMC. O OSC deve estar consciente do fato de que a sua inação preserva e ratifica desequilíbrios comerciais; portanto, deve agir rapidamente para fazer valer as suas decisões. O que se espera é que as mesmas regras sirvam para todas as partes e que, assim, a OMC se aproxime do sistema imaginado por seus membros (MANNING; RAGAVAN, 2010, p. 29). As medidas coercitivas da OMC, pelo menos para a maioria dos países em desenvolvimento, têm apenas um “significado virtual” (FOOTER, 2001, p. 94).

A seu turno, o uso da compensação como remédio transitório até o cumprimento integral revela que, na prática, o modelo de solução de litígios da OMC tem sido o de “cumprimento-retaliação” em vez de “cumprimento-compensação-retaliação” (WILSON, 2007, p. 399). Assim, regras substantivas podem ser de valor limitado se procedimentos e recursos não estiverem disponíveis para as partes afetadas, em particular para as mais fracas (SHAFFER, 2003, p. 5).

Mais do que isso, a incoerência dos recursos da OMC transcende a seara dos problemas dos países em desenvolvimento. Na medida em que os remédios são incoerentes, o sistema legal é incoerente. Sem soluções apropriadas, os Estados não têm incentivos adequados para cumprir (TRACHTMAN, 2007, p. 129). O embate entre as mais importantes economias comerciais do mundo ressalta a mais grave falha

do sistema da OMC: responder a violações (LAWRENCE, 2003, p. 4). A credibilidade de um sistema jurídico depende da eficácia dos seus mecanismos de reparação por meio dos quais os direitos e obrigações são respeitados (BABU, 2012, p. 458). Os remédios da OMC não prevêm qualquer real reparação pelos danos causados. Nesse sentido, o direito da OMC está em desacordo com praticamente qualquer outro sistema jurídico doméstico ou internacional. Como tal, contrasta com um antigo brocardo jurídico: *ubi ius, ibi remedium*. Na OMC, pode haver lei, mas nem sempre há uma solução (BRONCKERS; BROEK, 2005, p. 102,109).

Todavia, os países em desenvolvimento e os países de menor desenvolvimento relativo são os que se encontram em maior desvantagem jurídica. De fato, esses países muitas vezes não conseguem aproveitar as potencialidades das demandas, porque têm poucos especialistas domésticos em assuntos de comércio internacional, quando os têm. Além disso, têm menos condições financeiras de pagar por um aconselhamento jurídico. Assim, são frequentemente incapazes de utilizar o OSC; conseqüentemente, a OMC faria bem em ajudá-los, em particular na fase de consulta (BUSCH; REINHARDT, 2001, p. 172).

Não se deve olvidar que o compromisso de um sistema pautado pelo direito é nivelar o campo de jogo entre os fortes e os fracos. Abandonar esse objetivo seria aceitar a desigualdade permanente. Entretanto, um sistema juridicamente orientado não garante, por si só, resultados eficientes. Para isso, também é preciso um nível adequado de capacidade jurídica e experiência (BUSCH; REINHARDT, 2003, p. 734). De fato, os países em desenvolvimento devem ser cautelosos com o viés institucional e com os problemas do legalismo exacerbado. Eles devem preocupar-se com a intromissão em questões de política interna e bem-estar de seus povos. Porém, fortalecer o sistema – o de reparação, em particular, e o de solução de controvérsias, em geral – com base no “primado do direito” seria mais vantajoso para os países em desenvolvimento do que um sistema baseado no poder e nas relações de poder. A função do direito é estabelecer ordem, procedimentos e uma interpretação da lei em conformidade com os princípios da equidade e da justiça, a fim de que se tenha uma idônea resolução de disputas. Ausentes esses princípios, a OMC continuará a sofrer de déficit de legitimidade (BABU, 2012, p. 501).

4. Considerações finais

Há um forte debate acadêmico sobre a obrigatoriedade do cumprimento das decisões do OSC. Consoante o artigo 22.1 do ESC, o recurso aos mecanismos de suspensão e compensação é meramente “transitório”

rio”, porém suficiente para tornar o descumprimento possível e insuscetível a medidas punitivas. A obrigação incondicional de adesão às regras do ESC não destitui os membros da OMC de sua legítima liberdade de escolha dos meios para tal.

Antes disso, e talvez ainda mais importante, é preciso separar os efeitos punitivos dos remédios jurídicos daqueles responsáveis pelo cumprimento eficiente de regras e decisões da OMC. Certamente, há fatores mais importantes do que a retaliação para a indução ao cumprimento de normas comerciais internacionais. Nessa equação, é impossível desconsiderar o papel desempenhado, por exemplo, pela reputação e pela reciprocidade. Entre a teoria e a prática, o cumprimento forçado das normas de comércio internacional remanesce apenas no imaginário de alguns juristas.

A cooperação internacional é marcada pelo embate entre duas forças contraditórias: o pragmatismo e a legalização. Portanto, somente por meio da criação de remédios jurídicos adequados, considerados os custos políticos domésticos, os Estados passam a ter incentivos para cumprir com o que antes não cumpriam. Em comércio internacional, não há uma relação pura de causalidade entre legalização e liberalização. Por um lado, a redução da capacidade dos governos de abandonarem compromissos pode ter o efeito positivo de afastar comportamentos oportunistas calcados em critérios protecionistas. Por outro lado, regras rígidas e obrigatórias podem ter efeitos negativos no incerto ambiente do comércio internacional – suscetível a choques econômicos –, bem como engendrar proibitivos custos internos no caso de violações. Então, o equilíbrio depende de um adequado ajuste dos efeitos da legalização das políticas comerciais internacionais. Entretanto, se a flexibilidade de um acordo mediante o uso de cláusulas de escape aumenta a sua eficácia até certo ponto, e a diminui após esse ponto, quando o equilíbrio desejado não puder ser alcançado, deve ser considerada a imposição de algum tipo de indenização aos eventuais prejudicados.

Ironicamente, nesse regime jurídico internacional, a violação da norma define o seu cumprimento. Num primeiro momento, pode parecer que o cumprimento das normas não seja a questão principal. Porém, ocorre que, em situações nas quais ambos, violador e violado, estejam simultaneamente em melhores condições, eventuais violações devem ser toleradas. Contudo, em virtude de relações marcadamente assimétricas entre os membros da OMC, circunstâncias haverá em que o benefício do descumprimento da lei superará os custos de cumpri-la e, portanto, não haverá qualquer incentivo adicional para o cumprimento. A ineficácia é o maior risco que corre um sistema jurídico internacional calcado em uma lei fraca, sem mecanismos diretos de coerção,

adjudicação compulsória e implementação obrigatória de suas regras e decisões.

Sobre o autor

Fernando Lopes Ferraz Elias é mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), Florianópolis, SC, Brasil; doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; pesquisador-docente com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), Brasília, DF, Brasil.

E-mail: flfe@ig.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

DILEMMAS AND CHALLENGES OF RETALIATION AS INTERNATIONAL LEGAL COMPLIANCE IN WTO

ABSTRACT: This paper analyzes the retaliation as international legal compliance in the WTO. Initially, we investigate the issue of implementation in its political and legal context. Ahead, we examine the factors that influence the mechanisms of enforcement of the WTO rules and decisions. We conclude that the instrument of the retaliation can not be conceived as the only, nor as the most appropriate tool to the needed compliance with the WTO law, due to the sharp asymmetry between its members, otherwise will lead the legal system of WTO to illegitimacy and ineffectiveness.

KEYWORDS: WTO. INTERNATIONAL LEGAL COMPLIANCE. RETALIATION. IMPLEMENTATION.

Referências

ALI, Asim Imdad. Non-compliance and ultimate remedies under the WTO dispute settlement system. *Journal of Public and International Affairs*, v. 14, p. 1-22, 2003.

BABU, R. Rajesh. Remedies for violations of WTO law: the misplaced notion of effectiveness. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 7, n. 2, p. 457-516, 2012.

BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van den. Financial compensation in the WTO: improving the remedies of the WTO dispute settlement. *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 1, p. 101-126, 2005.

BUSCH, Marc L.; REINHARDT, E. Bargaining in the shadow of the law: early settlement in GATT/WTO disputes. *Fordham International Law Journal*, v. 24, n. 1, p. 158-172, 2001.

⁶Sem revisão do editor.

_____. Developing countries and general agreement on tariffs and trade/World Trade Organization dispute settlement. *Journal of World Trade*, v. 37, n. 4, p. 719-736, 2003.

CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 4, p. 792-832, 2001.

_____. The WTO's problematic "last resort" against noncompliance. *Aussenwirtschaft*, v. 57, n. 4, p. 409-439, 2002.

CHAYES, Abram. Managing compliance: a comparative perspective. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. *Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords*. Massachusetts: The Mit Press, 1998. 614 p.

CHEN, Sijie. China's compliance with WTO transparency requirement: institution-related impediments. *Amsterdam Law Forum*, v. 4, n. 4, p. 25-50, 2012.

FASAN, Olu. Commitment and compliance in international law: a study of the implementation of the WTO TRIPS agreement in Nigeria and South Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 20, n. 2, p. 191-228, 2012.

FOOTER, M. E. Developing country practice in the matter of WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, v. 35, n.1, p. 55 - 98, 2001.

GOLDSCHMIDT, Mark R. The role of transparency and public participation in international environmental agreements: the North American agreement on environmental cooperation. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, v. 29, n. 2, p. 343-398, 2002.

GOLDSTEIN, Judith; MARTIN, Lisa L. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 603-632, 2000.

GRIECO, Joseph M. *Cooperation among nations: Europe, America, and non-tariff barriers to trade*. New York: Cornell University Press, 1990. 255 p.

GUZMAN, Andrew T. Global governance and the WTO. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 303-352, 2004.

HARPAZ, Marcia Don. China's WTO compliance-plus anti-dumping policy. *Hebrew University of Jerusalem*, v. 45, n. 4, p. 727-766, 2011.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 2, p. 273-392, 1997.

HUDEC, Robert E. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Friedl (Coord.). *Improving WTO dispute settlement procedures: issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals*. London: Cameron May, 2000. p. 345-376.

ISLAM, M. Rafiqul. Recent EU trade sanctions on the US to induce compliance with the WTO ruling in the foreign sales corporations case: its policy contradiction revisited. *Journal of World Trade*, v. 38, n. 3, p. 471-490, 2004.

JACKSON, John H. International law status of WTO dispute settlement reports: obligation to comply or option to "buy out"? *American Journal of International Law*, v. 98, n. 1, p. 109-125, 2004.

KEAMS, Jason; CHAMOVITZ, Steve. Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5. *Journal of International Economic Law*, v. 5, n. 2, p. 331-352, 2002.

KIMBLE, Tina Potuto. Anticipatory compliance with WTO rules and the erosion of U.S. sovereignty. *QLR*, v. 25, n. 1, p. 97-116, 2006.

LAWRENCE, Robert J. *Crimes and punishments: retaliation under the WTO*. Washington, DC: Peterson Institute, 2003. 120 p.

MANNING, Brian; RAGAVAN, Srividhya. The dispute settlement process of the WTO: a normative structure to achieve utilitarian objectives. *UMKC Law Review*, v. 79, n. 1, p. 01-30. 2010.

MOINUDDIN, Mustafa; SENSAVANG, Vilakone. WTO dispute settlement and the problems of compliance: does cross-retaliation under TRIPS provide a remedy? *Yokohama Journal of Social Sciences*, v. 15, n. 4, p. 79-90, 2010.

MOVSESIAN, Mark L. Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis. *Hofstra Law Review*, v. 32, n. 1, p. 01-22, 2003.

NZELIBE, Jide. The credibility imperative: the political dynamics of retaliation in the World Trade Organization's dispute resolution mechanism. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 6, n. 1, p. 215-254, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Órgão de Solução de Controvérsias. *Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias* (ESC). [1994].

PELC, Krzysztof J. Seeking escape: the use of escape clauses in international trade agreements. *International Studies Quarterly*, v. 53, p. 349-368, 2009.

RAGOSTA, John; JONEJA, Navin; ZELDOVICH, Mikhail. WTO dispute settlement: the system is flawed and must be fixed. *International Lawyer (ABA)*, v. 37, n. 3. p. 697-752, 2003.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth (Org.). *The handbook of international relations*. Princeton: Kim Lane Scheppele; Los Angeles: Sage Publications, 2002. p. 538-558.

REINHARDT, Eric. Adjudication without enforcement in GATT disputes. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 45, n. 2, p. 174-195. 2001.

SCHWARTZ, Warren F; SYKES, Alan O. The economic structure of renegotiation and dispute resolution in the World Trade Organization. *Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. S179-S204. 2002.

SHAFFER, Gregory. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. In: _____; MOSOTI, Victor; QURESHI, Asif (Coord.). *Towards a development-supportive dispute settlement system in the WTO. ICTSD Resource Paper*, n. 5, p. 1-65. 2003.

STEINBACH, Armin. EC liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: the lack of judicial protection persists. *Journal of World Trade*, v. 43, n. 5, p. 1.047-1.070, 2009.

TRACHTMAN, Joel P. The WTO cathedral. *Stanford Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 127-168. 2007.

WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A framework for analysis. In: _____; _____. *Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords*. Massachusetts: The Mit Press, 1998. 614 p.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement ruling: the record to date. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 2, p. 397-403, 2007.

Integridade transnacional dos direitos humanos

ALONSO FREIRE

Resumo: Este artigo busca responder à questão sobre se os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos. Busca expor os argumentos e a disputa entre relativismo e universalismo dos direitos humanos. Expõe a ideia romana de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” usada por Jeremy Waldron em favor da invocação involuntária do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Defende que não deve haver uma harmonização global e regional indiscutível entre todos os direitos constitucionais que correspondem aos direitos humanos. Sustenta a invocação de fontes estrangeiras e internacionais mediada por uma “margem de apreciação comparativa”, a ideia segundo a qual os tribunais devem levar a sério as características das sociedades e os aspectos situacionais dos casos concretos.

Palavras-chave: Integridade. Direitos Humanos. Direito Transnacional. Direito Estrangeiro.

1. Introdução

Em 1984, durante uma convenção do Partido Republicano ocorrida na cidade de Dallas, no Texas, Gregory Lee Johnson, um norte-americano membro da *Revolutionary Communist Youth Brigade* (Brigada da Juventude Revolucionária Comunista), pôs fogo em uma bandeira dos Estados Unidos em protesto à política de administração do então presidente Ronald Reagan. Muitos dos que estavam no local sentiram-se ofendidos com a atitude de Johnson, que, além de multado em dois mil dólares, foi condenado e sentenciado à pena de um ano de detenção por violar uma lei daquele Estado, que criminalizava a queima da bandeira estadual ou nacional.

Recebido em 11/5/15
Aprovado em 3/11/15

Tempos depois, declarando que sua atitude era uma expressão “simbólica” protegida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, Johnson interpôs recurso, em virtude do qual a Corte de Apelações Criminais do Texas reformou a decisão que o condenara. Após decisão favorável a Johnson, o Estado do Texas conduziu o caso à Suprema Corte, que decidiu em favor de Johnson, por cinco votos contra quatro.¹ Coube ao juiz William Brennan Jr. redigir a decisão da maioria. Em seu voto, Brennan afirmou inexistirem evidências de que a atitude de Johnson configurava iminente distúrbio da paz pública, como alegara o procurador do Texas, e que a proteção dada pela legislação texana à bandeira como símbolo nacional merecedor de respeito não era cabível quando sua queima representasse um protesto político. “Se há um princípio fundamental na Primeira Emenda”, afirmou Brennan, “é o de que o Estado não pode proibir a expressão de uma ideia pelo simples fato de a sociedade considerar a ideia em si mesma ofensiva ou nociva”.²

Quatorze anos mais tarde, Paul Barry Hopkinson pôs fogo à bandeira da Nova Zelândia, no Parlamento nacional, em protesto ao apoio dado pela Austrália aos Estados Unidos durante a guerra no Iraque.³ Seu protesto deu-se em 2003, na ocasião de uma visita ao país feita pelo primeiro-ministro australiano. Por seu ato, Hopkinson foi preso e condenado a pagar NZD\$ 600,00 em virtude da violação do *Flags, Emblems, and Names Protection Act 1981*, uma lei que criminalizava a destruição de símbolos nacionais com o propósito de desonrá-los. Como Johnson, Hopkinson apelou de sua condenação argumentando que a queima da bandeira nacional em sinal de protesto não deveria ser considerada como uma forma de desonra, pelo menos não diante das disposições sobre a liberdade de expressão previstas na Declaração de Direitos da Nova Zelândia, aprovada em 1990.

Para a Corte responsável pelo julgamento do recurso, não havia dúvidas de que o ato de Hopkinson estava na fronteira da liberdade de expressão.⁴ Todavia, os juízes estavam cientes de que a Declaração de Direitos permitia ao legislador estabelecer “limites razoáveis” aos di-

¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

² Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana pela primeira vez se manifestou diretamente sobre se a Primeira Emenda protege a irreverência à bandeira norte-americana como forma “simbólica” de expressão. A Corte havia julgado outros casos que envolviam a utilização da bandeira norte-americana como forma de expressão. Em todos eles, porém, ela não se posicionou claramente sobre a questão. Meses após a decisão em *Texas v. Johnson*, e como forma de reação política, o Congresso norte-americano, pretendendo revogar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Texas v. Johnson*, aprovou o *Flag Protection Act*, lei posteriormente declarada inconstitucional pela Corte, no caso *United States v. Eichman*, no qual ela invocou os mesmos argumentos já oferecidos em *Texas v. Johnson*.

³ Sobre o caso, ver capítulo 5 do livro de Waldron (2012).

⁴ *Hopkinson v. Police* (2004) 3 NZLR 704.

reitos fundamentais nela reconhecidos, desde que esses limites fossem “demonstravelmente justificados em uma sociedade livre e democrática”. A Corte, portanto, precisava responder se a proibição da queima da bandeira satisfazia esse teste.

Discordando do argumento de Hopkinson de que a proteção da bandeira tinha um objetivo muito pouco importante em uma sociedade multicultural como a da Nova Zelândia, a juíza Ellen France afirmou: “Eu acredito que o objetivo ainda assim é importante”. “Em *Texas v. Johnson*”, disse ela, “a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a legislação do Estado do Texas contra a queima da bandeira era inconstitucional, mas considerou que os objetivos do Estado de preservar a bandeira como um símbolo de unidade nacional e de evitar violações à paz eram legítimos”. A juíza France voltou a citar o caso *Texas v. Johnson* ao analisar se a proibição de queimar a bandeira era um meio legítimo e proporcional de realizar esse objetivo legítimo. Ela também invocou um caso decidido em Hong Kong envolvendo a proibição de destruição das bandeiras nacional e local; nesse caso, porém, o judiciário chinês sustentou a legislação que proibia o ato, ainda que em protesto. Observando que sobre a questão havia “espaço para visões distintas”, a juíza France concluiu que obviamente “a bandeira é importante. Contudo, mesmo nos Estados Unidos, onde a bandeira é um símbolo dominante, a maioria concluiu que sua proteção não autorizava a interferência do direito penal. [...] Concluo que a conexão racional do teste [...] não está presente aqui e, portanto, a proibição sobre a conduta do apelante não era um limite justificado à liberdade de expressão”. Em um apêndice à sua decisão, a juíza esboçou a posição de vinte países sobre a queima de bandeiras – entre eles, Áustria, Canadá, França, Índia, Itália, Japão, Noruega, Portugal e Turquia.

Estes são apenas alguns exemplos de um fenômeno global que tem recebido da literatura estrangeira várias denominações metafóricas.⁵ É bem verdade que, nas últimas décadas, o debate a propósito dos direitos humanos tem chamado a atenção de filósofos, juristas, cientistas políticos, antropólogos, políticos, ativistas e outros interessados nas inúmeras e difíceis questões que esses direitos suscitam na prática e em teoria. A maioria dessas questões diz respeito à sua natureza, função, justificação, conteúdo e aplicação desses direitos. Sem dúvida, tais questões geralmente se sobrepõem e é difícil tratá-las independentemente. Pensar sobre a natureza e a função dos direitos humanos, por exemplo, envolve a discussão a propósito do seu conteúdo e aplicação, o que quase necessariamente nos remete à questão da sua justificação. A literatura a respeito de cada uma dessas questões é extraordinariamente vasta. A despeito disso, é possível discuti-las, talvez não separadamente, mas com maior ênfase.

Talvez esses direitos sejam especialmente controversos no que diz respeito à sua aplicação. Isso é compreensível dado o fato de ainda haver profundos desacordos quanto à maneira apropriada de interpretá-los e de implementá-los nos planos doméstico, internacional e regional. Não raras vezes, as interpretações nesses diferentes níveis variam significativamente; e a escolha de seguir a interpretação ou a abordagem já adotada por um determinado tribunal pode ser considerada sinal de uma orientação em direção a uma concepção particular desses direitos – o que é controverso em si mesmo, devido, entre outras razões, ao fato de ainda haver um intenso debate entre uni-

⁵ Por exemplo, “migração de ideias constitucionais”, “empréstimos constitucionais”, “transplantes constitucionais”, “comércio entre juízes”, “fertilização constitucional cruzada” e “troca de ideias legais” (FREIRE, 2014).

versalismo e relativismo cultural em relação a esses direitos (DONOHO, 1991).

Em relação aos direitos humanos, tem-se afirmado que o universalismo e o relativismo cultural são posições opostas que formam uma relação de tensão ou, mesmo, que se excluem. De um lado, há os que defendem que levar a sério os direitos humanos corresponde a assumir a ideia de que há compromissos éticos universais que não estão sujeitos a exceções; de outro, há os que sustentam que a própria ideia de direitos humanos envolve a necessidade de reconhecimento de que tais direitos podem ser excepcionados frente a aspectos culturais, pois não existe uma cultura universal, de modo que se faz necessária a acomodação de diferenças.

Essa dualidade de perspectivas é encontrada na discussão a propósito do uso ou consulta a decisões judiciais sobre direitos humanos já tomadas por outros tribunais no momento em que um tribunal ou um juiz nacional resolve um caso doméstico envolvendo um ou mais direitos humanos. No âmbito dessa discussão, o relativismo cultural ganha o nome de particularismo, uma posição oposta ao universalismo, que se opõe à prática comparativa nas decisões judiciais. Reconhecendo essa discussão, o propósito deste artigo é responder à seguinte questão: os tribunais ao redor do mundo devem buscar uma coerência mundial na interpretação dos direitos humanos? Ou cada tribunal deve interpretar esses direitos de acordo com as particularidades culturais de seus países sem se importar com as interpretações que outros tribunais ao redor do mundo já deram a eles em casos semelhantes?

A construção da resposta à questão será feita mediante a seguinte estratégia geral. Nas duas primeiras seções, e tendo em vista a dualidade mencionada, buscaremos expor os argumentos e a disputa entre relativismo e universalismo dos direitos humanos. Como será

visto, essa disputa reflete posturas distintas no que diz respeito à comparação judicial. A terceira seção expõe a ideia romana de *partim communi omnium hominum iure utitur* (“leis parcialmente comuns a toda espécie humana”) resgatada por Jeremy Waldron (2012) numa obra excepcionalmente notável em favor da invocação voluntária do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Nas três seções seguintes, construo a ideia que defendo nesse artigo: a integridade transnacional dos direitos humanos. Nas duas últimas seções, recorro a dois argumentos sustentados por Waldron como apoio argumentativo à ideia que defendo. Ao final, são feitas considerações a título de conclusão parcial.

2. Relativismo cultural, particularismo jurídico e resistência

O relativismo cultural baseia-se no pressuposto de que os direitos humanos não podem ser apoiados em um fundamento moral universalmente reconhecido. Em outras palavras, não existe um único argumento ou justificativa para os direitos humanos capaz de ser aceito por todos e em todos os lugares (MARTIN, 2013, p. 61). Pelo contrário, todos os valores morais, incluindo os direitos humanos, são relativos a um contexto cultural do qual eles emergem. Estudiosos que defendem essas ideias opõem-se às normas atuais de direitos humanos por considerá-las insensíveis ou mesmo incompatíveis com as distintas condições sociais, culturais e políticas existentes em diferentes nações e comunidades políticas. Algumas vezes, a oposição é forte o bastante para direcionar ao Ocidente a acusação de imperialismo cultural (BINDER, 1999).

Segundo os relativistas, a consideração do caráter relativo desses valores seria essen-

cial para a realização da justiça em democracias modernas. Coerente com isso, a própria ambição do universalismo é criticada como ilegítima, dado que diferentes Estados e povos têm distintas constelações de interesses e concepções sobre questões éticas. A reivindicação de um universalismo global relativa aos direitos humanos seria, portanto, na melhor das hipóteses, ingênua e arrogante. Existem direitos políticos que a comunidade transforma em direitos jurídicos, os quais, por serem políticos, também devem ser considerados como trunfos – inclusive, algumas vezes contra os direitos humanos –, já que, em algumas hipóteses, diferentemente destes, aqueles podem expressar a mais genuína vontade de uma comunidade política. Com isso, quer-se dizer que nem todos os direitos humanos são universais (ou, pelo menos, suas interpretações) e que pode ser sensatamente considerado um ato ilegítimo qualquer tipo de imposição deles contra os direitos jurídicos que sedimentam aspectos culturais próprios de uma comunidade política (DONNELLY, 1984).

Embora as críticas relativistas ao suposto caráter universal de alguns direitos não sejam recentes, um crescente número de estudiosos e mesmo de governos tem afirmado que Estados têm o direito de refutar acusações de desobediência aos direitos humanos, assim como o de opor-se à crítica internacional. Tais argumentos baseiam-se nas divergências culturais, sociais e políticas inequívocas. Conquanto variem em algum grau, todos eles se assentam na asserção de que a existência, a aplicação e o significado dos direitos humanos devem ser dependentes das variáveis encontradas nos diferentes tipos de Estado.

Seriam três os seus principais tipos: o ocidental, o socialista e o das chamadas nações em desenvolvimento. Segundo os relativistas, as atuais normas de direitos humanos refletem apenas a visão ocidental dos direitos, que decorrem, predominantemente, das tradições democráticas e liberais europeias. As nações em desenvolvimento consideram as normas de direitos humanos como disposições com propensões ocidentais, do ponto de vista cultural, as quais não refletiriam, portanto, as heranças culturais, sociais e políticas de um mundo “não ocidental”, pois enfatizam de forma excessiva os direitos individuais e as liberdades civis e políticas exigíveis judicialmente. Essa ênfase contrasta também com a concepção de direitos em Estados socialistas, cujas preocupações estão voltadas para os direitos coletivos, o desenvolvimento econômico e interesses ideológicos e legítimos do Estado. Em conjunto, essas objeções revelam considerável resistência às normas de direitos humanos por parte de nações em desenvolvimento e Estados socialistas em virtude do caráter predominantemente liberal desses direitos. Em resumo, as sociedades ocidentais consideram os direitos humanos como indivi-

duais, adversariais, exigíveis judicialmente e inalienáveis, ao passo que nas tradições não ocidentais (como as asiáticas, africanas e hinduístas) tais direitos podem não contar com essas características, inclusive com nenhuma delas.

Muito embora ao termo “relativismo” possam ser dadas diversas interpretações, no que diz respeito aos direitos humanos, ele envolve a combinação de três alegações distintas sustentadas por seus defensores. Como proposição geral, dizem eles que os membros de uma sociedade não podem legitimamente julgar ou condenar as práticas sociais de outras tradições. A essência desse argumento relativista está na ideia de que valores normativos extraem seus significados fundamentalmente de contextos particulares, o que corresponde a afirmar a inexistência de normas transculturais capazes de avaliar as práticas de direitos humanos. Em outras palavras, as variações nas práticas sociais impedem a crítica externa.

Essa é a proposição geral da qual eles extraem outras quatro. A primeira delas é a de que certos valores humanos (v.g. participação política e igual proteção) simplesmente são não apropriados a certos contextos políticos e culturais. Segunda: mesmo que algum direito humano seja apropriado para uma cultura, seu conteúdo específico depende substancialmente das circunstâncias políticas e culturais dessa sociedade; valores fundamentais, tais como justiça, igualdade e liberdade, dependeriam profundamente de particularidades políticas e culturais. Terceira: em decorrência das duas proposições anteriores, o respeito e a tolerância de tradições culturais diversas deveriam tornar imunes a críticas externas certas práticas culturais de críticas externas – caso de práticas culturais como o noivado entre crianças, o levirato e a mutilação genital feminina. Quarta: cada Estado deve adotar sua própria concepção a propósito do que os direitos humanos exigem, sempre com base em suas preferências culturais e ideológicas.

No discurso jurídico, o relativismo traduz-se em um particularismo. Assim, seguindo a linha de raciocínio anterior, o argumento contra a comparação judicial na jurisdição constitucional e dos direitos humanos enfatiza que as normas jurídicas que definem os direitos humanos devem ser interpretadas de acordo com as circunstâncias nacionais particulares e com a história constitucional nacional de cada país, bem como com a cultura política e com a história da nação. “Em sua formulação mais forte, o particularismo jurídico insiste que as constituições são aspectos importantes da identidade nacional” (CHOUDHRY, 1999, p. 830). Tendo em vista o grande valor dado às constituições nacionais, a interpretação das normas correspondentes aos direitos humanos ou mesmo de normas de direitos humanos previstas em tratados inter-

nacionais assumidos por cada nação deve ser realizada a partir dos aspectos particulares de cada nação. Sob esse ponto de vista, a

jurisprudência comparativa não oferece qualquer ajuda, precisamente porque ela vem de fora de um determinado sistema jurídico. Na melhor das hipóteses, ela representa uma curiosidade estrangeira de interesse estritamente acadêmico e de pouca relevância prática. Na pior delas, seu uso é uma imposição ou mesmo uma forma de imperialismo jurídico (CHOUDHRY, 1999, p. 830).

O particularismo jurídico é muito acentuado no campo mais amplo da discussão das teorias de interpretação constitucional, sobretudo nos Estados Unidos, mas ele também tem defensores no campo específico do direito comparado. Para seus sectários, que levam muito a sério as diferenças entre os sistemas jurídicos, embora exista um vocabulário familiar entre os mais distintos sistemas jurídicos (v.g. direitos, liberdades, deveres, poderes etc.), isso apenas significa uma familiaridade superficial que pode encobrir profundas diferenças jurídicas não percebidas à primeira vista (ALFORD, 1986).

Em síntese, o “argumento básico dos particularistas é o de que, em um mundo pós-realista, está fora de disputa que textos jurídicos são inerentemente ambíguos e que eles requerem fontes extratextuais para a interpretação e aplicação deles em casos concretos” (CHOUDHRY, 1999, p. 830). Os particularistas insistem, pois, que os tribunais e juízes não devem olhar para experiências estrangeiras; devem, ao contrário, olhar para as fontes extralegais que conformam as normas de um sistema jurídico de uma nação em particular.

Essa crença nas fontes extrajudiciais de cada comunidade política leva os particularistas a serem profundamente céticos quanto

à viabilidade de empréstimos, transplantes e migrações legais e constitucionais, e a sustentarem uma postura de resistência a essas práticas, que é frequentemente associada a um tipo particular de nacionalismo constitucional e legal. Como esclarece Vicki Jackson:

Nessa visão, apenas aquelas normas jurídicas que foram adotadas de acordo com regras procedimentais controladas de uma comunidade jurídica nacional particular (e que, portanto, refletem a vontade e a identidade presumidas dessa comunidade particular) deveriam ser consideradas na interpretação do direito, e tanto o direito internacional como o direito estrangeiro são considerados com algum ceticismo ou suspeita como fontes de compreensão constitucional (JACKSON, 2010, p. 8).

Para os seus defensores, a ideia de um texto constitucional em si mesma pode ser vista como um convite à resistência ou indiferença ao direito estrangeiro e ao direito internacional em geral e à comparação judicial, em particular, já que as constituições representam a autoconstituição e a autoexpressão de comunidades particulares. Vistas dessa maneira, as constituições representam um papel “expressivista” (TUSHNET, 1999, p. 1.225), revestindo a nação de identidade própria e autocompreensão. Assim, se “uma constituição é fundamentalmente um instrumento jurídico que olha para si próprio, cujo propósito é expressar os compromissos, limites e unicidade de um povo particular, as visões de cortes estrangeiras ou de tribunais internacionais são de pouco interesse ou podem até mesmo ser prejudiciais” (JACKSON, 2010, p. 20).

Assim, mesmo os direitos humanos devem receber das cortes nacionais interpretações próprias que estejam de acordo com o sistema jurídico, com a história e, principalmente, com a constituição nacional. Por essa razão, insis-

tem não ser recomendável a comparação judicial na interpretação e aplicação de direitos humanos, mesmo quando a previsão desses direitos esteja apenas em tratados e convenções internacionais ratificados por uma determinada nação.

Conquanto muitas normas constitucionais materialmente também sejam normas de direitos humanos, aqueles que podem ser considerados particularistas afirmam haver uma diferença crucial entre escrever uma nova constituição – na qual seria possível e mesmo recomendável a repetição de normas de direitos humanos – e interpretá-la. Assim, o direito estrangeiro e o direito internacional seriam irrelevantes para a interpretação da constituição de determinado país, ainda que possam ser importantes no momento de sua elaboração.

3. Universalismo e convergência

Em virtude das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram originalmente concebidos como medidas voltadas ao estabelecimento de limites e deveres a todos os Estados e entre eles no tratamento dos indivíduos (WALKER, 2013). O fundamento para esses limites e deveres decorreria do simples fato de sermos humanos; e, devido ao reconhecimento da validade dessa premissa fundamental, reivindica-se a universalidade desses direitos. Contudo, seu caráter universal também decorreria de três outras premissas (DONOHO, 1991, p. 356). A primeira delas é a de que existe ou pode ser criada uma ordem normativa internacional limitada, por meio da qual os Estados podem expressar e agir com base em julgamentos morais coletivos. Essa ideia é baseada na assunção de que uma comunidade de nações é capaz de julgar moralmente inaceitáveis algumas ações

ou omissões dos Estados nas suas relações com os indivíduos. Esses julgamentos morais coletivos e internacionais pressupõem, obviamente, a existência de valores compartilhados, pelo menos em algum nível.

A segunda premissa decorre da primeira. É que, se existe ou pode existir essa ordem moral global, é necessário que, para sua promoção e proteção, ela seja de algum modo imposta. Isso se dá por meio da formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que hoje reconhece que a comunidade de nações tem a obrigação de promover e proteger necessidades e interesses humanos essenciais. A internacionalização desses direitos implica que os Estados compartilham em algum grau valores básicos, já que ela também implica uma exceção ao poder absoluto dos Estados de estabelecerem suas próprias ordens internas.

Por fim, a terceira premissa da universalidade desses direitos decorre do fato de eles poderem ser justificados a partir de distintas bases filosóficas. É possível afirmar que eles resultam da necessidade de realização do potencial humano, da justiça social, da promoção de necessidades humanas (BAY, 1982), do igual respeito e consideração devido a cada indivíduo, da noção ocidental de direitos naturais etc. O certo é que, embora difiram em detalhes e abordagem, quase todas essas teorias afirmam que os direitos humanos são fundamentalmente baseados nas necessidades e interesses humanos que todas as pessoas igualmente possuem como pré-requisitos da dignidade humana (NICKEL, 1982).

Para os universalistas, essa universalidade implica, entre outras coisas, a aplicação igual e uniforme dos direitos humanos a todos, em geral, ou àqueles dentro da categoria protegida (v.g. mulheres, crianças, deficientes etc.), em particular (WALKER, 2013, p. 39). Essa aplicação, portanto, exige que em hipótese algu-

ma se excepcionem direitos considerados humanos, mesmo que seus detentores, os seres humanos, possam estar inseridos em comunidades nas quais há reconhecida especificidade cultural ou religiosa. Segundo essa posição, embora comunidades políticas tenham direitos políticos e jurídicos específicos, os direitos humanos, na qualidade de trunfos, prevalecem frente àqueles, embora se reconheça que isso só deva ocorrer quando estiverem em jogo determinados direitos humanos e não qualquer um deles. Com isso, haveria uma diferença entre direitos humanos realmente universais e direitos humanos não universais.⁶

A ideia de universalidade dos direitos humanos alimenta uma segunda postura quanto ao uso de materiais estrangeiros e internacionais na comparação judicial nas situações de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e humanos. Trata-se de uma postura de convergência, “que pode ver o direito constitucional doméstico como um lugar para a implementação de normas jurídicas internacionais ou, alternativamente, como um participante em um processo transnacional de convergência normativa descentralizado, mas normativamente progressivo” (JACKSON, c2010, p. 8). Acrescenta Vicki Jackson (2010, p. 8)⁷ que tal “postura pode estar baseada em uma visão universalista dos direitos ou em um compromisso para com valores universais ou com o direito internacional adicionado nos documentos nacionais fundantes”.

4. Leis parcialmente comuns a toda a espécie humana

Como afirmei na introdução, meu propósito neste artigo é tomar parte nessa discussão. Quero sustentar que existem razões suficientes para uma harmonização transnacional na interpretação dos direitos humanos. Para isso, proponho uma compreensão dos direitos humanos que pode ser vista com uma alternativa ao relativismo cultural e ao universalismo. Quero não apenas afirmar que a consideração dos precedentes sobre direitos humanos criados por outros tribunais é útil para um tribunal nacional. Desejo afirmar que essa consulta é indispensável. Como Jeremy Waldron (2012, p. 48), acredito que os direitos humanos e os precedentes estrangeiros e internacionais a respeito deles

⁶ Seriam exemplos de direitos humanos não universais aqueles previstos na Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã, de 1990, cujo art. 24 dispõe que todos “os direitos e liberdades mencionados nesta declaração estão sujeitos à *shari`a* islâmica”, e cujo art. 25 acrescenta que a “*shari`a* islâmica é a única fonte para a interpretação ou explicação de cada um dos artigos desta declaração”.

⁷ É possível encontrar na literatura estrangeira vários argumentos que representam razões para uma postura de convergência, mas nos ateremos aqui àquela baseada na universalidade dos direitos humanos.

podem formar um corpo de leis que poderíamos chamar de direitos das nações. Ou seja, também defender a ideia de que “todos os povos que são regidos por leis e costumes usam parcialmente suas próprias leis e leis parcialmente comuns a toda espécie humana”.

Embora essa noção de “leis parcialmente comuns a toda espécie humana” tenha sido usada algumas vezes ao longo da história em referência ao direito internacional, com ele não se confunde.⁸ Também não é apenas um novo rótulo para os direitos humanos, mas algo que o inclui sem se confundir com ele.

Ao elaborar ou ao reelaborar suas normas fundamentais, cada país copia declaradamente ou não, normas de outras nações. Há hoje uma inegável engenharia constitucional em parceria. Ou seja, um novo país, ao elaborar sua constituição ou ao reformá-la, geralmente o faz aprendendo com outros. Há razões para isso. Suponho que não sejam apenas de natureza pragmática. O aprendizado com outros países envolve juízos de valor a respeito de justiça e integridade. Então, se há bastante harmonia no momento da criação de normas constitucionais – com respeito tanto a normas estritamente constitucionais de outro país, quanto às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos –, por que, então, não deve haver harmonia também quanto à interpretação dessas normas?

Meu argumento não é o de que deve haver uma uniformidade ou uma convergência interpretativa global dos direitos humanos. Destaco que, apesar de alguns países serem governados por leis comuns a toda espécie humana, isso é apenas parcial, o que significa dizer também que os países têm o direito de se governarem parcialmente por leis próprias. O que desejo sustentar é que há normas que não podem ser deixadas às idiosincrasias interpretativas de cada nação, quando não houver muitos razoáveis para uma interpretação particular. Essas normas são de direitos genuinamente humanos. Sobre eles, deve haver uma integridade. Portanto, defendo que deve haver uma integridade transnacional dos direitos humanos. Suponho que foi isso que a juíza France buscou ao decidir o caso *Hopkinson v. Police*.

Considero que a resposta a essa questão exige uma digressão, mesmo que breve, sobre uma virtude presente em nossas relações cotidianas

⁸Waldron confere um sentido distinto a essa ideia. Mas o *ius gentium*, originalmente, era um elemento do sistema jurídico romano que surgiu numa área específica da prática jurídica: o comércio com os estrangeiros no território romano ou entre esses estrangeiros. Referindo-se à passagem de Gaio utilizada por Waldron, John Kelly afirma: “Essa passagem, tomada isoladamente, poderia dar a entender que os romanos haviam se interessado cientificamente pelos sistemas jurídicos de outros povos e, pelo estudo comparativo, haviam chegado à conclusão de que certas normas eram as mesmas em todos os lugares. Isso não é verdade. Os romanos, como outros povos antigos, tinham pouquíssimo interesse pelas instituições de seus vizinhos” (KELLY, 2010, p. 80).

e explorada, no Direito, em nível teórico e prático, por Ronald Dworkin (c1986).

5. A integridade do e no Direito

Juristas e políticos reconhecem que uma comunidade política deve ser organizada sob as bases de certos ideais políticos que devem ser traduzidos para o discurso jurídico, ou seja, devem ser concretizados em normas, sejam elas regras ou princípios. Poderíamos aqui elaborar uma longa lista desses ideais, na qual, certamente, estariam a justiça, a igualdade, a imparcialidade, o devido processo e outros que, em geral, nos vêm primeiramente à mente. Podemos sensatamente afirmar que essas virtudes remetem à ideia comum, muitas vezes considerada clichê, de que devemos tratar casos semelhantes da mesma forma. E isso exige que juízes “falem com uma só voz”, de modo a agirem com coerência e baseados em motivos justificáveis ao aplicarem normas em casos concretos.

Essa exigência particular não está bem descrita no mencionado clichê, ou seja, o de que devemos tratar casos semelhantes da mesma forma. Na verdade, esse clichê é uma virtude que pode ser chamada de integridade, e ela é diferente da coerência, como veremos. Chamar essa virtude de integridade serve ao propósito de aproximá-la de um ideal paralelo de moralidade pessoal que exigimos em nossas práticas ordinárias e em relações sociais de toda sorte. No trato cotidiano, desejamos que as pessoas com quem nos relacionamos nos mais distintos ambientes de convivência se comportem e tomem cursos de ação de forma correta. Todavia, naturalmente, as pessoas nem sempre concordam com aquilo em que acreditamos ser correto e podem, sensatamente, divergir sobre o significado de

normas e princípios que seguem e comandam suas ações. Por essa razão, devemos fazer uma distinção entre duas formas de agir: a correta e a íntegra. A segunda é, por assim dizer, menos exigente, pois não pede que as pessoas ajam segundo convicções únicas e compartilhadas. Agir com integridade exige apenas que as pessoas atuem segundo as convicções que permeiam e configuram suas vidas, e não de modo inusitado e excêntrico.

A integridade torna-se um ideal estritamente político e jurídico quando exigimos o mesmo dos políticos e dos juízes. Ou seja, quando insistimos em que ambos ajam segundo um conjunto único e coerente de normas, mesmo quando seus representados estejam divididos e as partes discutindo a propósito do significado correto dessas normas. Tanto no caso das relações pessoais como nos casos político e jurídico, podemos reconhecer que as atitudes, ações e decisões expressam uma concepção⁹ a propósito das normas envolvidas, mesmo quando nós mesmos não a endossamos ou concordamos com ela.¹⁰

No Direito, a integridade pode ser dividida em dois princípios.¹¹ O primeiro deles liga-se à legislação e envolve a ação do legislador. Ele exige que os legisladores, ao legislarem, mantenham o Direito coerente com os princípios que o compõem. Portanto, ele restringe aquilo que os legisladores podem fazer ao expandir ou ao alterar o Direito. O segundo princípio – que mais nos interessa aqui – exige que os juízes, ao aplicarem as leis e decidirem sobre

⁹ Ver o capítulo 2 de Dworkin (1986).

¹⁰ Como afirma Dworkin, essa “capacidade é uma parte importante da nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização” (DWORKIN, c1986, p. 166).

¹¹ Ver os capítulos 6 e 7 do livro de Dworkin (c1986). Embora com diferenças importantes, as dimensões da integridade podem ser pensadas, na teoria da argumentação de Klaus Günther, respectivamente, como discursos de justificação e de aplicação (GÜNTHER, 1993).

casos, façam-no de maneira coerente com os princípios jurídicos. Esse segundo princípio explica por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio. “Explica”, como diz Dworkin (c1986, p. 167), “por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como nada além de um interesse estratégico pelo restante”. Em sua dimensão judicial, portanto, a integridade requer, até onde seja possível, que os juízes tratem o sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios jurídicos.

Os processos judiciais nos quais se discutem os mais distintos direitos mostram a importância de que se reveste a integridade, quando se compreende que ela exige que casos parecidos sejam decididos da mesma maneira e que a casos iguais sejam dadas as mesmas respostas. Em resumo: quando se compreende que ela exige fidelidade aos precedentes, em circunstâncias nas quais não há razão convincente para rejeitá-los.

6. Os direitos humanos entre integridade e coerência

A esta altura, já deve estar claro que endosso a afirmação de que a integridade é a chave para a melhor interpretação de nossas relações pessoais e políticas e, particularmente, do modo como os juízes devem decidir os casos. Ainda que integridade e coerência tenham em comum uma aversão ao uso arbitrário do Direito, é preciso deixar clara a diferença entre essas duas virtudes.

A coerência é uma relação entre ideias que estão de acordo entre si e que justifica o presente com base no passado. Um tribunal age

coerentemente quando ele repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível. Isso, obviamente, traz segurança jurídica. Contudo, entendida em sentido estrito, a coerência pode exigir a continuidade de um erro, se a fidelidade for exagerada. Afinal, ser fiel ou manter decisões, mesmo que incorretas, pode ser uma estratégia política voltada à garantia de segurança jurídica. Por conseguinte, a coerência pode ser vista como uma política. É possível, inclusive, ser coerente com regras, desprezando-se princípios. E mesmo uma coerência de princípios pode ser problemática quando a fidelidade ao passado é sustentada para preservar, estrategicamente ou não, a aplicação de princípios inequivocamente errados. Em resumo, como se percebe, a coerência pode ser tanto positiva quanto negativa.

A integridade é mais dinâmica. Um tribunal que nela atentar condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas. Como a integridade exige que se considere, até onde for possível, o sistema jurídico como se ele expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, um juiz que honra a integridade em sua atividade judicante às vezes se afastará da estrita linha de suas decisões anteriores em busca da melhor interpretação dos princípios mais fundamentais que conformam o sistema. É absurda a ideia de que, em nome da coerência, um tribunal deva seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas. A virtude da integridade, pois, é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios. Eis a diferença que faz a diferença.

Com isso, a integridade combina elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro. Interpreta a prática jurídica como um empreendimento em processo de desenvolvimento. Pede que juízes continuem

fazendo exames interpretativos de suas decisões passadas. E exige que eles continuem interpretando o mesmo material que eles próprios afirmam ter interpretado com sucesso um dia.

7. A integridade transnacional dos direitos humanos em prática

Por intermédio de alguns casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, apresentarei a seguir um suporte fático para apoiar a distinção que sustento entre coerência e integridade.

Em 1965, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a responder se a Constituição Federal previa um direito à privacidade contra a intrusão do Estado.¹² No caso, questionava-se uma lei do Estado de Connecticut, que proibia o uso de contraceptivos. Ocorre que a Constituição Federal norte-americana não prevê expressamente um direito à privacidade. A Corte, no entanto, reconheceu que esse direito está implícito quando se avalia a Declaração de Direitos. Com isso, declarou inconstitucional aquela lei.¹³

Em 1973, a Corte precisou responder se esse direito à privacidade tinha sido violado por uma lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto, salvo se sua prática fosse para proteger a vida da gestante.¹⁴ Era igualmente posta em dúvida a constitucionalidade de leis que autorizavam, desde que atendidas certas condições, a prática abortiva, como uma lei do Estado da Geórgia, que a permitia quando aprovada por uma junta médica do hospital em que seria realizada. A decisão da Corte, redigida pelo juiz Harry Blackmun, estabeleceu que os Estados-membros têm o legítimo interesse de proteger a vida do feto, o que, entretanto, não lhes outorgava o poder de proibir o aborto em qualquer fase da gravidez, pois o direito à privacidade deveria ser garantido.¹⁵

Na década seguinte, a Corte estava diante de um desafio maior. Ela precisou responder à questão sobre se uma lei do Estado da Geórgia

¹² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹³ O caso *Griswold v. Connecticut* foi julgado em 7 de junho de 1965, e decidido por sete votos contra dois.

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵ Em sua decisão, o juiz Blackmun dividiu a gravidez em três períodos ou trimestres. Durante o primeiro trimestre, a mulher teria o direito irrestrito de realizar o aborto. Seria inconstitucional qualquer condição ao seu exercício, como a prévia internação ou a aprovação por uma junta médica do hospital. Durante o segundo trimestre, os Estados só poderiam restringi-lo caso o aborto apresentasse ameaça à vida da gestante. Somente no terceiro trimestre é que os Estados teriam o legítimo interesse de proibir a prática do aborto para proteger a vida do feto, a menos que a gestação pusesse em risco a vida da mãe. O caso *Roe v. Wade* foi julgado em 22 de janeiro de 1973, e decidido por sete votos contra dois.

que criminalizava a sodomia – definida como “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra de mesmo sexo” –, violava o direito à privacidade já reconhecido.¹⁶ A Corte entendeu, todavia, que decisões anteriormente tomadas sobre o direito à privacidade não poderiam ser consideradas precedentes para o caso, pois, como o juiz Byron White afirmara na decisão redigida em nome de uma pequena maioria, estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual.¹⁷

Após dezessete anos, a Corte viu-se novamente diante da mesma questão.¹⁸ Em 11 de setembro de 1998, John Geddes Lawrence, 60 anos, e Tyron Garner, 30 anos, foram encontrados praticando sodomia, quando o xerife Joseph Quin entrou no apartamento daquele, localizado no subúrbio de Houston, capital do Texas, após receber do vizinho de Lawrence, Roger David Nance, a falsa denúncia de que teria ocorrido troca de tiros no local. Lawrence e Garner foram presos em flagrante por violarem a lei antissodomia do Estado do Texas, e libertados após pagarem fiança de 200 dólares. Na Suprema Corte, a maioria, formada por seis juízes, rejeitou a fundamentação do caso *Bowers v. Hardwick*, de 1986, segundo a qual a condenação das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era uma velha e difundida “tradição” norte-americana. Na decisão, redigida pelo juiz Anthony Kennedy, citou-se a descriminalização da sodomia em outros países, como Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado. Kennedy afirmou também que os casos mais recentes sobre o direito à privacidade, de 1992¹⁹ e de 1996,²⁰ enfraqueceram os argumentos do caso *Bowers v. Hardwick*, de modo que era possível concluir que aquela tinha sido uma decisão errada e que, por essa razão, deveria ser corrigida.²¹

Essa breve sequência de casos traduz bem as noções e as diferenças entre coerência e integridade. A Corte deveria ter sido coerente em *Bowers v. Hardwick*, mas não foi. Todavia, ela não poderia ter sido coerente em *Lawrence v. Texas*, já que *Bowers v. Hardwick* foi um erro. Em *Lawrence v. Texas*, ao contrário, a Corte prezou pela integridade, abrindo mão da coerência. O juiz Kennedy lembrou que leis banindo

¹⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁷ O caso *Bowers v. Hardwick* foi julgado em 30 de junho de 1986, e decidido por cinco votos contra quatro.

¹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996)

²¹ O caso *Lawrence v. Texas* foi julgado no dia 26 de junho de 2003, e decidido por seis votos contra três.

práticas homossexuais na Inglaterra, Escócia e País de Gales tinham sido revogadas em 1967. Ele também citou uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, proferida no caso *Dudgeon v. U.K.*, de 1981, que exigia a extensão da liberdade sexual também à Irlanda do Norte. Ele também afirmou que outras “nações, também, tomaram ação consistente com uma afirmação de que o direito protegido de adultos homossexuais se envolverem consensual e intimamente”. Portanto, o juiz Kennedy e outros juízes da Suprema Corte consideraram em 2003 que o direito estrangeiro e internacional eram relevantes para decidirem um caso constitucional que envolvia os direitos à privacidade, à liberdade e à igualdade.

Observe-se que as legislações estrangeiras e o precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos são todos anteriores ao caso *Bowers v. Hardwick*, decidido em 1986. Se a Corte os tivesse considerado naquele ano, talvez a decisão tivesse sido outra. Assim, decisões como *Bowers v. Hardwick* e votos como os do juiz Byron White são tristes lembretes de que a coerência pode ser negativa e nefasta – inclusive, às vezes, perversa. Seria certamente insensato afirmar que a Suprema Corte em *Lawrence v. Texas* não deveria ter considerado o direito externo.

Em síntese: a integridade não se opõe à coerência, mas corrige-a quando negativa. Ou seja, os juízes devem abandonar a coerência em favor da integridade, quando esta os instruir a aplicar precedentes anteriores injustos e incompatíveis com os aspectos concretos situacionais do caso presente. Essa integridade não pode ser apenas nacional. Embora em *Bowers v. Hardwick* uma integridade nacional fosse capaz de garantir uma decisão oposta, mesmo que se acreditasse que estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual, já havia precedentes internacionais e estrangeiros contestando e banindo leis que criminalizam práticas homossexuais. Se tais matérias tivessem sido consideradas, certamente a decisão teria sido outra, mesmo que ainda se defendesse que os casos *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade* não ofereciam bons argumentos. Em outras palavras, a resposta certa viria do respeito à integridade transnacional e não nacional. Obviamente, considero que em *Bowers v. Hardwick* houve uma violação também à integridade nacional. De qualquer modo, em *Bowers v. Hardwick* a consulta era indispensável.

Porém, uma questão importante adiada até aqui precisa agora ser enfrentada. É inegável que um tribunal nacional tem o dever de considerar seus próprios precedentes e com isso manter a integridade do direito interno. Todavia, surge a questão: o que pode ser dito em favor do dever de consideração de precedentes e outras fontes estrangeiras

e internacionais por um tribunal nacional em suas decisões envolvendo direitos humanos ou direitos fundamentais inegavelmente humanos? Pretendo responder a essa questão valendo-me de dois argumentos normativos sustentados por Jeremy Waldron (2012) em favor da invocação do direito estrangeiro por tribunais nacionais. Ainda que tais argumentos sejam notáveis, reproponho-os em versões mais brandas em favor não de uma harmonização global, mas de uma integridade transnacional que garanta uma margem de apreciação comparativa para as nações compromissadas com os direitos humanos.

8. Cortes como laboratórios dos direitos humanos

Ao consultarem as jurisprudências ou normas estrangeiras ou internacionais, cortes domésticas podem aprender com uma determinada corte ou sistema jurídico ou mesmo com algumas cortes ou sistemas jurídicos diversos. Isso é inegável. E tendo em vista a possibilidade de aprendizado, muitos têm recomendado que tribunais nacionais, em especial cortes constitucionais ou supremas, assim procedam ao analisarem casos controversos de direitos fundamentais. No entanto, é preciso um argumento mais forte para mostrar que essa prática não é apenas recomendável, mas devida. Entra aqui a interessante analogia entre o método jurídico e o método científico sugerida por Waldron. Em poucas palavras, a ideia de que o que um juiz ou um tribunal em determinado país pode aprender com outras jurisdições é bastante parecida com a de que um cientista pode aprender com os resultados científicos alcançados por outros cientistas até dado momento.

Waldron (2012, p. 100) parte da ideia de consenso científico ou estado atual do conhe-

cimento científico compartilhado e acreditado pelos laboratórios e autoridades científicas em todo o mundo. De fato, como ele afirma, “há a comunidade de cientistas, e existe consenso dos cientistas para o momento em que teorias são válidas, que explicações são adequadas, quais resultados empíricos são confiáveis, quais construções teóricas são úteis, onde residem os problemas intratáveis e qual o estado atual de tudo isso”. Não há dúvidas de que esse consenso é precário e está continuamente em evolução, assim como pode não ser unânime ou infalível. Todavia, todos os cientistas pensam em termos desse consenso senão como última palavra, ao menos como um ponto de partida. Seu valor para pesquisas atuais e futuras é inegável. Desse modo, é impensável que alguém, ao se engajar numa pesquisa sobre determinado assunto, ignore o reconhecido consenso a seu respeito. Mesmo que não concorde com esse consenso e tenha razões suficientes para não o considerar verdadeiro, um cientista não deve desconsiderá-lo. Em resumo, o consenso reconhecido está disponível como uma fonte de conhecimento ou como um ponto de partida para o esforço científico de outros cientistas ao redor do mundo. Como diz Waldron (2012, p. 103):

Um cientista não pensa em prosseguir em uma investigação sobre a gravidade ou energia sem referência ao trabalho já realizado pela comunidade científica. Ele se baseia em e começa a partir de resultados estabelecidos e verificados. E o mesmo é verdade para o direito. Nós não tentamos resolver [nossos] problemas como se o mundo nunca tivesse lidado com eles. Damos atenção para o que outros juristas fizeram ao enfrentarem o problema. Tratamo-lo como um problema a ser resolvido dando atenção às opiniões estabelecidas pela ciência jurídica – a experiência que compartilham muitos sistemas jurídicos em

combatê-lo, esclarecê-lo, analisá-lo, de resolver reivindicações rivais e direitos em colisão, princípios e valores que se juntam em questões desse tipo.

Logo, para Waldron (2012, p. 101), há “uma analogia útil e esclarecedora entre o papel representado pelo consenso e a comunidade na ciência e aquele representado pelo consenso e comunidade jurídica global no direito”. Essa analogia pode ser ilustrada da seguinte forma: tal como as autoridades nacionais de saúde ao enfrentarem uma doença nunca antes detectada em seu território não devem olhar apenas para os conhecimentos científicos desenvolvidos dentro de seu país ao decidirem qual deve ser o melhor tratamento a ser dado aos pacientes, também os juízes e tribunais de um determinado sistema não deveriam ater-se apenas em suas leis e doutrinas nacionais ao decidirem os casos complexos que se repetem ao redor do mundo.

Mesmo que as autoridades de saúde estejam cientes de que as diferentes condições climáticas e outros fatores locais devam ser levados em consideração ao pensarem em um tratamento, seria insensato que elas desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso científico a propósito do tratamento a ser dado a pacientes nessa situação. Assim também, mesmo que juízes e juristas reconheçam que aspectos culturais ou políticos de seus sistemas devam ser levados em consideração ao analisarem os casos que devem julgar, seria insensato que desconsiderassem ou resistissem a investigar se há alguma espécie de consenso jurídico sobre o caso em questão. Como lembra Waldron (2012, p. 102), “o mundo tem a experiência de responder a diferentes condições, e faríamos bem em aproveitar essa experiência para assegurar que não respondemos arbitrariamente ou irracionalmente às peculiaridades locais”.

9. Tratando casos iguais de forma igual

O segundo argumento normativo sugerido por Waldron (2012, p. 111) “é a ideia de que a referência ao direito estrangeiro pode ser compreendida como um modo de assegurar coerência no mundo”. Ele usa o termo “coerência no sentido de tratar casos iguais de forma igual”. Sem dúvida, muitos argumentos podem ser oferecidos para se reivindicar o respeito a essa máxima dentro de determinado sistema jurídico. No entanto, argumentar a favor dela num plano transnacional é tarefa bem mais difícil, já que essa máxima equivale à exigência de harmonização interpretativa entre diferentes países, que é o que Waldron (2012, p. 111) defende.

Segundo Waldron, o que justifica uma harmonização é a máxima segundo a qual devemos tratar casos iguais de forma igual, tendo em vista que ela própria é um requisito fundamental de justiça (*fairness*). Em sua defesa, ele novamente faz uso de uma analogia. Vejamos:

Imagine um grande campo de refugiados após uma escassez extrema de alimentos ou uma emergência humanitária, onde, como muitas vezes acontece, várias agências de ajuda e ONGs estão trabalhando lado a lado com a mesma grande população no mesmo campo. Suponha que uma dessas organizações torna-se ciente de que a prestação que está oferecendo aos refugiados é bastante diferente em quantidade e qualidade da prestação que as outras agências de ajuda estão oferecendo aos membros da mesma população no mesmo campo. A Oxfam, por exemplo, está dando duas refeições por dia para as pessoas na parte norte do acampamento, e outras agências estão dando uma refeição por dia para pessoas no setor sul, mesmo que as pessoas do norte não sejam mais necessitadas e não mais merecedoras do que aquelas do sul. E todos podem ver o que está acontecendo. Parece-me que a Oxfam e de fato todas as organizações reconheceriam que há um problema aqui – um problema que não evapora ou deixa de ser motivo de preocupação quando se diz que nenhuma instituição em particular está tratando alguém de forma inconsistente. As pessoas do sul são suscetíveis de serem afligidas pelo tratamento desigual. Elas são propensas a queixarem-se de que seu tratamento é injusto. Elas podem exigir que casos iguais sejam tratados da mesma forma (WALDRON, 2012, p. 111).

Essa metáfora, segundo Waldron, serve para explicar por que a exigência de coerência e harmonização pode ser feita, mesmo que mais de uma instituição seja responsável pela aplicação da justiça num mesmo local. Ele sugere que a analogia do campo de refugiados é

aplicável ao mundo ou a boa parte dele. Como ele diz: “assumo que muitos países têm declarações de direitos bastante similares” (WALDRON, 2012, p. 133). Naturalmente, não há uma única autoridade administrando esses direitos. Ainda assim, diz ele, as pessoas nos diferentes países estão conscientes dos direitos individuais que são concedidos similarmente aos que estão sujeitos às leis de outros países. Eles sabem que seu governo está lidando com os mesmos princípios, as mesmas questões e as mesmas circunstâncias. Então, eles se perguntam por que os governos não trabalham juntos para garantir que, neste mundo, os casos sejam tratados de forma igual. Como diz Waldron, sob “essas circunstâncias, eu acredito que é possível começar a pensar sobre todos os povos como membros de uma única comunidade na medida em que a administração dos direitos humanos está em causa” (WALDRON, 2012, p. 133). Porém, ele acrescenta:

Eu não quero ser fantasioso sobre qualquer cosmopolitismo mais amplo. Estou falando não sobre uma comunidade global para todos os fins, mas sobre algo como um clube do qual todos os povos são membros, um dedicado especificamente ao avanço da ideia de direitos humanos para todos, a pressionar os governos (de que todos temos muito a temer a este respeito, bem como muita esperança) para levar os direitos a sério e olhar para o outro quando direitos estão em jogo.

Conclui Waldron (2012, p. 135) que esse tipo de argumento “pode ser feito em favor de uma justiça global e em favor da demanda por harmonização que é baseada nessa ideia” e que “essa ideia, talvez juntamente com o argumento sobre aprendizagem, fornecem a melhor explicação sobre o que está acontecendo quando os tribunais de um país prestam atenção ao que os tribunais de outros países estão fazendo a propósito dos direitos fundamentais”.

10. Conclusão

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus *consideranda*, afirma que “uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância”. Compreendo que essa afirmação evidencia o valor da integridade transnacional dos direitos humanos que procurei defender aqui de forma resumida. Embora as nações independentes tenham a liberdade de estabelecer suas próprias ordens, acredito que os direitos nacionais – muito em especial, os direitos fundamentais –, devem ser vistos como parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os direitos constitucionais reconhecidos por cada ordem interna fazem as vezes dos direitos humanos. Eles são, na imensa maioria dos casos, as fontes primárias contra a sua violação. Nossa própria Constituição declara como direitos fundamentais inúmeros direitos humanos, assim como outras constituições e declarações de direito ao redor do mundo. Portanto, não há razão para se considerar desimportante uma concepção comum desses direitos e liberdades de modo a tratá-los ao mesmo tempo como constitucionais e humanos.

A argumentação de Waldron (2012) tem a vantagem de tratar os problemas envolvendo direitos humanos levados aos tribunais como problemas para a ciência jurídica e não apenas para os juízes que os compõem. Contudo, em minha opinião, deve haver não uma harmonização global e regional indiscutível entre todos os direitos constitucionais que correspondam aos direitos humanos. Isso, todavia, não equivale a uma rejeição da reivindicação por harmonização entre sistemas ao redor do mundo ou apenas em âmbito regional. Apenas penso em algo menos exigente, reconhecendo aos órgãos judiciais que invocam – ou que, por algum dever, devem invocar fontes estrangeiras e internacionais – o que chamo de “margem de apreciação comparativa”, a ideia segundo a qual, ao apreciarem casos envolvendo direitos humanos, os tribunais devem levar a sério, entre outras questões, as características das sociedades e os aspectos situacionais dos casos concretos.

Sobre o autor

Alonso Freire é mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Universidade Federal do Maranhão e da Universidade Ceuma, São Luís, MA, Brasil; assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: alonso.freire@me.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

TRANSNATIONAL INTEGRITY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article addresses the question about whether the courts around the world should get a global coherence as regards the interpretation of human rights. It exposes the arguments and the dispute between universalism and relativism of human rights. It explains the Roman idea of partly laws common to all mankind used by Jeremy Waldron in favor of involuntary invoking of foreign law by national courts. It argues that there should not be a global and regional harmonization undebatable among all the constitutional rights that correspond to human rights. It defends that the invocation of foreign and international law sources should be mediated by a “comparative margin of appreciation”, the idea that the courts should take seriously the specific features of societies and situational aspects of specific cases.

KEYWORDS: INTEGRITY. HUMAN RIGHTS. TRANSNATIONAL LAW. FOREIGN LAW.

Referências

ALFORD, William P. On limits on “grand theory” in comparative law. *Washington Law Review*, v. 61, p. 945-956, jul. 1986.

BAY, Christian. Self-respect as a human right: thoughts on the dialectics of wants and needs in the struggle for human community. *Human Rights Quarterly*, v. 4, n. 1, p. 53-75, 1982.

BINDER, Guyora. Cultural relativism and cultural imperialism in human rights law. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 5, p. 211-221, 1999.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitution interpretation. *Indiana Law Journal*, v. 74, p. 819-892, 1999.

DECLARAÇÃO do Cairo sobre direitos humanos no Islã. [S.l.], 1990.

DONNELLY, Jack. Cultural relativism and universal human rights. *Human Rights Quarterly*, v. 6, n. 4, p. 400-419, nov. 1984.

DONOHO, Douglas Lee. Relativism versus universalism in human rights: the search for meaningful standards. *Stanford Journal of International Law*, v. 27, n. 2, p. 345-391, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, c1986.

ESTADOS UNIDOS. *Dudgeon v. United Kingdom*. 23 September 1981. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20_UK.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *Texas v. Johnson (No. 88-155)*. 21 jun. 1989. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

_____. *Hopkinson v. Police*. 23 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.lawreports.nz/hopkinson-v-police-2004-3-nzlr-704/>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais. In: DIREITOS fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-125.

²² Sem revisão do editor.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Albany: State University of New York Press, c1993.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional engagement in a transnational Era*. New York: Oxford University Press, c2010.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTIN, Rex. Are human rights universal. In: HUMAN rights: the hard questions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 59-75.

NICKEL, James W. Equal respect and human rights. *Human Rights Quarterly*, v. 4, n. 1, p. 76-93, 1982.

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, p. 1.225-1.310, nov. 1999.

WALDRON, Jeremy. "Partly laws common to all mankind": foreign law in american courts. New Haven: Yale University Press, 2012.

WALKER, Neil. Universalism and particularism in human rights. In: HUMAN rights: the hard questions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 38-59.

A tutela coletiva efetivada pelos sindicatos e associações civis

Considerações gerais

EVAIR DE JESUS ZAGO

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar as formas de atuação dos chamados corpos intermediários no processo coletivo. Objetiva-se, à luz do direito posto, da doutrina e da jurisprudência, classificar os chamados direitos metaindividuais, apresentar as formas de atuação dos sindicatos e das associações civis na promoção da tutela desses direitos, bem como identificar os pontos controversos da atuação desses entes no âmbito coletivo.

Palavras-chave: Direitos coletivos. Associações civis. Sindicatos.

1. Introdução

O direito coletivo, entendido como o ramo do saber jurídico que se ocupa da disciplina relativa à defesa dos direitos metaindividuais, foi impulsionado pelo aparecimento da chamada sociedade de massas. Nas palavras de Venturi (2007, p. 43),

se o florescimento dos interesses meta-individuais antecedeu, certamente, a sociedade qualificada como de massa, foi precisamente em decorrência dela, ou seja, do incremento quantitativo e qualitativo das lesões provocadas pelas profundas alterações havidas no modo de ser das relações sociais, que nasceu propriamente a preocupação relativa à busca de formas adequadas para sua proteção jurisdicional, tomando em conta o absoluto despreparo dos sistemas processuais, até então vocacionados a atender pretensões de natureza tipicamente individual.

Recebido em 3/6/15
Aprovado em 14/9/15

Assim, o direito e o processo coletivos foram concebidos como forma de oferecer mecanismos de proteção a essas relações sociais massi-

ficadas. Esse novo regramento leva em consideração o atual contexto social, em que o potencial lesivo de uma conduta é exponencialmente aumentado e pode atingir um número indeterminado de pessoas.

Nesse contexto, surgem as chamadas ações coletivas, instrumentos processuais aptos a levar ao Judiciário essas demandas que perpassam a esfera meramente individual das pessoas para atingir direitos que “não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica” (GIDI, 2005, apud MALCHER, 2008, p. 74).

Conceitua-se a ação coletiva como

o instrumento processual constitucional colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão – para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo (ALMEIDA, 2002, apud GOMES JÚNIOR, 2008, p. 14-15).

Para os limites deste trabalho, emprega-se a expressão *ação coletiva* para designar o instituto processual apto a levar ao Judiciário quaisquer espécies de pretensões coletivas *lato sensu*, sem a preocupação demonstrada por alguns autores de classificar como ações civis públicas as demandas que veiculem pretensões difusas e coletivas, e ações coletivas as que visem a tutelar direitos individuais homogêneos.

Essas afirmações, contudo, não representam, obviamente, o fim do direito e do processo individuais. Estes continuam a disciplinar as relações intersubjetivas, os clássicos conflitos de Caio *versus* Tício.

2. Conceituação dos direitos e interesses metaindividuais

As ações de natureza coletiva objetivam submeter, à apreciação do Poder Judiciário, ofensas ou ameaças de lesão a direitos transindividuais, buscando desse órgão a proteção ou reparação adequada a essa nova modalidade de direitos. O objeto das ações coletivas são, portanto, os chamados direitos e interesses metaindividuais, ou transindividuais, ou, ainda, direitos e interesses coletivos *lato sensu*, que se subdividem em direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos expressamente no artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC). Direitos e interesses metaindividuais são, portanto, o gênero, que se subdivide nas espécies direito difuso, direito coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo.

2.1. Direitos e interesses: uma breve reflexão

A doutrina mais recente reputa, senão equivocada, ao menos desnecessária a referência à expressão *interesses* contida nos três incisos do parágrafo único do artigo 81 do CDC. Para Venturi (2007, p. 44), a referência a *interesses* decorreu do fato de que os ordenamentos jurídicos, não conseguindo compreender a verdadeira natureza dessas novas pretensões (coletivas), comuns a toda comunidade, mas não imputáveis a ninguém individualmente, não ousavam qualificá-las como autênticos direitos subjetivos, uma vez que não se enquadravam nas concepções então existentes sobre os direitos subjetivos.

O ordenamento jurídico brasileiro, em nível constitucional e infraconstitucional, alberga os direitos coletivos *lato sensu* como verdadeiros direitos, afigurando-se, de fato, irrelevante a referência à expressão *interesses* contida no dispositivo mencionado.

2.2. Direitos difusos

Direitos difusos são, conceitualmente, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC, art. 81, parágrafo único, I). Nas palavras do desembargador Antônio Carlos Malheiros (apud GOMES JÚNIOR, 2008, p. 9),

os direitos difusos possuem as seguintes características: a) ausência de vínculo associativo: não há necessidade de uma ligação, de uma *affectio societatis* entre seus membros; b) alcance de uma cadeia abstrata de pessoas: não há como determinar, com precisão, os seus titulares; c) potencial e abrangente conflituosidade: advém do superdimensionamento do Estado, cuja atuação se entrelaça com as atividades empresariais, e do emprego da mais avançada tecnologia, gerando frustrações em determinados meios sociais, como, por exemplo, o desenvolvimento imediatista (a qualquer custo) em detrimento da ecologia; d) ocorrência de lesões disseminadas em massa: atinge a toda uma coletividade, sem individualizações precisas. A lesão, portanto, é pouco circunscrita e tem natureza extensiva; e) vínculo fático entre os titulares dos interesses: sem uma relação base que una todos os interessados.

Pode-se afirmar, portanto, que são notas essenciais dos direitos difusos, no plano subjetivo, a transindividualidade e, no plano objetivo, a indivisibilidade. Em face dessas características, “a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. 103, I, CDC), salvo no caso de improcedência por falta de provas, quando poderá ser reproposta por

quaisquer dos colegitimados”, conforme lição de Didier Júnior (2009, p. 74).

2.3. Direitos coletivos

Direitos coletivos *stricto sensu*, por seu turno, na dicção do artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

A análise dessa disposição legal possibilita a diferenciação entre essa modalidade de direitos (coletivos) e os direitos difusos: nestes a regra é a indeterminação dos titulares do direito e a ligação entre eles faz-se por circunstâncias meramente fáticas, ao passo que naqueles a titularidade dos direitos é atribuída aos integrantes do grupo, classe ou categoria, os quais mantêm um vínculo associativo entre si ou com a parte contrária. Desse modo, os direitos coletivos têm como marca indelével a determinação dos sujeitos e o vínculo associativo que os une entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Venturi (2007, p. 57) pontifica que “os direitos coletivos não são passíveis de cisão. Isto porque a pretensão meta-individual coletiva não decorre da mera soma dos interesses individuais de cada integrante do grupo, senão de sua síntese”. Assim, para esse autor,

não podem as pretensões genuinamente coletivas ser identificáveis em relação a apenas alguns membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social (v.g., dos trabalhadores de determinado ramo produtivo, dos pais e alunos do sistema de ensino fundamental de certo Município, dos usuários de determinado plano de saúde) (VENTURI, 2007).

Todavia, discordamos do autor. Embora devam dizer respeito a grupo, classe ou cate-

goria de pessoas, as pretensões coletivas não exigem, necessariamente, o envolvimento de todos os seus integrantes. Dentro do grupo, classe ou categoria podem existir, e frequentemente existem, pessoas cujos interesses não se coadunam com os dos demais, sendo, por vezes, antagônicos, sem que com isso possa ser repelida a natureza de direitos coletivos. Exemplificativamente: numa categoria profissional, pode a grande maioria dos trabalhadores objetivar a preservação dos seus empregos, ao passo que outros tenham interesse em ver rescindidos os seus contratos – o que não desfigura como coletiva a pretensão dos primeiros.

A coisa julgada que se forma nas sentenças proferidas nas ações que tenham por objeto direitos coletivos será *ultra partes*, isto é, beneficiará a todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (CDC, artigo 103, II), salvo se im procedente por insuficiência de provas, caso em que poderá ser reproposta pelo legitimado-autor ou por quaisquer outros legitimados.

2.4. Direitos individuais homogêneos

Na linguagem do CDC, direitos ou interesses individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum (artigo 81, parágrafo único, III). O CDC afirma, de forma singela, que tais direitos, embora suscetíveis de tratamento coletivo, em face da relevância que assumem, são, em sua essência, direitos individuais.

Spalding (2006, p. 30-31) afirma que o direito individual homogêneo, em face de sua origem comum, “foi erigido à categoria de interesse metaindividual meramente para fins de tutela coletiva. Desta forma, podem ser tutelados tanto individual como coletivamente [...]”. Diz a autora que a transindividualidade do direito individual é “legal ou artificial” e salienta que Barbosa Moreira já explicava, com maes-

tria, que “ao se tratar do tema das ações coletivas poder-se-ia distinguir duas espécies de litígios: aqueles essencialmente coletivos, referindo-se aos direitos coletivos e difusos, e outros acidentalmente coletivos, referindo-se aos direitos individuais homogêneos”. Mazzilli (2007, p. 54) esclarece que

tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável) [...].

Ajuizada a ação coletiva que tenha por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, o legitimado buscará um provimento judicial que condene o réu a uma obrigação genérica de indenizar. No procedimento cognitivo, portanto, o direito a ser tutelado mostra-se indivisível, pois a sentença simplesmente imporá ao réu o dever de indenizar, não estabelecendo nominalmente quem são os beneficiados, nem os valores que lhes serão devidos. Em momento posterior, por ocasião da liquidação e da execução, o direito é tipicamente divisível, pois cada uma das vítimas poderá provar o dano causado e a sua extensão. A coisa julgada que se forma nas demandas que digam respeito a direitos individuais homogêneos produz efeitos *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e sucessores. É a chamada coisa julgada *in utilibus*.

3. Legitimação para as ações coletivas

Objetiva-se neste tópico analisar a legitimação ativa outorgada aos diversos entes pela Lei de Ação Civil Pública (LACP) e pelo CDC, com especial ênfase para as associações civis e sindicatos.

3.1. A legitimação nas ações individuais

A análise da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas requer uma abordagem, ainda que sumária, da condição da ação no âmbito do processo individual.

Em nosso ordenamento jurídico-processual, em regra, é ao titular do direito material que se concede a faculdade de fazê-lo valer em juízo, conforme se depreende dos preceitos estabelecidos nos artigos 3º e 6º do CDC.

Mazzilli (2007, p. 61) escreve que a “clássica maneira de defender interesses em juízo dá-se por meio da chamada legitimação *ordinária*, ou normal, segundo a qual a própria pessoa que se diz lesada defende seu interesse”. Como corolário dessa afirmação, só excepcionalmente se confere a alguém a possibilidade de levar ao Poder Judiciário uma pretensão material de que não seja o legítimo titular.

Câmara (2007, p. 130) preleciona que “em algumas situações, expressamente previstas em lei, terá legitimidade de parte alguém que não é apresentado em juízo como titular da relação jurídica deduzida no processo. Fala-se, nessa hipótese, em legitimidade extraordinária”.

A legitimação extraordinária poderá ocorrer, segundo a lição de Mazzilli (2007, p. 62): “a) quando, em nome próprio, alguém esteja autorizado a defender direito alheio (na substituição processual)”. A substituição processual é, portanto, espécie de legitimação extraordinária consistente na possibilidade de alguém defender em juízo, em nome próprio, direito alheio. Para os fins deste trabalho, importante também diferenciar os institutos da substituição e da representação processual.

Colhe-se a lição do processualista italiano Calamandrei (2003, p. 304):

enquanto o representante faz valer em juízo direito alheio em nome alheio (ou seja, um direito do representado), o substituto faz valer em juízo um direito alheio em nome próprio (ou seja, um direito do substituído, em nome do substituto); isto significa que, enquanto na representação a parte em causa é o representado, e não o representante, na substituição a parte em causa é o substituto, não o substituído.

As afirmativas do eminente processualista aplicam-se integralmente ao nosso direito.

3.2. A legitimação nas ações coletivas

A ausência de um arquétipo processual desenvolvido adequada e especificamente para o enquadramento das demandas coletivas tem levado a doutrina e a jurisprudência a desenvolver várias teorias objetivando dar tratamento científico e uniforme ao tema da legitimação ativa nessas espécies de ação. Venturi (2007, p. 164), após descrever sumariamente a perspectiva da aferição da legitimidade ativa nas ações individuais, assevera que

salta aos olhos a dificuldade de se enquadrá-la em matéria de proteção jurisdicional dos direitos meta-individuais, seja em função da inviabilidade de se atribuir a titularidade da pretensão material deduzida, com exclusividade, a quem quer que seja, seja diante da impraticabilidade da presença em juízo de todos os seus titulares.

Três são as teorias mais relevantes desenvolvidas pela doutrina: a) a teoria da legitimação extraordinária por substituição processual, que tem em Barbosa Moreira o seu expoente; b) a da legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários, desenvolvida por Kazuo Watanabe, com base em uma interpretação larga do artigo 6º do CPC; e c) a teoria da legitimação autônoma para condução do processo, que teve em Nelson Nery Jr. o seu precursor. As duas primeiras foram elaboradas ainda antes da edição da LACP, que expressamente dispôs sobre o rol dos legitimados ativos para aquela ação.

Barbosa Moreira apregoava a possibilidade da substituição processual em ações coletivas, a qual poderia ser depreendida do próprio sistema, ainda que inexistente a expressa autorização legal. Segundo Didier Jr. (2009, p. 190), para Barbosa Moreira, embasado em lição clássica de Arruda Alvim,

o sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimado diverso do titular de direito, ou a autorização legal (a exemplo dos dispositivos da CLT – art. 513 – e do Estatuto da OAB antigo – art. 1º, § 1º da Lei 4.215, de 27.04.1963), mesmo não sendo expressa e taxativa a substituição, significaria a abertura para legitimação extraordinária. Isso ocorre porque o sistema brasileiro não prevê a obrigatoriedade de disposição expressa, como no sistema italiano (art. 81, CPC italiano).

Em 1984, Watanabe, expressou seu descontentamento com a impossibilidade de se pleitearem direitos coletivos perante o Poder Judiciário, oportunidade em que pugnou por uma interpretação mais elástica do artigo 6º do CPC, a fim de que fosse permitido o ajuizamento de ações em benefício da sociedade pelas associações e outros entes eventualmente criados (WATANABE, 1984, apud SPALDING, 2008, p. 53).

Na oportunidade, assim se expressou o ilustre processualista:

Em que pese a essa douda ilação, ousou apresentar à crítica de todos os estudiosos da matéria uma conclusão mais otimista. Parece-me que é possível interpretar-se o art. 6º do Código de Processo Civil com maior abertura e largueza, extraindo de seu texto a legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários, que sejam criados para a defesa de interesses difusos (WATANABE, 1984, apud SPALDING, 2006, p. 53).

O autor fundamentava seu raciocínio afirmando que a

Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor etc.), ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser (Watanabe, 1984, apud VENTURI, 2007, p. 174).

A terceira teoria, desenvolvida por Nery Júnior (apud SPALDING, 2006, p. 59), já com suporte na atribuição de legitimação pela LACP e pelo CDC, e subsidiado pela doutrina alemã, sustenta que a legitimação para a defesa dos direitos difusos e coletivos não é ordinária nem extraordinária, mas representa uma legitimidade para a condução do processo, sendo, portanto, uma legitimação objetiva, independente da relação de direito material que veicula.

Girardelli (2005, p. 140), com base nessa teoria, escreve que “a legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária nem ordinária; a lei elegeu alguém para a defesa de direitos

porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”. Prossegue dizendo que “já no caso de interesses individuais homogêneos, trata-se de substituição processual, pois o legislador tratou de legitimar outrem para a defesa em juízo, e em nome próprio, de direito alheio, cujo respectivo titular é identificável e individualizável”.

No momento atual, no tocante ao tema, prevalecem na doutrina as teses apresentadas pela primeira corrente (Thereza A. Alvim Wambier, Luiz Fernando Belinetti, Ricardo Barros Leonel) e pela terceira (Mazzili e Pedro da Silva Dinamarco, entre outros).

Não obstante, considerando que as classificações mencionadas levariam em conta o enquadramento da legitimidade para ações coletivas em categorias desenvolvidas para a legitimação para ações individuais, alguns autores propõem uma nova classificação, como é o caso de Gomes Júnior (2008, p. 84). Ele assevera que “o equívoco da doutrina [...] é tentar ‘encaixar’ as Ações Coletivas aos conceitos tradicionalmente usados no direito processual. Não se almejou criar algo novo para ser utilizado em uma nova categoria de ações, mas sim adaptar essas ao que já existia”. Para o autor, nas ações coletivas

estará sempre presente uma legitimação processual coletiva, que é justamente a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 85).

3.3. Eleição dos entes legitimados

Procederemos agora à análise da legitimação atribuída pela vigente LACP, pelo CDC e pela Constituição Federal (CF), para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*.

3.3.1. Transição do modelo de legitimação individual para a legitimação coletiva nas ações coletivas

A primeira manifestação de tutela coletiva no Brasil foi evidenciada na Lei de Ação Popular, prevista nas Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Sua regulamentação ocorreu com a Lei nº 4.717/1965. Em sua feição original, a ação popular era o instrumento processual que permitia ao cidadão a defesa do erário público. A CF ampliou significativamente o seu objeto, passando a dispor, no artigo 5º, LXXIII, que

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

Venturi (2007, p. 166) informa que “a ação popular pode ser considerada o primeiro instrumento de tutela de direitos meta-individuais no Brasil, qualificada como canal de participação social na administração da coisa pública”. O autor (2007, p. 169) leciona também que a experiência da legitimação individual para a tutela de direitos difusos não obteve o alcance e o êxito que se esperava, em decorrência de várias circunstâncias, como dificuldades na obtenção de provas, o ambiente pouco favorável a iniciativas populares, face à ausência de liberdade democrática etc. Afirma ainda que, em razão disso, o

modelo de legitimação individual para as ações coletivas restringiu-se à ação popular, tendo sido repellido posteriormente para as demais ações civis que instrumentalizam tutela de direitos difusos e coletivos (e individuais homogêneos, acrescenta-se) [...] (VENTURI, 2007, p. 169-170).

A ação popular é, portanto, a única ação reconhecida como coletiva que atribui ao indivíduo (cidadão) a legitimação para a defesa de direitos transindividuais. Nas demais, a legitimação é conferida a entes escolhidos previamente pelo legislador, excluindo-se a iniciativa individual.

O estudo do direito comparado demonstra que são vários os critérios adotados pelos países para a atribuição de legitimação coletiva aos diferentes entes. Santos (2014, p. 263) informa que as diversas soluções apontam para

a adoção singular (integral, única) ou mista (híbrida) dos seguintes sistemas: a) publicista (em que a legitimação é conferida a órgãos públicos); b) privatista (com a legitimação relegada à iniciativa dos indivíduos interessados); e c) associacionista (que se fundamenta na atribuição da legitimidade aos grupos sociais ou associações privadas). E acrescenta (SANTOS, 2014, p. 263) que a “solução que mais vem sendo aplicada reside na gradual e crescente concessão de legitimação às associações, aos entes públicos e a grupos organizados”.

Segundo o esquema supracitado, o nosso ordenamento jurídico – aqui analisados com especial ênfase o CDC, a LACP e a CF – optou por combinar os sistemas publicista e associacionista.

3.3.2. Os entes legitimados

Seguindo a linha evolutiva acima delineada, a Lei nº 7.347/1985 – que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico –, em seu artigo 5º, estabeleceu os legitimados à sua propositura. Eis a sua atual redação:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985).

A CF, com o nítido propósito de impulsionar a criação e o desenvolvimento das associações e dos sindicatos, entidades “catalisadoras dos interesses difusos e coletivos” (VENTURI, 2007, p. 199), estabeleceu normas que possibilitam o seu desembaraçado e saudável desenvolvimento. Dispôs, no artigo 5º e incisos, que a criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, inc. XVIII); que só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo o trânsito em julgado em caso de dissolução compulsória (art. 5º, inc. XIX); que estas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; que podem impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados (art. 5º, inc. LXX).

Aos sindicatos, espécie do gênero associação, a CF conferiu as seguintes prerrogativas, constantes no artigo 8º e incisos: liberdade de fundação (inexigibilidade de autorização estatal), ressalvado o registro no órgão competente (art. 8º, inciso I); defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, inc. III); participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, inc. VI).

Importa ressaltar que as entidades sindicais, conforme assevera Santos (2014, p. 50), “constituem espécies particulares de associação, com elementos peculiares que justificam variações na sua disciplina em relação à disciplina geral”. Destaca que, entre essas peculiaridades, estão os poderes e as prerrogativas sindicais, entre os quais releva o poder de estipular acordos e convenções coletivas de trabalho, que tem abrangência categorial. Acrescenta o autor (SANTOS, p. 50-51) que “por ser uma espécie de associação, aos sindicatos, além dos poderes, prerrogativas e deveres decorrentes de sua personalidade sindical, lhes são aplicáveis todos os dispositivos constitucionais referentes às associações, acima citados”.

Posteriormente à CF, e visando à concretização de preceito nela inserido no artigo 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), foi editada a Lei nº 8.078/1990 (CDC), estatuto normativo que disciplina, no Título III, a defesa do consumidor em juízo, estabelecendo que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo (artigo 81). A defesa coletiva será exercida quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A fim de promover as ações relativas a lesões a direitos coletivos dos consumidores, o legislador atribuiu legitimidade concorrente aos entes mencionados no artigo 82. O rol desses legitimados guarda estreita semelhança com aqueles apontados na LACP.

Para os limites deste trabalho, cabe apenas ressaltar que estão igualmente legitimadas as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e dos direitos protegidos pelo Código, dispensada a autorização assemblear (CDC, art. 82, inc. IV). Esse requisito de pré-constituição anual pode ser dispensado se, versando a causa sobre direitos individuais homogêneos, houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido (CDC, art. 82, § 1º).

Uma leitura meramente literal dos artigos 5º da LACP e 82 do CDC poderia levar o intérprete à conclusão de que os sindicatos não estariam legitimados para a propositura de ações coletivas previstas na LACP e no CDC, dado que não há referência expressa a essas pessoas jurídicas. Nada mais equivocado, contudo, conforme se demonstra em seguida. No entanto, para bem fundamentar essa posição, é importante a fixação dos contornos da constituição, da atuação e, sobretudo, da natureza jurídica dos sindicatos e das associações.

3.3.3. Natureza jurídica das associações e dos sindicatos

O Código Civil de 2002 (CC), ao dividir as pessoas jurídicas em “pessoas jurídicas de direito público e de direito privado” (artigo 40), atribuiu às associações esta última qualidade, dispondo que elas se constituem pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos (artigo 53). Nos artigos 53 a 61 do CC, encontra-se a regulamentação dessas associações, dispondo-se ali sobre o arcabouço jurídico de sua constituição, direitos e deveres dos associados, forma de dissolução, destino do patrimônio em caso de dissolução etc.

Spalding (2006, p. 143) esclarece que, para que uma associação esteja constituída legalmente, é necessária a inscrição de seu estatuto no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme os artigos 114 a 121 da Lei nº 6.015/1973, que disciplina os Registros Públicos. No âmbito do processamento de ações coletivas, é relevante essa circunstância, haja vista a existência do requisito de pré-constituição anual, que deverá – ou poderá – ser aferido pelo juiz com base nesse registro.

Venturi (2007, p. 200) salienta que

as associações civis apresentam-se, pois, na célebre lição de Capelletti, como verdadeiros *corpos intermediários* entre o indivíduo e o Estado, quebrando os velhos esquemas dogmáticos relacionados à legitimação ativa, na medida em que se apresentam como autênticas molas propulsoras da proteção dos interesses meta-individuais em juízo.

Os chamados *corpos intermediários*, ou instâncias intermediárias, são configurações sociais que emergiram da necessidade de se tutelarem os interesses transindividuais. Representam uma nova forma de gestão, descentralizada, não mais limitada ao plano estatal, que possibilita que as decisões sobre os destinos da sociedade sejam tomadas pelos seus representantes diretos. As associações, portanto, têm natureza jurídica de pessoas jurídicas constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

Os sindicatos, por seu turno, por serem uma espécie de associação com destinação constitucional específica, são também pessoas jurídicas de direito privado, aplicando-se-lhes o regramento pertinente às associações. Não obstante a aplicação desse mesmo regramento, submetem-se a peculiaridades próprias: a aquisição de sua personalidade sindical não decorre unicamente do registro de seu estatuto

no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, mas do registro de seus estatutos no Ministério do Trabalho e Emprego; aos sindicatos compete a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de uma categoria. Por categoria entende-se a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas (categoria econômica) ou a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades similares ou conexas (categoria profissional), conceito legal extraído do artigo 511, §§ 1º e 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A respeito da necessidade de sujeição dos estatutos da entidade sindical ao órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, Santos (2014, p. 53) afirma que, no sistema brasileiro, para a aquisição de personalidade sindical, uma associação deve sujeitar-se a dois registros: um no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, que lhe conferirá personalidade jurídica e, conseqüentemente, a capacidade de ser titular de direitos e obrigações; e outro, específico – o depósito dos seus estatutos no Ministério do Trabalho –, que lhe proporcionará a aquisição de personalidade sindical e que lhe possibilitará, assim, “atuar com todas as prerrogativas conferidas aos entes sindicais e capacidade para defender os integrantes da categoria”.

Os sindicatos, pois, apresentam natureza jurídica de pessoas jurídicas constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, consistentes na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria.

3.3.4. Limites da atuação das associações e sindicatos

Apresentam-se, agora, os fundamentos para a atuação de sindicatos e associações civis na defesa dos direitos transindividuais, bem como se busca delimitar o âmbito de atuação de cada um deles.

3.3.4.1. A legitimação dos sindicatos para a propositura de ações coletivas (LACP e CDC) em decorrência de sua natureza de associação

Retomando a discussão sobre a legitimação dos sindicatos para a propositura de ações coletivas previstas na LACP e CDC, discussão motivada pelo fato de não haver expressa referência a essas entidades nessas duas leis, cumpre registrar que a doutrina afirma categoricamente que os sindicatos são portadores dessa legitimidade.

Dinamarco (2001, p. 253) manifesta-se no sentido de que “os sindicatos são legitimados para a propositura da ação civil pública, apesar

de a Lei 7.347, de 24.07.1985, e do Código de Defesa do Consumidor nada disporem a respeito”. Conclui o autor: “além de não poder haver contrariedade à Constituição Federal, os sindicatos têm natureza de associação civil”.

Outro não é o ensinamento de Watanabe apud Grinover (2001, p. 760), para quem a alusão às associações – expressa no inciso IV do art. 82 do CDC – abrange os sindicatos, as cooperativas e as demais formas de associativismo (CF, art. 174, § 2º), desde que preenchidos os requisitos preestabelecidos na lei.

3.3.5. Requisitos para a atuação das associações civis

Além da expressa previsão nos artigos 5º, V, da LACP, e 82, IV, do CDC, as associações civis também estão legitimadas para as ações coletivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990), artigo 210, inciso III; e no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), artigo 81, inciso IV.

Gomes Júnior (2008, p. 117) aponta que “os quatro diplomas normativos têm como indispensáveis os seguintes requisitos: constituição há pelo menos um ano e vinculação entre a finalidade de sua criação e os direitos que serão objeto de tutela jurisdicional, ou seja, pertinência temática”.

Pertinência temática, segundo Mazzilli (2007, p. 290), é “requisito indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse”. É, portanto, a compatibilidade entre os objetivos que a associação se propõe a defender, quando de sua constituição, e o efetivo direito levado a juízo.

Segundo Girardelli (2005, p. 146), “os estatutos das associações devem conter uma cláusula de forma expressa e específica, com a missão de defender determinados interesses. Sua condição de legitimidade nasce com a demonstração de um compromisso estatutário”.

O requisito da pré-constituição há pelo menos um ano tem o objetivo de “estabelecer um tempo mínimo de existência e conferir à associação civil condições legais de representatividade do grupo. Não é imposto aos demais colegitimados ativos de que cuidam a LACP e o CDC”, conforme mencionado por Mazzilli (2007, p. 291). Esse requisito, ao contrário da verificação da pertinência temática, pode ser dispensado pelo juiz, desde que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (CDC, art. 82, § 1º; e LACP, art. 5º, § 4º).

Com base nessas premissas, pode-se dizer que, no sistema judicial brasileiro, a adequada representatividade (*adequacy of representation*)

das associações civis e sindicatos, ao contrário dos demais entes, pode ser aferido pelo juiz (verificação *ope judicis*), pelo menos quanto a esses dois requisitos. Ressalte-se que parte da doutrina afirma que, em relação aos demais entes, o legislador já estabeleceu previamente o rol de legitimados, firmando uma presunção absoluta de adequada representação. Nesses casos, portanto, a análise de representação adequada é feita *ope legis*, não se facultando ao juiz afastar-lhes a legitimidade.

3.3.6. A defesa dos direitos metaindividuais pelas associações

Feitas tais considerações, julga-se didaticamente importante separar a abordagem dos limites de atuação de cada um desses entes (sindicatos e associações) na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E assim se entende em razão de haver dissenso doutrinário quanto ao dimensionamento do espectro de abrangência da defesa dos direitos metaindividuais pelas associações civis (*stricto sensu*) e pelos sindicatos.

Esclarecendo melhor: na doutrina, há divergência quanto ao âmbito de atuação dos sindicatos, entendendo alguns que essas entidades se limitam à defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria. Para outros, inexistente essa limitação e os sindicatos podem tutelar todas as espécies de direitos coletivos, e o resultado de sua atuação excede ou pode exceder a dimensão da categoria. Tal controvérsia não ocorre quanto à atuação das associações civis (*stricto sensu*). Analisa-se, por isso, em primeiro lugar, a defesa coletiva levada a efeito por estas.

As associações civis não podem ser opostas quaisquer espécies de obstáculos para a defesa dos direitos metaindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Dessa forma, desde que devidamente constituída há pelo menos um ano e tenha entre seus fins institucionais a defesa de determinados direitos, poderá pleitear judicial ou extrajudicialmente as medidas necessárias à prevenção ou conservação destes direitos. Assim, por exemplo, poderá uma associação criada para a defesa do meio ambiente postular todas as medidas necessárias para a preservação e conservação do ambiente ecologicamente equilibrado, objetivando pô-lo a salvo de todas as formas de agressões e degradações, com vistas a que todos possam desfrutar de uma sadia qualidade de vida (CF, art. 225). Poderá, portanto, no caso de um despejo de resíduos químicos em um rio, pleitear liminarmente a imediata cessação dessa atividade, beneficiando a todos os que se utilizam de suas águas e/ou poderá requerer medidas coletivas de repovoamento das espécies de peixes que ali viviam, visando a restabelecer a atividade pesqueira de cooperativa

de pescadores que dele retiram o seu sustento e/ou, ainda, buscar a reparação pelos prejuízos suportados por estes pescadores. Também na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* previstos no CDC podem as associações atuar irretroativamente, objetivando a mais ampla tutela.

Há que se destacar que a atuação da associação independe de autorização de sua assembleia para a propositura de ações que objetivem a tutela dos direitos metaindividuais ínsitos nos seus fins institucionais. O artigo 82, inciso IV, do CDC, em sua parte final, expressamente dispensa essa necessidade de autorização assemblear. Essa disposição do CDC aplica-se igualmente à LACP, dispensando-se também nessas ações a necessidade de autorização assemblear, por força do chamado microsistema de tutela coletiva que entrelaça a ambos os diplomas legais, conforme os artigos 90 do CDC e 21 da LACP.

Por fim, cabe apontar que a redação dos artigos 210 do ECA e 81, IV, do Estatuto do Idoso, deixa expresso que “fica dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária”, o que se traduz em um aperfeiçoamento legislativo em relação à disposição do CDC, que apenas explicita a dispensa de autorização assemblear. No entanto, essa ilação já se extraía do texto do CDC. Mazzilli (2007, p. 298) perguntava-se, para em seguida responder: “Por que o CDC dispensou a autorização de assembleia? Porque, se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização de assembleia geral”.

Ilação diversa conduziria ao entendimento de que a associação estaria agindo por representação, visto que estaria defendendo apenas aqueles que lhe tivessem outorgado poderes para representá-los, e não como substituto processual (ou condutor autônomo do proces-

so), que é a sua real qualidade na condução de ações coletivas.

Por fim, um último aspecto relevante, que diz respeito ao estudo da abrangência da defesa realizada pelas associações *stricto sensu*: podem estas defender direitos metaindividuais que transcendam o âmbito dos próprios associados? A resposta é positiva e dada uma vez mais por Mazzilli (2007, p. 299), para quem, quando uma associação litiga em defesa de direitos difusos e coletivos, tem-se reconhecido que possa buscar provimento que beneficie a todo o grupo, ainda que se beneficiem pessoas que não sejam suas associadas.

De fato, isso decorre da própria natureza dos direitos difusos, que não podem ser fracionados para abranger a alguns e não a outros. O mesmo autor dá como exemplo o caso de uma associação de moradores de um bairro que pretenda impedir o lançamento de poluentes numa represa que abasteça não só o bairro, mas toda a cidade.

3.3.7. A defesa dos direitos metaindividuais pelos sindicatos

Embora os sindicatos tenham natureza jurídica de associações, aborda-se de forma separada a atuação daqueles e destas, em face de dissenso na doutrina quanto ao âmbito de atuação das entidades sindicais. Em suma, divide-se a doutrina sobre a possibilidade, ou não, de um sindicato defender direito difuso, assim como há questionamentos sobre a possibilidade de a ação sindical restringir-se, ou não, ao âmbito da categoria. Trata-se de temas umbilicalmente ligados.

A par da análise da natureza jurídica dos sindicatos, cabe realçar alguns aspectos da sua existência. Os sindicatos são objeto de estudo do chamado direito coletivo do trabalho que é, nas palavras de Plá Rodriguez (1993, p.

24), “uma parte do Direito do Trabalho substancialmente ligada à anterior (ao direito individual do trabalho)”. Para o autor uruguaio (PLÁ RODRIGUEZ, 1993, p. 24):

A união dos trabalhadores se situa no início do fenômeno trabalhista e constitui a resposta natural à injustiça e à exploração dos empresários. A princípio, a união dos trabalhadores atraiu a atenção pública para o fenômeno laboral. Dessa atenção para o fenômeno laboral derivou a legislação do trabalho. Essa legislação foi reconhecendo a realidade social e sindical, o que significou suprimir entraves à união dos trabalhadores. Na medida em que se formaram associações profissionais, surgiu uma nova forma de criação do Direito do Trabalho: a de origem profissional e extra-estatal, que teve nas convenções coletivas sua expressão máxima. [...] Por isso, em todo o Direito do Trabalho, há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores.

Feitas essas ponderações que demonstram a vinculação entre o sindicalismo, o desenvolvimento de uma consciência social de classe e a busca por melhores condições de trabalho, pode-se concluir que, por excelência, os sindicatos são entes a quem o legislador constitucional confiou a defesa dos direitos coletivos e individuais das categorias econômicas e profissionais (art. 8º, III, CF).

Leciona Gomes Júnior (2008, p. 130) que Barbosa Moreira, com apoio no texto do artigo 8º, III, da CF, “limita a legitimidade dos sindicatos apenas para a defesa dos interesses coletivos ou individuais da sua respectiva categoria profissional”. O próprio Gomes Júnior (2008, p. 130) aduz que o referido texto autoriza a exegese restritiva apontada por Barbosa Moreira, isto é, a limitação da ação sindical à defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria.

Santos (2014, p. 209), mesmo negando essa concepção restrita da atuação sindical em matéria de direitos coletivos *lato sensu*, assevera:

Em vista da adoção de uma organização sindical por categorias, firmou-se o entendimento, em determinados setores da doutrina e da jurisprudência, de que os sindicatos devem tutelar somente os interesses da categoria sobre a qual foram constituídos. [...] Essa orientação, *a priori*, numa análise perfunctória, parece encontrar-se em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, com se observa do art. 8º, III, da Constituição Federal [...] e do artigo 513, alínea *a* da CLT, o qual preceitua como prerrogativa dos sindicatos *representar*, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

Prossegue o autor (SANTOS, 2014, p. 210) dizendo que se difundiu a ideia segundo a qual

o sindicato, por constituir um tipo específico de associação, detentora de personalidade sindical, somente poderia atuar na defesa de direitos e interesses da respectiva categoria para a qual fora juridicamente criado. Por esse pensamento, sindicato e categoria seriam institutos visceralmente vinculados; o sindicato só poderia atuar na defesa de direitos da categoria, ainda que parcialmente; determinada categoria, por sua vez, deveria ser representada somente pelo sindicato, devidamente reconhecido pela lei ou pelo órgão estatal.

Conforme se verá adiante, esse autor tem posição que alarga os horizontes de atuação dos sindicatos na defesa de todas as espécies de direito e propõe uma reconfiguração do conceito de categoria.

Bezerra Leite (2002, p. 187) está entre aqueles que advogam a impossibilidade de

defesa dos direitos difusos pelos sindicatos, pelo menos de uma forma *imediata*. Admite, contudo, que possa o sindicato, de forma *mediata*, amparar direitos difusos.

Santos (2014, p. 271-272) aponta, dentre os defensores da tese da possibilidade de defesa dos direitos difusos pelos sindicatos, os seguintes autores: Amauri Mascaro do Nascimento, João Hilário Valentim, Francisco Antonio de Oliveira, Nelson Nery Jr., Raimundo Simão de Mello, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Hugo Nigro Mazzilli.

Mazzilli (2007, p. 302) diz que “embora a Lei Maior não seja expressa quanto à possibilidade de defesa de direitos difusos pelo sindicato, entendemos estarem incluídos dentro do sentido lato da expressão *interesses coletivos*”. E exemplifica dizendo que nada obsta que os sindicatos defendam o meio ambiente do trabalho, onde estariam presentes interesses difusos.

Embora se respeite a posição do autor, no caso de agressão ao meio ambiente do trabalho, entende-se que só será difusa a lesão se houver extrapolação de suas consequências para o meio ambiente natural e/ou para pessoas estranhas ao ambiente de trabalho. Não se reputa correto afirmar que a constatação de insalubridade no âmbito de um estabelecimento empresarial possa ser qualificada como lesão a direito difuso, pois normalmente seus efeitos maléficis ficarão adstritos às pessoas que ali laboram. Entende-se, portanto, que esse tipo de agressão melhor se caracteriza como lesão a direito coletivo *stricto sensu*.

Fiorillo (1995, p. 23), em sua obra pioneira, afirma que a verdadeira concepção dos sindicatos não pode envolvê-lo em uma “camisa de força”, destinada a resolver questões de índole única e exclusivamente laboral. O autor (FIORILLO, 1995, p. 103) pontua que os sindicatos têm perfil de “órgão aglutinador de interesses não só de trabalhadores de uma determinada categoria como de órgão representativo dos anseios de toda a sociedade civil” e salienta não haver incompatibilidade entre a atuação sindical e a defesa de interesses difusos.

Por fim, para Fiorillo (1989, apud SANTOS, 2014, p. 271), por serem os sindicatos, em sua conformação, verdadeiras associações civis, “bastar-lhes-ia adequarem seus estatutos ao que dispõem os incisos I e II do art. 5º da Lei 7347/85, para adquirir aptidão para tutelar interesses difusos, como eventuais danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, à saúde dos trabalhadores e outros estabelecidos em lei”.

Melo (2002, apud SANTOS, 2014, p. 272) atribui aos sindicatos a legitimidade presumida para a defesa dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, uma vez que, por força do artigo 8º, III, da CF, essas prerrogativas estão em pertinência direta com sua função

institucional. No entanto, para a defesa dos direitos difusos, o Procurador do Trabalho reputa necessária a expressa previsão nos estatutos da entidade. Segundo seu entendimento, pode o sindicato, em determinadas hipóteses, defender direitos difusos, mas não como fim imediato de sua ação. Exemplifica com o ajuizamento de ação civil pública para a implantação de portas eletrônicas em agência bancária visando à proteção dos trabalhadores da categoria. Nesse caso, a tutela obtida abrangerá, além dos próprios trabalhadores, todas as pessoas que têm acesso à agência bancária. Aduz que a própria natureza do direito implica a extrapolação dos limites subjetivos da categoria, atingindo, de forma reflexa, todas as pessoas que tenham acesso à agência.

Interessante o estudo realizado por Santos (2014, p. 271) sobre a atuação dos sindicatos nas ações coletivas, trabalho em que o autor demonstra uma visão progressista da atuação dos sindicatos. Assinala que a previsão de que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, contida no artigo 8º, III, da CF, não importa restrição ou proibição de que essas entidades atuem na defesa de outros interesses, que não os referentes à categoria. “A circunstância de a lei dispor sobre a permissão de um fato não significa a proibição de todos os fatos que daqueles se distinguem” (SANTOS, 2014, p. 271).

Para o autor (SANTOS, 2014, p. 271), a “interpretação do art. 8º, III, da CF/88 de acordo com os valores da própria Carta Magna remete à ilação de que a expressão ‘interesses coletivos’ foi utilizada no sentido amplo, para designar a defesa de interesses transindividuais”. Assim, a locução *direitos e interesses coletivos* não se identifica com a descrição prevista no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC – ou seja, com os direitos e interesses coletivos *stricto sensu* –, mas abrange todas as espécies de direitos transindividuais, ou seja, os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Assevera que compete aos sindicatos,

sem abandonar a inspiração pela luta em prol da melhoria das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, despirem-se do véu do conflito ideológico (capital/trabalho) para assumir a sua parcela de responsabilidade na defesa de interesses outros que nem sempre se interligam diretamente com as relações de emprego, mas que dizem respeito àqueles que participam, participaram ou participarão do mercado de trabalho (SANTOS, 2014, p. 214).

Dessa forma, é necessário um novo enfoque na atuação das entidades sindicais, ampliando-se o espectro de bens tuteláveis para além das clássicas garantias trabalhistas. O autor (SANTOS, 2014, p. 213) aponta vários campos para os quais se deve voltar a atuação sindical, entre elas, a luta pela geração de emprego, que pressupõe relação de solidariedade

entre os empregados e desempregados, trabalhadores informais etc.; a luta pela inserção de pessoas no mercado de trabalho, que impõe a realização de um trabalho que abranja as mais diversas categorias sociais, como os jovens, os trabalhadores com idade avançada, os portadores de deficiência, os negros etc.; a proscrição de condutas discriminatórias no trabalho; o combate às fraudes nas relações de trabalho (pseudocooperativas, estágios irregulares etc.). Esses novos temas, que devem constar da pauta de atuação dos sindicatos, demonstram que a sua atuação não se restringe à defesa dos empregados integrantes da categoria, mas abarcam, em razão da própria abrangência dos direitos a serem tutelados, pessoas que não estejam inseridas em uma relação formal de emprego, tais como desempregados, aposentados, deficientes etc. Assim, a lesão a direitos metaindividuais importa, não raras vezes, em extrapolação do âmbito restrito dos trabalhadores ligados ao seu empregador, irradiando seus efeitos para além dos membros da categoria.

Reportando-se, ainda, aos contornos da categoria, instituto sobre o qual se funda o sistema da unicidade sindical, Santos (2014, p. 218) resalta que esse critério de agregação de pessoas “não se coaduna com a atuação sindical na tutela dos interesses transindividuais”. O autor não reputa necessária a modificação da legislação para possibilitar a atuação dos sindicatos na tutela de interesses transindividuais, dado que os elementos presentes atualmente no ordenamento jurídico não somente permitem a tutela desses direitos pelos sindicatos, mas os fomentam. No entanto, aponta que “tal circunstância não elimina a necessidade de uma reformulação da legislação sindical, inclusive como forma de tornar mais eficaz e célere essa tutela dos interesses transindividuais pelas entidades sindicais”.

De fato, a feição dos novos direitos sociais – *v.g.*, a proibição de discriminação no ambiente de trabalho, a inserção de trabalhadores jovens, idosos e/ou deficientes no mercado de trabalho, a proibição de contratação de servidores públicos sem concurso, entre outros –, autoriza uma interpretação ampliativa do conceito de categoria, para além daqueles trabalhadores diretamente ligados a um empregador. A concepção tradicional de categoria não permite a adequada tutela dos direitos e interesses metaindividuais pelas entidades sindicais, razão pela qual seu espectro deve ser redimensionado, para abarcar pessoas que não estão diretamente vinculadas a um empregador.

Com base nesses apontamentos, pode-se inferir que os direitos metaindividuais, sobretudo os difusos, só poderão ser suficientemente tutelados com a expansão da atual dimensão de categoria, a adoção de um novo conceito, mais afeito à tutela coletiva e à atuação sindical: o conceito de metacategoria. Dessa forma, não haveria paradoxo algum em se

afirmar a possibilidade de defesa de direito difuso pelos sindicatos, uma vez que estes não ficariam adstritos aos membros da categoria, mas poderiam alcançar pessoas cujos direitos não se enquadram perfeitamente na noção de categoria.

SANTOS (2014, p. 219), nessa linha de pensamento, salienta que

a idéia de categoria não implica o desprovemento dos sindicatos de poderes para atuar em seara que extrapole os lindes daquele. Como visto, o conceito de categoria é uma construção artificial [...]. Ao atuar na defesa de interesses transindividuais – difuso, coletivos e individuais homogêneos –, a ação sindical não se orienta pelos limites impostos pela noção de categoria, tendo em vista que esses interesses possuem um campo de irradiação que não se limita a esferas e círculos previamente delineados.

Esse autor, contudo, entende não haver paradoxo entre a concepção de direitos transindividuais e o vocábulo “categoria”, como se verá adiante. Afirma também (SANTOS, p. 277) que, no domínio dos direitos transindividuais, a delimitação do âmbito de atuação sindical não se afere pela noção de categoria, mas sim pela da pertinência temática – socioeconômica e profissional – do sindicato com o ramo de atividade econômica em que atua. Exemplifica asseverando que o sindicato de uma determinada atividade profissional (têxtil, *v.g.*) estará legitimado a defender interesses difusos, coletivos e individuais de todos os trabalhadores atuantes nessa atividade econômica, ainda que os efeitos dessa sua atuação venham a se projetar sobre outras pessoas da sociedade.

Desse modo, o correto entendimento da legitimação dos sindicatos em matéria de direitos coletivos parece incluir os seguintes pontos: a) os direitos coletivos mencionados no artigo 8º, III, da CF, devem ser interpretados extensivamente, para abrigar direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos); b) a definição do âmbito da tutela proferida em ações coletivas movidas pelos sindicatos guardará estreita correspondência com o direito tutelado, não se restringindo, no caso de direitos difusos, aos membros efetivos da categoria, podendo alcançar pessoas que não se encontram nela incluídas; c) é o conceito de pertinência temática e não o de categoria que deve servir como critério para aferição da legitimação dos sindicatos em matéria de tutela de direitos transindividuais, sob pena de indevida restrição de sua atuação, pois seriam alijados da defesa de interesses que perpassam a noção de categoria.

Ressalte-se, por fim que, na lição de Santos (2014, p. 278), não há paradoxo algum entre a interpretação extensiva da expressão “coletivos” constante no texto do artigo 8º, III, da CF e a referência à categoria. Para ele, ao “reportar-se a interesses coletivos *lato sensu* da categoria, o legis-

lador nos fornece a base para a determinação da legitimação das entidades sindicais em matéria de interesses transindividuais, na sua esfera de atuação primária”. O autor (SANTOS, 2014, p. 278) ainda pontifica que o vocábulo “categoria” não limita a atuação sindical apenas à defesa dos membros da categoria, mas determina uma baliza para a atuação das entidades sindicais na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo. Assim se expressa o autor (SANTOS, 2014, 278):

Deve haver uma adequação entre a atividade da empresa e a representação do sindicato, o que equivale a dizer que determinado sindicato profissional estará legitimado a atuar em face de empresa pertencente à categoria econômica correspondente à respectiva categoria profissional por ele representada.

De fato, só essa interpretação permite conferir coerência a afirmações como as de Mazzilli (2007, p. 302), para quem as entidades sindicais “detêm hoje legitimação para a defesa judicial não só dos interesses *individuais*, mas dos *interesses coletivos*, em sentido *lato*, de toda a categoria”. Uma análise menos acurada conduziria a se reputar como ambígua ou paradoxal essa afirmativa, uma vez que, se o direito é difuso, não poderia ser limitado à categoria, a qual tem contornos limitados a um grupo de pessoas ligadas por afinidades econômicas ou profissionais. Portanto, de forma primária, a atuação dos sindicatos deve voltar-se para a defesa da categoria, o que não significa dizer que deva restringir-se a ela.

Essas considerações permitem inferir que a noção de categoria atua como uma condição necessária para a admissibilidade das demandas coletivas, uma vez que se afigura inadmissível a propositura de ação coletiva que não objetive proporcionar-lhe alguma utilidade, seja de forma direta, indireta ou conexa. É necessário, também, que a providência judicial pleiteada esteja inserida nos fins institucionais da entidade sindical.

Assim, reputa-se que carece de ação sindicato que ajuíze ação coletiva para, por exemplo, proibir a importação de determinado equipamento de proteção individual que cause agravos à saúde dos trabalhadores, quando o equipamento cuja importação se quer ver proibida não é sabidamente utilizado por membros da categoria. Dessa forma, ainda que a medida pleiteada – proibição de importação ou comercialização de equipamentos de proteção individual (EPI) – se insira no âmbito de direitos tuteláveis pela entidade sindical, o resultado da tutela concedida não trará nenhum benefício aos interesses primários da categoria.

Se a defesa dos direitos difusos é objeto de grande celeuma na doutrina, o mesmo não ocorre com relação à defesa dos direitos coletivos

stricto sensu e individuais homogêneos. A defesa dos primeiros está na essência da atividade sindical, pois os sindicatos se constituem pela organização dos trabalhadores para a defesa desses direitos, que dizem respeito ao grupo de trabalhadores. A referência prevista no artigo 8º, III, da CF, evidencia que a atividade sindical deve voltar-se prioritariamente à defesa desses direitos.

Mancuso (apud SANTOS, 2008, p. 257) salienta que as entidades sindicais são instituições previamente constituídas para a defesa de interesses coletivos, pois

o grau de agregação dos interesses coletivos, mais intenso do que em relação aos difusos, os transforma num gênero mais delineado e afetado a segmentos e categorias sociais bem definidas, como o interesse dos metalúrgicos, dos têxteis etc. [...] e determinam a sua representação por essas espécies de instituições.

Os direitos individuais homogêneos de há muito encontram previsão expressa no ordenamento jurídico-trabalhista. Os artigos 872 e 195, § 2º, ambos da CLT, permitem a atuação do sindicato como substituto processual da categoria, nas demandas que objetivem, respectivamente, o cumprimento de sentença normativa e o pleito de pagamento de adicional de insalubridade. A Lei nº 8.036/1990, em seu artigo 25, dispõe que poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar os depósitos das importâncias devidas nos termos daquela lei.

Santos (2014, p. 267) afirma que mesmo a doutrina mais conservadora admite a legitimação dos sindicatos para a defesa dos interesses individuais homogêneos, os quais estão abrangidos quer no vocábulo “coletivos” – para os que admitem uma interpretação extensiva –, quer no termo “individuais” – para aqueles que sustentam uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Algumas palavras são necessárias para expressar a posição do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a legitimação dos sindicatos para atuar como substituto processual da categoria. O TST mantinha posição restritiva da possibilidade de atuação dos sindicatos como substituto processual, conforme o enunciado na já revogada Súmula nº 310. Em resumo, o TST assentava que o artigo 8º, III, da CF não assegurava a substituição processual pelo sindicato. O item V da referida Súmula dispunha que “em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade”.

A doutrina insurgiu-se contra essa orientação do TST. Mazzilli (2007, p. 303), comentando aquele item V, afirmava tratar-se de exigência descabida, “tanto que a Súmula 310 foi revogada, embora com tardança”. De fato, por meio da Resolução nº 119, de 1º/10/2003, o TST revogou aquela Súmula, o que permite ao Judiciário trabalhista maior liberdade para deliberar sobre os casos em que as entidades sindicais ingressam em juízo com ações de interesse das suas respectivas categorias.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, em 12/6/2006, analisando o Recurso Extraordinário nº 193.503-1-São Paulo, em acórdão relatado pelo Min. Joaquim Barbosa, deixou assentado que o “artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimação extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos”.

Essa evolução do entendimento jurisprudencial das mais altas cortes do País sobre a defesa coletiva produzida pelos sindicatos em matéria de direitos coletivos sintoniza-se com as vozes dos doutrinadores, no sentido de propiciar um amplo acesso à Justiça, prestigiando a participação dos chamados *corpos intermediários* na solução de conflitos que digam respeito à sociedade como um todo ou aos grupos, classes ou categorias de pessoas. Comentando aquela decisão proferida pelo STF, Mello (2008, p. 143) assim se manifesta:

Trata-se de decisão de grande significado para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que agora passam a ter assegurado o seu pleno acesso à justiça, por intermédio da proteção sindical. Nas palavras textuais pronunciadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a decisão promove a “reação à sina histórica da Justiça do Trabalho de ser a justiça dos desempregados”.

4. O quadro atual de atuação das associações e sindicatos no âmbito coletivo

Caracterizada a legitimidade de associações civis e sindicatos para a propositura das ações coletivas, apresenta-se, com base nas obras doutrinárias estudadas, o quadro demonstrativo da atuação destas entidades; salienta-se, de antemão, que o resultado não reflete a expansão quantitativa desses entes nos últimos anos.

Mancuso (2002, p. 108-109) ressalta que as estatísticas relevam absoluta superioridade do número de ações propostas pelo Ministério Público em relação àquelas ajuizadas pelos demais legitimados. O autor leciona:

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz observa que “não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos (com certeza é ela responsável pela atuação em mais de 90% dos casos). Preocupa, pois esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada ‘sociedade civil’, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade”.

Mello (2008, p. 142), ao analisar a participação dos sindicatos na propositura de ações civis públicas, afirma que, por várias razões, dentre elas o desconhecimento do instituto e o receio da ilegitimidade, pouca era a atuação destas entidades. Todavia, acentua que na atualidade tem havido mudanças em relação à melhor acolhida do instituto pelos juízes do trabalho e, conseqüentemente, ao número de ações ajuizadas pelos sindicatos.

Com efeito, embora se verifique que os chamados *corpos intermediários* tenham gradativamente ganhado espaço na sociedade, sua participação efetiva na tutela dos interesses transindividuais ainda se encontra em estágio aquém do desejável, cabendo a todos, como partícipes da denominada sociedade participativa e plural, estimular a ação dessas entidades, na medida das possibilidades de cada um.

5. Conclusão

Conclui-se este trabalho com a convicção de que o sistema coletivo vigente não descuroou da tendência mundial de oferecer à sociedade e aos grupos sociais, como representantes de parte dela, mecanismos aptos à defesa dos chamados direitos transindividuais. A legitimação concedida às associações civis, nelas incluídos os sindicatos, amplia o potencial de defesa desses direitos, haja vista que possibilita a proteção de interesses que, se fossem esperar a iniciativa de indivíduos isoladamente considerados, certamente ficariam sem a devida proteção e/ou reparação.

Deve nortear a inteligência dos operadores do direito coletivo, com vistas a potencializar o acesso à justiça, uma exegese extensiva, em con-

sonância com a realidade social, que permita a expansão dos direitos coletivos *lato sensu* e sua efetiva proteção,

Dos chamados *corpos intermediários*, aguarda-se uma adequada estruturação e uma crescente busca de aprimoramento na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Sobre o autor

Evair de Jesus Zago é mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp), Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor de Direito do Trabalho no Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro Victório Cardassi (IMESB-VC), Bebedouro, SP, Brasil; auditor-fiscal do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, Barretos, SP, Brasil.
Email: evairzago@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

JUDICIAL COLLECTIVE PROTECTION MADE EFFECTIVE BY LABOR UNION AND CIVIL ASSOCIATIONS

GENERAL CONSIDERATIONS

ABSTRACT: This article has for objective to present an analysis on the forms of performance of the called intermediate bodies in the collective process. Objective, to the light of the law rank, the doctrine and the jurisprudence, to classify the metaindividuals right calls, to present the forms of performance of the unions and civil associations in the promotion of the guardianship of these rights, good thus to identify the controversial points of the performance of these beings in the collective plan.

KEYWORDS: COLLECTIVE RIGHTS. CIVIL ASSOCIATIONS. LABOR UNIONS.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985.

¹ Sem revisão do editor.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 maio 1990a.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990b.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1995.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora da defesa do consumidor*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed., rev. aum. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

MALCHER, Wilson de Souza. *Intervenção de terceiros nas ações coletivas: sob a ótica jurídico-processual luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo, LTr-Edusp, 1993.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União

Estudo de casos

FRANCISCO SÉRGIO MAIA ALVES

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo explorar a polissemia do termo ativismo e examinar, a partir de um marco teórico definido, a presença ou não do ativismo na atuação do TCU. Dentre os diversos sentidos da expressão, adota-se o conceito de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que define o ativismo como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais. A partir de estudos de casos, conclui-se que o TCU também expede decisões que podem ser consideradas ativistas. Há traços de ativismo na atuação do Tribunal, que se manifesta mediante: a criação judicial do Direito; o avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas amplas que acabam por “decidir” casos futuros; a atuação processual amplificada; e o afastamento por parte do Tribunal de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Ativismo judicial. Criação judicial do Direito. Segurança jurídica.

1. Introdução

O ativismo judicial é fenômeno jurídico bastante explorado pela doutrina nos tempos recentes, principalmente pelos estudiosos do direito constitucional e teoria política. Todavia, por vezes, as discussões ocorrem sem um cuidado maior quanto à definição do termo, que, além de conter múltiplos sentidos, eventualmente carrega a ideologia de quem o emprega.

Recebido em 30/4/15
Aprovado em 20/7/15

Embora não faça parte da estrutura do Poder Judiciário, no exercício do controle externo da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União (TCU) também delibera sobre a correção de atos praticados pelas unidades administrativas e agentes que lhe são jurisdicionados, aplicando o direito a fatos concretos. Dessa forma, ele também pode, pelo menos em tese, expedir decisões ativistas.

O presente ensaio tem como objetivos explorar a polissemia do termo “ativismo” e examinar, a partir de um marco teórico definido, a sua presença ou não na atuação jurídico-administrativa do TCU.

Não se busca discutir o mérito das decisões do Tribunal, ou seja, o acerto ou desacerto da interpretação conferida em cada caso concreto. Como dito, o artigo busca investigar a ocorrência do fenômeno na atuação do órgão de contas, não abrangendo a discussão do direito material manuseado nos processos.

O artigo tem ainda como objetivos secundários identificar eventuais excessos procedimentais e sugerir correções de rumo na atuação do TCU como intérprete e formador de jurisprudência na Administração Pública Federal.

Nesse sentido, serão expostas as várias definições de ativismo judicial, segundo doutrina selecionada, e, em seguida, examinadas as diversas competências constitucionais do Tribunal, a fim de averiguar a existência de espaço para a expedição de decisões ativistas. Em seguida, serão apresentados alguns provimentos emanados pelo órgão passíveis de ser considerados ativistas segundo os conceitos aduzidos. Por fim, serão destacadas as especificidades da função exercida pelo TCU e oferecidas sugestões para o aperfeiçoamento de sua atuação.

Para cumprir tais objetivos, será adotado o método dedutivo de abordagem, partindo-se

da análise geral do objeto de estudo – ou seja, da doutrina e da legislação pertinente às atribuições do TCU e à matéria analisada nos julgamentos em confronto com as decisões prolatadas –, até se chegar a conclusões particulares.

Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica.

Ao final da pesquisa, logrou-se identificar os seguintes traços de ativismo no exercício das competências constitucionais e legais do TCU: criação judicial do Direito; avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras amplas que acabam por “decidir” casos futuros; atuação processual amplificada; e afastamento de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, por meio do uso de um tipo de pragmatismo fundado em argumentos econômicos não comprovados.

A despeito de tais constatações, pugnou-se pelo reconhecimento da legitimidade da atuação do TCU, como intérprete do direito e integrador de eventuais lacunas no regime jurídico-administrativo, desde que respeitados certos limites procedimentais e aberta permanentemente a via para o aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal.

2. Significados e dimensões do ativismo judicial

O termo “ativismo judicial” é mais uma daquelas expressões dotadas de múltiplos sentidos no debate jurídico. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, trata-se de uma expressão de conteúdo débil e forte carga emocional, um conceito fugidio (BRANCO, 2011, p. 387).

Tal situação também é retratada por Marcelo Casseb Continentino, que não consegue divisar um sentido bem delimitado, um parâmetro ou critério que defina satisfatória-

mente a dimensão semântica do conceito (CONTINENTINO, 2012, p. 141).

Ao retratar ambiguidade do termo, Elival da Silva Ramos assinala que ele serve para caracterizar qualquer modalidade de não interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas (RAMOS, 2010, p. 132).

Além de marcada por uma grande imprecisão, a expressão pode ter uma carga valorativa positiva ou negativa, a depender do enfoque teórico ou da ideologia de quem analisa.

Para aqueles alinhados à ideia de que o Poder Judiciário também tem a função de concretizar direitos fundamentais e os valores constitucionais¹, ou seja, de corrigir as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo², o ativismo judicial é algo positivo e desejável.

Para aqueles que entendem que o Poder Judiciário não detém as informações e os melhores instrumentos para concretizar os valores da Constituição, isto é, para resolver determinadas questões que envolvem desacordos morais da sociedade³, o ativismo judicial é algo negativo e que deve ser evitado⁴.

¹ Segundo Edilson Pereira Nobre Júnior (2011), a legitimidade do ativismo judicial se projeta sobre valores, ou seja, sobre paradigmas substanciais que são consagrados como pilas do ordenamento. Nesse contexto, o ativismo judicial deveria centrar sua atenção na concretização dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista.

² Nesse sentido, Tiago Neiva Santos (2007, p. 282) defende o ativismo judicial como resposta às disfunções nos poderes criativos do Estado. Luís Roberto Barroso (2011, p. 233) associa o ativismo a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

³ Sobre a ideia de desacordo moral, ver Waldron (2006).

⁴ Em interessante obra sobre o tema, Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014, p. 5-6) defende uma postura mais contida do Poder Judiciário na solução de questões que envolvem elevada carga valorativa e uma grande imprecisão quanto aos parâmetros de sentido envolvidos. Para o autor, uma teoria constitucional contemporânea precisa encarar o fato de que, mesmo acreditando na existência de direitos e da justiça, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas. Tomando emprestadas as ideias de Jeremy Waldron, defende que o mecanismo por excelência

O debate envolve ainda considerações sobre a aceitação ou não do uso de princípios jurídicos na adjudicação judicial⁵, além da possível infringência do ativismo judicial sobre a segurança jurídica, a democracia e a separação dos poderes, valores normalmente enfatizados por aqueles que propugnam uma maior contenção judicial.

Por outro lado, Paulo Gustavo Gonet Branco (2011) ressalta o desdém que parte da doutrina americana tem sobre o conceito, que o considera como “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”⁶. Como a ideia de ativismo judicial está associada, na maioria das vezes, à extrapolação dos limites do Poder Judiciário na interpretação do Direito, essa crítica tem sua razão de ser, pois, ao final, a discussão sobre se uma decisão é ou não ativista resume-se, por vezes, a uma divergência sobre a correta interpretação da norma.

A despeito da já falada polissemia do termo, alguns autores não se furtaram de conceituá-lo. Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para

pelo qual a sociedade define o seu agir coletivo é o processo político democrático, estando as instituições públicas funcionando de maneira adequada.

⁵ O ativismo judicial aproxima-se da ideia de neoconstitucionalismo, que, em síntese de Daniel Sarmento, envolve os seguintes fenômenos: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2011, p. 73-74.).

⁶ O trecho é de Kermit Roosevelt III, segundo compêndio de Craig Green (BRANCO, 2011, p. 392).

além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Sob essa ótica, trata-se de um conceito com nítido traço negativo, que sugere uma atuação irregular do Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.

Inocência Mártires Coelho busca diferenciar ativismo judicial, que, segundo os autores por ele pesquisados, significaria uma espécie de “mau comportamento” ou de “má consciência” do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais de seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito, da criação judicial do Direito (COELHO, 2011, p. 481-482).

Diversamente, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material (COELHO, 2011, p. 482).

Na ausência de critérios seguros para se encontrar o sentido literal da norma, ou seja, o limite do texto a ser interpretado, é difícil afirmar se uma decisão foi ativista ou promoveu, de forma legítima, a criação judicial do Direito. Como já se afirmou, a discussão pode-se reduzir, no final, à correta interpretação do texto e dos métodos hermenêuticos adequados para o exercício dessa atividade.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos conceitua o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos pelos juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais (CAMPOS, 2011, p. 551).

A partir desse elemento central do conceito – o comportamento expansivo do Poder Judiciário em face dos demais atores políticos –, o autor aponta a existência de múltiplos critérios de identificação do ativismo judicial. Segundo pesquisa baseada no trabalho dos autores norte-americanos Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta os seguintes indicadores de ativismo judicial: ausência de deferência judicial às decisões prévias tomadas pelos demais poderes políticos, desrespeito aos precedentes, criação judicial do Direito⁷ e dirigismo em matéria de políticas públicas (CAMPOS, 2011, p. 554).

Além dessas dimensões, o autor ressalta o ativismo jurisdicional de William Marshal, que corresponde à significativa expansão pelo Judiciário de seu campo de jurisdição⁸, o ativismo maximalista de Ernest Young, que corresponde à situação em que um Tribunal se expande em decidir uma controvérsia que não está a rigor perante ele⁹; o ativismo de Keenan Kmiec, em que o juiz se afasta de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico; e o ativismo partidário de Marshal e Young, em que o julgador decide segundo o seu alinhamento político-partidário (CAMPOS, 2011, p. 555-556).

⁷ Aqui, o autor diferencia-se de Inocência Mártires Coelho, ao tomar a criação judicial do Direito como uma das dimensões do ativismo judicial.

⁸ O autor cita como exemplo a amplitude dos casos de legitimação processual, da utilidade do *habeas corpus*, da utilidade de remédios alternativos contra o Governo, entre outros, todos extraídos da realidade norte-americana (CAMPOS, 2011, p. 555). No Brasil, o ativismo processual manifesta-se na atuação do juiz, não mais pautada na ideia de inércia, mas sim na busca da igualdade substancial das partes. A ideia de ativismo processual também pode ser encontrada em Guedes, (2013, p. 45-79).

⁹ Segundo o autor, tal forma de ativismo ocorre quando o julgador anuncia um princípio mais amplo do que o caso concreto requer ou tenta resolver definitivamente um assunto controvertido antes que a sociedade esteja pronta para a resolução (CAMPOS, 2011, p. 555).

Embasado em tais pressupostos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011) analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal e conclui pela existência das seguintes manifestações de ativismo na Corte máxima do País: (i) uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal comum do dispositivo normativo interpretado; (ii) atuação processual amplificada; (iii) interferência incisiva no comportamento dos demais poderes; inclusive em questões de políticas públicas e sociais; (iv) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a violação do Texto constitucional; (v) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a conseqüente concentração do poder em seu favor; (vi) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também; e (vii) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único (CAMPOS, 2011, p. 558).

Passemos, pois, à atuação do TCU, o que se dará segundo as dimensões catalogadas por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011).

3. Atribuições do Tribunal de Contas da União

Entre as competências deferidas ao Tribunal de Contas da União, é possível identificar quatro tipos de atribuições legais e constitucionais em que se torna possível a prática de ativismo jurídico administrativo:

- em decisões lavradas em resposta às consultas;
- no exercício do poder regulamentar;
- no julgamento de casos concretos submetidos à sua apreciação (auditorias, representações, denúncias, tomadas de contas, entre outros);
- em processos administrativos de uniformização de entendimentos.

Segundo o art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a lei orgânica do TCU, compete ao Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno (BRASIL, 1992).

Conforme o § 2º do dispositivo mencionado, a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto (BRASIL, 1992).

Embora essa atribuição não esteja expressamente prevista nos diversos incisos do art. 71 da Constituição Federal, a função orientativa-consultiva também faz parte do conjunto de atribuições reservadas às instituições de fiscalização superiores¹⁰, que, além de promover o controle da Administração Pública, tem a missão de orientar as entidades e os agentes públicas a fim de evitar o cometimento de erros¹¹.

Dessa forma, a resposta a consultas insere-se na função do TCU de auxiliar a boa administração dos recursos públicos, o que se mostra desejável sob o ponto de vista jurídico e econômico, uma vez que em tese evita a ocorrência de prejuízos ao erário e, por consequência, a abertura de processos de natureza corretiva e sancionadora.

Nesse cenário, como o TCU promove a interpretação em tese de leis e regulamentos relativos à matéria de sua competência, é possível que ele, assim como o Poder Judiciário, eventualmente expeça entendimentos em resposta a consulta, os quais não estejam contidos na expressão literal da norma – ou, de outra forma, baseados em princípios jurídicos de larga amplitude semântica. Cuida-se, portanto, de um dos espaços de atuação do Tribunal em que é possível a prática de ativismo¹².

O segundo tipo de atuação passível de ensejar deliberações ativistas pelo TCU corresponde ao exercício do poder regulamentar. Segundo o art. 3º da Lei Orgânica, o Tribunal pode, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade (BRASIL, 1992).

Com relação ao assunto, é preciso deixar claro que o TCU não tem a função de regulamentar lei para a sua fiel execução, dado que isso é competência privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

¹⁰ Lucas Rocha Furtado divide as funções do TCU em: opinativa ou consultiva, fiscalizadora, de julgamento de contas, de registro, sancionadora e corretiva (FURTADO, 2013, p. 1.101-1.104).

¹¹ Bruno Wilhelm Speck, ao analisar os diversos modelos de instituições superiores de controle financeiro, ressaltou que tais entidades, historicamente, foram criadas com duas preocupações diferentes: administrar bem os recursos públicos e limitar o Poder Executivo. Por meio da primeira delas, busca-se aumentar a eficiência da Administração, ao passo que, por intermédio da segunda, o propósito é responsabilizar os agentes administrativos quanto à regularidade e legalidade da gestão financeira (SPECK, 2000, p. 31, 32, 36). A busca da melhoria na eficiência da Administração dá-se, em regra, pela realização de auditorias de programas e de resultados, que, ao final, tem como objetivo emanar orientações e recomendações ao órgão fiscalizado. No Brasil, a função orientativa ocorre também mediante a resposta formal a consultas.

¹² Benjamin Zymler visualiza outro risco sistêmico à atividade consultiva do Tribunal. Para ele, o Tribunal deve evitar que as respostas às consultas possam ser usadas como passaporte para validar atos concretos de gestão, o que equivaleria à assunção transversa, pelo TCU, de competência própria do administrador, que teria a garantia de aprovação de suas contas (ZYMLER, 2013, p. 254).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assinala que o exercício do poder regulamentar pelo TCU deve ser interpretado conforme a Constituição. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Para ele, o Tribunal não tem competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei (BARROSO, 2001, p. 239).

Desse modo, o poder regulamentar do Tribunal restringe-se ao detalhamento do exercício de suas competências, como julgar contas, aplicar sanções, fiscalizar atos e contratos, dentre outras, e, por outro lado, à organização de seus processos, ou seja, ao estabelecimento de suas normas procedimentais.

Ademais, o ativismo do TCU pode manifestar-se no julgamento de casos concretos submetidos a sua apreciação. Como se sabe, o Tribunal realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, em auxílio ao Congresso Nacional. Para tanto, segundo o art. 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entre as quais sobressaem a de julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a prejuízo ao erário público (inciso I); a de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (inciso II); a de aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei (inciso VIII); a de assinar prazo para que a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (inciso IX); e a de sustar atos e con-

tratos na forma do inciso X e § 2º do referido artigo, dentre outras.

Nesse cenário, como analisa atos e fatos segundo o parâmetro jurídico vigente – ou seja, a Constituição, a lei e os demais regulamentos aplicáveis à matéria –, o TCU necessariamente promove a atividade interpretativa, a fim de expedir os provimentos de sua competência.

Dessa forma, em tese também é possível que o Tribunal, assim como os órgãos do Poder Judiciário, eventualmente expeça entendimento, na apreciação de casos concretos, que não esteja contido na expressão literal da norma. Tal situação pode ocorrer mediante o uso de princípios jurídicos de larga amplitude semântica não integrados por regras jurídicas, de argumentos extrajurídicos, de razões de ordem prática e de juízos de conveniência e oportunidade, que não necessariamente podem ser depreendidos da norma interpretada.

Por fim, o ativismo pode manifestar-se em processos administrativos voltados à uniformização de entendimentos. No caso, a própria existência de processos com essa finalidade já constitui, em si, manifestação de ativismo, uma vez que, a despeito da utilidade prática de se estabelecer orientação geral ao corpo de auditores do TCU sobre o que seria o “melhor entendimento da norma”, as decisões emanadas não podem ter caráter vinculante, precipuamente para as unidades jurisdicionadas do Tribunal.

Como visto, o poder normativo do TCU resume-se às respostas às consultas, ao passo que o poder regulamentar somente se destina à expedição de atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos. Por essa razão, o Tribunal somente pode disciplinar aspectos procedimentais relativos ao exercício de sua competência, não a interpretação, o juízo de mérito a ser aplicado a cada caso submetido à apreciação.

Cabe ressaltar que os auditores da Secretaria do Tribunal, na função de controle externo, têm independência técnica e podem emitir livremente suas opiniões durante a etapa de instrução processual. Com muito mais razão, o Ministério Público junto ao TCU e os Ministros, na condição de presidentes do processo, não podem estar sujeitos a tais entendimentos, expedidos de forma genérica em processos abstratos, uma vez que atuam segundo os princípios do livre convencimento e da persuasão racional.

É claro que o dever de seguir os precedentes é norma implícita decorrente do princípio da isonomia¹³. Porém, tal obrigação deve ser vista com reserva: primeiro, pela ausência de previsão regimental e legal de processos administrativos que apreciam matéria jurídica em tese no TCU; e, segundo, porque os Ministros do TCU sempre têm margem de liberdade para verificar se há ou não identidade entre o caso em exame e o precedente.

Ademais, para a interpretação de um texto normativo é recomendável confrontar a disposição geral com cada situação concreta submetida à apreciação. Afinal, os textos não saem prontos das mãos do legislador; antes contêm apenas critérios gerais de justiça, a serem particularizados e complementados pelos seus intérpretes-aplicadores, à luz do caso concreto (GARCIA, 1998, p. 22).

Nesse mesmo sentido, o Ministro Benjamin Zymler assinalou, no voto condutor do Acórdão nº 1314/2013-TCU-Plenário, que a fixação de entendimento jurídico pelo TCU no âmbito de uma análise abstrata do ordenamento jurídico deve ser realizada com cautela. Para ele, não cabe ao Tribunal, em linha de princípio, dispor sobre matéria jurídica em tese, a menos que se trate de apreciação de consulta e de aprovação de atos normativos de competência do TCU (BRASIL, 2013c).

Dito isso, passa-se ao estudo de situações concretas em que é possível identificar a prática de ativismo em deliberações lavradas pelo TCU, segundo as dimensões e considerações doutrinárias trazidas no item 2.

4. Estudo de casos

Dado o universo de assuntos sujeitos à deliberação do TCU no exercício do controle externo da Administração Pública, buscou-se reduzir o escopo da pesquisa às decisões lavradas no controle de atos e contra-

¹³ O Regimento Interno do TCU prevê o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 91); porém, ele não atribui efeito vinculante ao julgamento do incidente, nem às súmulas eventualmente editadas a respeito de matéria pacificada pelo Tribunal (BRASIL, 2015a).

tos. Ou seja, buscou-se verificar a interpretação do Tribunal em matéria de licitações e contratos.

Nesse contexto, pesquisaram-se os processos que tenham tratado de temas afetos à celebração de aditivos contratuais, matéria que envolve enorme litigiosidade no Tribunal.

O objetivo não foi trazer um apanhado completo de decisões ativas do TCU, em certo período de tempo, nem analisar o acerto ou desacerto da interpretação. Como já ressaltado, o escopo foi apresentar algumas deliberações passíveis de ser enquadradas como exemplos de ativismo conforme os critérios estabelecidos no capítulo dois.

4.1. Decisão nº 215/1999–TCU-Plenário. Resposta à Consulta. Critérios para aceitação de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei nº 8.666/1993

O processo em que a deliberação foi lavrada tinha por objeto responder à consulta formulada por Ministro de Estado acerca de alteração de contrato administrativo, que excedia, em valor, os limites legais preestabelecidos.

A matéria é tratada no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que assim dispõe:

Art. 65. [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Como se vê, a disposição legal estabelece um teto para a alteração de contratos administrativos, o que se justifica em razão dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, que têm como objetivo evitar que o objeto efetivamente executado no contrato seja significativamente distinto do submetido à licitação.

No caso, a Lei nº 8.666/1993 não estabelece qualquer exceção ao critério estabelecido no art. 65, § 1º. Pela literalidade da norma, caso sejam necessárias alterações que extrapolem o limite legal, deve a Administração executar o contrato somente até o aludido parâmetro e promover nova licitação a fim de contratar a parcela contratual remanescente.

Tal regra impõe dificuldades práticas à Administração Pública, pois, além de acarretar novos custos em face do novo procedimento licitatório, o objeto contratado nem sempre é facilmente divisível sob o ponto de vista técnico. Isso ocorre em determinados tipos de obras públicas,

cujos serviços são interligados e interdependentes, de forma que não se mostra adequado que estejam sujeitos a responsabilidades técnicas distintas.

Por meio da Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário, o TCU decidiu que

nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os *princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade*, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos [listou] (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Pelo conteúdo da parte dispositiva transcrita, constata-se que o Tribunal, fazendo uso de princípios jurídicos como os da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, com conteúdos evidentemente vagos, acabou por editar normas que se distanciaram do sentido literal comum do dispositivo interpretado, uma vez que criou exceções ao limite do art. 65, § 1º não previstos pelo legislador ordinário.

Não se discute o mérito das valorações efetuadas pelo Tribunal no exame da matéria, que, além de buscar preservar os princípios reitores da regra interpretada, manifestou preocupação sobre a eficiência e a economicidade do sistema de contratações públicas.

Porém, parece claro que a Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário inovou com relação à norma jurídica interpretada, razão pela qual se conclui que a deliberação é exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

A decisão assemelha-se à manifestação de ativismo catalogada no item (i) da análise efetuada pelo autor acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal – uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam distanciando-se do sentido literal comum do dispositivo normativo interpretado.

4.2. Acórdão nº 225/2015-TCU-Plenário. Administrativo. Aprovação da Instrução Normativa-TCU 74/2015

O processo cuidava de projeto de instrução normativa destinada a disciplinar a fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre a organização do processo de celebração de acordo de leniência pela Administração Pública federal.

Tais acordos foram instituídos pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que previu a possibilidade de as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos colaborarem efetivamente para as investigações e o processo administrativo instaurado pelo órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em troca da isenção ou atenuação das sanções preconizadas na referida norma e na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2013d)¹⁴.

Conforme o art. 16, § 10º, da lei, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (BRASIL, 2013d).

Por meio dessa deliberação, o Tribunal aprovou a Instrução Normativa-TCU 74/2015, que, entre outras providências, estabeleceu a obrigatoriedade de a CGU enviar ao Tribunal os documentos e informações relativas a acordos de leniência para sua análise e apreciação (BRASIL, 2015b).

Ademais, a norma legal previu, em seu art. 3º, que a apreciação das etapas que compõem a celebração de acordos de leniência seria condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes (BRASIL, 2015b).

Dessa forma, percebe-se que o TCU criou requisito para a eficácia de acordos de leniência que não previsto na lei. Dito de outra forma, a norma impôs a participação obrigatória do Tribunal, na edição de ato jurídico, cuja competência a lei atribuiu à CGU, no âmbito da Administração Pública federal.

Compulsando os *consideranda* da instrução normativa, verifica-se que o Tribunal interpretou a Lei nº 12.846/2013 segundo as disposições constitucionais que regem o controle externo da Administração Pública, especificamente o art. 71, inciso II, que reservou ao TCU a competência de julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (BRASIL, 1988).

A despeito do caráter assistemático da lei, que, além da possibilidade de celebração de acordo de leniência, atribuiu funções de julgamento e imputação de sanções por infrações administrativas às autoridades máximas dos diversos Poderes, sem considerar a atividade de controle

¹⁴Segundo o art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Da mesma forma, o art. 17 da norma prevê que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88 (BRASIL, 2013d).

externo, não parece claro que a norma extrapolou a divisão de competências estabelecida na Constituição.

Caso a CGU celebrasse acordo de leniência sem a participação do TCU, ainda assim ela estaria obrigada, por força do art. 74, § 2º, da Constituição, a noticiar as irregularidades que tivesse conhecimento ao Tribunal, que poderia de forma independente aplicar as sanções e imputar os débitos, no exercício de suas competências estabelecidas na Constituição e em sua lei orgânica. O mesmo se aplica aos julgamentos das autoridades sobre os ilícitos administrativos de que trata a lei.

Com isso, entende-se que a Instrução Normativa-TCU 74/2015 também é exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

No caso, a norma fez uso de métodos interpretativos que conduziram à interpretação que se distanciou do sentido literal comum do dispositivo regulamentado, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, entende-se que o Tribunal, ao editar instrução normativa que estabeleceu condições de eficácia a atos de competência de outros órgãos, não se limitou a disciplinar matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, agindo, portanto, além do poder regulamentar que lhe foi conferido no art. 3º da Lei Orgânica.

Com isso, entende-se que a norma é exemplo de ativismo jurisdicional de William Marshal (CAMPOS, 2011), pois houve significativa expansão pelo TCU de seu campo de jurisdição. Trata-se, portanto, de exemplo de atuação processual amplificada, assemelhando-se à forma de ativismo catalogada no item (ii) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

4.3. Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário. Monitoramento em Representação. Parâmetros para observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993

O processo em que a deliberação foi lavrada tinha por objeto o monitoramento de determinações lavradas pelo TCU em processo de apresentação interposta por licitante em razão de possíveis irregularidades em concorrência pública realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).

Por meio da referida decisão, o TCU resolveu determinar ao Dnit que¹⁵:

9.2. [...] em futuras contratações, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, *passa a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles*, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Como se vê, a matéria contida na parte dispositiva do acórdão conferiu nova interpretação ao art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que, conforme exposto anteriormente, trata do limite máximo para alterações contratuais¹⁶.

Segue um exemplo prático a fim de explicar a diferença entre a disposição legal e a interpretação do Tribunal. Suponhamos um contrato de valor global de 100 unidades monetárias. Pela literalidade do art. 65, § 1º, da Lei

¹⁵ Posteriormente, o Tribunal modificou a redação do dispositivo citado, apenas para estabelecer o marco temporal a partir do qual o novo entendimento seria aplicável. Com isso, nos termos do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, o subitem 9.2 passou a contar com a seguinte redação: “9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal; [...]” (BRASIL, 2011).

¹⁶ § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

nº 8.666/1993, o valor global contrato poderia ser alterado para até 75 unidades monetárias, no limite inferior, ou para até 125 unidades monetárias, no patamar superior. Tal situação seria válida, independentemente dos acréscimos e supressões ocorridas. O que importa, segundo o sentido literal da norma, é estar o valor global final do contrato situado no limite entre 75 e 125 unidades monetárias.

Com o entendimento do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, a quantidade acrescida e a quantidade suprimida, isoladamente, passaram a ser relevantes para se verificar a legalidade ou não do aditivo. Por exemplo, se a Administração reduzir o valor do contrato em 25 unidades monetárias e, em seguida, crescer 30 unidades monetárias, passando o valor global do contrato para 105 unidades monetárias, ainda assim o aditivo terá sido ilegal, pois o acréscimo, isoladamente, ultrapassou o limite de 25% [acréscimo (30) ÷ valor original do contrato (100) = 30%]. Dito de outra forma, o aditivo é irregular, mesmo que, no cômputo final, o valor global do contrato tenha aumentado apenas 5 unidades monetárias (de 105 para 100).

Diante da singeleza da norma interpretada, que estabeleceu um critério matemático simples para o cálculo do limite de alteração contratual, não é difícil constatar que o entendimento do Tribunal extrapolou o sentido literal do texto.

A menos que se lance mão de princípios jurídicos de conteúdo extremamente vagos, como o da vinculação do instrumento convocatório e da isonomia, corolários do princípio da identidade ente o objeto contratado e o da licitação, não há outra justificativa para o entendimento proferido pelo Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, que, por sinal, foi precedido de parca fundamentação sobre a parte dispositiva em análise.

Com isso, entende-se que o Acórdão 749/2010-TCU- Plenário também constitui exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011). Ou seja, a deliberação, lavrada na análise de determinada situação concreta, também fez uso de métodos interpretativos que conduziram à interpretação que se distanciou do sentido literal comum do dispositivo regulamentado, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

4.4. Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário. Auditoria. Necessidade de manutenção do desconto ofertado pela contratada por ocasião da licitação, no caso de celebração de aditivos, a fim de atender o princípio do equilíbrio econômico financeiro

O processo cuidava de auditoria na obra de construção do Aeroporto Regional Sul de Santa Catarina, localizado em Jaguaruna/SC.

Por meio da aludida deliberação, foram apreciados embargos de declaração interpostos pela empresa contratada contra o Acórdão 388/2004-Plenário, que havia determinado a repactuação do contrato e o desconto do sobrepreço apurado nas próximas faturas.

A despeito da limitação da matéria a ser discutida em embargos de declaração – que, a exemplo da espécie recursal de idêntica denominação no Código de Processo de Civil, somente pode tratar de omissão, obscuridade e contradição da decisão recorrida –, o TCU rediscutiu a metodologia de cálculo e o critério para a apuração de prejuízo ao erário em decorrência de modificações contratuais decorrentes da celebração de aditivos.

Nesse cenário, deu provimento aos embargos de declaração, para, conferindo-lhe efeitos infringentes, dar a seguinte redação ao subitem 9.4.1 do Acórdão 388/2004-TCU-Plenário (transcrita no essencial):

9.4.1 promova as ações necessárias à instauração de procedimento administrativo tendente à reavaliação do Contrato [...], utilizando como referência preços de mercado, franqueada ampla defesa à empresa [...], de forma a ser plenamente justificado o indício de desequilíbrio econômico-financeiro da avença, em desfavor do erário, consistente *na redução de 28,98% para 16,28% do desconto original ofertado pela contratada sobre o valor global orçado pela Administração para a nova configuração da proposta, determinada pelos termos aditivos [...]* (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Na oportunidade, o TCU conferiu nova interpretação ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ao estabelecer a

obrigação do contratado de manter o desconto inicial de sua proposta de preços, após as modificações contratuais ocorridas por ocasião da celebração de aditivos.

Dessa forma, a redução do desconto original passou a ser considerada causa jurídica para a repactuação do contrato, ou seja, para a diminuição do preço contratado obtido após os aditivos, de modo a expurgar o prejuízo aos cofres públicos decorrente da modificação, em desfavor do erário, do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que estabeleceu a obrigatoriedade “de serem mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). O princípio foi disciplinado nos arts. 58, § 2º e 65, § 6º, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 58. (...) § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, *as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

Art. 65. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração *deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial* (BRASIL, 1993, grifo nosso).

O Ministro Relator teceu considerações, em seu voto, sobre o que seria o método mais adequado para “enfrentar o problema das alterações contratuais tendentes a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração, subvertendo o propósito que norteia as licitações públicas.” (BRASIL, 2004a):

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo “jogo de planilha” deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional *visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença.*

Assim, ocorrendo qualquer modificação que provoque o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser promovida a repactuação, de forma que se restabeleçam as condições originais, não se admitindo o injusto proveito unilateral de um dos contratantes, em detrimento do outro.

Nesse sentido, *entendo que o original equilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser extraído da diferença percentual observada entre o valor global da proposta e o constante do orçamento-base do órgão licitante.* Isso não oblitera a necessidade de prévia verificação da compatibilidade entre o preço orçado pela Administração e o preço de mercado (BRASIL, 2004a, grifo nosso).

Como se vê, o Tribunal, na deliberação em análise, explicitou o conteúdo vago do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro criando uma regra jurídica que impõe ao contratado o dever de manter o desconto ofertado por ocasião da licitação, por ocasião da celebração de aditivos contratuais.

Além de não ser deduzido diretamente dos dispositivos usados para a sua fundamentação, a nova exegese discrepa do entendimento doutrinário acerca do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Segundo Hely Lopes Meirelles, a equação econômico-financeira é relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste (MEIRELLES, 1991, p. 193)¹⁷.

Nesse sentido, considerando que a modificação do preço global decorre de alterações de quantitativos de serviços existentes no contrato ou acréscimos de serviços novos, a exigência para que seja mantido o mesmo desconto ofertado na licitação para a execução de um objeto com características distintas do objeto licitado pode, em verdade, fazer com que o contratado receba uma remuneração aquém dos encargos que incorrerá para fazer a obra, que não é mesma que foi licitada.

Sem entrar no mérito da deliberação, até porque a regra jurídica foi posteriormente positivada¹⁸, entende-se que o Acórdão n. 1.755/2004-TCU-Plenário também constitui exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshall, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011). Ou seja, a deliberação, lavrada na análise de determinada situação concreta, fez uso de métodos interpretativos que proporcionaram a integração do conteúdo de um princípio jurídico, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2011).

¹⁷No mesmo sentido, ver MELLO (1999, p. 418).

¹⁸A regra foi introduzida pela Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008, que dispunha sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dava outras providências, cujo art. 109, § 6º, previa: “a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.” (BRASIL, 2008). Considerando o caráter temporal das leis de diretrizes orçamentárias e sem discutir a juridicidade da inclusão da regra em leis dessa natureza, o dispositivo foi repetido seguidamente, com pequenas alterações de redação, nas leis de diretrizes orçamentárias de 2009 até 2013. A partir de 2014, as leis de diretrizes orçamentárias deixaram de incluir tal regra, possivelmente, em razão da edição do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, cujo art. 14 instituiu regra similar (BRASIL, 2013b). A inclusão de tal regra por meio de decreto não parece apropriada, uma vez que a matéria inova em relação aos dispositivos legais que buscou regulamentar.

4.5. Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário. Administrativo. Estudos sobre procedimentos para aplicação do regime de empreitada por preço global em obras públicas

O processo tratava de estudo elaborado por unidade técnica do TCU com vistas a uniformizar procedimentos sobre a utilização do regime de empreitada por preço global para a contratação de obras públicas, bem como apresentar diretrizes e orientar os auditores do Tribunal em relação ao tema. Por meio dessa deliberação, o Tribunal resolveu expedir algumas orientações às suas unidades técnicas, entre as quais se destacam as seguintes:

9.1.7. quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento *relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por “preço certo e total”*, não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

9.1.8. excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, *se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária*, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

9.1.8.4. *verificar, nas superestimativas relevantes, a redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, consequentemente, em um superfaturamento, se houve a retificação do acordo mediante termo aditivo*, em prol do princípio guardado nos arts. 3º, caput c/c art. 6º, inciso IX, alínea “f”; art. 15, § 6º; e art. 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93; (BRASIL, 2013f, grifo nosso).

Entre os vários pontos abordados no Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário, selecionou-se, para fins de análise, a questão relativa às variações de quantitativos em contratos decorrentes de licitações sob o regime de empreitada por preço global, o que impacta no cabimento ou não da celebração de termo aditivo.

Quanto ao assunto, a Lei de Licitações não traz uma disciplina específica para modificações de instrumentos do tipo. Independentemente do regime de execução, a alteração de contratos está sujeita ao art. 65 da Lei nº 8.666/1993, que, como visto, estabelece limites e as condições para a celebração de aditivos contratuais (BRASIL, 1993).

Conforme o art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666/1993, pelo regime de empreitada por preço global, a execução da obra ou do serviço é contratada por preço certo e total (BRASIL, 1993).

Diferentemente da empreitada por preço unitário, que é contratada por preço certo de unidades determinadas, as medições e os pagamentos não ocorrem por quantitativos de serviços executados, mas por etapas das obras, até chegar ao preço global definido, com a conclusão do objeto. Dito de outra forma, embora também haja orçamento detalhado, em que se estabelecem quantitativos e preços unitários de serviços, a quantidade efetivamente executada de cada serviço não interessa para fins de liquidação e pagamento, que, como dito, ocorre por etapa até chegar ao valor final acertado.

Diante disso, surge a questão de como corrigir eventuais incorreções e omissões no projeto da obra ou serviço, ou seja, em que situação seria cabível a realização de aditivo para comportar erros de projeto.

O objetivo da deliberação foi, portanto, sanar a omissão legislativa quanto a esse ponto, de forma a orientar o corpo de auditores do TCU, no exercício de suas atividades. Todavia, considerando que o TCU, por meio do item 9.3, decidiu enviar cópia do acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentaram ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça, para que informasse aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal e do Poder Judiciário o inteiro teor dessa decisão, percebe-se o nítido objetivo do Tribunal de fazer valer o entendimento de forma *erga omnes*.

Dessa forma, entende-se que a deliberação em análise também exemplifica a criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e

Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

Sem entrar no mérito das valorações técnicas adotadas na decisão e dos benefícios de sua atuação prospectiva, até porque, como visto, compete também ao TCU orientar a Administração Pública federal, entende-se que o Tribunal, ao preencher lacuna legal fora do exame de casos concretos, extrapolou o limite permitido para o exercício da atividade de integração, conforme estabelecido pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

Nesse contexto, o Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário, pelo seu caráter genérico, assemelha-se a uma regra jurídica infralegal. Isso se mostra inapropriado, pois: primeiro, compete ao Presidente da República a função de regulamentar lei para a sua fiel execução; e, segundo, tal atividade não pode inovar no ordenamento jurídico, sob pena de violação do princípio da legalidade e do arranjo de distribuição de poderes da Constituição.

Com isso, a deliberação, a despeito de originalmente servir para orientação interna, constitui exemplo de atuação processual amplificada, semelhante ao ativismo jurisdicional de William Marshal, que corresponde à significativa expansão do campo de jurisdição do TCU (CAMPOS, 2011).

4.6. Acórdão 746/2014-TCU-Plenário. Representação. Grupo de Trabalho criado para avaliar a legalidade da participação de organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP em certames da administração pública federal

O processo cuidou de representação formulada por licitante acerca de possível irregularidade verificada em concorrência levada a

efeito no Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sescop, consubstanciada, em síntese, na participação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP no certame.

Por meio do Acórdão 766/2013-TCU-Plenário, o TCU, diante da notícia de que o certame havia sido cancelado, deliberou por conhecer daquela representação, para, no mérito, considerá-la prejudicada por perda de objeto (BRASIL, 2013b).

Todavia, em função da matéria versada nos autos, a qual implicava suposta violação à Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como OSCIP, o Tribunal determinou que fosse constituído grupo de trabalho com o fito de avaliar a questão (BRASIL, 1999a).

Nesse cenário, o Tribunal editou o Acórdão 746/2014-TCU-Plenário, mediante o qual decidiu firmar entendimento no sentido de que é vedado a qualquer OSCIP, atuando nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública federal (BRASIL, 2014a).

Sem entrar no mérito da interpretação do ordenamento jurídico efetivada pelo Tribunal, a deliberação em exame constitui exemplo de duas formas de ativismo expressas na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos: a atuação processual amplificada, similar ao ativismo jurisdicional de William Marshal; e a fixação de regras que vão além da necessária para o julgamento do caso, que acabam por “decidir” casos futuros também – itens (ii) e (vii) da análise do autor (CAMPOS, 2011).

Nesse sentido, o TCU promoveu a análise em tese da lei e, por fim, exarou o entendimento que julgou adequado, indo além do necessário para apreciar o processo que, como visto, não mais tinha mérito, pois a licitação havia sido cancelada.

Diante da própria circunstância do processo, a matéria foi discutida sem a participação de qualquer interessado que pudesse invocar eventuais argumentos opostos. Dessa forma, o Tribunal decidiu futuras controvérsias sobre o tema, numa atuação maximalista.

Além disso, o Tribunal fez uso do incidente de fixação de entendimento, o qual, a despeito de constar do art. 16, inciso V, de seu Regimento Interno¹⁹, não está previsto na Lei nº 8.443/1992.

Conforme visto, o poder normativo do TCU limita-se às consultas que lhe são formuladas, de modo que a deliberação em análise constitui atuação processual amplificada, em detrimento da lei. Trata-se,

¹⁹ Art. 16. Compete ainda ao Plenário: [...] V - deliberar sobre propostas de fixação de entendimento de especial relevância para a Administração Pública, sobre questão de direito, que somente poderão ser aprovadas por 2/3 dos ministros, inclusive ministros-substitutos convocados (BRASIL, 2002).

portanto, de exemplo de ativismo jurisdicional de William Marshal, pois houve significativa expansão do campo de jurisdição do TCU (CAMPOS, 2011).

4.7. Acórdão 1.823/2013-TCU-Plenário. Relatório de Monitoramento. Verificação do cumprimento das medidas corretivas impostas sobre as obras do Aeroporto de Goiânia/GO

O processo tratava de auditoria nas obras do Aeroporto de Goiânia/GO, que, à época, estavam paralisadas, por iniciativa da empresa contratada, tendo em vista medida cautelar de retenção de pagamentos expedida pelo TCU.

Por meio dessa deliberação, o Tribunal analisou o novo orçamento das obras apresentado pela empresa contratada com o objetivo de atender as premissas técnicas estabelecidas pelo Tribunal e decidiu tão somente conhecer do orçamento e permitir a continuidade da obra, desde que não houvesse a celebração de novos aditivos.

Considerando o estágio do processo e a sua finalidade – promover o controle corretivo de contratos –, o provimento jurídico adequado seria a manifestação do TCU sobre a legalidade ou não do novo orçamento contratual elaborado e a adoção de uma das medidas: autorizar a continuidade do contrato ante a inexistência de ilegalidade; ou fixar prazo para a adoção de providências necessárias ao cumprimento da lei – *in casu*, a repactuação do contrato, mediante tratativas com a empresa, ou a sua anulação, em caso de insucesso das tratativas.

Para aferir a legalidade do contrato, o Tribunal deveria verificar se o sobrepreço apontado inicialmente havia sido saneado, ou seja, se os novos preços apresentados eram compatíveis com os de parâmetros de mercado obtidos

a partir dos sistemas de referência estabelecidos em lei²⁰.

Em vez de promover o controle financeiro do contrato em exame, o Tribunal aprovou a proposta apresentada pelo Ministro Relator, em cujo voto fez uso de argumentos consequencialistas, – especificamente, relativos aos impactos da decisão sobre a realidade local. Transcreve-se a seguir o trecho que representa a *ratio decidendi* do Acórdão 1.823/2013-TCU-Plenário:

Por fim, entendo que a questão fulcral aqui tratada, e afastando por ora todos os aspectos eminentemente técnicos, é se pretendemos ter uma obra concluída ou não.

Creio que resta patente aqui, num passar d'olhos nos autos, que é disso de que tratamos. Se pretendemos estancar um problema, que, de certa forma, foi consentido por esta Corte, e partimos para uma solução que atenda social e economicamente um imenso contingente que habita o Centro Oeste do nosso País, ou se, aferrados ao passado e ao apego contábil, talvez pouco práticos nesse momento, iremos se não perpetuar, mas, com certeza alongar, os prejuízos e as agruras pelas quais passa essa relevante parcela da população brasileira, que, é preciso que se diga, tem hoje como motivo de vergonha o aeródromo que possui (BRASIL, 2013e, grifo nosso).

Dessa forma, o Colegiado desconsiderou o parecer da área técnica do Tribunal, que havia

²⁰ Segundo o art. 102 da Lei nº 12.708, de 12 de agosto de 2012 (LDO/2013), o custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na *internet*, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

apontado um sobrepreço de R\$ 73,5 milhões, e, sem nem mesmo aferir a correção dos cálculos apresentados pela Infraero sobre os impactos da paralisação, levou em conta apenas as supostas consequências do cumprimento da lei para, dessa forma, afastá-la.

O resultado almejado na decisão era “ter uma obra concluída ou não”, mesmo que o “custo” fosse o afastamento das premissas da lei. Cuida-se de típico exemplo de decisão que usou argumentos pragmáticos, embora as premissas fáticas, as consequências sistêmicas²¹ e os cálculos econômicos invocados pelo órgão fiscalizado não tenham sido efetivamente comprovados²².

Sem entrar no mérito da deliberação²³, entende-se que o Acórdão 1.823/2013-TCU-

²¹ Todavia, o Acórdão 1823/2013-TCU-Plenário fez uso de um tipo de pragmatismo criticado por Richard Posner. Segundo o autor, os profissionais do direito devem basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans (POSNER, 2010, p. 2). Porém, o tipo de pragmatismo que o autor preceitua é o que chama de pragmatismo legal, que envolve a consideração não apenas das consequências imediatas e específicas do caso, mas as consequências sistêmicas (POSNER, 2010, p. 47). Dentre as diversas características do pragmatismo, o autor ressalta que ele deve ser empiricista. As consequências sistêmicas da adjudicação são também questões de fato, de modo que elas devem ser objeto de investigação (POSNER, 2010, p. 58).

²² José Maria Andrade de Arruda, ao analisar o direito concorrencial, defende o uso de um *even more economic approach* na análise de casos desse ramo do Direito. Segundo ele, os argumentos econômicos podem ajudar os julgadores a formar suas convicções, como garantia dos argumentos, ou seja como elemento de prova, não como fundamento legal de uma decisão. (ANDRADE, 2014, p. 189-190). Dessa forma, os argumentos econômicos devem objeto de demonstração.

²³ Em situação similar, em que se discutiam as consequências negativas da decisão do Tribunal, o Tribunal deliberou de forma contrária, tendo fixado prazo para que um contrato fosse invalidado em face de relevante sobrepreço e, em seguida, fosse realizado novo procedimento licitatório (BRASIL, 2014b). A entidade fiscalizada promoveu nova licitação, concluída seis meses após a decisão do TCU, e a empresa vencedora do certame ofertou um preço aproximadamente R\$ 400 milhões abaixo do preço de referência (BRASIL, 2014c). Tal situação se contrapõe ao argumento de que a invalidação de contratos com vícios insanáveis é, invariavelmente, medida indesejável sob a ótica econômico-consequencialista.

-Plenário constitui exemplo de ativismo de em que o juiz se afasta de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, conforme descrito na doutrina de Keenan Kmiec (CAMPOS, 2011).

5. Conclusões

Do exposto, conclui-se que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas competências constitucionais, também expede decisões que podem ser consideradas ativistas, segundo as dimensões apresentadas na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Conforme os exemplos apresentados, extraídos do repositório jurisprudencial do TCU, foram identificados os seguintes traços de ativismo na atuação do Tribunal:

a) criação judicial do Direito, mediante o uso de valorações de conveniência e oportunidade e de métodos interpretativos que conduzam à construção progressiva de normas que ou se distanciam do sentido literal do texto interpretado ou criam novas regras e exceções;

b) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de desnecessárias à apreciação do caso julgado, acabam por “decidir” casos futuros também;

c) atuação processual amplificada, ou seja, significativa expansão do seu campo de jurisdição, especificamente, por meio do uso da técnica de “fixar entendimento” sobre matéria jurídica em tese e de seus poderes regulamentares e normativos fora de seu âmbito de competência e jurisdição;

d) afastamento por parte do Tribunal de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, por meio do uso de um tipo de pragmatismo fundado em argumentos econômicos não comprovados.

Com relação à criação judicial do Direito por meio do uso de princípios, valorações de conveniência e oportunidade e outros métodos interpretativos, não há antídoto para essa situação que, por sinal, pode ser considerada boa ou ruim, a depender da ideologia do operador do direito ou de sua concordância ou não com o resultado da interpretação efetivada pelo Tribunal.

De todo modo, a legitimidade da interpretação deve ser controlada pela sua justificação, que deve estar sempre aberta a eventual aprimoramento, a cada caso concreto que trate da questão.

Quanto à fixação de regras amplas, de forma a resolver casos futuros, não se nega que o TCU, simultaneamente ao seu poder-dever de promover a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública Federal, também tem a missão de orientar a Administração Pública federal sobre a correta aplicação dos recursos públicos, a fim de prevenir a ocorrência de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos. Trata-se da dimensão pedagógica da atuação do TCU, inserida no escopo de contribuir para o bom governo, um dos objetivos buscados com a criação do órgão, no Brasil e em outros lugares do mundo.

Assim, não é ilegítimo que o TCU promova a interpretação das leis e dos atos normativos pertinentes ao regime jurídico administrativo, inclusive em tese, pois, assim fazendo, ele contribui para dar mais segurança jurídica aos agentes administrativos, no exercício de sua atividade. Nesse contexto, tal forma de atuação aumenta a eficiência da Administração Pública, que pode concentrar-se em sua missão finalística, sem precisar debruçar-se, a cada situação, sobre discussões jurídicas acerca da melhor interpretação da matéria.

Todavia, o que o Tribunal não pode fazer é resolver de forma definitiva questões jurídicas que, além de complexas, por vezes estão sujeitas a circunstâncias fáticas difíceis de prever no momento da deliberação. Ademais, a ausência de participação dos atores interessados no processo que promoveu a interpretação pode, eventualmente, fazer com que a exegese do TCU não seja a mais adequada diante dos elementos de fato e de direito que realmente importam para a solução da matéria.

Por essa razão, deve o Tribunal adotar com cautela o instituto de “firmar entendimento”, o qual deve ser limitado às situações em que já houve pacificação da matéria na jurisprudência do TCU. É recomendável que o TCU use o instituto apenas para dar maior publicidade a entendimentos reiterados do Tribunal, os quais seriam obtidos após ampla discussão em vários casos concretos e com a participação de diversos atores no âmbito da Administração Pública Federal.

Ainda assim, o Tribunal deve sempre estar aberto à eventual evolução de seus entendimentos, mesmo que consolidados, caso as circuns-

tâncias do caso concreto o imponham. Ademais, o Tribunal deve criar mecanismos para que determinadas entidades legitimadas possam sugerir modificações em suas súmulas e entendimentos consolidados, de forma a permitir a participação democrática de todos os interessados na construção e pacificação da jurisprudência nacional em matéria de contas.

Acerca da edição de instruções normativas fora do âmbito de competência do poder regulamentar, tal forma de atuação, por óbvio, deve ser evitada conforme o princípio da separação dos poderes.

Por fim, no que se refere ao uso do consequencialismo em decisões do TCU, não se defende que a aplicação do direito seja avessa a considerações de ordem socioeconômicas. Afinal, entre os princípios constitucionais que o TCU deve tutelar em suas decisões, encontra-se o da eficiência e da economicidade – previstos, respectivamente, nos arts. 37 e 70 da Constituição.

Entretanto, como estamos num Estado Democrático de Direito, em que o cumprimento ou não do ordenamento jurídico não é opção discricionária do administrador, dos administrados e do intérprete, é preciso que os argumentos de ordem consequencialista sejam devidamente comprovados por aqueles que dele fazem uso, a fim de proporcionar a solução jurídica adequada ao caso examinado.

Sobre o autor

Francisco Sérgio Maia Alves é graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília (DF), Brasil; auditor federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União (TCU), Brasília (DF), Brasil.
E-mail: franciscoma@tcu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁴

THE ACTIVISM IN LEGAL AND ADMINISTRATIVE PERFORMANCE OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS OF BRAZIL: CASE STUDY

ABSTRACT: This study aims to explore the polysemy of the term activism and to examine, based on a theoretical framework, the presence or absence of activism in TCU. Among the various meanings of the expression, the concept of Carlos Alexandre de Azevedo Campos

²⁴ Sem revisão do editor.

is adopted, defining activism as expansive exercise, not necessarily illegitimate, of political and regulatory powers by judges and courts over other political and judicial actors. From case studies, it is concluded that the TCU also make decisions that might be considered activists. There are activism traces of the Court's role, evidenced by: judicial rights creation; progresses in cases solving through rules and broad doctrines establishment that ultimately "decide" future cases; amplified procedural action and avoiding some correction parameters in order to achieve a specific result.

KEYWORDS: THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS OF BRAZIL (TCU). ACTIVISM. JUDICIAL RIGHTS CREATION OF LAW. LEGAL SECURITY

Referências

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 225-270.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BRASIL. Decreto-lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 set. 1942.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1992.

_____. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei no 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 mar. 1999a.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão no 215/1999. Relator: Min. José Antônio Barreto De Macedo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 maio 1999b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2002. Edição especial.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão no 388/2004*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DJ, 7 abr. 2004a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.755/2004*. Relator: Walton Alencar Rodrigues. DJ, 10 nov. 2004b.

_____. Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 749/2010*. Relator: Augusto Nardes. 14 abr. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2819/2011*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 25 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 766/2013*. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 3. abr. 2013a.

_____. Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 abr. 2013b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1314/2013*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 29 mai. 2013c.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013d.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1823/2013*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 17 jul. 2013e.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.977/2013*. Relator: Ministro Valmir Campelo. 31 jul. 2013f.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 746/2014*. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 26 mar. 2014a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.146/2014*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 7 maio 2014b.

_____. Tribunal de Contas da União. Comunicação proferida pelo Ministro Benjamin Zymler. Sessão Plenária de 26 nov. 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 dez. 2014c.

_____. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. *Boletim Interno [do] Tribunal de Contas da União*, Brasília, edição especial, ano XLVIII, n. 1, 2 jan. 2015a.

_____. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 74/2015. *Boletim Interno [do] Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 7, 11 fev. 2015b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 225/2015*. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 11 fev. 2015c.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GARCIA, Elias Díaz. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 45-79, abr./jun. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial. Possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jan./mar. 2011.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

A classificação das ciências segundo Hans Kelsen

Os princípios de causalidade e imputação

EVANUEL FERREIRA SILVA
EPIFÂNIO VIEIRA DAMASCENO

Resumo: O presente artigo tem, como objetivo, descrever o princípio interpretativo mediante o qual Hans Kelsen formulou sua concepção de ciência jurídica, sublinhando as consequências fundamentais do emprego de tal enfoque ao conjunto de fenômenos sociais qualificados sob a acepção “Direito”. O objeto de estudo das ciências naturais é a natureza – uma ordem de coisas. O objeto de estudo das ciências sociais é a sociedade – uma ordem de condutas. As primeiras interpretam seu objeto por meio da lei ou princípio de causalidade; as últimas o fazem de duas maneiras: consideram a conduta humana – seu objeto – como ela efetivamente é e interpretam-na mediante o princípio de causalidade; ou consideram-na como deve ser, ou seja, interpretam-na mediante o princípio de imputação. As ciências sociais do último tipo receberam de Kelsen a denominação de “ciências sociais normativas”, sendo a ciência jurídica a principal delas.

Palavras-chave: Causalidade. Ciência jurídica. Imputação.

1. Introdução

Entre os inúmeros desafios da obra kelseniana àqueles que se propõem a estudá-la, um talvez se apresente com mais força, pelo menos para o iniciante: o modo de raciocinar empregado pelo autor, consistente na articulação lógico-metodológica de conceitos originários da Filosofia, da Lógica e da Ciência Jurídica. Tal característica, por representar uma densa construção teórica de difícil apreensão, dificulta não apenas o processo de aprendizagem dos seus conceitos fundamentais, mas principalmente sua transmissão fidedigna.

Recebido em 10/6/15
Aprovado em 17/9/15

O rigor metodológico que caracteriza a produção científica e filosófica de Hans Kelsen pode ser sentido em todos os campos de investigação aos quais ele dedicou sua atenção. Sua atividade científico-filosófica está distribuída em seis grandes áreas: Teoria Geral do Direito, Exposição e crítica de fenômenos jurídicos positivos, Filosofia do Direito, Sociologia, Teoria Política e Crítica da ideologia (METTÁL, 1976, p. 109). A cada uma dessas áreas, correspondem densos e penetrantes trabalhos, muitos dos quais nascidos dos inúmeros embates intelectuais travados por Kelsen, durante toda a sua vida, com os mais distintos e relevantes teóricos das ciências sociais e, especialmente, da ciência e filosofia jurídicas, como Carl Schmitt, Eric Voegelin, Rudolf Smend, Fritz Sander e muitos outros.

Entretanto, foi no terreno da Teoria Geral do Direito, com a obra *Teoria Pura do Direito*, que Kelsen se tornaria, na opinião de muitos, o maior e mais influente jurista do século XX.

O primeiro esboço da *Teoria Pura do Direito* apareceu pela primeira vez em 1911, no primeiro grande livro publicado por Hans Kelsen, denominado *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze* – “Principais problemas da Teoria Jurídica do Estado desenvolvidos com base na Doutrina da Proposição Jurídica” (WALTER, 2011, p. 333). Nele já se encontra delineada toda a base filosófico-jurídica da *Teoria Pura do Direito*: os pressupostos kantianos da separação entre ser e dever ser, entre ciências naturais e ciências normativas, entre causalidade e imputação jurídica e entre lei causal e norma (ORDOÑEZ, 2010, p. 20). A primeira edição da *Teoria Pura*, datada de 1934, consistiu na revisão de um ensaio publicado por Kelsen um ano antes, denominado *Methode und Grundbegriff der Reine Rechtslehre* – “O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do

Direito”. Sua segunda edição (1960) diferiu da anterior em alguns aspectos, pois nela, Kelsen incorporou os resultados de investigações empreendidas num intervalo de tempo de vinte e seis anos, período em que separou as duas edições da obra (LOSANO, 1985, p. 55). No entanto, os ajustes metodológicos presentes na segunda edição consistiram, basicamente, no “desenvolvimento de princípios”, consequência natural da evolução de uma teoria cuja pretensão era – e ainda é – descrever toda a multiplicidade de formas dos ordenamentos jurídicos existentes e ser uma Teoria Geral do Direito; contudo, o núcleo essencial da doutrina manteve-se intacto.

Ao analisar o contínuo e longo processo de desenvolvimento da *Teoria Pura do Direito*, o estudioso deparar-se-á com uma fundamental antinomia: “Sociedade e Natureza”. Tal separação, em termos bastante genéricos, tem a funcionalidade de delinear o campo de investigação próprio das ciências normativas frente ao das ciências naturais. Desse modo, Kelsen fundou uma classificação das ciências com base em critérios objetivos. A natureza, que é uma ordem de coisas, constitui o objeto de investigação das ciências que se dedicam a descrever os fatos levando em consideração os nexos de causa e efeito entre eles. A sociedade, que Kelsen conceitua como uma ordem de condutas, é o objeto de estudo das ciências sociais. Estas se subdividem em duas classes: ciências sociais que se dedicam ao estudo dos comportamentos humanos em sua dimensão fática, como eles efetivamente ocorrem; e ciências sociais normativas, que se dedicam a estudar os mesmos comportamentos, mas não da maneira como eles efetivamente são, mas como devem ser. Tanto as ciências sociais quanto as naturais interpretam seus respectivos objetos por meio do princípio de causalidade, isto é, na forma de nexos de causa e efeito. Ao contrário, as ciên-

cias sociais normativas, entre as quais se destaca a Jurisprudência, interpretam seus respectivos objetos mediante um princípio diferente do de causalidade: o princípio de imputação.

Objetivando discutir os critérios a partir dos quais Kelsen situou a ciência jurídica dentro de um quadro geral das ciências, o presente estudo está dividido em três partes: 1) “Direito e Natureza”, em que se discute a diferença substancial entre o objeto de estudo das ciências naturais e o das ciências normativas; 2) “Ciências naturais e ciências normativas”, que, baseando-se na réplica feita por Kelsen ao filósofo Eric Voegelin, expõe os elementos da doutrina positivista bem como os efeitos decorrentes de sua adoção no campo da ciência jurídica; e 3) “Os princípios de Causalidade e Imputação”, tópico que está subdividido em quatro linhas de raciocínio: “Causalidade”, “Imputação”, “A Norma Jurídica” e “As Leis Jurídicas”.

Os textos de base para a primeira e segunda discussões foram o capítulo I da *Teoria Pura do Direito*, o ensaio *O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito*, e a réplica de Kelsen a Eric Voegelin: *Uma nova ciência política?*. Para o item “Os princípios de Causalidade e Imputação”, os principais trabalhos utilizados foram dois textos publicados em 1941 e 1950, denominados, respectivamente, *Causality and Retribution* (“Causalidade e Retribuição”) e *Causality and Imputation* (“Causalidade e Imputação”), ambos reunidos num único volume, publicado pelo próprio Kelsen em 1957 nomeado: *What is justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of Science: collected essays* (“O que é justiça? Justiça, Direito e Política no espelho da Ciência: ensaios coligidos”).

Por se tratar de um trabalho eminentemente expositivo – portanto, limitado a reproduzir, da forma mais fiel possível, os conceitos desenvolvidos por Kelsen, bem como as fun-

ções que eles desempenham em sua concepção de ciência de jurídica –, não serão feitas considerações críticas de qualquer ordem sobre os textos examinados, razão pela qual os leitores deste trabalho poderão reputá-lo útil, se tal intento for atingido.

2. Direito e Natureza

“A teoria jurídica pura é uma teoria do direito positivo. Enquanto teoria, quer limitar-se a conhecer única e exclusivamente seu próprio objeto” (KELSEN, 2009a, p. 23). Com essa afirmação Kelsen iniciava, em 1933, um importante ensaio sobre direito positivo. Na ocasião, ele expunha, de forma breve e condensada, os pontos essenciais de uma concepção científica do Direito, já bastante discutida à época, conhecida sob o nome de Teoria Pura do Direito, em cujo desenvolvimento ele já vinha trabalhando com alguns de seus discípulos por quase duas décadas.

O ponto de partida estabelecido para a fundação daqueles princípios essenciais foi a abstração, no que Kelsen acreditava ser matéria específica do conhecimento jurídico, do reino da natureza. O Direito é um fenômeno social e, embora a sociedade esteja fincada no mundo da natureza – o que, consequentemente, faz com que o Direito também esteja –, constitui objeto de conhecimento que apresenta elementos essencialmente diferentes daquela. Os elementos que constituem a natureza estão ligados uns aos outros por meio de um mecanismo radicalmente diverso daquele responsável pela conexão dos fatos jurídicos. Desse modo, se a teoria jurídica pretende atingir o *status* de ciência, desvinculando-se das ciências naturais e das demais ciências sociais, é necessário que ela identifique e delimite o seu objeto – o Direito (KELSEN, 2009a, p. 24). No

entanto, Kelsen já admitia que aquela era uma das mais difíceis missões do estudioso do fato jurídico, pois o Direito ou, pelo menos, aquilo que estamos acostumados a classificar sob essa acepção apresenta um aspecto físico. Ou seja: podemos percebê-lo por meio dos nossos sentidos, característica que a princípio o inclui no universo dos objetos naturais, constituindo, assim, matéria de conhecimento das ciências que se ocupam do mundo físico, fato que pode inclinar o investigador a alhear-se à ideia de uma ciência jurídica estrita.

Não obstante, quando observamos os fatos cotidianos que qualificamos de jurídicos, constatamos que eles apresentam dois elementos. O primeiro é a dimensão fática: trata-se, na maioria das vezes, de um ato humano ocorrido em determinadas condições de tempo e de espaço. O segundo elemento é, precisamente, a significação específica dada pelas normas jurídicas ao fato ou ato humano. Um fato torna-se perceptível para nós porque suas propriedades naturais – densidade, extensão etc. – são objetos de intuição dos nossos sentidos; sua significação jurídica, porém, não pode ser apreendida pelo mesmo mecanismo. Somente quando

o ato se traduz em palavras faladas ou escritas, pode expressar por si mesmo algo de sua própria significação, pode indicar qual é o seu sentido específico. Esta é precisamente uma característica peculiar da matéria do conhecimento social e, especialmente, do conhecimento jurídico. [...] um ato social pode levar em si mesmo sua autoexplicação, quer dizer, uma indicação do que significa (KELSEN, 2009a, p. 25).

Quando, por exemplo, os membros do Poder Legislativo se reúnem para votar uma lei, os que o fazem podem declarar expressamente que realizam uma atividade legislativa, que criam direito; desse modo, por meio da auto-

explicação do ato, é possível conhecer o seu significado.

O ato humano já traz consigo um significado específico que lhe é dado pelo sujeito que o realizou. Assim, os indivíduos para os quais o ato se dirige interpretam-no de acordo com o sentido subjetivo dado por aquele que de fato o realizou, pois todo “ato de comando tem por sentido subjetivo que aquele a quem o comando se dirige deve conduzir-se de determinada maneira” (KELSEN, 1993, p. 6).

Há correspondência entre o sentido subjetivo e o sentido objetivo quando a significação dada pelo indivíduo ao seu próprio ato de vontade corresponde à significação dada por uma norma jurídica ao mesmo ato. Um credor de obrigações vencidas e não pagas declara expressamente, em ação judicial de abertura de sucessão provisória de ausente, que figura como *interessado*. Nesse caso, coincidem os sentidos *subjetivo* (o indivíduo aciona a justiça acreditando estar na condição de interessado) e *objetivo* (a norma jurídica estabelece os critérios a partir dos quais determinado indivíduo se considera *interessado*, pois por força da norma presente no art. 27, IV, do Código Civil brasileiro (CC), “os credores de obrigações vencidas e não pagas” são considerados interessados para “requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão” (BRASIL, 2002). Não obstante, isso não tem de ser necessariamente assim. Um sujeito, pensando estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude do tipo legítima defesa (BRASIL, 1940), mata o indivíduo que duas horas antes tentou tirar-lhe a vida. Nesse caso, os sentidos *subjetivo* e *objetivo* divergem: o sujeito, ao contrário do que pensa, comete um homicídio, não havendo que se falar em *legítima defesa*, pois esta, de acordo com a norma penal, somente se configura quando a ameaça ou agressão a bem jurídico – neste caso, à vida – é atual ou iminente (BRASIL, 1940).

Um fato humano, delimitado espacial e temporalmente, situa-se no reino da natureza, é parte dela e, como tal, rege-se pela lei de causalidade. Como fenômeno natural, o fato não constitui matéria da ciência jurídica, pois seu caráter efetivo e sua existência real e concreta são objeto de uma interpretação específica, denominada “interpretação causal”. Somente com a atribuição, por uma norma, de significado jurídico a um fato natural, é que podemos reconhecê-lo como um fato jurídico (lícito ou ilícito). Essa significação jurídica do fato, portanto, deriva de uma norma. A interpretação conforme a qual um determinado ato humano é compreendido como um ato jurídico específico – lícito ou ilícito – denomina-se “interpretação normativa” (KELSEN, 2009b, p. 4). A norma jurídica confere caráter jurídico àqueles fatos, valorados pelo legislador, como relevantes para a ordem social. Assim, a qualidade jurídica de um fato não pode ser auferida sensorialmente; não a apreendemos tal como nos damos conta das suas qualidades físicas. Para captarmos a significação jurídica de um determinado episódio, é necessário empregar um procedimento lógico: confrontar o fato com a norma jurídica que o qualifica; se a forma de governo do Estado brasileiro é a República, é porque corresponde à norma constitucional contida no *caput* do art. 1º da Constituição de 1988 (CF). Se consiste em infanticídio o fato de uma mãe, sob efeito de estado puerperal, tirar a vida de seu filho, durante o parto ou instantes após o seu nascimento, é em razão de existir uma norma no Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) que lhe atribui tal significado. Tais exemplos podem ser reduzidos à seguinte enunciação: “[...] o conteúdo de um acontecer efetivo coincide com o conteúdo de uma norma determinada, qualquer que ela seja” (KELSEN, 2009a, p. 27). As normas que conferem significado jurídico aos fatos e que são postas por atos humanos são objeto de conhecimento da ciência jurídica, o Direito, que nada mais é do que uma “ordem normativa da conduta humana” (KELSEN, 2009b, p. 5).

3. Ciências naturais e ciências normativas

A tradicional distinção entre ciências da natureza e ciências da sociedade decorre do fato de considerarmos natureza e sociedade como realidades distintas. Entretanto, houve um tempo em que indiscriminadamente se aplicavam às normas de conduta humana os mesmos procedimentos científicos das ciências físicas. Foi Hans Kelsen que, baseando-se na distinção kantiana entre *ser* e *dever ser*, estabeleceu uma linha de demarcação entre as ciências que estudam a conduta humana sob o prisma dos nexos causais e as que se dedicam a investigá-la sob o

prisma normativo. Ele se contrapôs a uma larga e importante tradição científico-filosófica de seu tempo, que sustentava a posição segundo a qual a doutrina positivista consistia na incessante tentativa de adequar às ciências sociais o método matemático, característico da Física e das demais ciências naturais.

Em seu reconhecido trabalho *A nova Ciência da Política*, escrito em 1952, o grande filósofo austríaco Eric Voegelin, expressando esse pensamento, escreveu:

A destruição causada pelo positivismo é consequência de duas premissas fundamentais. Em primeiro lugar, o esplêndido desenvolvimento das ciências naturais foi responsável, juntamente com outros fatores, pela premissa segundo a qual os métodos utilizados nas ciências matematizantes do mundo exterior possuíam uma virtude inerente, razão porque todas as demais ciências alcançariam êxitos comparáveis se lhe seguissem o exemplo e aceitassem tais métodos como modelo. Essa crença [...] tornou-se perigosa por se haver combinado com uma segunda premissa, qual seja a de que os métodos das ciências naturais constituem um critério para a pertinência teórica em geral (VOEGLIN, 1982, p. 19).

Voegelin acreditava estar identificando os traços genéricos de todas as formas existentes e potenciais de positivismo. Em 1954, dois anos após a publicação do livro de Voegelin, Kelsen escreveu-lhe uma resenha crítica sob o nome *Uma nova Ciência Política?*, na qual combatia a compreensão de positivismo construída por aquele autor. A objeção inicial levantada por Kelsen consistiu do seguinte apontamento: embora Voegelin afirmasse que o positivismo havia “destruído a Ciência”, ele não apresentou definição minimamente elucidativa daquela escola de pensamento. De acordo com Kelsen, o termo “positivismo” comporta diferentes sistemas teóricos que, em comum, têm apenas uma regra: não recorrer às especulações metafísicas e religioso-teológicas (KELSEN, 2006, p. 18).

À tese de Voegelin segundo a qual, para a doutrina positivista, o método matemático é o único método científico – devendo, portanto, ser empregado também pelas ciências sociais –, Kelsen opõe a existência de uma ramificação da ciência social, manifestamente positivista, que distingue claramente os problemas aos quais é possível aplicar, com algumas adaptações, o método das ciências naturais, daqueles aos quais se deve aplicar um método diferente (KELSEN, 2006, p. 19-20). Na ocasião ele remetia Voegelin ao ensaio de sua autoria intitulado *Causalidade e Imputação*, no qual distinguia claramente as ciências sociais que aplicam, à maneira das ciências naturais, o princípio de causalidade – como é o caso da Sociologia –, das ciências sociais que fazem uso de um prin-

cípio totalmente diferente – o da imputação – e que tratam sobre normas, como a Ética e a Jurisprudência. Kelsen faz algumas observações em relação à segunda premissa positivista pensada por Voegelin: a de que o positivismo subordina a ciência ao uso de um método em vez de medir a eficácia do método em função da utilidade que ele tem para a ciência. Em primeiro lugar, questiona o fato de Voegelin sequer ter mencionado um autor que pudesse ser considerado responsável pelo erro. Em segundo, o jurista de Praga lembra que a observação feita por Voegelin (“diferentes objetos exigem diferentes métodos”), ao invés de contestar, como parece acreditar esse filósofo, corrobora a doutrina do positivismo no que diz respeito a um dos seus principais postulados – a ferrenha crítica ao sincretismo dos métodos –, visto que nenhuma corrente teórica se tem empenhado, mais do que o positivismo, em demonstrar que “o objeto de certas ciências sociais é absolutamente diferente do das ciências naturais e que, conseqüentemente, o método adequado para as primeiras deve ser distinto do aplicado por estas últimas” (KELSEN, 2006, p. 21).

Assim, é possível deduzir uma classificação das ciências concebida por Kelsen nos seguintes termos. As ciências que estudam os fatos físicos do ponto de vista da conexão de causa e efeito são as ciências naturais, sendo a Física “a mais exata de todas” (KELSEN, 1997, p. 301). As ciências sociais, por sua vez, são aquelas que estudam as condutas humanas tal como efetivamente elas ocorrem; portanto, essas ciências, ao descreverem as condutas dos homens em sociedade, também consideram apenas os nexos de causa e efeito. Às ciências que estudam as condutas humanas, considerando-as não como elas efetivamente são, mas como devem ser, Kelsen atribui o nome de “ciências sociais normativas”. Estas últimas não estão interessadas no nexo causal, “mas no

nexo imputativo entre os elementos de seus objetos” (KELSEN, 2013, p. 324).

4. Os princípios de causalidade e imputação

4.1. Causalidade

A causalidade não é uma faculdade humana derivada de uma necessidade natural; quer dizer, não se trata de uma noção com a qual o homem já nasce dotado. Na verdade, a lei de causalidade, como um dos princípios do pensamento científico, aparece pela primeira vez em um nível relativamente avançado de desenvolvimento mental (KELSEN, 2013, p. 324). Isso significa que existiram momentos na história em que os homens, ao se depararem com os fatos naturais da vida diária, não os interpretavam causalmente; ensina Hans Kelsen que, pelo contrário, a concepção de causalidade era completamente estranha aos povos primitivos; que eles interpretavam a natureza não de acordo com a causalidade, mas por meio de “categorias sociais” (KELSEN, 2013, p. 303).¹ Assim, “o que o homem civilizado entende por natureza é, para o homem primitivo, com o seu modo de pensar animista ou, mais exatamente, personalista, apenas uma parte da sociedade, sendo ambas, governadas pelas mesmas leis” (KELSEN, 1997, p. 302). Não existe, portanto, para o homem daquele tempo, uma coisa distinta da sociedade denominada natureza, à qual poderíamos atribuir a qualidade de reger-se por leis próprias (KELSEN, 2013, p. 303).²

¹“Indeed, the conception of causality is thoroughly foreign to the thinking of primitive peoples who interpret nature according to social categories rather than causality”.

²“For primitive man there is no such thing as ‘nature’ in the sense of a connection of elements determined by causal laws and distinct from society”.

Essa forma particular de representar o mundo físico como parte da sociedade implica logicamente que, na visão do homem daquele tempo, as normas que regulavam as relações sociais primitivas eram absolutamente as mesmas que presidiam o curso dos acontecimentos naturais. Desse modo, a interpretação que o homem primitivo dava aos fatos naturais condicionava-se aos mesmos princípios que regulavam, efetivamente, suas relações com os outros sujeitos de sua comunidade. Num determinado sentido, o homem natural, ou seja, o homem cuja vida se desdobrava numa relação íntima com a natureza era, na verdade, um “homem social” (KELSEN, 2013, p. 304).³

Se a concepção primitiva consistia em ver na natureza uma extensão da sociedade, claro está que o modo como o homem primitivo a representava não poderia ser a causalidade. De acordo com a tese kelseniana, a *consciência inteiramente social* do homem primitivo é dominada pela regra fundamental da *retribuição*, que consiste na norma segundo a qual as boas ações humanas são recompensadas, ao passo que as más são punidas. Ademais, os homens daquele tempo esperavam punição ou recompensa não apenas em relação às ações más ou boas *praticadas para com os outros membros do seu grupo*, mas também *para com a natureza*, pois, em sua opinião, aquela reagia à conduta dos homens da mesma maneira que os homens reagem à conduta uns dos outros, o que os fazia dispensar aos animais, plantas e objetos inanimados o mesmo tratamento que dispensavam aos outros indivíduos (KELSEN, 2013, p. 304).⁴

³“The so-called natural man, who is really a social man in every respect, believes that the legal order of his community also governs nature. Therefore he interprets nature by the same principles which determine his relationship to order members of this group”.

⁴“The fundamental rule of the primitive social order, however, is the principle of retribution, which completely

A tese segundo a qual a mentalidade primitiva via mundo físico e sociedade como uma e mesma coisa, e que, por conseguinte, as normas sociais constituíam a base da interpretação do universo como um todo, é fundamentada por Kelsen na constatação de um traço característico da fase primitiva da evolução humana: o animismo. A crença de que os objetos e os animais são dotados de alma, de personalidade, foi o fundamento da interpretação sócio-normativa da natureza (KELSEN, 1997, p. 328), significando que a ligação entre um fato físico e outro, do mesmo modo que a ligação entre uma conduta e uma consequência, é determinada pela norma da retribuição. Portanto, sendo o universo, como pensava o homem animista, uma ordem sócio-normativa, evidencia-se que o princípio interpretativo característico dessa fase primitiva da evolução humana é um princípio cujo traço diferenciador é *representar* as inúmeras e cotidianas ocorrências dos mais diversos eventos físicos como efeitos da existência de uma norma que faz com que de um ou de vários fenômenos decorram outros.

4.2. Imputação

Quando o investigador, munido dos instrumentos metodológicos das ciências naturais, observa a ocorrência de determinado fenômeno físico, tomando-o, em seguida, como objeto de estudo, interpreta-o como elemento integrante de determinada relação: a de *cau-*

dominates the thoroughly social consciousness of primitive man. It is the principle according to which a man returns good for good, and evil for evil, and expects therefore to be punished for a wrong he or a member of his group commits, to be rewarded for his or his fellow's merit. He expects to be punished or rewarded not only for his bad or good behavior toward men but also for his behavior toward nature. For, in the opinion of primitive, nature reacts to the behavior of men in the same way as men react to one another”.

sa e efeito. Kelsen ensina que um exemplo do modo de expressar essa relação é o *enunciado* segundo o qual “um corpo metálico submetido ao calor se dilata”, pois a relação entre calor (causa) e dilatação (efeito) é uma relação de causalidade (KELSEN, 1997, p. 328). O estudioso do Direito, por sua vez, ao lançar seu olhar para algum daqueles fatos recorrentes em que um indivíduo recebe uma punição por ter praticado uma conduta considerada ilícita, objetivando concebê-lo em termos estritamente jurídicos, não poderá interpretá-lo, como faz o cientista da natureza quando observa os fenômenos físicos, dizendo que a punição recebida pelo sujeito é *causada* pela conduta ilícita por ele praticada. Estudando o desenvolvimento da ciência jurídica, Kelsen observou que ela interpreta os fenômenos que constituem o Direito por meio de um princípio diferente: o princípio de imputação (KELSEN, 2008, p. 17).

O termo “imputação” corresponde à palavra alemã *Zurechnungsfähig*, que significa “responsável”⁵. Reconhecemos um indivíduo como “responsável”, “imputável”, quando uma sanção (consequência), estabelecida por uma norma jurídica, *deverá* sobrevir-lhe na hipótese de ele praticar determinada conduta (condição), também prevista na mesma norma. Ao contrário, reconhecemos tratar-se de um inimputável (*unzurechnungsfähig* em alemão) aquele indivíduo que se encontra numa condição considerada pela norma como causa que exclui a responsabilização, a imputabilidade (KELSEN, 1981, p. 225) – *v.g.*, indivíduos menores de dezoito anos ou acometidos de doença mental (BRASIL, 1940).

Uma das fundamentais diferenças entre imputação e causalidade é que, no primeiro caso, a ligação entre condição e consequência (conduta e sanção) é estabelecida por um ato da vontade humana, cujo significado jurídico deriva de uma norma, ao passo que, no segundo, a ligação entre causa e efeito não é resultado do querer humano (KELSEN, 1997, p. 31).

Está condicionado à moldura, à forma da norma jurídica, o ato subjetivo de interpretar determinada ordem de fatos como um complexo de ligações estabelecidas por normas – isto é, regras que consistem em expressar que um indivíduo ou alguns indivíduos *devem* comportar-se de determinada maneira, e não que um indivíduo ou alguns indivíduos *efetivamente* se comportam de determinada maneira. Este é o sentido que têm as palavras de Hans Kelsen, quando afirma que, dada uma determinada conduta, o enunciado segundo o qual uma sanção lhe deve

⁵O conceito de imputação é analisado por Kelsen sob dois prismas: “... el caso de la conexión de los dos *sustractos de hecho* contenidos en la norma jurídica y aquel outro caso, llamado también ‘imputación’ en que un sustracto de hecho aparece referido a una *persona*” (KELSEN, c1987, p. XLIII). A este caso específico, cabe a “imputação” em sua segunda acepção.

ser aplicada consiste em uma categoria “puramente formal” (KELSEN, 1997, p. 31). Dessa constatação decorre que o caráter normativo de um ordenamento positivo não é seu atributo intrínseco, mas produto do encaixe das diferentes formas criadoras de Direito na estrutura formal da norma jurídica.

Sendo uma “operação mental que não está restrita ao pensamento jurídico” e, por consequência, à atividade científica – pois, como sublinha Kelsen, o homem primitivo também a realizava –, o princípio de imputação é utilizado pelo sujeito cognoscente quando, mediante uma norma, ele estabelece relação entre fatos que naturalmente não se encontram juntos. Trata-se, portanto, de uma estrutura mental sustentada por uma *norma* (KELSEN, 1997, p. 32). E, ainda, um modo de raciocinar, cujo traço fundamental é interpretar as relações entre os elementos que integram a estrutura interna de uma norma na forma de dever ser.

Entretanto, é de grande importância captar uma diferenciação substancial entre as perspectivas primitiva e jurídica. Naquela, a norma que desempenha a função de conectar condição e consequência é uma norma pensada, pressuposta; em contrapartida, na perspectiva jurídica, a norma cuja função é ligar aqueles elementos consiste numa norma positiva – uma norma posta por um ato humano, cuja existência efetiva está determinada no tempo e no espaço (KELSEN, 2008, p. 18). Essa diferenciação tem grande importância quando se aprecia o valor de uma conduta.

Se consideramos como válida uma norma qualquer, à conduta que lhe seja conforme atribuímos os adjetivos “boa”, “correta”, e àquela conduta que não lhe seja conforme, “má”, “incorreta”. Isso ocorre porque “a conduta de um indivíduo que corresponde a uma norma, que é tal como a norma determina, ou seja, como, segundo a norma, deve ser, tem um valor positivo, e uma conduta que é contrária à norma, que não é como a norma determina, isto é, como, segundo a norma, deveria ser, tem um valor negativo, um desvalor”. A norma, portanto, “constitui o valor” (KELSEN, 1993, p. 12-13).

4.3. A norma jurídica

Afirmar que a norma jurídica “constitui o valor” significa reconhecer que não há sentido intrínseco algum às ações, isto é, a conduta humana não pode ser “boa” ou “má” em si mesma. Só julgamos uma conduta como “boa”, desejável, na medida em que ela está de acordo com uma norma que consideramos válida; do mesmo modo, uma conduta só pode ser considerada indesejável quando a confrontamos com uma norma, considerada por nós como válida, que, além de prescrever

a sua não realização, estabelece uma sanção na hipótese em que venha a ser efetivada. Logo, a simples *definição* de uma ação humana como adequada ou inadequada, boa ou ruim, é insuficiente para constituir um juízo de valor sobre ela, pois somente pode ser considerado um juízo de valor o juízo segundo o qual um determinado comportamento se adéqua ou não à norma que reputamos como válida (KELSEN, 2013, p. 326).⁶ Em termos mais rigorosos: um juízo de valor é uma espécie de *definição* cuja característica diferenciadora é basear-se em uma norma para valorar como proibido, facultado ou obrigado um determinado comportamento humano.

Todavia, os juízos de valor, quando analisados em relação à norma que os constitui, podem apresentar duas formas. Ao valorarmos uma determinada conduta mediante uma norma positiva, estamos emitindo um juízo de valor; no entanto, tal juízo “não difere essencialmente de uma verificação de fato”, ou seja, de um juízo de realidade, visto que a conduta, objeto da valoração, está relacionada “com a norma positiva e, através dela, com o fato que a criou”. O contrário ocorre quando valoramos uma conduta por meio de uma norma não positiva, ou seja, não posta por um ato humano concreto, mas apenas pensada, dado que o juízo de valor emitido não pode ser verificado na realidade, pois a relação que tal juízo descreve – relação entre conduta e norma – não tem existência no plano da objetividade (KELSEN, 2008, p. 19), uma vez que a norma mediante a qual avaliamos a conduta não foi posta por nenhum ato positivo de vontade, é apenas uma norma pensada sem realidade objetiva: não existe no mundo dos fatos.

⁶“Only the statement whose meaning is that the behavior is or is not in conformity with the presupposed norm is a value judgment; not the statement that concrete behavior does or does not fall under the definition”.

4.4. As leis jurídicas

As normas jurídicas que constituem o significado de determinados atos humanos resultam, como já evidenciado, de um ato de vontade, pois, ao fixar uma norma, a autoridade legiferante não reflete nesta o conhecimento de um objeto empiricamente dado, mas exige algo que deve ser. No entanto, o ato imperativo de exigir “algo que deve ser” não se confunde com a norma. *Norma* é a categoria *a priori* sob a qual a ciência jurídica submete à sua análise os fatos concretos aos quais são atribuídos, pelas autoridades legislativas e executoras dos textos legais, os caracteres obrigatório e coercitivo. É a forma específica e restrita de converter um ato de vontade em matéria de conhecimento jurídico. Portanto, a norma não é um imperativo – imperativo é o ato de querer –, mas um juízo hipotético. No entanto, para poder ser pensada em termos científicos – ou melhor, para poder constituir um objeto de cognição –, a norma é convertida em um “preceito ou proposição jurídica”, também chamada por Kelsen de *regra de direito* (KELSEN, 2009a, p. 37). O plano proposicional, de acordo com a lição de Lourival Vilanova (1976, p. 16), é “a estrutura na qual o conhecimento adquire sua plenitude”; desse modo, as proposições jurídicas são o instrumento de comunicação do conhecimento científico das “leis” que regem o Direito. A fórmula: dado um crime, deve ser-lhe aplicada uma sanção; não descreve, ela é a proposição. Quer dizer, ela é a expressão gramatical, linguística, dos elementos estruturantes do interior da norma jurídica (condição e consequência), bem como do princípio que liga tais elementos (imputação). Nas proposições, a norma assume a forma de um *dever ser* – “uma categoria relativamente apriorística para o conhecimento do material jurídico empiricamente dado” – e desempenha uma fun-

ção própria: liga dois elementos. Enquanto a lei natural de causalidade diz *se A é, tem que ser B*, a lei jurídica diz *se A é, deve ser B* (KELSEN, 2009a, p. 38). Assim, a rigor, a regra jurídica é a expressão enunciativa não do direito positivo, mas de uma ligação específica em que a conduta delitiva está ligada a uma sanção por meio de um princípio cuja representação gramatical é a expressão *deve* (KELSEN, 2013, p. 327).⁷

Assim, tem-se: o direito positivo é o *dado de fato* do conhecimento jurídico; o princípio de imputação é uma interpretação, representada linguisticamente pela expressão *deve*, que consiste em ligar os “diversos elementos reunidos dentro da norma jurídica” (KELSEN, c1987, p. XLII); a *norma jurídica* é a forma que tem o *dado de fato* do conhecimento jurídico, ou seja, o Direito, como objeto de conhecimento da ciência jurídica. Trata-se, portanto, de uma formulação da ciência jurídica (KELSEN, c1987, p. XXXIX); é o Direito do ponto de vista desta.

5. Considerações finais

Os conceitos abordados neste breve estudo ocuparam toda a vida do seu criador, que, ao trazê-los à luz, em 1911, já previra que um trabalho maior e mais difícil estava por vir. Diante dos inúmeros ataques sofridos por sua teoria, num lapso temporal de mais de cinco décadas, foi inevitável que o construtor de um dos mais grandiosos edifícios teóricos do Direito se dedicasse árdua e incessantemente a reforçar as vigas-mestras de sua construção. Esse foi o sentido de toda a posterior trajetória científica de Hans Kelsen. É improvável conceber a *Teoria Pura do Direito*, sem começar por identificar as colunas que a sustentam. A norma, a imputação, as proposições jurídicas e diversos outros elementos, não abordados aqui por razão de pertinência, a despeito de alicerçarem a concepção kelseniana do Direito, longe estavam de constituir uma teoria fechada e definitiva. O teor do conjunto dos trabalhos de Kelsen e seus continuadores não deixa ser falsa essa conclusão. Diante disso, não são raras as ocasiões em que os mal-entendidos são os traços característicos de não poucas interpretações da *Teoria Pura*. Isso se deve a uma má compreensão de seus conceitos fundamentais. Entretanto, o erro nem sempre decorre da inaptidão ou má-fé do estudante. A imprecisão e a confusão terminológicas em muitas traduções podem induzir o estudante a erros de compreensão. Conquanto o presente trabalho não

⁷“since the connection between delict and sanction is established by a prescription or a permission – a ‘norm’ – the science of law describes its object by propositions in which the delict is connected with the sanction by the copula ‘ought’”.

esteja isento de neles incorrer, trata-se de uma modesta, porém honesta, tentativa de superá-los.

Sobre os autores

Evanuel Ferreira Silva é graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campina Grande, PB, Brasil; profissional liberal, Sousa, PB, Brasil.
E-mail: evanuelkant@gmail.com

Epifânio Vieira Damasceno é graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Campina Grande, PB, Brasil; doutorando em Direito na Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires, CABA, Argentina; professor de Ciência Política e Filosofia do Direito no curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Sousa, PB, Brasil.
E-mail: ephifanius@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

CLASSIFICATION OF SCIENCES ACCORDING TO HANS KELSEN: THE PRINCIPLES OF CAUSALITY AND IMPUTATION

ABSTRACT: This article aims to describe the interpretive principle by which Hans Kelsen formulated his conception of legal science, stressing the fundamental consequences of the use of such an approach to the set of qualified social phenomena under the “Law” meaning. The natural science subject matter is nature – an order of things. The social science object of study is society – an order of conduct. The first interprets its object through the law or principle of causality, whereas the latter does so in two ways: consider human behavior – its object – as it actually is, in this case, interpreting it by the principle of causality; or consider it as it should be, that is, interpreting it by the principle of imputation. The social sciences of the latter type of Kelsen received the name of “normative social sciences”, with legal science the main one.

KEYWORDS: CAUSALITY. LEGAL SCIENCE. IMPUTATION.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário oficial da União*, 11 jan. 2002.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?. Buenos Aires: Leviatan, 1981.

⁸ Sem revisão do editor.

- _____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*: desarrollados con base en la doctrina de la Proposición Jurídica. México: Porrúa, c1987.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *¿Una nueva ciencia de la política?: réplica a Eric Voegelin*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- _____. *Teoría Pura del Derecho*: introducción a la ciencia del Derecho. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2008.
- _____. *El Método y los Conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Reus, 2009a.
- _____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009b.
- _____. *What is justice? Justice, law, and politics in the mirror of science*: collected essays. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2013
- LOSANO, Mario G. La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo. *Doxa*, n. 2, p. 55-85, 1985.
- MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen*: vida y obra. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1976.
- ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. Hans Kelsen: aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho. *Doxa*, n. 33, p. 17-36, 2010.
- VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1982.
- WALTER, Robert. Hans Kelsen vida y obra: una introducción. *Anales*, n. 41. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. p. 332-337, 2011.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

